Van grensrechter naar geschilbeslechter. Een evolutie in de Nederlandse bestuursrechtspraak

Nico Verheij*

I Inleiding

1.1 Het probleem

Hoe gaat de bestuursrechter om met de toetsing aan vormvoorschriften? Dat is de vraag die de Vereniging dit jaar aan de preadviseurs voor de afdeling publiekrecht heeft voorgelegd. Dat is voor Nederland een interessante vraag, vooral omdat het antwoord thans wezenlijk anders luidt dan tien of vijftien jaar geleden. Voorheen tilde Nederlandse bestuursrechters zwaar aan de naleving van formele voorschriften en vooral formele algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Schending van een dergelijke formele norm¹ leidde al snel tot vernietiging van het bestreden besluit, ook als het besluit materieel juist was. Tegenwoordig probeert de Nederlandse bestuursrechter juist te vermijden dat een materieel juist besluit op formele gronden wordt vernietigd.

Deze verandering komt voort uit een breder debat over 'definitieve geschilbeslechting'.² Vanaf het midden van de jaren negentig van de vorige eeuw klaagden in Nederland steeds meer schrijvers en commissies dat de bestuursrechtspraak haar maatschappelijke functie niet adequaat vervulde. Rechtspraak is uitgevonden om geschillen op vreedzame wijze te beslechten. Een vernietiging op formele gronden maakt in veel gevallen geen einde aan het geschil, omdat de rechter dan niet toekomt aan een oordeel over de inhoudelijke geschilpunten. Het gevolg was dat geschillen zich soms lang voortsleepten. Dat leidde tot rechtsonzekerheid en had soms een verlamdend effect op maatschappelijk nuttige initiatieven.

Wetgever, bestuur en rechtspraak hebben zich deze kritiek, achteraf gezien, betrekkelijk snel aangetrokken. Alle drie de staatsmachten hebben maatregelen genomen om de maatschappelijke effectiviteit van de bestuursrechtspraak te verbeteren. Het voorlopig hoogtepunt van deze ontwikkeling is het op 1 januari 2013 in werking getreden artikel 8:41a van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Dat

* mr. Nico Verheij is lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van Nederland.

1 Hierna zal ik gemakshalve meestal over 'formele voorschriften' of 'vormvoorschriften' spreken. Daarmee bedoel ik zowel geschreven als ongeschreven regels en beginselen.

2 In de literatuur komt men ook vaak de uitdrukking 'finale geschilbeslechting' tegen. Maar dat vind ik lelijk Nederlands.

luidt: ‘De bestuursrechter beslecht het hem voorgelegde geschil zoveel mogelijk definitief.’

Met ingang van dit jaar heeft de Nederlandse bestuursrechter dus officieel tot taak om geschillen waar mogelijk definitief te beslechten. Hoe hij omgaat met schendingen van vormvoorschriften kan slechts in dit bredere perspectief worden begrepen. Daarom schets ik in dit preadvies meer in het algemeen welke instrumenten de Nederlandse bestuursrechter thans heeft om geschillen definitief te beslechten en hoe hij daarmee omgaat. Dat kan niet meer zijn dan een tussenstand. De geschetste ontwikkelingen zijn nog in volle gang en ongetwijfeld zal de Nederlandse bestuursrechtspraak er in 2023 weer beduidend anders uitzien dan in 2013.

1.2 Plan van behandeling

Dit preadvies is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 werk ik het probleem nader uit. Ik schets daar de ‘oude’ praktijk en haar dogmatische achtergronden, alsmede de onvrede en kritiek die deze praktijk heeft opgeroepen. Dit resulteert in een aangescherpte probleemstelling.

Het is niet zo dat de bestuursrechter vroeger helemaal geen mogelijkheden had om geschillen definitief te beslechten. Er waren wel mogelijkheden, maar die kenden traditioneel nogal wat beperkingen. In paragraaf 3 bespreek ik deze ‘oude’ instrumenten, hun traditionele beperkingen en de ontwikkeling die zij recent hebben doorgemaakt.

Na deze uitwerkingen van het probleem komen de oplossingen aan de orde. De paragrafen 4 en 5 gaan over maatregelen die de wetgever recent heeft getroffen om het probleem op te lossen, althans te verzachten. Achtereenvolgens komen aan de orde de Wet bestuurlijke lus (paragraaf 4) en de Crisis- en herstelwet en de Wet aanpassing bestuursprocesrecht (paragraaf 5).³

Paragraaf 6 gaat over maatregelen die niet zozeer door de wetgever, maar door het bestuur en de rechter zijn getroffen. Voor het bestuur gaat het om de ‘nieuwe aanpak’ van bezwaarschriftprocedures, voor de rechter om de ‘nieuwe zaaksbehandeling’ in eerste aanleg. Daarnaast maak ik een korte opmerking over het belang van mediation als vorm van niet-juridische geschilbeslechting.

In paragraaf 7 sluit ik af met enkele conclusies.

3 Het belang dat de samenleving anno 2013 hecht aan transparantie, legt mij hier een mededelingsplicht op. Ik was van 1990 tot 2011 werkzaam op het ministerie van Justitie als wetgevingsjurist op het gebied van het algemeen bestuursrecht. Uit dien hoofde ben ik ambtelijk betrokken geweest bij de totstandkoming van het grootste deel van de in dit preadvies besproken wetgeving.

2 De oude praktijk

2.1 De bestuursrechter als grensrechter

Bestuursrechtelijke wetten bestaan doorgaans voor een groot deel uit bepalingen die aan bestuursorganen bevoegdheden toekennen om besluiten te nemen. Besluiten zijn publiekrechtelijke rechtshandelingen van bestuursorganen (artikel 1:3 Awb). Door een besluit stelt een bestuursorgaan de rechtsbetrekking tussen hemzelf en een of meer burgers nader vast. De bestuursrechter toetst vervolgens of het bestuursorgaan bij deze vaststelling binnen de grenzen van zijn bevoegdheid is gebleven. Dat is een belangrijk verschil tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. De burgerlijke rechter stelt zelf de inhoud van de rechtsbetrekking in geschil vast. De bestuursrechter beoordeelt slechts of de vaststelling door het bestuursorgaan juist is. Een voetbalminnend bestuursjurist heeft dit ooit uitgedrukt in de slogan: de bestuursrechter is geen scheidsrechter maar grensrechter.

Het verschil komt het scherpst naar voren als de wetgever bij de toekenning van de bevoegdheid het bestuursorgaan enige mate van beleids- of beoordelingsvrijheid laat. Veel bestuursrecht is wat Van Male⁴ met een mooi beeld ‘onvoltooid’ recht heeft genoemd. Dit betekent dat de wet vaak niet dwingend voorschrijft welk besluit in een concreet geval moet worden genomen. Omdat de wetgever niet alle belangen vooraf kan voorzien, draagt hij soms het bestuur op om in een concreet geval nadere keuzen te maken op grond van een nadere afweging van belangen of waardering van de feiten. Vaak betekent dit, dat in een concreet geval meer dan één rechtens juist besluit denkbaar is.

Dat betekent weer dat de rechter vaak niet kan bepalen welk besluit had moeten worden genomen, maar hooguit dat een bepaald besluit niet had mogen worden genomen. De rechter ontleent zijn legitimatie en gezag slechts aan het recht en kan dus slechts de grenzen van het recht bewaken. Voor keuzen binnen die grenzen is het bestuursorgaan eventueel verantwoording verschuldigd aan politieke organen, maar niet aan de rechter. Dat komt doordat het vaak gaat om keuzen die onvoldoende objectiveerbaar zijn. Of in een concreet geval het belang van de bouwer of dat van de buurman het zwaarst moet wegen, of de cultuurhistorische betekenis van een pand een aanwijzing als monument rechtvaardigt, zijn vragen voor de beantwoording waarvan geen objectieve inhoudelijke normen te geven zijn. Soms wel arbitraire⁵ criteria – bijvoorbeeld: slechts panden van minstens vijftig jaar oud kunnen als monument worden aangewezen – maar geen werkelijk objectievebare criteria. Dus moet de rechter de vrijheden van het bestuur respecteren.

Al snel werd duidelijk dat dit voor de toetsing van besluiten door de bestuursrechter een belangrijk gevolg heeft. Waar het recht onvoldoende inhoudelijke maatstaven biedt, komt meer nadruk te liggen op de toetsing van besluiten aan formele voorschriften. Ook als het recht de uitkomst van de bestuurlijke besluitvorming niet

4 R/M. Van Male, Onvoltooid recht, oratie Rotterdam 1993.

5 Ter vermijding van misverstand: dat woord is hier niet pejoratief bedoeld. Het bestuur kan niet zonder arbitraire criteria om zaken hanteerbaar te houden.

kan dicteren, kan het wel objectiveerbare criteria ontwikkelen voor de totstandkoming van die besluitvorming. Het recht kan niet bepalen of een pand een monument moet worden, maar wel dat de aanwijzing als monument het resultaat moet zijn van een zorgvuldige procedure, waarin naast het algemeen belang ook het belang van de eigenaar wordt meegewogen.

Dat is precies hoe het Nederlandse bestuursrecht zich in de twintigste eeuw heeft ontwikkeld. Eén reactie op het soms ontbreken van wettelijke maatstaven voor de beoordeling van besluiten was de ontwikkeling van ongeschreven maatstaven: de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daartoe behoren ook beginselen met een materieel karakter – het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het verbod van willekeur – maar in de praktijk zijn de formele algemene beginselen van behoorlijk bestuur veel belangrijker. Al decennialang vinden de meeste vernietigingen door de Nederlandse bestuursrechter plaats wegens schending van het zorgvuldigheids- en vooral het motiveringsbeginsel. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en zijn voorgangers hebben daarbij voorop gelopen. Zelfs in gevallen waarin een buitenstaander de indruk had dat het bestuur gewoon een inhoudelijke wetsbepaling had geschonden, koos en kiest de Afdeling nogal eens voor vernietiging wegens een motiveringsgebrek. Anders gezegd: in plaats van te oordelen dat het bestuur in strijd met de wet had gehandeld, volstond de Afdeling nogal eens met het oordeel dat het bestuursorgaan onvoldoende had gemotiveerd dat aan de wettelijke vereisten voor bevoegdheidsuitoefening was voldaan.

Deze voorkeur voor vernietiging op formele gronden was op een gegeven moment zo sterk, dat zij zelfs overwoei naar delen van het bestuursrecht waar daarvoor veel minder reden was. Want, anders dan wel eens wordt gesuggereerd, kenmerken lang niet alle bijzondere delen van het bestuursrecht zich door het veelvuldig toekennen van beleids- of beoordelingsvrijheid. In het sociaal zekerheidsrecht, bijvoorbeeld – dat een aanzienlijk deel van de *caseload* van de bestuursrechter vormt – is de rechtspositie van de uitkeringsgerechtigde doorgaans gedetailleerd in de wet geregeld. Er zijn wel vage begrippen – ‘arbeidsongeschikt’ is het meest in het oog springende voorbeeld – maar de rechter heeft zich altijd bevoegd geacht om aan die begrippen zelf volledig invulling te geven. Niettemin ontwikkelde ook de hoogste sociale-zekerheidsrechter – de Centrale Raad van Beroep – een voorliefde voor formele vernietigingen.

De grote uitzondering was en is de oudste tak van de Nederlandse bestuursrechtspraak, de belastingrechtspraak. Deze is altijd zijn eigen weg gegaan en heeft een eigen traditie opgebouwd. Het gegeven dat sinds 1994 de Algemene wet bestuursrecht ook voor de belastingrechter geldt, heeft daarin maar in beperkte mate verandering gebracht. De fiscale traditie bleek vaak sterker dan de wet. Onderdeel van die traditie is dat de belastingrechter zich pleegt op te stellen als een soort opperinspecteur van belastingen. De Nederlandse belastingrechter beoordeelt eerst en vooral de vraag of de opgelegde aanslag materieel juist is. Toetsing aan formele voorschriften speelt maar een bescheiden rol en van processuele beperkingen op het naar voren brengen van beroepsgronden wil de belastingrechter ook weinig of niets weten.

Deze uitzondering doet echter niet af aan de algemene constatering, dat de Nederlandse bestuursrechtspraak lange tijd werd gekenmerkt door een sterke nadruk op

formele toetsing. Dat komt onder meer doordat zich in de loop der jaren een vertekend beeld van het Nederlands bestuursrecht heeft ontwikkeld. De aandacht van zowel de academische beoefenaren van het algemeen bestuursrecht als het publiek en de pers gaat in onevenredige mate uit naar dat deel van het bestuursrecht dat wordt bestreken door de Afdeling bestuursrechtspraak en dan nog vooral naar het omgevingsrecht in ruime zin. Dat zijn juist de delen van het bestuursrecht waar het bestuur veelvuldig beschikt over veel beleidsvrijheid en waar dus het formele karakter van de toetsing door de bestuursrechter in het oog springt.

2.2 Onvrede over formele toetsing

De nadruk op formele toetsing was één reden dat het tot voor kort veelvuldig voorkwam dat over één besluit meermalen bij de bestuursrechter kon worden geprocedeerd. Een eenvoudig voorbeeld illustreert dit. Stel, een agrariër besluit een niet gebruikte schuur te verbouwen om daarin vijftig buitenlandse seizoensarbeiders te huisvesten. Als het perceel een louter agrarische bestemming heeft, is daarvoor een vrijstelling van het bestemmingsplan nodig. Bij de beslissing omtrent die vrijstelling komt het college van burgemeester en wethouders een ruime mate van beleidsvrijheid toe. Omwonenden vrezen overlast en komen in bezwaar en beroep. Zij klagen onder meer over te verwachten geluidhinder, aantasting van hun privacy, parkeeroverlast en verminderde verkeersveiligheid.

Stel dat de bestuursrechter oordeelt dat burgemeester en wethouders bij hun beslissing inderdaad onvoldoende aandacht hebben besteed aan de gevolgen voor de privacy van omwonenden. Dat is een motiveringsgebrek, dat in beginsel tot vernietiging moet leiden. Het bestuursorgaan moet vervolgens een nieuw besluit nemen. Dat besluit kan opnieuw een vrijstelling inhouden. Immers, de bestuursrechter heeft niet geoordeeld dat de privacybelangen van de omwonenden per definitie zwaarder wegen dan de belangen van de agrariër. Hij heeft slechts geoordeeld dat burgemeester en wethouders die belangen gemotiveerd tegen elkaar moeten afwegen.

Tegen het nieuwe besluit staat opnieuw bezwaar en beroep open. De kans is groot dat omwonenden dan betogen dat de motivering op het punt van de privacy nog steeds niet toereikend is. Bovendien is er een kans dat de bezwaren over geluidhinder, parkeeroverlast en verkeersveiligheid pas in deze tweede procedure inhoudelijk aan de orde komen. In de eerste procedure hoefde de rechter daar immers niet op in te gaan, omdat met het oordeel over de privacykwestie ook het dictum van de uitspraak – vernietiging – al vaststond. En als de rechter in dat geval tot het oordeel moet komen dat ook het onderzoek naar de gevolgen voor de geluidsbelasting op de woningen van de omwonenden onzorgvuldig is geweest, zou het zomaar kunnen dat na de tweede procedure bij de bestuursrechter nog een derde volgt. En misschien zelfs een vierde. Anders gezegd: de vernietiging van een besluit door de bestuursrechter was lang niet altijd een oplossing voor het onderliggende geschil. Soms was het maar een stap in het besluitvormingsproces, die voor veel vertraging zorgde, maar waarmee de belanghebbende uiteindelijk niets opschoot.

Dit probleem is voor het eerst gesignaleerd door Schueler in zijn dissertatie van 1994.⁶ Hij was de eerste die systematisch naging wat er gebeurde nadat een bestuursrechter een besluit had vernietigd. De conclusie was dat de belanghebbende met die vernietiging lang niet altijd iets opschoot. Het probleem is echter op de politieke agenda gezet door het rapport-Van Kemenade van 1997. Dat was een rapport van een groep bestuurders onder leiding van de toenmalige Commissaris der Koningin in Noord-Holland (en oud-minister) J.A. van Kemenade.⁷ Zij klaagden omstandig over de 'juridisering' van het openbaar bestuur. Een teveel aan rechtsbescherming zou een verlamdend effect hebben op maatschappelijke initiatieven en in het bijzonder op de realisatie van infrastructurele projecten. Hoewel het rapport weinig doorzacht en in zijn uitwerking ronduit amateuristisch was, stond de samenstelling van de werkgroep er wel garant voor dat het probleem voortaan op de politieke agenda stond. Bovendien werd het probleem voor het eerst verbonden met een discussie die al eerder periodiek was opgelaaide: de discussie over de trage besluitvorming over grote infrastructurele projecten, waarvoor veel besluiten nodig zijn.

Hoe slecht het eigenlijk ook was, het rapport-Van Kemenade heeft er wel toe geleid dat ook meer serieuze beoefenaren van het bestuursrecht zich met het probleem gingen bezighouden. J.E.M. Polak wijdde er in 2000 zijn oratie aan.⁸ Hij introduceerde de term 'ping-pongen' voor het zojuist beschreven fenomeen van het ettelijke malen heen en weer kaatsen van een zaak door bestuur en bestuursrechter. De Vereniging voor bestuursrecht VAR wijdde kort na elkaar vergaderingen aan 'Complexe besluitvorming' en 'Alternatieven van en voor de bestuursrechter'.⁹ Schueler kwam in zijn oratie¹⁰ terug op de problematiek van zijn proefschrift en in het kader van de derde evaluatie van de Awb verrichtte een onderzoeksgroep onder leiding van alweer Schueler onderzoek naar de problematiek van (het ontbreken van) definitieve geschilbeslechting.¹¹ Dat rapport leverde een empirische basis voor verdere discussie. En inmiddels had ook de wetgever het probleem op de agenda gezet. Aan het begin van de eenentwintigste eeuw werd 'definitieve geschilbeslechting' zo hét thema van het bestuursrechtelijk debat in Nederland. Hierna wordt uiteengezet tot welke veranderingen dat heeft geleid.

6 B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien: over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

7 Bestuur in geding, rapport van een werkgroep onder voorzitterschap van J.A. van Kemenade, Haarlem 1997. Zie ook het naar aanleiding daarvan verschenen kabinetsstandpunt over juridisering in het openbaar bestuur, *Kamerstukken II 1998/99*, 26 360, nr. 1 en het themanummer van *Justitiële Verkenningen* 1997/5, *Tussen bestuurlijke daad en juridische rede*, Den Haag: WODC 1997.

8 J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000.

9 H.P. Heida, F.A.M. Stroink en P.C.E. van Wijmen, *Complexe besluitvorming* (Preadviezen VAR 1998), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1998. B.J. van Ettekoven, M.A. Pach en I.C. van der Vlies, *Alternatieven van en voor de bestuursrechter* (Preadviezen VAR 2001), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

10 B.J. Schueler, *Het zand in de machine: over de noodzaak tot beperking van de rechtsbescherming* (oratie Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2003.

11 B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter: derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

2.3 Enige begripsomschrijvingen

Onder vormvoorschrift versta ik in dit preadvies iedere rechtsregel die geen betrekking heeft op de inhoud van de rechten en plichten die voor de burger uit een besluit voortvloeien. Onder definitieve beslechting van het geschil versta ik¹² iedere uitspraak van de bestuursrechter die met zich brengt dat de besluitvorming over de desbetreffende aangelegenheid is afgerond.¹³ Een uitspraak die inhoudt dat het beroep niet-ontvankelijk of ongegrond is en het bestreden besluit dus in stand blijft, strekt dus tot definitieve geschilbeslechting. Het bestuur behoeft na zo'n uitspraak immers niets meer te doen.

De enkele vernietiging van een besluit kan onder omstandigheden ook betekenen dat het geschil definitief is beslecht. Een duidelijk voorbeeld is een uitspraak over een bestuurlijke boete die inhoudt dat het bestuursorgaan niet heeft bewezen dat het beboetbare feit is begaan. Er is dan immers geen ruimte voor het bestuur meer om voor dat feit opnieuw een boete op te leggen.

Van definitieve beslechting van het geschil is voorts sprake als de rechter het bestreden besluit wel vernietigt, maar de rechtsgevolgen daarvan in stand laat en als hij bepaalt dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit ('zelf in de zaak voorzien').

3 Traditionele instrumenten voor definitieve beslechting van het geschil

3.1 Inleiding

Het Nederlandse bestuursprocesrecht kende van oudsher al een aantal instrumenten die eraan konden bijdragen dat een bestuursrechtelijke procedure ook daadwerkelijk tot een oplossing, althans beëindiging van het gerezen geschil zou leiden. Deze worden in dit hoofdstuk besproken. 'Van oudsher' moet daarbij worden opgevat als 'voor de recente veranderingen'. Als ijkpunt voor de Ausgangssituatie heb ik gekozen voor 1 januari 1994. Dat is een belangrijk omslagpunt in de geschiedenis van het Nederlandse bestuursrecht, want het was de datum waarop de eerste twee tranches van de Algemene wet bestuursrecht in werking traden. Nederland kreeg voor het eerst een uniform bestuursprocesrecht, dat voor (bijna)¹⁴ alle bestuursrechters gold. Voor die tijd beschikte een deel van de (toen nog vele verschillende) bestuursrechters wel over een deel van de hier besproken instrumenten, maar geen van hen over alle.

¹² Deze omschrijving is ontleend aan Schueler, Drewes e.a., a.w. 2007.

¹³ Uiteraard behoudens voor zover tegen de desbetreffende uitspraak nog rechtsmiddelen openstaan. Dat is een andere problematiek. Een uitspraak van een rechtbank kan dus strekken tot definitieve beslechting van het geschil, ook al staat daartegen nog hoger beroep open.

¹⁴ De eerste vijf jaar gold het nog niet voor de belastingrechter.

3.2 De bezwaarschriftprocedure

Het is een belangrijke hoofdregel van Nederlands bestuursrecht (artikel 7:1 lid 1 Awb) dat pas beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld nadat een bezwaarschriftprocedure is doorlopen bij het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen. Het wekt wellicht bevreemding dat deze bezwaarschriftprocedure hier wordt genoemd. Het is immers geen instrument van de bestuursrechter. In de praktijk is de bezwaarschriftprocedure echter zo belangrijk voor de beslechting van bestuursrechtelijke geschillen, dat een vertekend beeld van het vraagstuk van definitieve geschilbeslechting zou ontstaan als ik er hier geen aandacht aan zou besteden.

Een bezwaarschrift verplicht het bestuursorgaan om het bestreden besluit volledig te heroverwegen op de grondslag van het bezwaar (artikel 7:11 Awb). Volledig heroverwegen betekent dat het bestuursorgaan niet slechts moet nagaan of het besluit wel rechtmatig is, maar zo nodig en mogelijk ook de aan het besluit ten grondslag liggende belangenafwegingen en beleidskeuzen opnieuw moet bezien. Aldus is de bezwaarschriftprocedure voor de burger een relatief informele en goedkope vorm van rechtsbescherming tegen het bestuur.

Minstens zo belangrijk is dat de bezwaarschriftprocedure voor het bestuur een tweede kans is. Zij biedt het bestuur de mogelijkheid om in tweede instantie een beter besluit te nemen. Bijna alle vorm- en procedurefouten kunnen in bezwaar worden geheeld door de desbetreffende voorschriften alsnog na te leven. Als het onderzoek naar de feiten onvolledig blijkt te zijn geweest, kan in bezwaar alsnog aanvullend onderzoek worden gedaan. Een ontoereikende motivering kan in bezwaar worden aangevuld. Zelfs een onjuiste wettelijke grondslag kan in bezwaar worden vervangen door de juiste, als die er is.

De praktische betekenis hiervan is enorm. De verplichting om voorafgaand aan een beroep bij de bestuursrechter een bezwaarschriftprocedure te doorlopen is vooral ingevoerd om de werklast van de bestuursrechter beheersbaar te houden. Verwacht werd dat een groot deel van de geschillen tussen bestuur en burger in de bezwaarfase zou eindigen, hetzij omdat het bestuur alsnog aan de bezwaarmaker tegemoetkomt, hetzij omdat de bezwaarmaker zich alsnog bij het besluit neerlegt.

Deze verwachting is in belangrijke mate uitgekomen. Slechts een fractie van de zaken waarin bezwaar wordt gemaakt, komt vervolgens bij de bestuursrechter terecht. Deze 'zeefwerking' van de bezwaarschriftprocedure verschilt echter wel sterk per deelterrein van het bestuursrecht. In het financieel bestuursrecht (belastingrecht, sociaal zekerheidsrecht) ligt zij boven de 95 procent.¹⁵ Dat wil zeggen dat op die terreinen het aantal zaken waarin beroep bij de rechter wordt ingesteld, slechts enkele procenten bedraagt van het aantal zaken waarin bezwaar is gemaakt. Alleen al daarom is de bezwaarprocedure op die terreinen onmisbaar. Zonder bezwaarprocedure zou de rechterlijke macht onmiddellijk onder de werklast bezwijken.

Aan het andere uiterste staan terreinen als het mededingingsrecht en het telecomcommunicatierecht. Daar is de zeefwerking van de bezwaarprocedure gering, omdat

15 M.S. Beerten, J.J.A. Bosch e.a., *Aspecten van financiële beschikkingverlening: een eerste evaluatie van de Awb*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

het veelal gaat om geschillen over grote belangen tussen professionele en kapitaalkrachtige partijen voor wie de kosten van procederen geen factor van betekenis zijn. Dat betekent overigens niet dat de bezwaarprocedure op die terreinen zinloos is, zoals wel eens wordt beweerd. Zelfs als vooraf vaststaat dat tot in hoogste instantie zal worden doorgeprocedeerd, kan de bezwaarprocedure de werklast van de rechter beperken. Dat gebeurt op ten minste twee manieren. In de eerste plaats wordt in de bezwaarfase het aantal geschilpunten vaak beperkt. In de tweede plaats leidt de bezwaarprocedure vaak tot meer duidelijkheid over de feiten (de ‘dossiervormingsfunctie’).

Tussen deze uitersten zit onder meer het gebied waarop vooral gemeenten en provincies actief zijn. Dat betreft onder meer delen van het omgevingsrecht in ruime zin, de handhaving van de openbare orde in ruime zin en nog een reeks van andere terreinen, variërend van de regulering van markten tot het bijhouden van de basisadministratie persoonsgegevens en het uitvoeren van de Paspoortwet. Op die terreinen is de zeefwerking soms iets kleiner dan in het financieel bestuursrecht, maar nog altijd zeer aanzienlijk.

Overigens hebben juist – maar niet uitsluitend – decentrale overheden ook veel te maken met besluiten waarvoor geen bezwaarschriftprocedure geldt. Er kan namelijk geen bezwaar worden gemaakt tegen besluiten die zijn voorbereid met toepassing van de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb (artikel 7:1 lid 1, aanhef en onder d, Awb). Dat is vooral op het terrein van het omgevingsrecht veelvuldig het geval; bestemmingsplannen en milieuvergunningen zijn de bekendste voorbeelden. De openbare voorbereidingsprocedure is vooral bedoeld voor besluiten met veel of onbekende belanghebbenden. Zij houdt kort gezegd in dat het bestuursorgaan een ontwerpbesluit opstelt en ter inzage legt en deze terinzagelegging ter algemene kennis brengt. Vervolgens kunnen belanghebbenden hun ‘zienswijze’ naar voren brengen. Ten slotte neemt het bestuursorgaan een definitief besluit, waarbij het gemotiveerd op de zienswijzen moet ingaan. Ook in de openbare voorbereidingsprocedure krijgt het bestuur dus twee kansen om het goed te doen.

Die tweede kans wordt niet altijd voldoende benut. Er is in de loop der jaren nogal wat kritiek geweest op de wijze waarop bestuursorganen met bezwaarschriften omgaan.¹⁶ Zij hebben nogal eens de neiging om zich te beperken tot een rechtmatigheidstoetsing. Dit wordt enigszins in de hand gewerkt door de grote invloed van bezwaarschriftadviescommissies. Bestuursorganen kunnen zich over bezwaarschriften laten adviseren door een onafhankelijke commissie (artikel 7:13 Awb). Vrijwel alle Nederlandse gemeenten, provincies en waterschappen en vele bestuursorganen van de centrale overheid hebben zo’n commissie. Dat is lang vooral als een positief gegeven gezien. Op het eerste gezicht draagt een onafhankelijk element immers bij aan de kwaliteit van de besluitvorming. In de jaren negentig was het zelfs

16 Zie reeds het kabinetsstandpunt van 18 februari 1998 over de eerste evaluatie van de Awb, *Kamerstukken II 1997/98*, 25 600 VI, nr. 46, p. 22 e.v. en A. Schwartz, *De adviescommissie in bezwaar; inrichting van de bezwaarprocedure bij de gemeente* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

zo dat de belangrijkste aansprakelijkheidsverzekeraar van decentrale overheden de wettelijk gezien facultatieve adviescommissie in zijn polissen verplicht stelde.

De laatste jaren wint echter het inzicht veld dat deze bezwaarschriftadviescommissies ook een schaduwzijde hebben. Zij versterken de bij het bestuur toch al bestaande neiging om zich bij de beoordeling van het bestreden besluit te beperken tot rechtmatigheidstoetsing. Juist omdat zij onafhankelijk zijn, kunnen bezwaarschriftadviescommissie geen verantwoordelijkheid dragen voor beleidskeuzen. Daarom schromen zij veelal om beleidskeuzen ter discussie te stellen. Zij beperken zich liever tot rechtmatigheidstoetsing. Zij hebben een neiging tot 'rechttertje spelen'. Bij beslissingen met veel beleids- of beoordelingsvrijheid doen zij dan precies wat rechters ook doen: bij gebrek aan materiële maatstaven leggen zij veel nadruk op de naleving van formele en procedurele voorschriften. Daardoor worden kansen gemist om het geschil definitief te beslechten.

Deze kritiek is niet onterecht. Maar het probleem is voor een deel onoplosbaar en zit voor een deel ook ergens anders. Het is onoplosbaar omdat de gedachte dat een bestuursorgaan naar aanleiding van een bezwaarschrift in een concreet geval telkens het onderliggende beleid ter discussie zou moeten stellen bij nader inzien op een misverstand berust. Dat is niet mogelijk en ook helemaal niet wenselijk. Tot de meest fundamentele waarden van het bestuur in een rechtsstaat behoren consistentie, voorspelbaarheid en gelijke behandeling van gelijke gevallen. Daarmee is onverenigbaar dat een adviescommissie in een individueel geval plotseling zou oordelen dat het beleid anders moet. Maar dat geldt evenzeer voor een ambtenaar die in mandaat op een bezwaarschrift beslist. Het geldt eigenlijk zelfs voor het bestuursorgaan zelf: dat kan wel beslissen dat het beleid anders moet, maar dan nooit alleen voor het voorliggende geval. De overbekende en vaak bespotten ambtelijke vrees voor 'precedentwerking' heeft een solide basis in rechtsstatelijke waarden: in het bestuursrecht heeft iedere beslissing altijd gevolgen voor vergelijkbare gevallen.

Echte ruimte voor een beleidsmatig andere keuze is er dan ook eigenlijk slechts als er weinig vergelijkbare gevallen zijn en alle nadruk ligt op de belangenafweging in concreto. Dat doet zich bijvoorbeeld soms voor bij wat wij tot voor kort een vrijstelling van een bestemmingplan noemden. Als gevolg van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) heet dat tegenwoordig eigenlijk een omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan, maar dat bekt niet echt lekker. Daarbij gaat het om een afweging binnen een vaak unieke belangenconstellatie. Dan is voorstelbaar dat een bestuurder of een hogere ambtenaar tot een andere afweging komt dan de ambtenaar die het oorspronkelijke besluit nam. Een adviescommissie kan dat veel moeilijker, omdat zij daartoe de legitimatie mist.

Voor een deel zit het probleem ook heel ergens anders. De meeste bezwaarschriften gaan helemaal niet over gewichtige beleidskeuzen. Het merendeel gaat over feitelijke misverstanden en communicatieproblemen. Daar valt nog een wereld te winnen. Daarom is het een ongelukkige ontwikkeling dat bestuursorganen steeds vaker gebruikmaken van de mogelijkheid om wegens kennelijke ongegrondheid van het bezwaar af te zien van het horen van de indiener. Een goed gesprek kan vaak de feiten ophelderen. Maar vooral: het is een uitgelezen gelegenheid om het achterliggende beleid nog eens uit te leggen. Wat mij opvalt, is dat bezwaardossiers zo vaak blijk geven van een conversatie tussen doven. Nederland is nog altijd een redelijk

beschaafd land, dus het komt maar zelden voor dat de Nederlandse wetgever een regel stelt of een Nederlands bestuursorgaan een beleid voert waar geen redelijke grond voor is. Wat begrijpelijkerwijs wel voorkomt, is dat burgers die redelijke grond niet onmiddellijk begrijpen. Wat veel te veel voorkomt, is dat bestuursorganen dan niet de moeite nemen om die redelijke grond uit te leggen, maar slechts als papegaaien de wet of het beleid reciteren. Dat verhoogt doorgaans slechts de frustratie van de burger.

Gelukkig wordt deze kant van het probleem de laatste jaren steeds meer onderkend. Er zijn diverse initiatieven voor een ‘nieuwe aanpak’ van bezwaarschriften. Deze komen hoofdzakelijk neer op pogingen tot verbetering van de communicatie tussen bestuur en burger. Zij komen nader aan de orde in hoofdstuk 6. Het zou mooi zijn als deze initiatieven zouden worden uitgebreid tot de omgang met zienswijzen in de openbare voorbereidingsprocedure. Want daar ligt het probleem niet wezenlijk anders.

3.3 Nieuwe besluiten hangende bezwaar en beroep

Het object van de bestuursrechtelijke procedure is een besluit. De bestuursrechter toetst dat besluit in beginsel¹⁷ ‘ex tunc’. Dat wil zeggen: hij beoordeelt of het besluit rechtmatig was toen het werd genomen. Tussen dat besluit en het oordeel van de bestuursrechter zit altijd enige tijd. Soms – zoals in zaken over vreemdelingenbewaring – is dat maar een paar weken. In andere zaken is het anno 2013 door de bank genomen ergens tussen zes maanden en ruim een jaar. Dat gaat dan over het oordeel van de bestuursrechter in eerste aanleg. Voor hoger beroep komt er nog een halfjaar tot een paar jaar bij.

In die tijd kan er veel veranderen. Het komt veel voor dat een besluit ten tijde van de uitspraak van de bestuursrechter al weer is ingetrokken of gewijzigd of vervangen. Voor 1994 betekende dat dat de bestuursrechter soms uitspraak moest doen over een besluit dat eigenlijk al weer achterhaald was, of moest constateren dat het beroepen besluit niet meer bestond. Om dat te voorkomen, introduceerde de Awb-wetgever in 1994 de artikelen 6:18 en 6:19. Deze zijn per 1 januari 2013 vervangen door één artikel 6:19, dat zakelijk gelijk is aan de twee oudere artikelen.¹⁸

Artikel 6:19 Awb bepaalt dat een bezwaar of beroep zich van rechtswege mede richt tegen een besluit tot intrekking, wijziging of vervanging van het bestreden besluit. Dat geldt ook voor een besluit dat het bestuursorgaan heeft genomen ter vervanging van een door de rechtbank vernietigd besluit. Aldus weet ook de hogerberechtsrechter dat zijn oordeel in ieder geval betrekking heeft op de laatste stand van de besluitvorming. In die zin is artikel 6:19 een bijdrage aan definitieve beslechting van het geschil.

Maar een garantie voor definitieve beslechting van het geschil is het niet. Als het nieuwe besluit wordt vernietigd en het bestuursorgaan daarna nog een nieuw

¹⁷ Er zijn uitzonderingen. Zie bijvoorbeeld artikel 83 Vreemdelingenwet 2000.

¹⁸ Ik zal het dus verder hebben over artikel 6:19. Maar in de literatuur gaat het nog vaak over de artikelen 6:18 en 6:19 en over ‘6:18-besluiten’. Dat zijn tegenwoordig dus ‘6:19-besluiten’.

besluit kan of moet nemen, is de situatie niet anders dan wanneer het oorspronkelijk bestreden besluit zou zijn vernietigd. Het blijft dan immers mogelijk dat na het nieuwe besluit een nieuwe ronde bezwaar en beroep volgt.

3.4 Het passeren van vormfouten (artikel 6:22 Awb)

Een van de nieuwigheden die de Awb bracht – ontleend aan het *Verwaltungsverfahrgesetz* – was artikel 6:22. Dat bepaalde dat in bezwaar en beroep een besluit ondanks schending van een vormvoorschrift in stand kan worden gelaten als de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. Voor bezwaar is dat een overbodige bepaling, omdat in bezwaar sowieso fouten kunnen worden hersteld – ook als het geen vormfouten zijn en ook als de belanghebbenden in eerste instantie wel zijn benadeeld – mits deze benadeling in bezwaar kan worden weggenomen.

Artikel 6:22 Awb is dus vooral van belang voor het beroep bij de bestuursrechter. Daar leidde het tot een discussie over wat eigenlijk moet worden verstaan onder een ‘vormvoorschrift’.¹⁹ Naar de letter denkt men dan aan een voorschrift dat uitsluitend de vorm van een besluit betreft, zoals het voorschrift dat een besluit zijn wettelijke grondslag, indien aanwezig, moet vermelden. De wetsgeschiedenis van de bepaling gebruikt echter de woorden ‘vormvoorschrift’ en ‘procedurevoorschrift’ voortdurend door elkaar, zodat duidelijk is dat in die verband onder vormvoorschriften ook procedurevoorschriften moeten worden begrepen. Maar ook weer niet alle procedurevoorschriften. Zo was vaste rechtspraak dat een schending van de verplichting om in de bezwaarschriftprocedure de belanghebbenden te horen (artikel 7:3 Awb) in beginsel niet met toepassing van artikel 6:22 Awb kon worden gepasseerd.²⁰ Dat werd vaak gemotiveerd met de overweging dat het horen van belanghebbenden een essentieel onderdeel van de bezwaarschriftprocedure vormt. Zo ontwikkelde zich een jurisprudentie die er in wezen op neerkwam dat bestuursrechters onderscheid gingen maken tussen belangrijke en minder belangrijke vormvoorschriften. Onnodig te zeggen, dat de afbakening tussen beide categorieën nooit heel helder is geweest.

Daar kwam nog bij dat artikel 6:22 Awb heel vaak niet expliciet werd toegepast. Het kwam vaak voor dat een bestuursrechter aan schending van een vormvoorschrift niet het gevolg van vernietiging verbond, maar vaak gebeurde dat stilzwijgend en als er wel een overweging aan werd gewijd, werd artikel 6:22 vaak niet uitdrukkelijk genoemd. Dat kwam de voorspellende kracht van de jurisprudentie ook niet ten goede.

19 N.M. van Waterschoot, ‘Het door de vingers zien van gebreken die de materiële inhoud niet raken’, *JBPlus* 2002, p. 181-194.

20 *CRvB* 4 januari 2000, *AB* 2000, 146, m.nt. HBr onder nr. 147. *ABRvS* 18 augustus 2004, *AB* 2004, 416, m.nt. NV.

3.5 Zelf in de zaak voorzien

De bestuursrechter kan bepalen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit of een gedeelte daarvan (artikel 8:72 lid 3, aanhef en onder b, Awb). In de wandeling spreekt men dan van ‘zelf in de zaak voorzien’. De bestuursrechter stelt dan, in afwijking van de hoofdregel, zelf de rechtsbetrekking tussen het bestuursorgaan en de burger vast.

Tot enkele jaren geleden kwam dit maar zelden voor. Zelfvoorzien werd gezien als een inbreuk op de traditionele rolverdeling tussen bestuur en rechter en daarom als zeer ingrijpend. Heel lang was het dan ook vaste jurisprudentie dat de bestuursrechter slechts zelf in de zaak mocht voorzien als er rechtens nog maar één besluit mogelijk was. In 2009 is deze jurisprudentie expliciet verlaten.²¹ Thans kan de bestuursrechter ook zelf voorzien als wellicht in theorie nog meer uitkomsten mogelijk zijn, mits hij de overtuiging heeft dat de uitkomst van het geschil, als het bestuursorgaan een nieuw besluit zou nemen, geen andere zou zijn en de toets aan het recht kan doorstaan. Dat doet zich voor als duidelijk is voor welke uitkomst het bestuursorgaan zou kiezen als het de opdracht zou krijgen om een nieuw besluit te nemen.²²

Toch komt zelf voorzien nog altijd niet veel voor. Het meest voor komt nog altijd het geval dat de rechter constateert dat het bestuursorgaan het bezwaar niet-ontvankelijk had moeten verklaren en dat vervolgens zelf doet. Die variant is nooit problematisch geweest, omdat de ontvankelijkheid van het bezwaar een kwestie is die de rechter geheel zelfstandig en ook ambtshalve kan en moet beoordelen. Het traditionele bezwaar dat zelf voorzien inbreuk maakt op de taakverdeling tussen bestuur en rechter, gaat in deze gevallen dus niet op.

Wel komt het sedert enige jaren vaker dan voorheen voor dat de bestuursrechter niet slechts het besluit op bezwaar – dat is in de meeste gevallen het object van het beroep bij de rechter – vernietigt, maar ook het ‘besluit in primo’²³ herroept, omdat duidelijk is wat de inhoud van een nieuw besluit op bezwaar moet of in ieder geval zal zijn. Dat is zelfvoorzien, omdat de rechter dan zelf doet wat naar zijn oordeel het bestuur had moeten doen.

Er is voorts een enkel signaal dat de bestuursrechter wat vrijmoediger met deze bevoegdheid begint om te gaan. ABRvS 15 mei 2013²⁴ betrof een oer-Nederlandse casus. Grondeigenaar Scharloo Beheer had bij wijze van erfafscheiding over een afstand van 150 meter palen midden in het water van de Kerkvaart geplaatst, om te voorkomen dat andere vaartuigen de doorvaart naar de jachthaven van Scharloo Beheer zouden hinderen. Volgens de gemeente belemmerden de palen echter het gebruik van het water overeenkomstig de bestemming (‘Water’) en was dat in strijd met de bestemmingsplanvoorschriften. Het gemeentebestuur legde daarom aan Scharloo een last onder dwangsom op om de palen te verwijderen en verklaarde

21 ABRvS 11 februari 2009, AB 2009, 224, m.nt. R. Ortlep; J.A.M. van Angeren, ‘Zelf voorzien in stroomversnelling’, JBplus 2009, p. 257-266.

22 ABRvS 21 maart 2012, AB 2012, 233, m.nt. R. Ortlep.

23 Het jargon spreekt vaak van het bob en het bip, of ook wel van *de bob* en *de bip* (omdat de eerste b ook voor ‘beslissing’ kan staan).

24 ABRvS 15 mei 2013, JB 2013/130, m.nt. L.J.M. Timmermans.

vervolgens het bezwaar daartegen ongegrond. In beroep acht de voorzieningenrechter van de rechtbank de palen niet in strijd met het bestemmingsplan. Derhalve vernietigt hij het besluit op bezwaar en herroept hij de last onder dwangsom. In hoger beroep vernietigt de Afdeling bestuursrechtspraak op haar beurt deze uitspraak. Daardoor herleeft de last onder dwangsom. De termijn om de palen te verwijderen (de begunstigingstermijn) is inmiddels echter al lang verstreken. Daardoor zou Scharloo op de dag van bekendmaking van de uitspraak van de Afdeling onmiddellijk een dwangsom van € 6.000 verbeuren. Dat vond de Afdeling kennelijk te gortig. Daarom bepaalt zij dat de palen binnen acht weken na verzending van haar uitspraak moeten worden verwijderd.

De Afdeling deed dit mede op verzoek van het gemeentebestuur, dus je zou denken: iedereen tevreden. Maar dan zijn er altijd nog annotatoren en die zijn beroepshalve altijd ontevreden. Annotator Timmermans wijst erop dat de Afdeling helemaal niet bevoegd was om een nieuwe begunstigingstermijn vast te stellen. Als gezegd, de bestuursrechter kan bepalen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit (artikel 8:72 lid 3, aanhef en onder b, Awb), maar in dit geval was er helemaal geen vernietigd besluit. De Afdeling had de door de voorzieningenrechter uitgesproken vernietiging immers juist ongedaan gemaakt!

Ik moet Timmermans toegeven dat ik daar dogmatisch geen speld tussen kan krijgen. Tegelijk is het voor mij evident dat de oplossing van de Afdeling veel redelijker en maatschappelijk adequater is dan de naar de letter van de wet correcte oplossing: volstaan met ongegrond verklaren van het inleidende beroep. Als de wet redelijke oplossingen in de weg staat, is mijn eerste conclusie altijd dat de wet aanpassing behoeft. De casus illustreert dat de appèlrechter behoefte heeft aan een iets ruimere bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien, of misschien zelfs aan een algemenere bevoegdheid om de gevolgen van zijn uitspraak in redelijke banen te leiden. Zolang die er niet is, heb ik er niet zoveel moeite mee als de rechter een tikje creatief omspringt met zijn bestaande bevoegdheden. Ik wijs er in dit verband op dat de door de Afdeling gevonden oplossing wel geheel in lijn is met recente ontwikkelingen in de wetgeving. Ook de wetgever roept de rechter de laatste jaren voortdurend op om vooral een praktische oplossing voor het geschil te vinden. De Afdeling gaat hier dus niet tegen de wil van de wetgever in, maar trekt de lijn van de wetgever door naar een geval waaraan deze niet heeft gedacht. Dat maakt toch wel verschil.

In één geval moet de bestuursrechter tegenwoordig zelfs zelf in de zaak voorzien. Sinds 1 juli 2009 moet de bestuursrechter die een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete vernietigt, ingevolge artikel 8:72a Awb zelf beslissen omtrent de op te leggen boete. Hij moet dus ofwel aangeven dat helemaal geen boete kan worden opgelegd, ofwel – als hij van oordeel is dat wel een boete moet worden opgelegd, maar een lagere – zelf het bedrag van de boete bepalen.²⁵ De wetgever heeft niet gewild dat het bestuur na een vernietiging nog de ruimte zou hebben om – onder

25 Opmerkelijk is dat de eerste beslissing doorgaans wel in de overwegingen, maar meestal niet met zoveel woorden in het dictum wordt neergelegd; er wordt dan doorgaans volstaan met het herroepen van het primaire besluit tot het opleggen van de boete.

aanvulling van het bewijs of de motivering of onder verlaging van het bedrag van de boete – opnieuw een boete op te leggen.

Dit heeft overigens maar zijdelings te maken met het streven naar definitieve geschilbeslechting. Veeleer houdt het verband met een andere ontwikkeling die zich ongeveer in dezelfde periode heeft voltrokken. Sedert het midden van de jaren negentig heeft de voordien buiten het belastingrecht maar sporadisch voorkomende bestuurlijke boete in het Nederlandse bestuursrecht een spectaculaire opmars gemaakt. Het streven van de wetgever is daarbij steeds geweest dat het recht inzake de bestuurlijke boete niet onnodig zou afwijken van het strafrecht waarvoor het veelal in de plaats kwam. Daarin paste onder meer de leer dat de boeterechter net als de strafrechter een boete niet slechts toetst, maar zelf vaststelt. Bovendien riekt het na vernietiging opnieuw opleggen van een boete te veel naar schending van het beginsel '*nemo debet bis vexari*'.

Volledigheidshalve moet tot slot van deze paragraaf worden vermeld dat op het voorgaande van oudsher één belangrijke uitzondering bestond en bestaat. Die betreft het belastingrecht. In veel Nederlandse literatuur kan men vinden dat de belastingrechter juist altijd zelf in de zaak voorziet. Dat is niet helemaal waar. Bij zaken over de inkomstenbelasting bijvoorbeeld pleegt de belastingrechter niet de belastingschuld, maar het belastbaar inkomen vast te stellen. Er komt daarna nog wel een aanslag van de (computers van de) Belastingdienst. Maar omdat dat in dergelijke gevallen niet meer is dan mechanische uitvoering van de uitspraak van de rechter, komt het op hetzelfde neer.

Pas na de invoering van het Awb-procesrecht voor belastingzaken is de Hoge Raad gaan oordelen dat zelf voorzien niet altijd mag of zelfs moet. Tegenwoordig moet de belastingrechter een zaak bijvoorbeeld in beginsel terugwijzen naar de inspecteur, als deze het bezwaar ten onrechte niet-ontvankelijk heeft geacht.²⁶ In die zin is de richting van de ontwikkeling in het belastingrecht dus tegengesteld aan die in het overige bestuursrecht. Maar dat is een zeer bescheiden ontwikkeling: in het overgrote deel van de gevallen beslecht de belastingrechter het geschil nog altijd definitief.

3.6 Rechtsgevolgen in stand laten

Al heel lang hebben bestuursrechters de bevoegdheid om na vernietiging van een besluit de rechtsgevolgen van dat besluit in stand te laten. Dat komt dus neer op een vernietiging zonder gevolgen. Ook daarvoor gold tot voor enige jaren het criterium dat er rehtens nog maar één beslissing mogelijk was, maar dat is ook voor deze bevoegdheid verlaten.²⁷

De bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten was ooit vooral bedoeld voor gevallen waarin de gevolgen van het besluit feitelijk niet meer terug te draaien waren. Een klassiek voorbeeld is de vernietiging van het strafontslag van een ambtenaar, gevolgd door de constatering dat herstel in de dienstbetrekking niet meer

²⁶ HR 22 februari 2008, BNB 2008, 113.

²⁷ ABRvS 26 maart 2008, nr. 200705490/1 (te vinden op <www.raadvanstate.nl>).

mogelijk is, omdat de functie inmiddels door een ander wordt vervuld of de verhoudingen te zeer verstoord zijn. Een ander voorbeeld is de boom die op het tijdstip van vernietiging van de kapvergunning al gekapt is.

Hoewel de bevoegdheid om de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand te laten de oudste van de hier besproken bevoegdheden is, is zij tegelijk door het moderne streven naar definitieve geschilbeslechting het meest veranderd. Veranderd in die zin dat zij veel vaker dan voorheen wordt toegepast.

Heel uitgesproken is dat bijvoorbeeld in het vreemdelingenrecht. Het komt heel vaak voor dat een vreemdeling betoogt dat de weigering van een verblijfsvergunning in strijd is met het door artikel 8 EVRM beschermde recht op ‘family life’, omdat hij een partner of gezin in Nederland heeft. De minister verwerpt dat betoog meestal. Met enige regelmaat moet de rechter constateren dat deze motivering onvoldoende is gemotiveerd. Maar in het gros van die gevallen is tevens duidelijk dat een nieuw besluit niet tot een ander resultaat zal leiden. Als de vreemdeling nimmer legaal verblijf heeft gehad – en dat is meestal het geval – volgt namelijk ook uit de jurisprudentie van het EHRM dat een dergelijk betoog slechts in uitzonderlijke gevallen kan slagen. Tegenwoordig zal de rechtbank bij een dergelijk motiveringsgebrek dan ook doorgaans de weigering van de verblijfsvergunning wel vernietigen, maar vervolgens de rechtsgevolgen van de weigering in stand laten. En als de rechtbank dat niet doet, is er een aanzienlijke kans dat de Afdeling bestuursrechtspraak het in hoger beroep alsnog doet. Dat kan de Afdeling namelijk ook ambtshalve doen. De achterliggende gedachte is dat de vreemdeling in deze gevallen met hernieuwde besluitvorming uiteindelijk niets zal opschieten.

Dezelfde trend is, zij het wellicht iets minder uitgesproken, zichtbaar op andere deelgebieden van het bestuursrecht. Ook daar wordt de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten de laatste jaren beduidend vaker gebruikt dan voorheen.

Deze groei is bij de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten veel groter dan bij de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien. Dat heeft geen diepe dogmatische achtergrond, maar houdt verband met de aard van de besluiten die aan de bestuursrechter worden voorgelegd. Dat zijn uit de aard van de zaak vaak negatieve besluiten op aanvragen. Als zo’n besluit weliswaar gebrekkig, maar inhoudelijk juist is, hoeft de rechter die het geschil definitief wil beslechten geen ander besluit voor het vernietigde besluit in de plaats te stellen. Het volstaat om de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten.

De bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten wordt ook veel vaker toegepast dan de bevoegdheid om ondanks een gebrek in het besluit met toepassing van artikel 6:22 Awb in het geheel niet te vernietigen. Tot voor kort had dat te maken met de beperkingen die in artikel 6:22 besloten liggen: het moet gaan om een vormvoorschrift en de belanghebbenden mogen niet benadeeld zijn. De eerste beperking is sinds 1 januari 2013 vervallen, maar er zijn enkele redenen waarom de bestuursrechter ook in de toekomst vaker zal kiezen voor het in stand laten van de rechtsgevolgen.

De eerste reden is dat de burger bij vernietiging recht heeft op teruggave van het betaalde griffierecht en op een forfaitaire vergoeding van proceskosten. Die reden is niet dwingend: wettelijk gezien kan de bestuursrechter ook bij verwerping van het beroep een vergoeding voor proceskosten toekennen en teruggave van het

griffierecht bevelen. Maar de praktijk is gegroeid dat dit bij verwerping van het beroep slechts bij hoge uitzondering gebeurt, terwijl het bij vernietiging bijna een automatisme is.

De tweede reden speelt in het vreemdelingenrecht slechts zelden maar bijvoorbeeld in het omgevingsrecht vaak wel. Deze heeft te maken met de mogelijkheid om vergoeding van eventuele door de onrechtmatigheid van de besluitvorming veroorzaakte schade te krijgen. Het is binnen het bestek van dit preadvies ondoenlijk om het – soms bizar complexe – Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten uiteen te zetten. De essentie is in dit verband dat een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad bij voorbaat kansloos is als het beweerdelijk schadeveroorzakende besluit niet is vernietigd. Dan wordt dat besluit namelijk per definitie geacht rechtmatig te zijn.²⁸

4 De bestuurlijke lus

4.1 Voorgeschiedenis

In paragraaf 1 is uiteengezet dat de traditionele taakopvatting van de bestuursrechter tot gevolg had dat hij de hem voorgelegde geschillen niet altijd definitief kon beslechten. In paragraaf 2 bleek dat dit de laatste vijftien jaar tot toenemende onvrede leidde. In paragraaf 3 is aangegeven dat het Nederlandse bestuursrecht traditioneel wel enige voorzieningen kende die konden bijdragen aan definitieve beslechting van geschillen, maar ook dat die niet in alle gevallen een oplossing boden. Dat heeft ook de wetgever ertoe gebracht op zoek te gaan naar nieuwe oplossingen. De eerste en wellicht meest ingrijpende oplossing die de wetgever tot stand bracht, is de zogenoemde ‘bestuurlijke lus’. Deze komt er in de kern op neer dat de bestuursrechter, als hij constateert dat het bestreden besluit een gebrek vertoont, het bestuursorgaan de gelegenheid kan bieden om dit gebrek te herstellen.

Het idee van een bestuurlijke lus is al te vinden in Schueler's dissertatie van 1994.²⁹ De uitdrukking werd gangbaar door het rapport van de commissie-Van Kemenade van 1997.³⁰ Sederdien speelde het een rol in de discussies over definitieve geschilbeslechting. Daarin werd gaandeweg duidelijk dat veel bestuursrechters in de praktijk al een soort informele bestuurlijke lus toepasten. Als tijdens de voorbereiding van de zaak of ter zitting een evident, maar herstelbaar gebrek in het bestreden besluit aan het licht kwam, kreeg het bestuursorgaan soms al een informele gelegenheid tot herstel.

28 Mij oud-collega L.M. Koenraad wees mij er ooit op dat het in stand laten van de rechtsgevolgen van een vernietigde vergunning voor de vergunninghouder ook een praktisch nadeel heeft: hij moet dan bij een volgende controle niet slechts de vergunning, maar eigenlijk ook de rechterlijke uitspraak laten zien. Dat speelt echter voor zover ik weet tot dusver geen rol bij de afweging die bestuursrechters maken.

29 B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien: over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

30 *Bestuur in geding*, rapport van een werkgroep onder voorzitterschap van J.A. van Kemenade, Haarlem 1997.

Een bekend voorbeeld houdt verband met de taakverdeling tussen de burgemeester en het college van burgemeester en wethouders volgens de Gemeentewet. Ruwweg gaat de burgemeester over de openbare orde in ruime zin en het college over de rest. Maar een gemeente heeft maar één ambtelijk apparaat en net als bij andere bestuursorganen worden de meeste besluiten krachtens mandaat door ambtenaren genomen. In de praktijk hebben sommige ambtenaren daarom zowel een mandaat van de burgemeester als een mandaat van het college. Daardoor komt het wel eens voor dat een besluit dat tot de bevoegdheid van de burgemeester behoort, bij vergissing namens het college wordt ondertekend of andersom. Dat gebrek kan niet met toepassing van artikel 6:22 Awb worden gepasseerd, want strikt genomen is het geen vorm- maar een bevoegdheidsgebrek. Maar anderzijds is er meestal niets aan de hand. Er is doorgaans geen sprake van dat het ene orgaan de bevoegdheid van het andere usurpeert; het is meestal gewoon een administratieve vergissing. In dergelijke gevallen zal een vernietiging wegens onbevoegdheid voorspelbaar niet leiden tot een materieel andere uitkomst, maar slechts tot tijdverlies.

Op zich kon dit probleem worden opgelost door het besluit te vernietigen, maar de rechtsgevolgen in stand te laten. Maar soms koos de bestuursrechter ervoor om het bestuursorgaan door middel van een griffiersbriefje of mondeling ter zitting op het gebrek te attenderen. Doorgaans leidde dat ertoe dat het bestuursorgaan alsnog een besluit met de correcte ondertekening toezond. Dat kon dan ingevolge artikel 6:19 Awb bij de beoordeling van het beroep worden betrokken. Op soortgelijke wijze werden ook al wel andere gebreken hersteld.

Deze werkwijze speelde zich echter nogal in het verborgene af. Dat en waarom een gelegenheid tot herstel was geboden, was meestal niet kenbaar uit de uitspraak van de bestuursrechter en dus voor de buitenwereld niet controleerbaar. Niet onwaarschijnlijk is ook dat er tussen verschillende bestuursrechters, zelfs binnen één college, grote verschillen bestonden in de mate waarin zij van deze informele mogelijkheden gebruikmaakten of wilden maken. Daardoor was een en ander voor partijen ook nogal onvoorspelbaar.

Er was ook geen *communis opinio* hoe ver men daarbij kon gaan. Neem bijvoorbeeld een omgevingsvergunning voor van het bestemmingsplan afwijkend gebruik, die berust op onderzoek naar de gevolgen van de geluidsoverlast voor omwonenden, de parkeerdruk in de straat en de verkeersveiligheid. Kon de rechter dan een informele herstelmogelijkheid bieden als het akoestisch onderzoek onvolledig bleek en aanvulling behoefde? Door het informele karakter van de praktijk zijn dergelijke vragen destijds nooit uitgediscussieerd.

Gaandeweg kwam er ook een roep om een wettelijke regeling van de bestuurlijke lus. Aanvankelijk gebeurde dat in bijzondere wetten. De eerste regeling werd opgenomen in de Wet milieubeheer, in het kader van de implementatie van de EG-richtlijn

handel in broeikasgasemissierechten.^{31,32} De regeling voorzag in een nationaal toewijzingsbesluit, waartegen beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak openstond. De richtlijn schreef dwingend voor dat de besluitvorming binnen een bepaalde periode, namelijk voor de aanvang van de handelsperiode, onherroepelijk moest zijn. Voorzienbaar was dat dat op de gewone manier niet zou lukken in het geval dat de Afdeling het plan (gedeeltelijk) zou vernietigen. Daarom bevatte de implementatiewetgeving een nieuw artikel 20.5a van de Wet milieubeheer, dat de Afdeling verplichtte om bij een gegrond beroep tegen het toewijzingsbesluit een bestuurlijke lus toe te passen. Bij het eerste toewijzingsbesluit is deze ook toegepast,³³ en met succes: in haar einduitspraak³⁴ oordeelde de Afdeling dat het aanvankelijk geconstateerde gebrek was hersteld, waardoor het gehele besluitvormingstraject tijdig was afgerond.³⁵

4.2 De regeling in de Awb³⁶

Toen de uitspraak in de broeikasgasemissierechtenzaak (wat een woord!) werd gedaan, had de regering inmiddels al aangekondigd dat er ook een algemene regeling van de bestuurlijke lus zou komen, in de Algemene wet bestuursrecht.³⁷ Die zou worden opgenomen in het wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht (waarover meer in de volgende paragraaf). Dat duurde de Tweede Kamer echter te lang. Kennelijk overtuigd van het nut van de nieuwe figuur, aanvaardde zij omstreeks die tijd bij een aantal wetsvoorstellen (zoals een wijziging van de Tracéwet, de Spoedwet wegverbreding en de Wet ruimtelijke ordening)³⁸ amendementen die de mogelijkheid van een bestuurlijke lus aan de desbetreffende wetten toevoegden.

Bij al die wetsvoorstellen betoogde de regering dat het beter was om de algemene regeling af te wachten, om een verbrokkelde regeling met nodeloze verschillen tussen verschillende wetten te voorkomen. Dat betoog heeft die amendementen meestal niet tegengehouden, maar kennelijk toch wel enige indruk gemaakt. Kort daarna nam de Tweede Kamer zelf het initiatief voor een regeling van de bestuurlijke lus in de Awb. De Kamerleden Vermeij (PvdA), Koopmans (CDA) en Neppérus (VVD) dienden daartoe op 28 februari 2008 een initiatiefwetsvoorstel in.³⁹ Omdat de partijen van de drie indieners destijds een meerderheid in beide Kamers hadden,

31 Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad (PbEU 2003, L 275).

32 Zie de Wet van 30 september 2004, Stb. 2004, 511 en 516.

33 Zie de tussenuitspraak van 8 april 2005, JB 2005/129.

34 ABRvS 9 september 2005, JB 2005/291, m.nt. MP.

35 Ik heb overigens de indruk dat niet alle lidstaten zich even druk maakten over het halen van die besluitvormingstermijn.

36 Zie voor commentaar onder meer B.J. van Etteken en A.P. Klap, 'De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus', JBplus 2010, p. 193. J.E.M. Polak, 'Effectieve geschilbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten', NTB 2011, p. 6.

37 Zie reeds de nota Naar een slagvaardig bestuursrecht, Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 16, p. 5-6 en het voorontwerp aanpassing bestuursprocesrecht van 15 mei 2006.

38 Kamerstukken II 2008/09, 31 456.

39 Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 1-3.

kon dat wetsvoorstel rekenen op een vlotte parlementaire behandeling. De regeling trad op 1 januari 2010 in werking en werd op 12 januari 2010 voor het eerst toegepast door de Rechtbank Breda.⁴⁰

De kern van de regeling is dat een bestuursrechter een bestuursorgaan bij tussenuitspraak in de gelegenheid kan stellen (artikel 8:51a Awb), dan wel kan opdragen (artikel 8:51d Awb) om een gebrek in het bestreden besluit te herstellen. Er staat ‘kan’. Het is dus een discretionaire bevoegdheid van de bestuursrechter, al moet deze inmiddels wel worden gelezen in verbinding met artikel 8:41a Awb, dat de bestuursrechter opdraagt het geschil zoveel mogelijk definitief te beslechten. Dat is een aansporing – maar ook niet meer dan dat – om de bestuurlijke lus toe te passen als dat het geschil zou kunnen beslechten.

De wet stelt één beperking aan deze bevoegdheid. De bestuursrechter kan geen bestuurlijke lus toepassen als ‘belanghebbenden die niet als partij aan het geding deelnemen daardoor onevenredig kunnen worden benadeeld’ (artikel 8:51a lid 1, tweede volzin, Awb). Deze beperking is aangebracht bij amendement-De Wit.⁴¹ De praktische betekenis is niet groot. Als het besluit moet worden gewijzigd om het gebrek weg te nemen, moeten belanghebbenden daarbij sowieso worden betrokken op dezelfde voet als bij het oorspronkelijke besluit, tenzij de rechter anders bepaalt (artikel 8:72 lid 4, aanhef en onder a, Awb). Het is dan ook moeilijk een voorbeeld te bedenken van een geval waarin het amendement-De Wit zich tegen toepassing van de bestuurlijke lus zou verzetten. Misschien moet worden gedacht aan een geval waarin de besluitvorming zo gebrekkig is geweest, dat de bestuursrechter de belangenconstellatie niet eens kan overzien. Maar dan zal hij veelal ook niet precies kunnen aangeven wat nodig is om het gebrek te herstellen – of zelfs niet weten of het gebrek herstelbaar is.

Op één punt splitst de regeling zich als het ware in twee delen. Artikel 8:51a lid 1, eerste volzin, Awb bepaalt dat de bestuursrechter het bestuursorgaan ‘in de gelegenheid kan stellen’ om een gebrek te herstellen. Dat is geschreven voor de rechtbank. Bij de rechtbank is het bestuursorgaan niet verplicht om te proberen het gebrek te herstellen. Het kan ook de einduitspraak van de rechtbank afwachten en daartegen hoger beroep instellen op de grond dat er helemaal geen gebrek is. Bij een bestuursrechter die in hoogste aanleg oordeelt, heeft het bestuursorgaan die optie niet. Daarom kan een dergelijke bestuursrechter het bestuursorgaan niet slechts in de gelegenheid stellen, maar ‘opdragen’ om het gebrek te herstellen (artikel 8:51d lid 1, eerste volzin, Awb).

De bestuursrechter geeft de gelegenheid of opdracht tot herstel bij tussenuitspraak (artikel 8:80a Awb). Dat is een figuur die voor de introductie van de bestuurlijke lus niet in de wet voorkwam. Sterker nog, ooit werd de ‘uniteit’ van het bestuursrechtelijk proces als een beginsel van bestuursprocesrecht gezien. Niettemin deed de bestuursrechter ook voorheen wel eens tussenuitspraken, namelijk als hij pre-judiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie stelde. Die variant is opvallend

40 Thans de Rechtbank Zeeland-West-Brabant. Zie Rb. Breda 12 januari 2010, ECLI:NL:RBBRE:BL1100.

41 Kamerstukken II 2008/09, 31 352, nr. 13.

genoeg nog steeds niet wettelijk geregeld, maar de tussenuitspraak in het kader van de bestuurlijke lus wel. Veel heeft die wettelijke regeling overigens niet om het lijf. Slechts enkele voorschriften zijn van belang.

Ten eerste moet de tussenuitspraak niet slechts het gebrek omschrijven, maar ook de wijze waarop het moet worden hersteld (artikel 8:80a lid 2 Awb). In de praktijk ligt daarop het accent. Het dictum van de tussenuitspraak pleegt zo precies mogelijk te omschrijven wat het bestuursorgaan moet doen om het bestreden besluit alsnog te redden. Daarvoor moet een termijn worden gesteld (artikel 8:51a lid 2, eerste volzin, Awb). In de praktijk variëren deze hersteltermijnen van enkele weken tot enkele maanden. De hersteltermijn kan worden verlengd (artikel 8:51a lid 2, tweede volzin, Awb). Bestuursorganen vragen daar regelmatig om, maar de rechter is daar in de praktijk terecht nogal terughoudend mee.

Als de bestuursrechter een besluit vernietigt, kan hij tegenwoordig bepalen dat de procedure ter voorbereiding van een nieuw besluit niet helemaal, maar slechts gedeeltelijk opnieuw behoeft te worden doorlopen (artikel 8:72 lid 4, aanhef en onder a, Awb). Deze bevoegdheid heeft hij ook bij een tussenuitspraak (artikel 8:80a lid 3 jo. 8:72 lid 4, aanhef en onder a, Awb). Juist bij een tussenuitspraak kan die bevoegdheid immers tegemoetkomen aan de wens van de wetgever om herhaling van zetten te voorkomen. Als de rechter bijvoorbeeld bij een besluit dat openbaar is voorbereid, oordeelt dat uitsluitend de gevolgen voor de geluidhinder op nabij gelegen woningen onvoldoende zijn onderzocht, zou hij kunnen bepalen dat uitsluitend dat akoestisch onderzoek opnieuw moet worden gedaan en opnieuw ter inzage moet worden gelegd, om te voorkomen dat ook de discussie over stankhinder en verkeersveiligheid weer wordt heropend. Als hij oordeelt dat slechts de geluidsbelasting op een bepaalde woning niet deugdelijk is onderzocht, zou hij kunnen bepalen dat uitsluitend die geluidsbelasting opnieuw moet worden onderzocht en dat uitsluitend de bewoner van die woning daarop opnieuw moet kunnen reageren.

Tegen een tussenuitspraak van de rechtbank staat in beginsel hoger beroep open, maar slechts tegelijk met de einduitspraak (artikel 8:104 lid 3, aanhef en onder a, Awb). Zo nodig kan de bestuursrechter bij de tussenuitspraak een voorlopige voorziening treffen om onherstelbaar nadeel te voorkomen (artikel 8:80b lid 3 Awb). Nu kon de bestuursrechter dat desgevraagd altijd al (artikel 8:81 Awb), zodat moet worden aangenomen dat hij een dergelijke voorlopige voorziening zo nodig ook ambtshalve kan treffen (vgl. artikel 8:72 lid 5 Awb).

De wet regelt niet wat onder ‘herstel’ moet worden verstaan. In de praktijk kan het daarbij gaan om een wijziging van het besluit – dat de bestuursrechter dan ingevolge artikel 6:19 Awb (jo. artikel 6:24 Awb) moet beoordelen – maar ook om een aanvullende motivering, waarbij de rechtsgevolgen van het besluit ongewijzigd blijven. Als de rechter in de tussenuitspraak oordeelt dat het bestuursorgaan onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar bepaalde bij het besluit betrokken belangen, zal het herstel inhouden dat dit onderzoek alsnog of opnieuw wordt gedaan. Dat sluit echter niet uit dat de conclusie uit dit nadere onderzoek is dat het bestreden besluit inhoudelijk juist was.

Als de rechtbank een tussenuitspraak doet, moet het bestuursorgaan de rechter zo spoedig mogelijk mededelen of het gebruikmaakt van de mogelijkheid om het gebrek te herstellen (artikel 8:51b lid 1 Awb). Dit geldt niet als de bestuursrechter

in hoogste aanleg een tussenuitspraak doet, want dan heeft het bestuursorgaan geen keus. Als het bestuursorgaan overgaat tot herstel, moet het de rechter mededelen hoe het gebrek is hersteld (artikel 8:51b lid 2 Awb), waarna de andere partijen daarop kunnen reageren (artikel 8:51b lid 3 Awb). Vervolgens moet de rechter partijen mededelen hoe het beroep verder zal worden behandeld. Dat geldt ook als het bestuursorgaan laat weten niet tot herstel over te gaan of de hersteltermijn ongebruikt laat verstrijken (artikel 8:51c Awb).

De eerste beslissing die de bestuursrechter over de verdere behandeling van de zaak moet nemen, is of een tweede⁴² zitting nodig is. Artikel 8:57 lid 2 Awb geeft daarvoor een regeling die erop neerkomt dat die tweede zitting in veruit de meeste gevallen niet nodig is. Als het bestuursorgaan geen gebruik maakt van de gelegenheid tot herstel of niet op tijd reageert, mag de rechter zonder tweede zitting beslissen. Hetzelfde geldt als het bestuursorgaan een herstelactie heeft ondernomen en de andere partij(en) daarop schriftelijk heeft of hebben gereageerd. Als er een herstelactie is en de andere partij(en) niet (tijdig) heeft of hebben gereageerd, moet de rechter nagaan of een partij door het achterwege blijven van een tweede zitting kunnen worden benadeeld, aldus artikel 8:57 lid 2, aanhef en onder d, Awb. Dat is goed beschouwd echter een rare, want overbodige bepaling. Ook in de andere gevallen is de bestuursrechter nimmer verplicht, maar slechts bevoegd om van een tweede zitting af te zien. Het spreekt vanzelf dat hij bij de beslissing om die bevoegdheid al dan niet te gebruiken, *altijd* acht moet slaan op de belangen van partijen. Dat neemt overigens niet weg dat naar mijn indruk in de praktijk in de meeste gevallen geen tweede zitting plaatsvindt.

4.3 De einduitspraak na de tussenuitspraak⁴³

De volgende vraag waar de bestuursrechter voor staat, is uiteraard hoe de einduitspraak moet luiden. Uit de wet volgt dat de rechter bij zijn einduitspraak is gebonden aan de tussenuitspraak (artikel 8:80a lid 3 jo. 8:119 Awb). Uit de toepasselijkheid van artikel 8:119 Awb volgt dat slechts van de tussenuitspraak kan worden afgeweken op de gronden waarop ook een onherroepelijke einduitspraak kan worden herzien. Als de rechter in de tussenuitspraak over een bepaalde beroepsgrond een oordeel zonder voorbehoud heeft gegeven, kan hij daar dus in de einduitspraak niet meer van terugkomen. Dat is een vanzelfsprekende eis van rechtszekerheid. Het gaat niet aan om een bestuursorgaan in een tussenuitspraak op een bepaald punt gelijk te geven – en dus op dat punt geen herstel te vragen – en dan in de einduitspraak te oordelen dat het besluit toch op dat punt sneuvelt. Evenmin is het acceptabel om de burger in een tussenuitspraak blij te maken met het oordeel dat het besluit een gebrek vertoont, om dan in de einduitspraak te oordelen dat dat bij nader inzien helemaal geen gebrek is.

⁴² Ik ga er hier van uit dat de tussenuitspraak na behandeling van de zaak ter zitting wordt gedaan. Wettelijk kan de bestuursrechter ook al voor de behandeling ter zitting een tussenuitspraak doen (art. 8:80b lid 1 Awb), maar dat komt in mijn waarneming zelden of nooit voor.

⁴³ Zie ook L.M. Koenraad en J.L. Verbeek, 'Finaliseren doe je zo!', NTB 2011, p. 69.

Daarin ligt nog iets anders besloten, dat niet in de wet staat, maar door de regering tijdens de parlementaire behandeling werd benadrukt: het is wenselijk dat de rechter in de tussenuitspraak zoveel mogelijk op alle beroepsgronden beslist.⁴⁴ Dat voorkomt dat het bestuursorgaan een herstelactie onderneemt, om vervolgens te horen dat het besluit toch op een andere grond sneuvelt.

De rechtspraak maakt tot dusver wel het voorbehoud, dat de gebondenheid aan de tussenuitspraak in zeer bijzondere gevallen uitzondering kan lijden. Een voorbeeld daarvan is de uitspraak van de Rechtbank Roermond⁴⁵ van 30 september 2011.⁴⁶ In die zaak had de rechtbank in de tussenuitspraak verwezen naar een eerdere uitspraak van haarzelf, waarin zij had geoordeeld dat de uitbreiding van een café niet in strijd was met het bestemmingsplan. In de einduitspraak moest zij echter constateren dat die eerdere uitspraak inmiddels door de appèlrechter was vernietigd. Daardoor zag zij zich genoodzaakt er in haar einduitspraak, anders dan in de tussenuitspraak, van uit te gaan dat de uitbreiding wel in strijd was met het bestemmingsplan. Dat ligt ook voor de hand, omdat anders die einduitspraak gegarandeerd in hoger beroep vernietigd zou zijn.

Maar wat moet nu het dictum van de einduitspraak zijn? Het eenvoudigste geval is dat waarin een bestuursorgaan de rechtbank laat weten dat het geen gebruik zal maken van de mogelijkheid om het gebrek te herstellen, dan wel het gebrek niet tijdig herstelt. Dan zal de rechtbank op grond van het in de tussenuitspraak geconstateerde gebrek het beroep gegrond moeten verklaren en het bestreden besluit moeten vernietigen. Het ligt niet voor de hand dat de rechtbank dan nog de rechtsgevolgen in stand gaat laten of zelf in de zaak gaat voorzien. Als dat gelet op de aard van het gebrek mogelijk was, had de rechtbank die bevoegdheden moeten inzetten in plaats van de bestuurlijke lus.

De volgende mogelijkheid is dat het bestuursorgaan het gebrek inderdaad herstelt. De overheersende praktijk is thans, dat de rechter dan bij einduitspraak het bestreden besluit vernietigt, maar de rechtsgevolgen in stand laat. Dat is niet helemaal vanzelfsprekend. Denkbaar zou ook zijn geweest, dat de rechter het beroep alsnog ongegrond zou verklaren, omdat het aanvankelijk geconstateerde gebrek inmiddels is weggenomen. Dat zou echter verhullen, dat het besluit aanvankelijk wel degelijk een gebrek vertoonde, zodat het beroep in zoverre terecht is ingesteld.

Echt interessant wordt het als de bestuursrechter tot het oordeel komt dat de herstelactie van het bestuursorgaan ontoereikend is. Met andere woorden: dat het bestreden besluit nog steeds een gebrek vertoont. Ook in dat geval zal de rechter het besluit in ieder geval moeten vernietigen. Maar daarna staan hem weer alle dicta ter beschikking die hij zou hebben gehad als hij meteen had vernietigd. Zelfs een tweede bestuurlijke lus is niet uitgesloten, al roept de regering in de wetsgeschiedenis om begrijpelijke redenen op om daar terughoudend mee te zijn.⁴⁷

44 Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 3, p. 7 en 15.

45 Thans Rechtbank Limburg.

46 Rb. Roermond (thans Rechtbank Limburg) 30 september 2011, JB 2011/246, m.nt. H.P. Wiersema.

47 Kamerstukken II 2008/09, 31 352, nr. 8, p. 14.

4.4 De omvang van het geding na de tussenuitspraak

Een probleem dat nog niet helemaal is uitgekristalliseerd, is wat precies de omvang van het geding is na de tussenuitspraak. Het uitgangspunt in het Nederlandse bestuursprocesrecht is, dat de omvang van het geding wordt bepaald door de beroepsgronden. Ambtshalve beoordeelt de rechter slechts kwesties van openbare orde en dat zijn er maar weinig, namelijk:

- de bevoegdheid van de rechter en de ontvankelijkheid van het beroep;
- de ‘harde buitengrenzen’ van de bevoegdheid van het bestuursorgaan;
- schending van fundamentele beginselen van een behoorlijk proces.

Een volgende vraag is dan tot op welk tijdstip in de procedure nieuwe beroepsgronden kunnen worden ingebracht. Deze vraag valt in tweeën uiteen. In de eerste plaats kan zij worden begrepen als een vraag naar de verhouding tussen eerste aanleg en hoger beroep. Dan is er een duidelijk verschil tussen de Afdeling bestuursrechtspraak en de overige hogerberoepsrechters:⁴⁸ van de Afdeling mogen beroepsgronden niet voor het eerst in hoger beroep worden ingebracht, van de overige appèlrechters in beginsel wel.

Daarnaast speelt ook binnen elke instantie (dus binnen het beroep in eerste aanleg en binnen het hoger beroep) de vraag tot op welk tijdstip een partij nog nieuwe beroepsgronden mag aanvoeren. Dan zien wij een gevarieerd beeld. In twee gevallen zijn er wettelijke beperkingen. Voor het hoger beroep in vreemdelingenzaken bestaat een afwijkend procesrecht met een zogenoemd grievenstelsel. Onderdeel daarvan is dat alle grieven op straffe van niet-ontvankelijkheid meteen bij het instellen van hoger beroep moeten worden voorgedragen (zie artikel 85 Vreemdelingenwet 2000). Voor zaken waarop de Crisis- en herstelwet (Chw, zie de volgende paragraaf) van toepassing is, geldt dat na afloop van de beroepstermijn geen nieuwe beroepsgronden meer kunnen worden aangevoerd (artikel 1.6a Chw). Voorts geldt voor één categorie zaken een jurisprudentiële beperking. In zaken waarin de Afdeling een deskundigenadvies vraagt aan de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (StAB; dit betreft een deel van de zaken op het gebied van het omgevingsrecht), kunnen drie weken nadat het advies is gevraagd geen beroepsgronden meer worden ingediend.⁴⁹ Anders kan de adviseur de nieuwe beroepsgrond redelijkerwijs niet meer meenemen in het advies en een aanvullend advies vragen zorgt voor te veel vertraging.

In alle andere zaken kunnen gedurende de instantie nog nadere beroepsgronden worden aangevoerd voor zover ‘de goede procesorde’ zich daartegen niet verzet. Dat wil in de praktijk vooral zeggen dat het niet zo laat mag dat de andere partij(en) zich redelijkerwijs niet meer behoorlijk kunnen verweren. Dit abstracte criterium wordt echter door de verschillende bestuursrechters nogal verschillend ingevuld. De belastingrechter is het soepelst: daar kunnen zelfs ter zitting nog geheel nieuwe gronden worden aangevoerd. De Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het

⁴⁸ Voor de Belgische collegae: dat is in Nederland sedert 1 januari 2013 een wettelijke term: zie art. 1:4 lid 2 Awb.

⁴⁹ ABRvS 29 februari 2012, nr. 201010089/1/T1/A4 (<www.raadvanstate.nl>).

bedrijfsleven zijn iets minder soepel en de Afdeling is het strengst. Bij de Afdeling moet een partij – behalve wellicht in zaken over bestraffende sancties – niet proberen om ter zitting nog met een nieuwe beroepsgrond te komen, want dan wordt zij door de zittingsvoorzitter onmiddellijk de mond gesnoerd. Terecht overigens, wat mij betreft, want ik heb nooit begrepen waarom niet van partijen mag worden verlangd dat zij hun kaarten tijdig op tafel leggen. De veelgehoorde tegenwerping dat partijen in het bestuursrecht zonder professionele rechtsbijstand mogen procederen – en dat feitelijk ook regelmatig doen – berust op een misverstand over wat een beroepsgrond is. Een beroepsgrond hoeft helemaal geen juridisch betoog in te houden. Een partij moet gewoon vertellen wat hem dwars zit. Zij mag daar altijd nog een andere juridische redenering onder schuiven, zelfs ter zitting, want de rechter moet sowieso ambtshalve de rechtsgronden van het beroep aanvullen (artikel 8:69 lid 2 Awb). ‘Het vergunde bedrijf veroorzaakt bij mijn woning geen 40 maar 60 dB(A)’ is een beroepsgrond. Waar in de bizar complexe milieuregelgeving precies staat dat 60 dB(A) niet mag, mag de partij ook nog ter zitting uitleggen en zelfs dat hoeft strikt genomen niet, omdat de rechter wordt geacht dat zelf te weten.⁵⁰

Hoe ligt een en ander nu als de rechter een tussenuitspraak doet? Ik zou als uitgangspunt willen verdedigen dat na een tussenuitspraak geen nieuwe beroepsgronden meer kunnen worden aangevoerd. De Afdeling heeft dit aanvaard voor het geval het gebrek is hersteld door een nadere motivering, zonder dat een nieuw besluit wordt genomen,⁵¹ maar ik zou het algemener willen stellen. Dit vloeit in mijn opvatting niet zozeer voort uit de goede procesorde – behalve als men die zeer algemeen en abstract opvat – maar uit de aard van de tussenuitspraak. Een tussenuitspraak sluit het geding voor het grootste deel af en zet het slechts op een beperkt, in die uitspraak omschreven, punt voort. Dus behoort in een ordentelijke procedure het vervolg alleen nog maar over dat punt te gaan. Dat is voor mij eigenlijk vanzelfsprekend en ook helemaal niet specifiek voor de bestuurlijke lus. Als de rechter in een tussenuitspraak prejudiciële vragen stelt aan het Hof van Justitie van de EU, moet een partij het ook niet in haar hoofd halen om bij de voortzetting van het geding na ontvangst van de antwoorden van het Hof nog een geheel nieuwe kwestie aan te snijden.

Er is echter een complicatie. Ook die is eigenlijk niet specifiek voor de bestuurlijke lus. Als het bestuursorgaan hangende beroep het bestreden besluit wijzigt of vervangt, moet de bestuursrechter ook dit nieuwe besluit beoordelen (artikel 6:19 Awb). Dat moet zolang het nieuwe besluit voor de sluiting van het onderzoek ter zitting wordt genomen – ook al is dat vlak daarvoor. Een besluit dat een dag voor de zitting wordt genomen, moet evengoed worden beoordeeld als een besluit dat een maand voor de zitting is genomen.

Dit geldt ook, als het besluit nieuwe kwesties aansnijdt. Dat komt voor. Het bestuursorgaan wijzigt bijvoorbeeld niet alleen de vergunningvoorschriften over geluidhinder, maar voegt – op grond van nieuw beleid of simpelweg omdat het dat eerder is vergeten – ook nog een nieuw voorschrift ter voorkoming van stankhinder

50 *Ius curia novit*, immers. Dat het, zoals iedere advocaat weet, in de praktijk geen kwaad kan om de juridische kennis van de rechter nog even op te frissen, maakt dat principieel niet anders.

51 ABRvS 29 augustus 2012, nr. 200909837/1/R4 (<www.raadvanstate.nl>).

toe. Dat is onhandig, maar niet per se verboden. In zo'n geval moet de rechter desgevraagd ook dit nieuwe voorschrift beoordelen. Als de rechter het moet beoordelen, moeten partijen zich erover kunnen uitlaten. Langs die weg kunnen nog in een laat stadium nieuwe kwesties tot het geding gaan behoren.

Dit doet zich ook bij toepassing van de bestuurlijke lus voor. Herstel van het in de tussenuitspraak benoemde gebrek geschiedt immers vaak door een nieuw besluit in de zin van artikel 6:19 Awb. Maar ook als het herstel slechts een nadere motivering vergt, kan dit probleem zich voordoen. Want ook dan blijkt het voor te komen dat het bestuursorgaan zich bijvoorbeeld op een andere weigeringsgrond beroept. Partijen moeten zich over deze nadere motivering en dus ook over deze nieuwe weigeringsgrond kunnen uitlaten (artikel 8:51b lid 3 Awb) en kunnen dus in zoverre nadere beroepsgronden inbrengen. Dat is een voorbeeld van een algemener fenomeen: in het streven naar definitieve beslechting van het geschil wordt soms de regel dat de rechter besluiten 'ex tunc' toetst, enigszins gerelativeerd. De keerzijde daarvan is dat de kans dat de rechter hangende het beroep met nieuwe kwesties wordt geconfronteerd, ook toeneemt.

4.5 Slot

Het idee van een bestuurlijke lus werd aanvankelijk met de nodige scepsis ontvangen, vooral ook binnen de rechterlijke macht. Een veelgehoord bezwaar was dat het maar een onnodige formalisering van een al bestaande praktijk was. Inmiddels lijkt het tij enigszins gekeerd. Een systematische evaluatie ontbreekt nog, maar inmiddels wordt de bestuurlijke lus regelmatig toegepast. Wel zijn er wederom de nodige verschillen tussen de verschillende bestuursrechters. De bestuurlijke lus wordt het vaakst toegepast door de Afdeling en de rechtbanken, minder vaak door het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Centrale Raad van Beroep en vrijwel niet door de belastingrechter. Dat laatste is echter verklaarbaar doordat de belastingrechter zichzelf veel vaker dan de andere rechters in staat acht om het geschil definitief te beslechten door zelf in de zaak te voorzien door zelf de omvang van de belastingschuld vast te stellen.

Een belangrijke les die ondergetekende uit ruim twee jaar praktijk bij de Afdeling heeft getrokken is voorts dat de bestuurlijke lus het best werkt als het besluit een relatief klein, overzichtelijk gebrek vertoont, zodat de rechter vrij precies kan aangeven wat nodig is om het gebrek te herstellen en het bestuursorgaan dat ook binnen een relatief kort termijn – hooguit enkele maanden – kan doen. Als er echt veel schort aan het besluit en het dus bij hernieuwde besluitvorming nog alle kanten op kan gaan, is het risico dat ook het nieuwe besluit de rechterlijke toets niet kan doorstaan te groot en neemt bovendien de rechter de regie over de besluitvorming te veel over. Maar dat neemt niet weg dat de bestuurlijke lus zich inmiddels een vaste, zij het bescheiden plaats in het arsenaal van de bestuursrechter heeft verworven.

5 De Crisis- en herstelwet en de Wet aanpassing bestuursprocesrecht

5.1 Inleiding

Het streven naar definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter heeft al geruime tijd ook de aandacht van de wetgever. In dit hoofdstuk bespreek ik twee recente wetten die daaraan een bijdrage willen leveren: de Crisis- en herstelwet en de Wet aanpassing bestuursprocesrecht. Deze twee wetten vertonen enige overlap. Om die overlap te begrijpen is een korte schets van de voorgeschiedenis nodig.

De Wet aanpassing bestuursprocesrecht (Wab) is grotendeels in werking getreden op 1 januari 2013 en voor een gedeelte dat voor dit preadvies niet van belang is op 1 juli 2013. Het is, zoals de naam al zegt, een verzamelwet die allerlei vernieuwingen van het bestuursprocesrecht bevat. Deze wet heeft een lange voorbereidingstijd gekend. Een voorontwerp verscheen al in 2006. Het werk aan de wet kreeg echter onvoldoende prioriteit en vlotte daardoor niet erg. Dit heeft tot gevolg gehad dat een aantal onderwerpen die volgens iemand meer haast hadden, in andere wetsvoorstellen zijn ondergebracht. Dit was bijvoorbeeld het geval met de in het vorige hoofdstuk besproken bestuurlijke lus. De regering had al het voornemen daarvoor een wettelijke regeling tot stand te brengen, maar omdat dat volgens de Tweede Kamer niet snel genoeg ging, is zij uiteindelijk in een initiatiefwetsvoorstel geregeld.

De Crisis- en herstelwet (Chw) is in werking getreden op 31 maart 2010.⁵² Toen eind 2008 de wereldwijde financiële crisis uitbrak, werd al snel duidelijk dat ook de Nederlandse economie en met name de voor die economie zeer belangrijke bouwsector forse schade zou oplopen. Daarom besloot het toenmalige kabinet in het voorjaar van 2009 om een wetsvoorstel te maken dat tot doel had de besluitvorming over een aantal infrastructurele en andere bouwprojecten te versnellen. Dat wetsvoorstel kreeg de allerhoogste prioriteit en is daardoor in recordtempo tot stand gebracht. Het werd op Prinsjesdag 2009 ingediend.⁵³

Ook de Chw is een verzamelwet. Zij bestaat deels uit zelfstandige regelingen en deels uit wijzigingen van een groot aantal wetten, vooral op het gebied van het omgevingsrecht in ruime zin. Die sloten deels aan bij de al jaren lopende discussies over ‘complexe besluitvorming’ over infrastructuur. Uit die discussies was onder meer naar voren gekomen dat een deel van de knelpunten op het gebied van het bestuursprocesrecht lag. Daarom bood de minister van Justitie aan om in de Chw ook enkele wijzigingen van het bestuursprocesrecht op te nemen. Dat waren voor een belangrijk deel wijzigingen die al bedacht waren in het kader van het proces van voorbereiding van de Wet aanpassing bestuursrecht. Die zouden via de Chw in de tijd naar voren kunnen worden gehaald.

Althans gedeeltelijk. Hoofdstuk 1 van de Chw, waarin de bestuursprocesrechtelijke bepalingen waren opgenomen, gold niet voor het gehele bestuursrecht, maar slechts voor – kort gezegd – de besluitvorming over in de bijlagen bij de wet genoemde of omschreven projecten of categorieën van projecten. Het effect was

⁵² Stb. 2010, 135-137.

⁵³ Kamerstukken II 2009/2010, 32 127, nr. 1-4.

dus, dat een aantal voorgenomen hervormingen van het bestuursprocesrecht als het ware ‘op proef’ werden ingevoerd voor een deel van het bestuursrecht, vooruitlopend op de invoering voor het gehele bestuursrecht via de Wab. Inmiddels zijn enkele van de procesrechtelijke bepalingen van de Chw ook al weer vervallen ten faveure van algemene bepalingen in de Awb, die bij de Wab zijn ingevoerd. Dat geldt echter niet voor alle procesrechtelijke bepalingen van de Chw. Tot op zekere hoogte geldt dus ook vandaag nog een apart procesrechtelijk regime voor ‘Chw-zaken’. Het belangrijkste en meest controversiële voorbeeld is dat artikel 1.4 Chw het recht van decentrale overheden om in beroep te gaan tegen besluiten van de centrale overheid in belangrijke mate beperkt.

Hieronder worden de voor het onderwerp van dit preadvies relevante wijzigingen besproken die de Chw en de Wab in het Nederlandse bestuursprocesrecht hebben aangebracht. Dat zijn:

- een nieuw artikel 6:19 Awb (nieuwe besluiten hangende beroep);
- een nieuw artikel 6:22 Awb (passeren van gebreken waardoor belanghebbenden niet zijn benadeeld);
- artikel 8:41a Awb (inspanningsverplichting tot definitieve geschilbeslechting);
- een nieuw artikel 8:72 Awb (uitspraakbevoegdheden);
- de judiciële lus (artikel 8:113 lid 2 Awb).

Voor de volledigheid zij opgemerkt dat de beide wetten nog een aantal andere belangrijke wijzigingen in het Nederlandse bestuursprocesrecht hebben aangebracht. Die worden hier niet besproken omdat zij niet direct raken aan het onderwerp van dit preadvies. Maar ik noem de belangrijkste toch kort.

Sedert dit voorjaar fungeren ook bij de drie niet tot de gewone rechterlijke macht behorende bestuursrechtelijke appèlcolleges – de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven – een soort advocaten-generaal, die in belangrijke zaken desgevraagd een conclusie kunnen nemen, vergelijkbaar met de conclusies van de advocaten-generaal bij de Hoge Raad of bij het Hof van Justitie van de Europese Unie (artikel 8:12a Awb). Hoewel dit slechts in een handvol zaken per jaar zal gebeuren – anders zou het de afhandeling van zaken teveel vertragen – verwacht de wetgever daarvan een belangrijke bijdrage aan de rechtseenheid en meer in het algemeen aan de rechtsvormende taak van de drie colleges. De eerste twee conclusies zijn inmiddels gevraagd en ten tijde van de bespreking van dit preadvies ter vergadering van de Vereniging wellicht al verschenen.⁵⁴

Verder kunnen belangrijke zaken – bijvoorbeeld maar niet uitsluitend zaken waarin een conclusie is gevraagd – sinds 1 januari 2013 worden behandeld door een ‘grote kamer’ van vijf in plaats van drie leden. Aldus is voor de buitenwereld in één oogopslag duidelijk dat het college de uitspraak als richtinggevend heeft bedoeld.

54 Beide ‘advocaten-generaal’ zijn bij alle drie de colleges benoemd en hebben hun hoofdtaak elders, omdat het nemen van enkele conclusies per jaar nu eenmaal geen dagtaak is. Het gaat om prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven, in het dagelijks leven hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht en mr. L.A.D. Keus, in het dagelijks leven advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden.

Bovendien kan ook langs deze weg de rechtseenheid tussen de drie appèlcolleges nog eens extra worden benadrukt. Het is al een flink aantal jaren zo, dat de presidenten van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven en een of twee leden van de Hoge Raad als staatsraad in buitengewone dienst deel uitmaken van de Afdeling bestuursrechtspraak, terwijl omgekeerd enkele staatsraden als raadsheer-plaatsvervanger deel uitmaken van de Centrale Raad van Beroep of het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Aldus kan in voorkomende gevallen een kamer worden samengesteld, die reeds door zijn samenstelling duidelijk maakt dat de uitspraak door alle drie of alle vier de colleges wordt gedragen. De grote kamer vergroot de mogelijkheden daartoe nog. Overigens zou het kunnen zijn dat deze functie van de grote kamer over enkele jaren verdwijnt: het regeerakkoord van het huidige kabinet bevat het voornemen om de drie colleges samen te voegen.

Een andere vernieuwing die de Wab brengt, is de mogelijkheid van incidenteel hoger beroep (artikel 8:110-112 Awb). Deze bestond tot dusver slechts in het belastingrecht, maar geldt sinds 1 juli 2013 voor het gehele bestuursrecht. De laatste grote – en zeer omstreden – vernieuwing is het relativiteitsvereiste (artikel 8:69a Awb en artikel 1.9 Chw). Dat houdt heel kort gezegd in, dat de bestuursrechter een besluit niet mag vernietigen wegens strijd met een rechtsregel die niet strekt tot bescherming van degene die haar inroept. Dit relativiteitsvereiste houdt in de verte wel verband met het thema ‘definitieve geschilbeslechting’, maar blijft in dit preadvies niettemin buiten beschouwing, omdat bespreking een apart preadvies zou vergen, dat bovendien al eens geschreven is.⁵⁵

5.2 Nieuwe besluiten hangende beroep (artikel 6:19 Awb)

Zoals reeds opgemerkt in paragraaf 3.3, is het huidige artikel 6:19 Awb een hercodificatie van de voorheen geldende artikelen 6:18 en 6:19 Awb. Laatstgenoemde artikelen waren ooit berucht om de vele vragen die zij onbeantwoord lieten, maar rond de laatste eeuwwisseling waren die antwoorden in de jurisprudentie min of meer uitgekristalliseerd en die jurisprudentie is nu voor een deel gecodificeerd.

Artikel 6:19 is voor dit preadvies van belang omdat het het bestuursorgaan de mogelijkheid biedt om gebreken hangende de beroepsprocedure te herstellen. Strikt genomen is dat niet eens waar: artikel 6:19 regelt niet in hoeverre een bestuursorgaan een eenmaal genomen besluit mag wijzigen, maar slechts dat een eventuele wijziging van rechtswege mede voorwerp wordt van een tegen het oorspronkelijk besluit aanhangig gemaakt bezwaar of beroep. In de praktijk is een wijziging van een besluit die bestaat in het herstel van een gebrek echter vrijwel altijd toegestaan. Daarom biedt artikel 6:19 het bestuursorgaan in de praktijk de mogelijkheid om gebreken die tijdens de beroepsprocedure aan het licht komen nog even te herstellen en aldus de tijdrovende weg van een vernietiging gevolgd door een nieuw besluit en een nieuwe bezwaar- en beroepsprocedure te voorkomen. Artikel 6:19 kan dus fungeren als een soort bestuurlijke lus op initiatief van het bestuur zelf.

⁵⁵ J.C.A. de Poorter, G.T.J.M. Jurgens en H.J.M. Besselink, *De toegang tot de rechter beperkt* (Preadviezen VAR 2010), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Dat is in het bijzonder ook van belang als de rechtbank het besluit vernietigt en het bestuur opdraagt een nieuw besluit te nemen en tegen die uitspraak vervolgens hoger beroep wordt ingesteld. In het belastingrecht en een groot deel van het sociale zekerheidsrecht schorst hoger beroep de werking van de aangevallen uitspraak, maar in de rest van het bestuursrecht niet. Het bestuursorgaan mag met het nemen van een nieuw besluit dus niet wachten tot het de uitkomst van het hoger beroep kent. Bestuursorganen sputteren daar wel eens over, maar het kan ook een voordeel zijn.

Het besluit dat het bestuursorgaan ter uitvoering van de uitspraak van de rechtbank neemt, is namelijk een besluit als bedoeld in artikel 6:19 en moet ingeval van hoger beroep dus door de hogerberoepsrechter worden beoordeeld. Dat is al onder de oude artikelen 6:18 en 6:19 door de rechtspraak uitgemaakt en inmiddels in het nieuwe artikel 6:19 gecodificeerd (door het woord ‘vervanging’ in artikel 6:19 lid 1). Als een belanghebbende hoger beroep instelt, weet het bestuursorgaan dus meteen of het nieuwe besluit wel deugt, zonder dat daarvoor weer een nieuwe bezwaar- en beroepsprocedure nodig is.

Nog mooier: het nieuwe artikel 6:19 codificeert ook de al eerder gevestigde jurisprudentie dat het voorgaande zelfs geldt als het bestuursorgaan zelf hoger beroep instelt. Het bestuursorgaan kan er dus voor kiezen om enerzijds in hoger beroep te gaan tegen de opdracht van de rechtbank, maar anderzijds die opdracht wel uit te voeren. Vervolgens zijn er twee mogelijkheden. Als de hogerberoepsrechter het bestuursorgaan in het gelijk stelt en de opdracht van de rechter vernietigt, vernietigt hij stevast ook het besluit ter uitvoering van die opdracht, omdat daaraan de grondslag is ontvallen. Als het hoger beroep van het bestuursorgaan wordt verworpen, krijgt het in ieder geval tevens een antwoord op de vraag of het in opdracht van de rechtbank genomen besluit wel stand houdt. Dat is in ieder geval tijdwinst ten opzichte van de situatie dat pas na de uitspraak in hoger beroep een nieuw besluit moet worden genomen, waartegen dan weer bezwaar en beroep openstaan.

Laat ik de zaken echter niet mooier voorstellen dan zij zijn. Het kan zijn dat de uitspraak van de rechtbank impliceert dat niet slechts in de door de rechtbank behandelde zaak, maar – gelet op het gelijkheidsbeginsel – ook in een groot aantal andere zaken een ander besluit moet worden genomen. Dat is wel een probleem, want voor die andere besluiten is het maar de vraag of die na een gewonnen hoger beroep nog kunnen worden teruggedraaid. Daarom vraagt het bestuursorgaan in dergelijke gevallen de hogerberoepsrechter nog wel eens om de voorlopige voorziening dat het in afwachting van de uitspraak in hoger beroep geen nieuw besluit hoeft te nemen. Zo’n verzoek wordt vrij snel toegewezen.

5.3 Passeren van gebreken (artikel 6:22 Awb en 1.5 Chw)

Zoals in paragraaf 3.4 besproken, kende de Awb sinds 1994 een artikel 6:22, dat de bevoegdheid gaf om een besluit waartegen bezwaar was gemaakt of beroep was ingesteld ondanks schending van een vormvoorschrift in stand te laten, indien de belanghebbenden door deze schending niet zijn benadeeld. In de Chw was een artikel 1.5 opgenomen, dat deze bevoegdheid in twee opzichten verruimde:

- de woorden ‘ondanks schending van een vormvoorschrift’ zijn vervangen door ‘ondanks schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel’. Met andere woorden: iedere schending van een rechtscnorm kan zonder gevolgen blijven als de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld;
- de oude tekst stelde als voorwaarde dat ‘blijkt’ dat belanghebbenden niet zijn benadeeld. Die formulering was ook gebruikt in de tekst van de ontwerp-Chw die aan de Raad van State was voorgelegd. De Raad van State merkte toen op dat uit het woord ‘blijkt’ volgt dat onomstotelijk moet vaststaan dat belanghebbenden niet zijn benadeeld, hetgeen slechts zelden het geval zal zijn. Hij adviseerde om ‘indien blijkt’ te vervangen door ‘indien aannemelijk is’. Dat sluit aan bij de gebruikelijke bewijsmaatstaf in het Nederlandse bestuursrecht. Uitzonderingen daargelaten verlangt de Nederlandse bestuursrechter niet dat feiten onomstotelijk vaststaan of ‘wettig en overtuigend bewezen’ zijn, maar is voldoende dat een feit ‘aannemelijk’ is. Hoewel de oude tekst voor de bestuursrechter in de praktijk geen belemmering was om gebreken te passeren, nam de regering deze suggestie van de Raad natuurlijk graag over.

De tekst van artikel 1.5 Chw is vervolgens letterlijk overgenomen in het door de Wet aanpassing bestuursprocesrecht geïntroduceerde nieuwe artikel 6:22 Awb. Sedert 1 januari 2013 geldt dus voor het gehele bestuursrecht kortweg dat een gebrek in een besluit niet tot vernietiging hoeft te leiden als aannemelijk is dat belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.

Over dit nieuwe artikel 6:22 bestaat nog nauwelijks jurisprudentie. Er zijn wel enkele uitspraken over artikel 1.5 Chw. Spectaculair zijn deze echter niet. Het is ook niet te verwachten dat artikel 6:22 tot spectaculaire veranderingen zal leiden. Want het was ook onder het oude recht eigenlijk al praktijk, dat de bestuursrechter soms van vernietiging afzag als het besluit een gebrek vertoonde waar niemand last van had. Alleen gebeurde dat vaak stilzwijgend, althans zonder uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 6:22. Een zekere pragmatische inslag is de Nederlandse bestuursrechter gelukkig nooit vreemd geweest. Het principiële belang van het nieuwe artikel 6:22 is vooral dat de bestuursrechter nu een uitdrukkelijke wettelijke legitimatie heeft om geen spijkers op laag water te zoeken. Hij moet nu op principiële gronden pragmatisch zijn. Dat is de ultieme verzoening tussen de koopman en de dominee. Nederlander kan het niet worden, toch?

5.4 Definitieve geschilbeslechting als inspanningsverplichting (artikel 8:41a Awb)

Het boegbeeld van de Wab en het streven naar definitieve geschilbeslechting is het nieuwe artikel 8:41a Awb. Dat bepaalt heel ferm: ‘De bestuursrechter beslecht het hem voorgelegde geschil zoveel mogelijk definitief.’

Over de plaats van dit artikel in de wet is nagedacht. Het staat helemaal aan het begin van de titel (8.3) over de behandeling van het beroep, slechts voorafgegaan door de verplichting van appellant om griffierecht te betalen (ook in dat opzicht kent

de Nederlandse wetgever zijn prioriteiten). Pas daarna komen de bepalingen over het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. De wetgever beoogt daarmee aan te geven dat het streven naar definitieve geschilbeslechting een richtinggevend beginsel is voor alle fasen van de behandeling van het beroep.

Zoals met boegbeelden wel vaker het geval is, heeft artikel 8:41a op het eerste gezicht weinig praktische betekenis. Het is meer een beginselverklaring dan een harde norm. Men zou erin kunnen lezen dat de bestuursrechter die een geschil niet definitief beslecht, dit moet motiveren. Dergelijke motiveringen duiken tegenwoordig steeds vaker op, maar een algemene verplichting daartoe hebben de appèlrechters tot dusver zichzelf en de rechtbanken niet opgelegd – al zijn er enkele uitspraken waarin een appèlrechter de rechtbank uitdrukkelijk of impliciet corrigeert omdat een mogelijkheid tot definitieve geschilbeslechting onvoldoende is benut.

Toch is artikel 8:41a niet helemaal zonder betekenis. Het is alleen meer het gevolg dan de oorzaak van ontwikkelingen in de rechtspraak. De rechtspraak is, al ruim voor de inwerkingtreding van artikel 8:41a, uit zichzelf meer waarde gaan hechten aan definitieve beslechting van het geschil en spant zich daarvoor ook steeds meer in. Op dat punt is de cultuur van de Nederlandse bestuursrechtspraak de laatste jaren echt veranderd. Mijn eigen ervaring bij de Afdeling is dat als in raadkamer tot vernietiging wordt geconcludeerd, de noodzaak en mogelijkheid tot definitieve geschilbeslechting steevast het volgende item op de agenda vormen. Dat blijkt lang niet altijd uit de uitspraak, maar het is wel zo. En dat was tien of zelfs vijf jaar geleden nog niet zo. Bij de andere colleges doet zich naar mijn indruk een vergelijkbare ontwikkeling voor. De betekenis van artikel 8:41a is vooral, dat de wetgever daarmee te kennen geeft dat hij deze ontwikkeling goedkeurt en aanmoedigt.

5.5 Het nieuwe artikel 8:72 Awb

Artikel 8:72 Awb regelt wat de bestuursrechter moet en kan doen als hij een beroep gegrond acht. Het artikel is bij de Wet aanpassing bestuursprocesrecht opnieuw geredigeerd. De nieuwe redactie is meer een herschikking dan een inhoudelijke verandering, maar de herschikking heeft wel een belangrijke symbolische betekenis.

Het artikel begint als vanouds met de regel dat de bestuursrechter bij een gegrond beroep het bestreden besluit moet vernietigen. Of dat juist is, hangt af van wat men onder een gegrond beroep verstaat. Er zijn inmiddels ten minste twee gevallen waarin een appelland die gelijk heeft, toch geen gelijk krijgt. Dat doet zich voor als de bestuursrechter artikel 6:22 Awb toepast en als het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb zich tegen vernietiging verzet. Men kan dan verdedigen dat het beroep ongegrond is, omdat het niet tot vernietiging leidt. Dat is de redenering die bestuursrechters steevast volgen en ook wel moeten volgen, omdat artikel 8:72 dwingend voorschrijft dat op een gegrondverklaring een vernietiging moet volgen. Het zou wellicht nog zuiverder zijn als de rechter het beroep gegrond zou achten omdat appelland met juistheid betoogt dat het besluit een gebrek vertoont, en vervolgens uitlegt waarom dat niet tot vernietiging kan leiden. Bij de huidige wettekst kan dat niet, maar het is wellicht een idee voor een volgende wetswijziging. De appèlrechter doet al van oudsher iets vergelijkbaars: die overweegt met enige regelmaat dat een grief terecht is voorgedragen, maar niet tot vernietiging kan leiden. Dat kan

omdat de appèlrechter van oudsher de wettelijke bevoegdheid heeft om een aangevallen uitspraak te bevestigen onder verbetering van de gronden. Waarom zou de eerstelijnsrechter dat niet ook met een besluit kunnen doen?

Maar dat was een terzijde. Het derde lid⁵⁶ van artikel 8:72 bepaalt dat de rechter na vernietiging kan bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand blijven (artikel 8:72 lid 3, aanhef en onder a, Awb) of zelf in de zaak kan voorzien (idem onder b). Het vierde lid bepaalt dat de rechter kan bepalen dat het bestuursorgaan een nieuw besluit moet nemen of een andere handeling moet verrichten. Dat is allemaal niet nieuw.

Het nieuwe zit in de volgorde van en de verhouding tussen deze artikelliden. Voorheen was de hoofdregel dat het bestuursorgaan na vernietiging zo nodig een nieuw besluit moest nemen. Vervolgens was dan geregeld dat de rechter bij wijze van uitzondering ook de rechtsgevolgen in stand kon laten of zelf in de zaak kon voorzien. Nu is deze volgorde omgedraaid. De rechter moet eerst bezien of hij de rechtsgevolgen in stand kan laten of zelf in de zaak kan voorzien. Een opdracht om een nieuw besluit te nemen kan, naar het vierde lid uitdrukkelijk bepaalt, pas als 'toepassing van het derde lid niet mogelijk is'. Dat is de wezenlijke cultuurverandering.

Het vierde lid bevat overigens nog een andere bevoegdheid die kan bijdragen aan een voortvarende beslechting van het geschil. Als er dan niets anders opzit dan het bestuur op te dragen een nieuw besluit te nemen, kan de rechter bepalen dat de wettelijk voorgeschreven procedure voor de voorbereiding van het besluit niet helemaal hoeft te worden overgedaan. Dat was bij de Wet bestuurlijke lus al bepaald voor de toepassing van de openbare voorbereidingsprocedure na een tussenuitspraak, maar is nu meer algemeen geregeld. De praktische betekenis daarvan moet niet worden onderschat. Bij een complexe milieuvergunning of een tracébesluit kan het betekenen dat een gebrek in het geluidhinderonderzoek niet per se hoeft te leiden tot een nieuwe integrale zienswijzeprocedure, waarin ook de stankhinder en de gevolgen voor de luchtkwaliteit en de habitats van de das en de gewone dwergvleermuis weer ter discussie kunnen worden gesteld.

5.6 De judiciële lus

Een laatste bijdrage aan voortvarende beslechting van het geschil die de Wet aanpassing bestuursprocesrecht heeft gebracht, is neergelegd in artikel 8:113 lid 2 Awb: als de uitspraak van de hogerberoepsrechter ertoe strekt dat het bestuursorgaan een nieuw besluit moet nemen, kan de hogerberoepsrechter bepalen dat tegen dat besluit geen beroep meer openstaat bij de rechtbank, maar slechts bij hemzelf. Dat is opnieuw een idee van Schueler, die ook de term 'judiciële lus' heeft bedacht.⁵⁷ Zoals uit het voorgaande volgt, komt deze bevoegdheid pas aan de orde als de

⁵⁶ Het tweede lid doet niet meer dan de open deur intrappen dat vernietiging van een besluit vernietiging van de rechtsgevolgen van het besluit meebrengt. Veel wezenlijker is dat vernietiging die rechtsgevolgen met terugwerkende kracht ongedaan maakt, maar dat staat nergens met zoveel woorden en heeft ook nooit ergens in een wet gestaan.

⁵⁷ B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter: derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

rechtsgevolgen in stand laten, zelf voorzien en de bestuurlijke lus allemaal niet mogelijk zijn. Het gaat dus om gevallen waarin de hogerberoepsrechter hetzij zelf het bestuursorgaan opdraagt een nieuw besluit te nemen, hetzij een rechtbankuitspraak van die strekking bevestigt. De appèlrechter kan dan bepalen dat tegen het nieuwe besluit geen beroep in twee instanties, maar slechts beroep in één instantie openstaat.

Dit betekent voor belanghebbenden uiteraard een verlies van instantie. Maar dat betekent artikel 6:19 Awb vaak ook. In beide gevallen heeft de wetgever een vlotte en integrale behandeling van het geschil zwaarwegender gevonden dan maximale rechtsbescherming. In feite is toepassing van de judiciële lus ook sterk verwant aan toepassing van artikel 6:19. Het laatste moet de rechter doen als nog hangende beroep een nieuw besluit wordt genomen, het eerste kan hij doen als na de uitspraak in hoger beroep een nieuw besluit wordt genomen. Het zal soms een beetje toevallig zijn welk van de twee het wordt.

Interessant is wel, hoe de verhouding tussen de judiciële lus en de bestuurlijke lus zich zal ontwikkelen. Immers, als de appèlrechter van oordeel is dat voor het nieuwe besluit beroep in één instantie wel volstaat, suggereert dat dat het om een beperkt en overzichtelijk geschilpunt gaat. In dat geval zou toepassing van de bestuurlijke lus ook denkbaar zijn. Veel meer valt er op dit moment niet over te zeggen; de bevoegdheid is zo nieuw dat er nog geen toepassingen in de praktijk bekend zijn.

6 Voorbij de wet

6.1 Inleiding

Schrijver dezes was gedurende ruim twintig jaar van zijn leven wetgevingsjurist. Geloof het of niet, maar juist daarvan leer je dat voor de oplossing van een probleem lang niet altijd een wet nodig is en dat lang niet ieder probleem met een wet kan worden opgelost. Een van mijn voormalige collega's, werkzaam op het gebied van het strafrecht, schepte er genoeg in om zichzelf te presenteren als niet-wetgever. Dat was omdat zij minstens zoveel tijd kwijt was aan het aan beleidsmakers en uitvoerders uitleggen dat een probleem best binnen de bestaande wetgeving kon worden opgelost, als aan het maken van nieuwe wetgeving. Ik denk dat iedereen die enige tijd als wetgevingsjurist heeft gewerkt dit herkent.

Gelukkig zijn er ook binnen de wereld van het bestuursrecht veel mensen die dit inzien. Daardoor zijn er de afgelopen jaren ook enkele buitenwettelijke ontwikkelingen geweest, die ik hier kort wil aanstippen. Kort, want juist omdat zij buiten de wet omgaan, valt er juridisch – althans bestuursrechtelijk – niet heel veel over te zeggen. Maar zij moeten wel even worden genoemd, omdat zij voor de beslechting van bestuursrechtelijke geschillen uiteindelijk wel eens belangrijker zouden kunnen blijken dan menige wetswijziging. Het gaat om drie ontwikkelingen:

- mediation;
- de ‘nieuwe aanpak’ van bezwaarschriften;
- de ‘nieuwe zaaksbehandeling’ bij de rechtbanken.

6.2 Mediation

Veel geschillen bij de bestuursrechter gaan niet over datgene waar zij juridisch over gaan. Vaak schuilt achter het juridisch geschil een dieperliggend conflict.⁵⁸ Een burger die in beroep gaat tegen een besluit, doet dat soms meer uit onvrede over zijn bejegening door het bestuur – bij dit of een eerder besluit – dan uit onvrede over de inhoud van het besluit. De burger die in beroep gaat tegen de bouwvergunning voor de nieuwe serre van zijn buurman, blijkt soms al langer op slechte voet met die buurman te leven, om redenen die soms weinig met die serre van doen hebben. Het gaat voor de burger soms niet in de eerste plaats om de inhoud van het besluit, maar om veel fundamentele psychologische belangen: erkenning, respect, gehoord worden.

In de jaren negentig bracht dit inzicht een aantal pioniers ertoe om ook in het bestuursrecht de uit Amerika overgewaarde techniek van de mediation te gaan beproeven. Mediation is, heel kort gezegd, een techniek waarbij partijen onder leiding van een onafhankelijke derde, de mediator, proberen om het werkelijke conflict achter het juridische geschil te benoemen en zo mogelijk op te lossen. Het essentiële verschil met rechtspraak is dat de mediator niets beslist, maar partijen helpt om hun werkelijke belangen en hun werkelijke conflict te benoemen – hetgeen vaak een grote stap naar en in ieder geval een noodzakelijke voorwaarde voor een oplossing is. Of zoals een van de pioniers, D. Allewijn, het tegenover mij ooit formuleerde: ‘Een mediator gaat op zoek naar het moment waarop partijen zijn opgehouden naar elkaar te luisteren.’ Mediation berust op een overeenkomst tussen partijen om die zoektocht aan te gaan en mondt in geval van succes uit in een vaststellingsovereenkomst waarin partijen hun onderlinge relatie regelen.

Een serieuze bespreking van het fenomeen mediation gaat het bestek van dit preadvies verre te buiten. De literatuur is inmiddels onoverzienbaar.⁵⁹ De reden om het fenomeen hier toch even aan te stippen is dat in de loop der jaren vrijwel alle bestuursrechters ertoe zijn overgegaan om aan appellanten mediation aan te bieden als alternatief voor een rechterlijke beslissing.⁶⁰ Daar wordt regelmatig gebruik van gemaakt, maar naar mijn indruk niet heel vaak.

Waarom er niet vaker gebruik van wordt gemaakt, weet ik eerlijk gezegd niet. De drempel kan niet liggen in de kosten. Mediation kost tijd en geld, maar niet noodzakelijkerwijs meer tijd en geld dan rechtspraak. Het ligt ook niet aan de aard van de geschillen. Natuurlijk, er zijn bestuursrechtelijke geschillen die zich naar hun

58 Zie voor het verschil D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil... de bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 107 e.v.

59 Ik volsta daarom met het noemen van M.A. Pach, ‘Mediation in het bestuursrecht. Het kan, het mag en het werkt’ (Preadvies VAR 2001), in: B.J. van Ettekoven e.a. (red.), *Alternatieven van en voor de bestuursrechter* (VAR-reeks 126), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011; A.F.M. Breninkmeijer, ‘Mediation als middel voor effectieve en efficiënte conflictoplossing in het bestuursrecht’, NTB 2004, p. 212 e.v.; M. Pel, *Verwijzen naar mediation. Praktijkids voor een effectief mediationvoorstel*, 2e druk, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008.

60 Zie de brochure ‘Mediation naast rechtspraak in het bestuursrecht’, te vinden op <www.rechtspraak.nl>. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft haar eigen brochure, ‘Mediation bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, te vinden op <www.raadvanstate.nl>.

aard niet voor mediation lenen. Bij asielzoekers, bijvoorbeeld, vallen het conflict en het geschil doorgaans wel samen. Ook asielzoekers stellen prijs op een correcte en respectvolle bejegening en die zijn wij hun ook verschuldigd. Maar het belang van de inhoud is zo groot en allesoverheersend, dat een asielzoeker doorgaans liever een respectloze verblijfsvergunning heeft dan een respectvolle weigering.

Voor de meeste bestuursrechtelijke geschillen geldt dit echter niet. Aanvankelijk kregen de pleitbezorgers van mediation nogal eens de tegenwerping dat mediation slechts zinvol zou zijn als het bestuursorgaan over beleids- of beoordelingsvrijheid beschikt, maar niet bij sterk gebonden besluiten. Als de inhoud van het besluit vrijwel geheel door de wet wordt gedictieerd, valt er niks te mediaten, was de gedachte.

Dat is echter een misverstand. Deze tegenwerping verwacht mediation met bemiddelen of onderhandelen. Zij miskent dat ook bij gebonden besluiten het werkelijke conflict niet noodzakelijkerwijs over de inhoud gaat. Ook achter een geschil over huurtoeslag kan een dieper liggend conflict schuilgaan. Dat kan bijvoorbeeld veroorzaakt zijn door eerdere slechte ervaringen met de overheid. Dat laat onverlet dat de kansen op een succesvolle mediation wellicht groter zijn als de overheid ook nog enige inhoudelijke onderhandelingsruimte heeft, maar het betekent niet, dat mediation niet zinvol is als die ruimte er niet is. De enkele erkenning van een fout, bijvoorbeeld, is voor de burger vaak al heel belangrijk, zelfs als dat uiteindelijk niet tot een inhoudelijk ander besluit leidt.

Vermoedelijk is, naast simpele onwetendheid, de belangrijkste reden waarom mediation niet vaker wordt beproefd dat alle partijen het wel moeten willen. Mediation is naar zijn aard een consensueel proces. Het werkt alleen als partijen bereid zijn om er nog eens over te praten. Als dat basisvertrouwen ontbreekt, is mediation bij voorbaat kansloos. Wellicht maken daarom relatief weinig partijen gebruik van door de rechter aangeboden mediation. Een rechtszaak beginnen is voor de meeste mensen een heel grote stap. Wellicht is het conflict als het zover komt vaak al zo geëscaleerd dat er ook geen vertrouwensbasis meer is voor mediation. En daarnaast zijn er natuurlijk gevallen waarin het een of meer partijen helemaal niet om de concrete zaak gaat, maar om het verkrijgen van duidelijkheid over juridische grenzen of mogelijkheden. Dan is de traditionele gang naar de rechter nog altijd de beste optie.

Niettemin is mijn indruk dat de mogelijkheden van mediation nog meer zouden kunnen worden benut. Ik zie bij de Afdeling nog regelmatig geschillen, waarbij ik na lezing van het dossier één ding zeker weet: wat de Afdeling ook beslist, het zal het conflict niet oplossen.

6.3 De nieuwe aanpak in bezwaar

Het verheugende aan de nieuwe aanpak van bezwaarschriften is dat zij sterk in opkomst is. Het trieste is dat zij voor zoveel bestuursorganen nieuw is. Want de nieuwe aanpak houdt eigenlijk niet meer in dan dat bestuursorganen nu eindelijk eens gaan doen wat zij altijd al hadden kunnen en moeten doen. Wat tegenwoordig de nieuwe aanpak heet, is begin deze eeuw begonnen toen enkele ambtenaren bij de provincie Overijssel inzichten uit de literatuur over mediation begonnen toe te passen op de behandeling van bezwaarschriften en – dat is het cruciale punt – daarvoor ook gehoor vonden bij leidinggevend en bestuurders. Hun aanpak werd bekend

als ‘de methode-Overijssel’ en maakte school bij andere – maar nog lang niet alle – bestuursorganen.⁶¹ Inmiddels is dit uitgegroeid tot een soort beweging, die onder de noemer ‘Prettig contact met de overheid’ niet alleen bij bezwaarschriften, maar ook bij klachten en aanvragen een ‘informele aanpak’ propageert. Het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties – verantwoordelijk voor het openbaar bestuur – heeft dit opgepikt en ondersteunt en stimuleert deze beweging actief. Er is inmiddels zelfs een ‘Kennis- en informatiecentrum Prettig contact met de overheid’, compleet met website en publicatiereeks en jaarlijkse congressen.⁶²

Dat is allemaal zeer toe te juichen. De nieuwe aanpak komt neer op een minder juridiserende en meer oplossingsgerichte benadering van bezwaarschriften. Zij houdt in dat bestuursorganen bezwaarschriften iets minder gaan zien als een aanval waartegen een verdediging moet worden georganiseerd en wat meer als een kans om een beter besluit te nemen of althans een aansporing om een besluit beter uit te leggen.

Zo’n kans blijkt soms in heel simpele dingen te zitten. De indiener van het bezwaarschrift kort na de indiening even opbellen doet soms al wonderen. Het blijkt namelijk dat nogal wat bezwaarschriften hun grond vinden in administratieve misverstanden of in frustraties. Die kunnen soms heel eenvoudig worden opgelost. Het blijkt ook dat zo’n telefoontje over een bezwaarschrift soms de eerste gelegenheid is waarbij een burger zijn verhaal kwijt kan en het gevoel krijgt dat er naar hem wordt geluisterd. En dat blijken burgers heel belangrijk te vinden. Het blijkt dan ook dat bij bestuursorganen die dat ‘vroege telefoontje’ systematisch toepassen, een substantieel deel van de bezwaarschriften na dat telefoontje wordt ingetrokken.

In paragraaf 3.2 is er al op gewezen dat met name bij decentrale overheden bezwaarschriftcommissies een zeer belangrijke rol spelen. In de begindagen van de Awb moedigde de bestuursrechtelijke goegemeente dat ook aan. Onafhankelijke commissies werden gezien als iets goeds, omdat zij zouden zorgen voor een onafhankelijke en deskundige beoordeling van bezwaarschriften. Dat is ook niet onwaar. Maar er was toen te weinig oog voor het gegeven dat die bezwaarschriftcommissies het conflict tussen burger en bestuur vaak sterk juridiseren en daarmee een oplossing soms meer belemmeren dan bevorderen. Als de behandelend ambtenaar ter zitting van de bezwaarschriftcommissie een pleitnota gaat voorlezen, krijgt de burger niet echt het gevoel dat er naar hem geluisterd wordt. Als hij kort na het indienen van zijn aanvraag, bezwaar of klacht wordt uitgenodigd voor een informeel gesprek, waarin niet de reactie van het bestuursorgaan maar zijn probleem centraal staat, krijgt hij dat gevoel misschien wel. Als het bestuur dan ook nog bereid is andere reacties dan het al dan niet wijzigen van het bestreden besluit bij zijn overwegingen te betrekken, en een beetje zijn best doet om het beleid niet slechts uiteen te zetten, maar ook uit te leggen, dan levert het een bijdrage aan het behoud of herstel

61 A.M. de Koning en J. Brouwer, *Methode Overijssel: bouwen aan vertrouwen, de inzet van mediation en mediationvaardigheden door overheden*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008.

62 Zie o.m. M. Euwema, L. van der Velden en C. Koetsenruijter, *Prettig contact met de overheid*, Den Haag: Ministerie van BZK 2010. Voor de juridische kant: A.T. Marseille, H.D. Tolsma en K.J. de Graaf, *Prettig contact met de overheid 3: juridische handreiking informele aanpak*, Den Haag: Ministerie van BZK 2011.

van het vertrouwen van de burger in de overheid en blijken in de praktijk verrassend veel bezwaren en klachten te worden ingetrokken.

De geschriften van BZK staan vol met dit soort simpele tips. Geen daarvan is nieuw. Ik wil het, met alle respect, dan ook eigenlijk geen methode-Overijssel of nieuwe aanpak noemen. Waarschuwingen tegen te vergaande formalisering van de bezwaarschriftprocedure zijn al te vinden in het rapport over de eerste evaluatie van de Awb.⁶³ Maar vooral: lang voor de Awb en lang voor iemand van mediation had gehoord, waren er al ambtenaren die zo werkten. Gewoon op basis van gezond verstand, fatsoen, plichtsbesef en dienstbaarheid. Maar dat was ooit, toen woorden als plichtsbesef en dienstbaarheid nog niet ouderwets werden gevonden. Want uiteindelijk is de kern natuurlijk het besef dat de overheid er is om de burger te dienen en niet andersom.

Gelukkig beseffen de meeste Nederlandse ambtenaren dat ook wel. Nederland is nog altijd een redelijk beschaafd land, met een redelijk fatsoenlijke overheid. Toch is het initiatief van BZK zeer toe te juichen, want er valt nog veel te verbeteren. De 'nieuwe' aanpak slaat aan bij decentrale overheden, maar naar mijn indruk nog veel minder bij de ministeries en zelfstandige bestuursorganen op rijksniveau. Daar bevinden zich een aantal grote 'beschikkingfabrieken',⁶⁴ die grote aantallen sterk gebonden beschikkingen geven, zoals de Belastingdienst, het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV), de Sociale Verzekeringsbank (SVB) en de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND).⁶⁵ Die hebben tegenwoordig ook de mond vol van klantvriendelijkheid – de IND heeft zelfs 'klantdirecties' en de Belastingdienst heeft leuke radio- en tv-spotjes – maar waar het vaak nog aan schort is de communicatie. Ik zie beroepshalve vooral veel uitingen van de IND en de Belastingdienst/Toeslagen en die hebben nog steeds een hoog bureaucratisch gehalte. De belanghebbende wordt medegedeeld dat hij niet aan de voorwaarden van artikel zoveel voldoet, maar er wordt zelden een poging gewaagd om bij de burger ook enig begrip voor die voorwaarden te kweken. Er wordt ook niet altijd actief gewezen op wat de burger zou kunnen doen om alsnog aan de voorwaarden te voldoen. En begrijpelijk Nederlands schrijven blijft kennelijk erg moeilijk.

Voor de slechte verstaanders: dat sluit ferm optreden tegen burgers die misbruik maken van overheidsdiensten of -processen of zich apert onredelijk opstellen natuurlijk niet uit. En als een burger zelf de juridische strijd op het scherpst van de snede wil uitvechten, dan mag dat natuurlijk, en dan mag het bestuur terugvechten. Maar beide categorieën zijn een kleine minderheid.

63 Commissie Evaluatie Awb I (commissie-J.M. Polak), *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1996.

64 Dat woord is gangbaar geworden door M.S. Beerten, J.J.A. Bosch e.a., *Aspecten van financiële beschikkingverlening. Een eerste evaluatie van de Awb*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

65 De Vreemdelingenwet 2000 laat de IND op het eerste gezicht nog vrij veel beslissingsruimte. Maar die ruimte is verregaand ingeperkt door het Vreemdelingenbesluit (een algemene maatregel van bestuur), het Voorschrift Vreemdelingen (een ministeriële regeling) en vooral door de Vreemdelingenencirculaire. De laatste is volgens mij de meest omvangrijke en meest gedetailleerde beleidsregel van Nederland.

6.4 De nieuwe zaaksbehandeling bij de rechtbanken

De regeling van het bestuursprocesrecht in hoofdstuk 8 van de Awb maakt onderscheid tussen het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting en regelt beide vrij uitvoerig. Dat geeft een vertekend beeld van de werkelijkheid. Het vooronderzoek (afdeling 8.2.2.) was vóór de invoering van de Awb bij sommige toen nog bestaande bestuursrechters belangrijk. De destijds bestaande Raden van Beroep voor sociale-zekerheidszaken, bijvoorbeeld, plachten een vrij uitgebreid schriftelijk vooronderzoek te verrichten alvorens een zaak op een zitting te behandelen.

Dat is na de invoering van de Awb veranderd. In de loop der jaren negentig zijn alle rechtbanken overgeschakeld op het zogenoemde 'zittingsgericht werken'. Dat hield in dat een zaak zonder veel vooronderzoek op zitting werd gebracht. Achtergrond daarvan was het streven om de doorlooptijden terug te brengen. Dat is in belangrijke mate gelukt. Maar het had ook schaduwzijden. Bij het zittingsgericht werken nam de rechter doorgaans pas enkele dagen voor de zitting kennis van het dossier. Eventuele feitelijke geschilpunten moesten dus ter zitting worden opgehelderd. Om te begrijpen wat dat betekende, moeten wij een andere ontwikkeling aanstippen die zich na de invoering van de Awb heeft voorgedaan: de bestuursrechter is lijdelijk geworden.

Tijdens mijn rechtenstudie (1978-1983) leerde ik nog dat het grote verschil tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter was, dat de burgerlijke rechter lijdelijk is en de bestuursrechter actief. De reden daarvoor was, zo leerde ik toen, dat in het bestuursrecht steeds het algemeen belang in het geding is en dat de bestuursrechter daarom niet slechts het geschil tussen partijen moet beslechten, maar ook toezicht moet houden op de rechtmatigheid van besluiten, ook als partijen daarom niet hadden gevraagd.⁶⁶ Daarom kon de bestuursrechter bijvoorbeeld ambtshalve de feiten aanvullen. Dat wil zeggen: hij kon zijn oordeel mede baseren op feiten die niet door partijen in het geding waren gebracht. Sommige bestuursrechters deden dat ook. Destijds plachten bijvoorbeeld de Raden van Beroep in arbeidsongeschiktheidszaken (het leeuwendeel van hun *case load*) onmiddellijk een medisch deskundige te benoemen als in geschil was wat appellant nu precies mankeerde. In Ziekte-wet-zaken was dat zelfs voorgeschreven. Het oordeel van deze vaste deskundige was meestal doorslaggevend, ook als hij het bestuur corrigeerde op een punt dat de belanghebbende helemaal niet had aangevochten.

Na 1994 veranderde dit ingrijpend. Een spoor van de oude opvatting is nog te vinden in artikel 8:69 lid 3 Awb: de bestuursrechter kan ambtshalve de feiten aanvullen. Maar in de praktijk doet hij dat niet meer. De vaste medische deskundigen voor socialezekerheidszaken zijn verdwenen. Slechts in bepaalde omgevingsrechtzaken vraagt de bestuursrechter (meestal de Afdeling bestuursrechtspraak) nog wel eens zelf een deskundigenadvies.

Bij de introductie van het huidige bestuursprocesrecht (hoofdstuk 8 Awb) heeft de wetgever namelijk afscheid genomen van de toezichtsfunctie van het

66 Zie N. Verheij, 'Een klantvriendelijke rechter', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 131-149.

bestuursproces. Dat gebeurde expliciet in de memorie van toelichting,⁶⁷ maar wordt thans ook ingelezen in artikel 8:69 lid 1 Awb. Daar staat dat de bestuursrechter uitspraak doet 'op de grondslag van het beroepsschrift'. Dit wordt zo uitgelegd dat de omvang van het geding – de kwesties waarover de rechter uitspraak moet doen – wordt bepaald door de door eiser aangevoerde beroepsgronden. De bestuursrechter mag, behoudens uitzonderingen, niet langer treden in kwesties die tussen partijen niet in geschil zijn.

Zoals ook uit het naast elkaar bestaan van het eerste en het derde lid van artikel 8:69 Awb blijkt, zegt dit eigenlijk niets over de rol van de bestuursrechter bij het vaststellen van de feiten. Daar kan hij ook binnen de grenzen van de beroepsgronden best heel actief in zijn. Maar dat is niet de praktijk. De praktijk is dat de bestuursrechter na 1994 ook bij het vaststellen van de feiten lijdelijk is geworden.⁶⁸ De verantwoordelijkheid voor het bijeenbrengen van de voor de beslising van het geschil noodzakelijke feiten verschoof van de rechter naar partijen.

Het gevolg was dat plotseling ook het bewijsrecht belangrijk werd. Voor 1994 was dat er eigenlijk niet. De handboeken vermeldde dat in het bestuursrecht de 'vrij bewijs-leer' gold. Dat was een eufemisme voor bewijsrechtelijk anarchisme: de rechter kon feiten naar eigen goeddunken vaststellen. De ultieme uiting daarvan zien wij bij de belastingrechter: de belastingrechter stelt zo nodig zelf de feiten vast en beslist dienovereenkomstig.

Maar op de meeste terreinen van bestuursrecht kan de bestuursrechter zo niet werken, omdat hij de deskundigheid mist om feiten autonoom vast te stellen. Daarom is hij regels van bewijsrecht gaan ontwikkelen. Maar het heeft even geduurd voordat die duidelijk begonnen te worden. Inmiddels zijn wij, mede dankzij enkele baanbrekende publicaties, waaronder met name het proefschrift van Schuurmans⁶⁹ moet worden genoemd, een stuk verder. Maar uiteraard gold dat niet voor de gemiddelde burger. Die wist heel vaak niet dat van hem werd verwacht dat hij bepaalde feiten zou bewijzen en werd dus overvallen door uitspraken waarin werd overwogen dat hij dat had moeten doen.

De nieuwe zaaksbehandeling moet mede tegen deze achtergrond worden gezien. De nieuwe zaaksbehandeling is een wijze van behandelen van bestuursrechtelijke zaken die, na een aantal proefprojecten, sinds 1 januari 2012 door alle rechtbanken wordt toegepast.⁷⁰ Zij berust enerzijds op dezelfde inzichten als mediation en de nieuwe aanpak bij bezwaarschriften en bouwt anderzijds voort op de hiervoor geschetste ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht.

67 PG Awb II, p. 174.

68 Zie N. Verheij, 'Tien jaar rechtsvorming in het bestuursprocesrecht. Hoe de bestuursrechter actief lijdelijk werd', in: C. van Dijk (red.), *Buitengewoon in dienst. Een decennium wetgeving* (Liber amicorum G.N. Roes), Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 309.

69 Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005.

70 Een andere ontwikkeling die zich de laatste tien jaar heeft voltrokken is dat 'de rechtbanken' (tot 1 januari 2013 waren dat er negentien, sindsdien elf) bij dit soort kwesties steeds meer gezamenlijk optrekken.

De kern van de nieuwe zaaksbehandeling is dat een zaak zo snel mogelijk – in beginsel binnen dertien weken – op zitting wordt gebracht. Het verschil is dat die zitting niet meer bij voorbaat is gericht op de afdoening van de zaak. Het eerste doel is om de zaak in kaart te brengen, standpunten en belangen te inventariseren en zo nodig te kijken wat er verder nog moet gebeuren. Dat kan uitmonden in bewijsopdrachten. Als een feit in geschil is, kan de rechter duidelijk maken wie wat moet doen om dat feit te bewijzen. Dat is grote winst ten opzichte van de oude situatie, waarin een partij soms pas uit de einduitspraak leerde dat de bewijslast bij haar lag.

Maar dat is niet het enige. Er is op de zitting nieuwe stijl ook ruimte voor een mediation-achtige aanpak, waarbij verkend wordt of het probleem van appellant wellicht op andere wijze dan door wijziging van het bestreden besluit kan worden opgelost. Er is soms zelfs ruimte voor wat volgens mij een veel vergeten factor is: uitleg van de wet en het beleid.

Het is nog te vroeg voor een eindoordeel, maar tot dusver lijkt de nieuwe zaaksbehandeling een succes te zijn. Burgers stellen het vroege contact met de rechter erg op prijs. Hoewel de zitting niet meer per se bedoeld is als laatste stap voor de uitspraak, blijkt zij dat in de praktijk nog wel vaak te zijn. Het aantal intrekkingen van beroepen is toegenomen, het aantal mondelinge uitspraken⁷¹ kort na zitting zelfs sterk toegenomen. Dat heeft een zeer gunstig effect op de doorlooptijden. Kort voor de invoering van de Awb duurde een vrij eenvoudig geschil over een bouwvergunning (toen in eerste en enige aanleg bij de toenmalige Afdeling rechtspraak van de Raad van State) vaak drie of vier jaar. Kort na de invoering van de Awb keek ik er niet van op als de datum van een rechtbankuitspraak twee jaar na die van het bestreden besluit lag. Tegenwoordig kijk ik er niet meer van op als het minder dan zes maanden is en verbaas ik mij als het meer dan een jaar is. Dat is maatschappelijk een enorme winst, waarvoor de rechtbanken zich wat mij betreft best een beetje⁷² op de borst mogen kloppen.

7 Slotbeschouwing

7.1 Vormvoorschriften en procedurevoorschriften

Wat betekent dit alles nu voor de vraag waarmee dit preadvies begon: hoe gaat de bestuursrechter om met vormvoorschriften? De kern van het antwoord is m.i. dat de Nederlandse bestuursrechter tegenwoordig alleen nog maar geïnteresseerd is in kwesties die ertoe doen. Hij is zeer terughoudend met uitspraken die uiteindelijk niet tot een inhoudelijk ander besluit zullen leiden. Als in zo'n geval vernietiging onvermijdelijk is, zal hij waar mogelijk de rechtsgevolgen in stand laten.

71 Een mondelinge uitspraak (art. 8:67 Awb) wordt neergelegd in een proces-verbaal (art. 8:67 lid 3 Awb) en is daardoor in de praktijk een soort verkorte schriftelijke uitspraak.

72 Meer dan een beetje is nu eenmaal on-Nederlands. Maar iets tussen het Groningse 'Het kon minder' en het bij voetbal of schaatsen gebruikelijke 'We are the champions' mag best. Wij moeten toch ergens over juichen, nu wij het van het voetbal de komende jaren niet moeten hebben.

Dit betekent voor verschillende typen vormvoorschriften verschillende dingen. Pure vormvoorschriften, zoals artikel 3:47 lid 2 Awb – een besluit vermeldt zoveel mogelijk zijn wettelijke grondslag – mogen van mij uit de wet verdwijnen. Anno 2013 zal geen bestuursrechter het in zijn hoofd halen om een besluit wegens schending van dat voorschrift te vernietigen. Daarmee zeg ik niet dat dat voorschrift niet nuttig is. Het hoort alleen meer thuis in het ‘Leerboek besluiten schrijven voor beginners’ dan in de wet.

Om dezelfde reden mag van mij ook de regeling van afdeling 10.1.1 Awb, over mandaat, grotendeels worden geschrapt. Een beroep daarop is bijna altijd chicaneus. Het gaat bij mandaatsgebreken in de praktijk nooit om een ambtenaar die bevoegdheden usurpeert, maar slechts om administratief gekluns van een bestuursorgaan dat na de zoveelste reorganisatie de mandaatregling niet up-to-date heeft gebracht. Een algemene bepaling in de trant van ‘Een persoon kan slechts besluiten namens een bestuursorgaan nemen voor zover dit bestuursorgaan hem daartoe de bevoegdheid heeft verleend’ volstaat.

Bij echte procedurevoorschriften ligt het al iets moeilijker. Door het belang dat tegenwoordig wordt gehecht aan definitieve beslechting van het geschil, zijn bestuursrechters ook minder zwaar gaan tillen aan procedurele fouten van het bestuursorgaan. Dat is prima, mits vaststaat dat het volgen van de correcte procedure niet tot een andere uitkomst zou leiden. Als dat niet zo is, zal als vanouds de juiste procedure alsnog moeten worden gevolgd. Het verschil met vroeger is dat de bestuursrechter tegenwoordig ook de instrumenten van de bestuurlijke lus en de judiciële lus heeft om het tijdverlies dat daardoor ontstaat te beperken.

Tegelijk blijkt uit de ervaringen met de nieuwe aanpak en de nieuwe zaaksbehandeling dat burgers juist procedurele rechtvaardigheid heel belangrijk vinden. Het gaat burgers er vaak vooral om om nu eindelijk eens werkelijk gehoord te worden. Op het eerste gezicht lijkt de hedendaagse relativering van vorm- en procedurevoorschriften daarmee in strijd. Maar dat is niet per se zo. Het gaat de burger meestal niet om formaliteiten, maar om gehoord worden. Als een burger klaagt dat het ontwerpbesluit in het kader van een openbare voorbereidingsprocedure een dag te kort ter inzage heeft gelegen, gaat het hem niet echt om die ene dag. Het echte probleem is dat hij zich onvoldoende gehoord voelt. Hem ter zitting alsnog de ruimte geven om zijn verhaal te doen is dan ook een betere oplossing dan het besluit vernietigen als duidelijk is dat dat verhaal niet tot een ander resultaat zal leiden.

De conclusie is duidelijk. De Nederlandse bestuursrechter ziet tegenwoordig als zijn eerste taak het beslechten van het aan hem voorgelegde geschil. Een vernietiging wegens een formele fout die slechts leidt tot een nieuw besluit van dezelfde inhoud draagt daar niet aan bij, dus probeert de bestuursrechter dergelijke vernietigingen tegenwoordig te vermijden.

7.2 De bestuursrechter en de feiten

Bij dit alles past een belangrijke relativering. Om een geschil definitief te beslechten, moet er wel duidelijkheid zijn over de feiten. Dan rijst de vraag wie het beste in staat is om die feiten vast te stellen: het bestuur of de rechter. In het vreemdelingenrecht heeft de Afdeling bestuursrechtspraak gekozen voor de opvatting dat het

bestuur dat beter kan dan de rechter en dat de rechter daarom de feitenvaststelling slechts marginaal kan toetsen. Dat heeft deels te maken met het specifieke karakter van het asielrecht. Een asielzoeker heeft uit de aard der zaak zelden of nooit echt bewijs voor wat hem is overkomen. Dus komt het aan op een beoordeling van de geloofwaardigheid van zijn verhaal. De Afdeling vindt dat het bestuur daartoe beter in staat is dan de rechter, onder meer omdat het bestuur veel meer gevallen ziet en ook de positieve gevallen. De rechter ziet uit de aard der zaak slechts de negatieve gevallen, waarin de verblijfsvergunning is geweigerd. Daarom wil de vreemdelingenrechter doorgaans weten hoe het bestuursorgaan de feiten waardeert, alvorens een beslissing te nemen.

Deze opvatting is in het vreemdelingenrecht niet onomstreden. Maar het gaat mij er nu even niet om om dat debat aan te gaan. Ik wil er slechts op wijzen dat het een voorbeeld is van een algemener probleem. De bestuursrechter moet vaak oordelen over feiten waar hij geen verstand van heeft. Ik heb in mijn relatief korte ervaring als bestuursrechter al moeten oordelen over vragen als:

- Zijn UMTS-masten schadelijk voor de volksgezondheid?
- Is dit pand architectonisch en cultuurhistorisch waardevol genoeg om als monument te worden aangewezen?
- Is dit geneesmiddel equivalent aan een ander geneesmiddel?
- Is deze vreemdeling afkomstig uit Zuid- of Noord-Somalië?

Het antwoord op al deze vragen is natuurlijk dat ik dat ook niet weet. Een bestuursrechter gaat in dergelijke gevallen af op adviezen van deskundigen. Hij kan toetsen of deze adviezen zorgvuldig tot stand zijn gekomen en inzichtelijk en concludent zijn. Maar als dat niet zo is, kan hij niet beslissen hoe het dan wel zit. Hij kan hooguit de bestuurlijke of judiciële lus toepassen. Maar ook dan blijft overeind, dat in wezen het bestuur, al dan niet na deskundig advies, de feiten vaststelt en de rechter slechts kan toetsen of dit zorgvuldig is gebeurd.

Dit verklaart ook waarom de belastingrechter veelal wel zelf in de zaak kan voorzien. De belastingrechter hoeft doorgaans slechts te oordelen over feiten die blijken uit documenten en die hij – met enige financiële kennis – zelf kan vaststellen. Andere bestuursrechters hebben die luxe veel minder. Dus zal het blijven voorkomen dat de rechter de zaak moet terugsturen naar het bestuur om alsnog de feiten vast te stellen.

7.3 Slot

De rol van de bestuursrechter is de laatste twintig jaar enorm veranderd. Van toetser van besluiten is hij geëvolueerd tot geschilbeslechter. Dit brengt mee dat vormvoorschriften hem niet meer interesseren als die niet bijdragen aan de oplossing van het geschil. Hij heeft inmiddels een heel scala aan instrumenten om te voorkomen dat de schending van vormvoorschriften onevenredig zware gevolgen heeft. Tegelijk is hij wel meer geïnteresseerd geraakt in procedurele rechtvaardigheid. Maar ook dat wordt niet langer opgevat als de strikte naleving van procedurele voorschriften. Als de burger maar gehoord wordt. Daar gaat het om in de hedendaagse bestuursrecht-spraak. Dat is eigenlijk wel goed.