
**Evaluatie Bestuurlijke Lus Awb en internationale
rechtsvergelijking**

**Ch.W. Backes, E.M.J. Hardy, A.M.L. Jansen, S. Polleunis en R. Timmers
met medewerking van M.A. Poortinga en E. Versluis**

Inhoudsopgave

Samenvatting.....	7
1. Heeft de lus geleid tot een doelmatiger en doeltreffender bestuursprocesrecht?	8
2. Heeft de invoering van de bestuurlijke lus tot een verbetering of verslechtering van de positie van de burger geleid?.....	10
3. Weinig knelpunten	11
4. Wat valt er te leren van het bestuursprocesrecht in andere landen	12
1. Aanleiding en opdracht	14
2. Onderzoeksmethoden.....	16
2.1 Keuze rechtbanken en onderverdeling naar aard van zaken, Porta Iuris	16
2.2 Kwantitatief onderzoek	17
2.3 Dossieronderzoek en interviews.....	18
2.3.1 Dossieronderzoek.....	18
2.3.2 Interviews.....	19
2.4 Rechtsvergelijking.....	20
2.4.1 Methode	20
2.4.2 Landenkeuze	20
3. Verwachtingen ten aanzien van de bestuurlijke lus	21
3.1 Introductie en context bestuurlijke lus	21
3.1.1 Context en achtergrond	21
3.1.2 Wat houdt de bestuurlijke lus in?.....	23
3.2 De parlementaire geschiedenis en de veronderstelde werking.....	24
3.2.1 De ratio en de (beoogde) effecten van de bestuurlijke lus.....	24
3.2.2 De toepassing onder de loep	29
3.2.3 Na de lus	37
3.3 De reactie in de literatuur	38
3.3.1 De werking en toepassing	38

3.3.2	Toepassing; wanneer (liever niet): pro's en contra's	40
4.	Bevindingen van het onderzoek	46
4.1	Hoe vaak werd de lus toegepast, mede in relatie tot andere finaliseringsinstrumenten?	46
4.1.1	Een naar verhouding minder belangrijk instrument voor definitieve geschilbeslechting	46
4.1.2	Verschillen tussen rechtscolleges	48
4.1.3	Ontwikkeling in de tijd?.....	53
4.2	Wanneer wordt de lus wel of juist niet toegepast?.....	55
4.2.1	Beslissing over toepassing lus heeft casuïstisch karakter	55
4.2.2	Mag lus tot een inhoudelijk ander besluit leiden?	55
4.2.3	Hoofdcriterium: overzichtelijk gebrek en hersteltraject; voor herstel benodigde tijd.....	57
4.2.4	Voorkoming tunnelvisie gericht op herstel van gebrekkig besluit	58
4.2.5	Gemeenteraad of Provinciale Staten bij herstel betrokken?	59
4.2.6	Noodzaak om regie in handen te houden	59
4.2.7	Aard van het gebrek	60
4.2.8	Onherstelbare gebreken	62
4.2.9	Bijzondere categorieën van zaken: besluiten over infrastructuur, vreemdelingenrecht, belastingzaken, boetes	62
4.2.10	Voorkeur voor informele lus.....	64
4.2.11	Afzien van lussen omdat belangen van derden in het spel zijn?.....	66
4.2.12	Ervaren of onervaren rechter	68
4.2.13	Resumé.....	68
4.3	Welke opdracht geeft de rechter aan het bestuursorgaan bij de bestuurlijke lus? 68	
4.3.1	Inhoudelijke aanwijzingen en vorm.....	68
4.3.2	Tussenuitspraak / lus op welk moment in de procedure?	75
4.3.3	Louter het gebrek besproken in tussenuitspraak of ook andere beroepsgronden?	78
4.4	Reactie- en hersteltermijnen	79
4.4.1	Reactietermijnen	79
4.4.2	Hersteltermijnen.....	80

4.5	Als het bestuursorgaan overgaat tot herstel van het gebrek, hoe doet het dat dan	
	en hoe verloopt de behandeling van de zaak verder?	84
4.5.1	Hoe wordt hersteld?	84
4.5.2	Dienen partijen zienswijzen in ten aanzien van de herstelpoging?.....	86
4.5.3	Hoe gaat de rechter om met de ingediende zienswijzen?	87
4.6	Voor de lus benodigde tijd	88
4.6.1	Benodigde tijd tussen tussenuitspraak en einduitspraak	88
4.6.2	Samenhang tussen succes van een lus en daarvoor benodigde tijd?.....	89
4.6.3	Benodigde tijd tussen herstel(moment) en einduitspraak	90
4.7	Hoe vaak vindt er dan definitieve geschilbeslechting plaats en welke dicta worden in de einduitspraak gebruikt?	92
4.7.1	Heeft toepassing van een bestuurlijke lus geleid tot finale beslechting van het geschil?.....	92
4.7.2	Dicta	93
4.8	Hoe is het (tijds)verloop van de procedure na een vernietiging met opdracht om opnieuw te voorzien?	94
4.9	Gaat de bestuurlijke lus sneller dan uitsluitend een vernietiging en een nieuwe procedure?.....	96
4.10	Wat zijn de gevolgen voor de werklast van rechters afgezet tegen een vernietiging?	97
4.11	Artikel 8:51d Awb: verschil tussen uitnodiging tot reparatie (rechtbanken) en opdracht daartoe (hogerberoepsrechters)	98
4.12	Heeft de invoering van de bestuurlijke lus geleid tot een verbetering of verslechtering van de positie van de burger?	99
4.12.1	‘De burger’ bestaat niet.....	99
4.12.2	Sneller en meer finaal?.....	99
4.12.3	Fixatie	100
4.12.4	Beperking processuele inspraak- en bezwaarmogelijkheden	101
4.12.5	‘Bestuurtje helpen’	101

4.12.6	Slordiger besluitvorming?.....	102
4.12.7	De verhouding tot de informele lus	103
4.12.8	Conclusies	103
5.	Een Duitse bestuurlijke lus?.....	104
5.1	Inleiding	104
5.2	Enkele kenmerken van het Duitse bestuurs(proces)recht	104
5.2.1	De omvang van de rechterlijke toetsing is bij beroepen van derde- belanghebbenden beperkt tot mogelijke strijdigheid met subjectieve rechten van de desbetreffende belanghebbenden	104
5.2.2	De rechter is verplicht om ambtshalve kennis van de feiten en het toe te passen recht te vergaren (Untersuchungs- und Amtsermittlungsgrundsatz)	105
5.2.3	§ 113 III VwGO – begrenzing van de verplichting om een zaak 'spruchreif zu machen'	108
5.3	Instrumenten die bijdragen tot een definitieve geschilbeslechting	108
5.3.1	Helingsmogelijkheden en buiten beschouwing laten van vorm- en procedurefouten	108
5.3.2	Mogelijkheden tot wijziging en intrekking van een VA; Fortsetzungsfeststellungsklage	111
5.3.3	Nachschieben von Gründen	111
5.3.4	Wijziging van het beroep en verruiming van het beroep (§ 91 VwGO), alsmede intrekking van het beroep (§ 92 VwGO)	112
5.4	Beginsel van behoud van een plan ('Planerhaltungspflicht'), beperking tot een recht tot aanvulling van een plan	113
5.5	Voorstel van een bestuurlijke lus in het ontwerp van het 6. VwGOÄndG	114
5.6	Samenvatting en conclusies	115
6	Rechtsvergelijking België.....	116
6.1	Verantwoording.....	116
6.2	Inleiding en achtergrond.....	116

6.3	Art. 4.8.4. VCRO	117
6.3.1	Achtergrond en doelstelling	117
6.3.2	Beschrijving van de Belgische bestuurlijke lus in de VCRO	117
6.3.3	Toepassingsbereik.....	118
6.3.4	Hoe en op welk moment kan de bestuurlijke lus worden toegepast?	118
6.3.5	Wat houdt de ‘opdracht’ van de rechter in?	119
6.3.6	Na de lus	120
6.4	Opvallende verschillen met de Nederlandse regeling	120
6.5	De praktijk?	121
6.6	Het oordeel van het Grondwettelijk Hof over de Vlaamse regeling van de lus	122
6.6.1	Onafhankelijkheid van de rechter	122
6.6.2	Strijd met het beginsel van hoor en wederhoor	123
6.6.3	Beperking van het recht tot toegang tot de rechter	123
6.6.4	Strijd met de motiveringsplicht.....	125
6.6.5	Strijd met het gelijkheidsbeginsel	126
6.6.6	Resumé.....	127
6.7	De bredere invoering van de bestuurlijke lus.....	127
6.7.1	Achtergrond en doelstelling	127
6.7.2	Beschrijving van de Belgische bestuurlijke lus in de Wet op de Raad van State.....	130
6.7.3	Toepassingsbereik.....	130
6.7.4	Hoe?	131
6.7.5	Na de lus	133
6.8	Context / overige finaliseringsinstrumenten	133
6.8.1	De bestuurlijke lus in de VCRO	133
6.8.2	De bestuurlijke lus in de WRvS.....	134
6.9	Een vergelijking van het toepassingsbereik van beide Belgische lussen	135
6.10	Samenvatting en conclusies	136
7.	Valt er iets van het Duitse of Belgische recht te leren – enkele resumerende rechtsvergelijkende beschouwingen	136

8.	Samenvatting van de bevindingen	138
8.1	Hoe vaak en waarom wordt de bestuurlijke lus wel/niet toegepast en welke verschillen zijn er tussen deze zaken?	138
8.2	Wat zijn de gevolgen voor de werklust van rechters afgezet tegen een vernietiging?	141
8.3	Hoe vaak ziet de bestuursrechter daarvan af omdat er belanghebbenden in het spel zijn?	141
8.4	Op welk moment wordt de lus toegepast en welke opdracht geeft de rechter aan het bestuursorgaan mee?	142
8.5	Hoe lang duurt de toepassing van de lus?	142
8.6	Is toepassing van de lus succesvol?.....	142
8.7	Gaat de bestuurlijke lus sneller dan uitsluitend een vernietiging en een nieuwe procedure?.....	142
8.8	Rechtspositie burgers	143
8.9	Knelpunten, succesfactoren en aanbevelingen.....	143
Bijlage I	Onderzoeksvragen	147
Bijlage II	Methodiek en gedetailleerde resultaten kwantitatief onderzoek.....	149
Bijlage III	Overzicht dicta in einduitspraken na toepassing bestuurlijke lus	172
Bijlage IV	Literatuurlijst Bestuurlijke lus onderzoek 2013/14.....	176
Bijlage V	Begeleidingscommissie.....	183

Samenvatting

De bestuurlijke lus is het meest vernieuwende, maar wellicht ook het meest omstreden instrument in de kist met ‘finaliseringsgereedschap’ van de rechter. Inmiddels is meer dan vier jaar ervaring opgedaan met dit nieuwe instrument. Mede op verzoek van beide Kamers van de Staten Generaal is onderzocht welke ervaringen met de lus zijn opgedaan. De volgende hoofdvragen worden beantwoord:

- Heeft de invoering van de bestuurlijke lus geleid tot een doelmatiger en doeltreffender bestuursprocesrecht?
- Heeft de invoering van de bestuurlijke lus tot een verbetering of verslechtering van de positie van de burger geleid?
- Zijn er knelpunten of mogelijkheden tot verbetering?
- Wat valt er te leren van het bestuursprocesrecht in andere landen met het oog op verdere vergroting van de doelmatig- en doeltreffendheid van het Nederlandse bestuursprocesrecht in relatie tot rechtsbescherming voor de burger?

Het onderzoek is gestart in september 2013 en afgerond in juli 2014. In beginsel werden alle colleges van hoger beroep in het onderzoek betrokken. Omdat uit de gepubliceerde jurisprudentie en de literatuur naar voren kwam dat de lus nauwelijks werd toegepast in belastingzaken, gold dit echter niet voor de hogerberoepsrechters in belastingzaken (appelrechters en de Hoge Raad). Het onderzoek had voorts betrekking op vier rechtbanken (oude stijl), respectievelijk vier zittingsplaatsen van vier rechtbanken (na herindeling). De rechtbanken werden aldus gekozen dat een zekere geografische spreiding en een spreiding in sociaal economisch opzicht gewaarborgd was en ook rechtbanken van verschillende grootte vertegenwoordigd waren. Nagegaan is hoe vaak in de onderzoeksperiode gelust is en hoe vaak andere afdoeningsmodaliteiten gericht op finale geschilbeslechting (zelf in de zaak voorzien, rechtsgevolgen in stand laten) zijn ingezet.

Vervolgens is een steekproef van 161 dossiers onderzocht waarin de lus is toegepast en 84 dossiers waarin de rechter een besluit heeft vernietigd zonder dat een van de finaliseringsinstrumenten is toegepast. Voorts bestond het onderzoek uit interviews met de verschillende spelers die bij een bestuursrechtelijke procedure betrokken zijn. In totaal werden 10 rechters en twee staatsraden, vertegenwoordigers van bestuursorganen en 10 veelvuldig procederende partijen of partijvertegenwoordigers ondervraagd. De interviews met de rechters en staatsraden geven de persoonlijke opvatting en praktijk van de desbetreffende rechter weer, tenzij uitdrukkelijk anders is vermeld. Binnen een bepaald rechterlijk college kunnen die opvattingen en praktijken sterk uiteenlopen.

Voor de rechtsvergelijking met België en Duitsland werden enkele rechters, advocaten en wetenschappers¹ uit Vlaanderen en Duitsland ondervraagd, deels telefonisch, deels ter plekke. De interviews hebben vooral bijgedragen aan een verdere verdieping en verificatie van de kennis van de onderzoekers. Voor het rechtsvergelijkende deel van dit onderzoek is gekozen voor de methode van ‘functionele microrechtsvergelijking’. Dat houdt in dat niet bepaalde rechtsregels of rechtsdogmatische instituten worden vergeleken, maar wordt vertrokken vanuit een bepaald probleem of vraagstuk en wordt bekeken hoe dit probleem of vraagstuk in

¹ Zie nader paragraaf 2.4.1.

de verschillende landen wordt opgelost. Onderzocht werd dus of de finaliteit van bestuursrechtelijke uitspraken een onderwerp van aandacht en discussie vormt en zo ja, hoe de rechter de finaliteit van zijn beslissingen verhoogt indien een besluit van de overheid wordt vernietigd.

1. Heeft de lus geleid tot een doelmatiger en doeltreffender bestuursprocesrecht?

Frequentie van toepassing

De bestuurlijke lus wordt in verhouding tot andere afdoeningsmodaliteiten, gericht op definitieve geschilbeslechting, weinig toegepast. In iets minder dan 7% van alle zaken waarin de rechter een gebrek constateert van alle onderzochte rechterlijke colleges in de onderzoeksperiode werd de lus ingezet. Daar staan ongeveer 15 % tegenover waarin de rechtsgevolgen in stand werden gelaten en 19% waarin zelf in de zaak werd voorzien. Overigens zijn er zijn grote verschillen in de frequentie waarmee dit instrument wordt gebruikt. In de ene rechtbank is dat slechts in 2% van de besluiten waarin de rechter een gebrek constateerd, in een andere in 12% en bij de Centrale Raad van Beroep in 15%. Deze verschillen zijn slechts voor een beperkt deel verklaarbaar door de aard van de geschillen die bij de verschillende rechterlijke colleges voorliggen. In geschillen over rijksbelastingen wordt de bestuurlijke lus zo goed als nooit toegepast. Ook in het vreemdelingenrecht wordt minder dan gemiddeld gelust. Opvallend is dat de lus in procedures tegen besluiten over infrastructuurwerken uiterst zelden wordt toegepast en toepassing bovendien naar verhouding vaak niet succesvol is. Dat is anders dan de wetgever had verwacht. De beoogde versnelling van infrastructuurprojecten was immers een belangrijke reden tot introductie van dit instrument. Het is voor dit soort geschillen echter minder nodig en minder geschikt.

Wanneer wordt de lus (niet) ingezet?

Het belangrijkste criterium om al dan niet te besluiten om de lus in te zetten is de vraag of het resterende geschil en de noodzakelijke reparatie zijn te overzien. Bij eenvoudiger te herstellen gebreken waarbij zicht bestaat op het mogelijke reparatietraject en het uitzicht bestaat dat reparatie binnen beperkte termijn mogelijk is, wordt gelust. Is niet duidelijk wat na een tussenuitspraak zou moeten of kunnen gebeuren, of is de situatie complex, dan wordt afgezien van toepassing van de lus. Vaak maakt de rechter een afweging tussen verwachte tijdswinst en de extra energie en tijd die toepassing van de formele lus (met name de rechter) kost. Bezieet men de positie van de formele lus tussen de informele lus enerzijds en het vernietigen en opnieuw voorzien anderzijds, dan wordt duidelijk waarom dit instrument verhoudingsgewijs weinig wordt ingezet. Voor eenvoudig te verhelpen gebreken wordt bij voorkeur de informele lus ingezet. Worden het gebrek en het hersteltraject te complex, dan gaan de meeste rechters over tot vernietiging en terugverwijzing. De formele lus zit daartussen in en heeft dus een relatief beperkt toepassingsbereik.

Er zijn aanzienlijke verschillen tussen de rechterlijke colleges hoe deze afweging uitpakt. Voor sommige rechters staat daarbij voorop dat de tijdswinst bij complexe gebreken en een complex hersteltraject in vergelijking met een vernietiging en terugverwijzing slechts beperkt lijkt te zijn (tegenindicatie voor toepassing lus). Voor andere rechters speelt een belangrijke rol hoe belangrijk het is dat partijen zo snel mogelijk duidelijkheid krijgen over hun rechtspositie. Bij een geschil over (i.e.) planschadevergoeding of een geschil tussen grote marktpartijen is dat bijvoorbeeld minder belangrijk dan bij een geschil over een primaire

inkomensvoorziening (bijstand of subsidie aan een boer). Voor weer andere rechters moet er een bijzondere rechtvaardiging zijn voor toepassing van de formele lus in vergelijking met de informele lus en is deze bijzondere rechtvaardiging slechts bij wijze van uitzondering te vinden. Meerdere rechters geven ook aan dat een belangrijk criterium voor het al dan niet lussen samenhangt met de noodzaak of wenselijkheid dat de rechter de regie in handen houdt. De opdracht om een gebrek in het kader van de lus te herstellen wordt door bestuursorganen vaak sneller en met meer prioriteit uitgevoerd dan de opdracht om na een vernietiging opnieuw te voorzien.

Gevolgen voor de werklust van rechters

De werklust van de individuele rechter stijgt door toepassing van de lus niet onaanzienlijk. Dat is echter op zich geen grond voor de rechters om de lus niet toe te passen. Ook de financiering van de gerechten – die is gebaseerd op einduitspraken en niet is gerelateerd aan tussenuitspraken - en het feit dat een zaak waarin de lus wordt toegepast langer duurt, maar financieel voor het gerecht niet meer oplevert dan een zaak zonder lus, zijn, zo blijkt uit de interviews, geen overwegingen die de beslissing om de lus toe te passen beïnvloeden. Wel gaven verschillende rechters aan dat de noodzaak om de werkvoorraad overzichtelijk te houden een belangrijke rol speelt. Door veel en lange tijd ‘zwevende lussen’ zullen zich moeilijk te beheersen pieken in de werklust van individuele rechters voordoen. Zaken met een complex hersteltraject en een moeilijk in te schatten of lange hersteltermijn worden daarom niet of minder vaak gelust. De werklust en de organisatorische en logistieke implicaties van het lussen zijn mede bepalend voor het (niet te vaak) toepassen van de lus. Een meer indirecte invloed van financieringsaspecten kunnen we niet uitsluiten. De kaders voor financiering van de rechterlijke colleges, vertalen zich in werkdruk en strak geplande zittingsroosters en aantallen einduitspraken per rechter.

Leidt de lus tot snellere definitieve geschilbeslechting?

Gemiddeld neemt de toepassing van de lus iets meer dan zeven maanden in beslag. De termijnen lopen, afgezien van enkele uitschieters, uiteen van acht tot 50 weken. Binnen deze totale termijn heeft de rechter langer nodig voor de beoordeling van de reparatie dan het bestuursorgaan voor de reparatie zelf nodig heeft. Met de nodige voorzichtigheid kan worden geconstateerd dat de geschillen waarin de lus succesvol wordt toegepast, aanzienlijk sneller definitief beslecht zijn dan de geschillen waarin de lus niet wordt toegepast.

Daar staat echter ten eerste tegenover dat soms zeer snel definitief kan worden beslecht zonder toepassing van de lus. Toepassing van de lus zou hier tot vertraging leiden. Ten tweede ontstaat in de ongeveer 20% van de gevallen waarin de lus is toegepast, maar dat niet succesvol is geweest, een aanzienlijke vertraging van doorgaans meer dan een half jaar. Toepassing van de lus leidt dus niet altijd tot versnelling, maar soms tot vertraging. Andersom: indien de lus niet wordt toegepast gaat geschilbeslechting soms beduidend sneller. Echter in veel gevallen duurt geschilbeslechting zonder toepassing van de lus aanzienlijk langer.

Is toepassing van de lus succesvol?

De toepassing van de lus is tamelijk succesvol. In gemiddeld ongeveer 80% van de dossiers waarin wordt gelust, leidt de einduitspraak tot definitieve geschilbeslechting. Tussen de

rechterlijke colleges verschilt dit succes in beperkte mate. Bij sommige rechtbanken is 74 of 76% van de lussen succesvol, bij de Afdeling Bestuursrechtspraak is dat 90%.

Samenvattend antwoord

De bestuurlijke lus heeft in de praktijk haar plaats veroverd in de gereedheidskist van instrumenten die kunnen worden gebruikt om geschillen sneller (dan vroeger) finaal te beslechten. Het is een instrument dat, in vergelijking met andere afdoeningsmodaliteiten, een minder ruim toepassingsterrein heeft en pas uit de kist wordt gehaald als de andere afdoeningsmodaliteiten niet inzetbaar zijn. Dan doet het echter doorgaans wat het moet doen. De invoering van de lus heeft bijgedragen aan een doelmatiger en doeltreffender bestuursprocesrecht, zij het dat de betekenis van dit instrument verhoudingsgewijs beperkt is en juist in zaken over infrastructuurprojecten weinig bijdraagt aan snellere en definitieve geschilbeslechting. Tussen de onderzochte rechterlijke colleges, met name tussen de rechtbanken, doen zich aanzienlijke verschillen voor in de frequentie van de toepassing van de lus.

2. Heeft de invoering van de bestuurlijke lus tot een verbetering of verslechtering van de positie van de burger geleid?

Hoe vaak ziet de bestuursrechter daarvan af omdat er (derde-)belanghebbenden in het spel zijn?

Uit de 161 dossiers waarin de lus is toegepast konden we deze informatie niet halen, omdat daarin nu juist belangen van derden blijkbaar niet aan het toepassen van de lus in de weg hebben gestaan. Het aandachtspunt dat belanghebbenden door de lus niet (onevenredig) mogen worden geschaad gaat doorgaans op in het door de rechters wel in de allermeeeste gevallen toegepaste criterium dat een gebrek en het hersteltraject overzichtelijk moet zijn om voor de lus te kiezen. Daarmee vallen geschillen waarin belanghebbenden onevenredig kunnen worden benadeeld doorgaans al buiten de boot. Voor het overige is de positie van onbekende derden wel degelijk een aandachtspunt bij de rechter.

De rechtspositie van partijen en derde-belanghebbenden

Het blijkt een heel sterk overheersende benadering te zijn dat de bestuurlijke lus wordt uitgesproken *nadat* de zitting heeft plaatsgevonden. Het toepassen van de lus voordat partijen zich ter zitting over de zaak hebben kunnen uitspreken, zoals door de wetgever bij de totstandkoming van de wettelijke regeling van de lus gesuggereerd, zou ook uit een rechtsstatelijk oogpunt al snel bedenkelijk kunnen gaan worden, tenzij het om gevallen gaat die zijn te scharen onder art. 8:54 Awb.

Aanwijzingen van de rechter met betrekking tot de inhoud van de reparatie, anders en verdergaand dan zou voortvloeien uit de benoeming van het gebrek in het aangevallen besluit, hebben wij in geen van de onderzochte dossiers kunnen ontdekken. De rechter gaat dus niet op de stoel van het bestuur zitten.

Duidelijk is dat de lus de rechtspositie verbetert van adressanten van besluiten waartegen beroep is ingesteld. Zij ontvangen doorgaans sneller een definitief – en meestal wel deugdelijk – besluit waaraan zij rechten kunnen ontleen. Het tegendeel is minder algemeen

te zeggen. Derde-belanghebbenden die zich keren tegen een besluit zijn soms feitelijk niet gebaat bij toepassing van de lus. Het voornaamste nadeel voor hun positie is dat toepassing van de lus het conflict vernauwt tot de vraag of het voorliggende besluit al dan niet gerepareerd kan worden, terwijl na een vernietiging van het aangevallen besluit de mogelijkheden voor het vervolgtraject veel meer open liggen. De bestuurlijke lus kan, kortom, leiden tot fixatie of tunnelvisie aan de zijde van het bestuursorgaan. Andere wijzen van oplossing van het conflict kunnen door de bestuurlijke lus eerder uit beeld raken. Echter, grotere bedrijven in de positie van appellant ervaren toepassing van de lus vaak als voordelig. Deze bedrijven willen vooral rechtszekerheid. Die is door toepassing van de lus doorgaans sneller te verkrijgen.

3. *Weinig knelpunten*

De onderzoekers hebben geen aanwijzingen dat de invoering en toepassing van de bestuurlijke lus heeft geleid tot bestuurlijke luiheid c.q. slordiger besluitvorming. Herhaalde lussen komen wel eens voor, maar zijn uiterst zeldzaam, zo blijkt uit het onderzoek. Als de lus succesvol is, verdient het aanbeveling om het beroep tegen het oorspronkelijk besluit in ieder geval gegrond te verklaren en vervolgens ofwel de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten, dan wel het beroep tegen het na reparatie gewijzigde besluit ongegrond te verklaren.

Een uitwisseling van ervaring tussen met name rechtbanken en een discussie over nut en mogelijkheden van de bestuurlijke lus, het liefst mede aan de hand van concrete voorbeelden, zou de bereidheid van sommige rechterlijke colleges om dit instrument meer frequent toe te passen kunnen verhogen.

Overwogen kan worden om ook de rechtbanken in staat te stellen om bestuursorganen op te dragen een gebrek te herstellen. Feitelijk zijn de verschillen tussen het in de gelegenheid stellen en het geven van een opdracht kleiner dan het lijkt. Bovendien vergt het in de gelegenheid stellen een extra procedurestap. Een dergelijke opdracht heeft echter ook nadelen.

Rechtsstatelijke bedenkingen en de oplossing daarvoor

Deels naar aanleiding van het arrest waarin het Belgische Grondwettelijk Hof de Vlaamse regeling van de bestuurlijke lus heeft vernietigd, kunnen mogelijk twee rechtsstatelijke bedenkingen tegen de thans geldende Nederlandse regeling naar voren worden gebracht. De eerste bedenking betreft het beginsel van hoor en wederhoor. Appellanten moeten zich over een besluit waartegen zij opkomen in beginsel altijd ten overstaan van de rechter kunnen uitlaten. Een uitsluitend schriftelijke afhandeling van de zaak wordt met art. 6 EVRM verenigbaar geacht voor zover het gaat om kennelijk ongegronde of gegronde zaken (art. 8:54 Awb). Wordt een besluit in het kader van een bestuurlijke lus door een nieuw besluit vervangen of van een nieuwe motivering voorzien, dan zou onzes inziens in beginsel ook ten aanzien van deze reparatiepoging moeten gelden dat appellanten zich daarover in beginsel ten overstaan van de rechter moeten kunnen uitspreken. Thans vindt na de herstellpoging doorgaans geen tweede zitting plaats. Te overwegen valt om partijen in de gelegenheid te stellen in beginsel altijd een tweede zitting te kunnen vragen, tenzij het beroep tegen het besluit in zijn herstelde vorm (inmiddels) kennelijk ongegrond is. Deze verandering zou het nut van de lus (snellere definitieve geschilbeslechting) in sommige gevallen iets doen

verminderen en het animo om de lus toe te passen wellicht (nog) iets meer doen afnemen, maar ruimt wel niet onbelangrijke rechtsstatelijke bedenkingen uit de weg.

Het tweede mogelijke rechtsstatelijke manco van de lus betreft het recht op toegang tot de rechter. Een rechtsstatelijk probleem kan zich daarbij mogelijk voordoen als derden de toegang tot de rechter wordt ontnomen voor zover zij zich door een inhoudelijk gelijkblijvende, maar anders onderbouwde en gemotiveerde beslissing voor de eerste maal bezwaard voelen. Volgens het Belgische Grondwettelijk Hof kan dit een ongerechtvaardigde beperking van het recht op toegang tot de rechter inhouden. Deze opvatting gaat er vanuit dat ook een beroepsrecht moet bestaan als een besluit inhoudelijk niet is gewijzigd, maar wel van een andere motivering is voorzien. Te bedenken is dat ook buiten het instrument bestuurlijke lus situaties voorkomen waarin een gewijzigde motivering van een besluit niet tot gevolg heeft dat derden, die daar mogelijkerwijs bezwaar tegen zouden kunnen hebben alsnog een recht op bezwaar en beroep krijgen. Integendeel, vertrekpunt in het Nederlandse bestuursprocesrecht is dat men in beginsel niet in beroep kan gaan tegen een motivering van een besluit, maar slechts tegen de inhoud daarvan. Wij delen de opvatting van het Belgische Grondwettelijk Hof op dit punt daarom ook niet, maar achten deze opvatting wel verdedigbaar. Een discussie daarover in Nederland zou derhalve op zijn plaats zijn.

Als men deze bedenking wel onderschrijft, dan zou dit probleem in Nederland oplosbaar zijn door voor te schrijven om elke reparatie vorm te geven als een nieuw besluit. Derden die geen partij waren in het geding kunnen dan in beroep gaan tegen dit nieuwe besluit. Ook dit leidt echter in sommige gevallen tot een wezenlijke verzwaring van de procedure van de lus.

4. *Wat valt er te leren van het bestuursprocesrecht in andere landen*

Wat opvalt bij een vergelijking van de regeling en de discussie over de lus in Nederland enerzijds en in de twee andere landen anderzijds is het verschil van aandacht voor rechtsstatelijke implicaties van de lus. Ook in Nederland zijn voorafgaand aan en tijdens de introductie van de bestuurlijke lus her en der rechtsstatelijke bedenkingen geuit. Deze bedenkingen hebben vervolgens echter noch in de parlementaire discussie, noch in de discussie in de literatuur een wezenlijke of invloedrijke rol gespeeld en niet geleid tot wezenlijke bijstellingen van de voornemens van de regering. In België hebben de rechtsstatelijke bedenkingen geleid tot een zeer beperkte variant van de bestuurlijke lus, in Duitsland tot het geheel afwijzen van de introductie van een lus. Het is niet onwaarschijnlijk, maar ook niet te bewijzen, dat het feit dat beide landen over een grondwettelijk hof beschikken dat de grondwettigheid van wettelijke regelingen kan toetsen, bijdraagt tot een groter bewustzijn en een grotere alertheid in de parlementaire en in de publieke discussie van nieuwe wettelijke regelingen. Relativerend moet daarbij echter worden opgemerkt dat het rechtsstatelijk “geweten” in Duitsland niet altijd even alert blijkt te zijn en in België de constitutioneelrechtelijke bedenkingen nu juist ertoe hebben geleid dat de Belgische regeling een weeffout bevat en daarmee juist ongrondwettelijk werd. Toch is de alertheid voor de grond- en mensenrechtelijke implicaties van bestuursprocesrechtelijke regelingen iets dat onzes inziens ook in Nederland meer aandacht zou kunnen krijgen.

Voor het overige is van de Belgische regeling van de lus niet veel te leren. Mogelijk kan Nederland iets leren van de bijzondere positie die het Fachplanungsrecht in Duitsland inneemt ten opzichte van algemene bestuursrecht. De zeer grondige voorbereidingsprocedure met relatief vroegtijdige participatiemogelijkheden rechtvaardigt volgens Duitse opvattingen bepalingen die het uit die procedure komend besluit zoveel mogelijk behoeden voor vernietiging. Thans is in Nederland nog geen (wettelijk) gevolg gegeven aan de suggesties van de Commissie Elverding tot introductie van een brede, vroegtijdige participatiemogelijkheid. Indien dat, bijvoorbeeld in het kader van de Omgevingswet, wel wordt uitgewerkt, zou erover nagedacht kunnen worden daaraan consequenties te verbinden in de rechtsbeschermingsfase. Daar pleit echter tegen dat er in het algemeen bestuursprocesrecht, onder andere door introductie van de lus, al heel veel instrumenten zijn ingevoerd die gericht zijn op het zo enigszins mogelijk in stand houden van (de rechtsgevolgen van) in detail foutieve besluiten. Of men, ook na introductie van een vroegtijdige, brede participatieprocedure, nog verder kan en zou moeten op deze weg, wagen wij te betwijfelen.

Een ander aspect verdient vanuit Nederlands perspectief wellicht ook nog aandacht. Dat betreft situaties waarbij een besluit over een omvangrijk project rechten van één of enkele weinige appellanten schendt, terwijl het voor het overige rechtmatig is. Duitse rechters vatten hun taak om het voorgelegde geschil definitief te beslechten dan ruim op en gaan actief op zoek naar mogelijke aanvullende besluiten waarmee de inbreuk op de individuele rechten van betrokkenen ongedaan kan worden gemaakt (bijvoorbeeld een extra geluidsscherm, een mitigerende of compenserende maatregel etc.). De Commissie Elverding heeft voor dergelijke situaties gesuggereerd om het besluit in stand te laten en aan diegenen wiens rechten geschonden zijn slechts een schadevergoeding toe te kennen. Een dergelijke oplossing ontmoet ernstige en onder meer rechtsstatelijke bezwaren. De Duitse oplossing om appellanten niet automatisch een recht op vernietiging toe te kennen van elk besluit dat in strijd met het recht is, maar hen te verwijzen naar een recht op aanvulling van het onrechtmatig besluit (indien dat mogelijk is), zou ook in Nederland kunnen worden overwogen. Deze oplossing lijkt het algemeen belang met betrekking tot het doorgang kunnen laten vinden van na grondige voorbereiding genomen besluiten en het respecteren van individuele wettelijke rechten op een betere wijze met elkaar te verbinden dan het voorstel van de Commissie Elverding dienaangaande. Bij het verdere nadenken over dit deel van het advies van de Commissie Elverding zou goed naar de Duitse praktijk moeten worden gekeken.

Rapport

1. Aanleiding en opdracht

De bestuurlijke lus is het meest vernieuwende, maar wellicht ook het meest omstreden instrument in de kist met ‘finaliseringsgereedschap’ van de rechter. Door sommigen werden of worden aan dit instrument hoge verwachtingen verbonden.² Anderen zijn kritischer en waarschuw(d)en dat invoering van de bestuurlijke lus weleens eenzijdig de procespositie van de overheid zou kunnen bevoordelen, terwijl de appellerende burger geen mogelijkheid krijgt om eventuele fouten, bijvoorbeeld in het beroepschrift, te herstellen. Dat zou leiden tot ongerechtvaardigde ongelijkheid van de partijen in het bestuursrechtelijk proces.³ Ook in de Tweede Kamer zijn beide opvattingen geuit.⁴

Inmiddels is meer dan vier jaar ervaring opgedaan met dit nieuwe instrument. In die tijd is de lus veelvuldig toegepast, maar is ook aangegeven wanneer dat niet opportuun is, zoals recent in de “Zwarte Piet-uitspraak” van de Rechtbank Amsterdam, en zijn rechtsstatelijke grenzen zichtbaar geworden van de toepassing van dit instrument. De verslagen in de juridische literatuur over deze ervaringen geven geen eenduidig beeld.⁵ Een evaluerend onderzoek ligt dan voor de hand en is bovendien ook toegezegd aan het parlement. Tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel waarmee de lus in het algemene bestuursrecht werd ingevoerd op 4 maart 2009 heeft de toenmalige Minister van Justitie aan de Tweede Kamer toegezegd de regeling van de bestuurlijke lus te evalueren. Daarbij is ook gevraagd en toegezegd na te gaan hoe er in het buitenland vorm is gegeven aan versnellingsinstrumenten in het bestuursprocesrecht.

Door Marseille en Sietses is, in het kader van een onderzoek met een ruimere vraagstelling gericht op het gebruik van finaliseringsinstrumenten in het algemeen, ook gekeken naar het gebruik van de bestuurlijke lus.⁶ Dat onderzoek was echter beperkt van omvang omdat het slechts enkele hogerberoepsrechters (Afdeling Bestuursrechtspraak en Centrale Raad van Beroep) besloeg en beperkt van aard omdat daarin vooral de vraag centraal stond of rechters inmiddels meer gebruik maken van de finaliseringsinstrumenten dan vroeger. Daarom heeft het WODC van het Ministerie van Veiligheid & Justitie een onderzoeksteam van de Universiteit Maastricht opdracht gegeven, op verzoek van Directie Wetgeving en Juridische Zaken, een empirisch onderzoek te doen ten einde een omvattender en preciezer beeld te kunnen schetsen van de werking van de bestuurlijke lus in de praktijk. De probleemstelling is:⁷

- Heeft de invoering van de bestuurlijke lus geleid tot een doelmatiger en doeltreffender bestuursprocesrecht?

² Zie bijvoorbeeld Oldenziel, *NTB* 2005, p. 85 of Schueler *TBR* 2008, p. 786.

³ Zie bijvoorbeeld Schlössels, *NTB* 2008, p. 267-268.

⁴ Zie bijvoorbeeld Handelingen II 2008-2009, 31352, nr. 59, p. 4770.

⁵ Zie bijvoorbeeld Geertsema en Groenewegen, *A&MR* 2011, p. 459; Berkouwer *Gest.* 2010, 114; Schueler *Jbplus* 2012, p. 101.

⁶ Marseille en Sietses, *NJB* 2013, 497.

⁷ De vragen uit de startnotitie, die vertrekpunt vormden voor de offerte en opdrachtverlening, zijn bijgesloten in Bijlage I.

- Heeft de invoering van de bestuurlijke lus tot een verbetering of verslechtering van de positie van de burger geleid?
- Zijn er knelpunten of mogelijkheden tot verbetering?
- Wat valt er te leren van het bestuursprocesrecht in andere landen met het oog op verdere vergroting van de doelmatig- en doeltreffendheid van het Nederlandse bestuursprocesrecht in relatie tot rechtsbescherming voor de burger?

Het onderzoek is gestart in september 2013 en afgerond in juli 2014. In de tussentijd is onder andere een veelheid aan dossiers bij zeven rechterlijke instanties onderzocht en zijn tal van interviews afgenomen met rechters, staatsraden, vertegenwoordigers van bestuursorganen, procesvertegenwoordigers van partijen en partijen die vaak zelf procederen. Ook zijn buitenlandse deskundigen uit praktijk en wetenschap ondervraagd. Met andere woorden: het onderzoek is alleen mogelijk geweest door de enthousiaste medewerking van velen in binnen- en buitenland die ons bereidwillig te woord hebben gestaan of interessant materiaal hebben toegezonden. Wij willen op deze plaats hartelijk dank zeggen hiervoor.

2. Onderzoeksmethoden

Voor dit onderzoek zijn verschillende onderzoeksmethoden ingezet. Slechts een klein deel van de door de opdrachtgever gestelde vragen, vooral de vraag naar de veronderstellingen bij de invoering van de lus, kan worden beantwoord op basis van een analyse van schriftelijke bronnen, dus onderzoek naar de parlementaire geschiedenis van de regeling van de bestuurlijke lus en de literatuur over deze regeling. Ter beantwoording van de overige vragen is onderzoek naar de wetsgeschiedenis, gepubliceerde jurisprudentie en literatuur uiteraard als achtergrond mede van belang, maar staan kwantitatieve en kwalitatieve onderzoeksmethoden centraal. Voor het rechtsvergelijkende deel waren de analyse van schriftelijke bronnen (rechtspraak en literatuur) en interviews (rechters, advocaten, wetenschappers) ongeveer even belangrijk. De onderzoeksmethoden worden in de paragrafen 2.2 en 2.3 nader toegelicht.

2.1 *Keuze rechtbanken en onderverdeling naar aard van zaken, Porta Iuris*

In beginsel werden alle colleges van hoger beroep in het onderzoek betrokken. Omdat uit de gepubliceerde jurisprudentie en de literatuur naar voren kwam dat de lus nauwelijks werd toegepast in belastingzaken, gold dit echter niet voor de hogerberoepsrechters in belastingzaken (appelrechters en de Hoge Raad).

Binnen het tijdsbestek van het onderzoek was het mogelijk om vier rechtbanken (oude stijl), respectievelijk vier zittingsplaatsen van vier rechtbanken (na herindeling) in het onderzoek te betrekken. De rechtbanken werden in overleg met de begeleidingscommissie aldus gekozen zodat een zekere geografische spreiding en een spreiding in sociaal economisch opzicht (meer of minder stedelijk, Randstad en buiten Randstad) gewaarborgd is. Bovendien zijn dan ook rechtbanken van verschillende grootte vertegenwoordigd. Rb 1 wordt ook in het onderzoek betrokken omdat zij is aangewezen om dossiers inzake Rijksbelastingen te behandelen. Alle vier de rechtbanken behandelen ook alle andere soorten zaken. Daarmee kon, ondanks het feit dat geen hogerberoepsrechter in belastingzaken in het onderzoek werd betrokken, toch worden bekeken hoe in belastingzaken met finale geschilbeslechting wordt omgegaan.

Een belangrijke reden voor de keuze was tevens dat uit de gepubliceerde jurisprudentie in de afgelopen jaren en uit een zelf uitgevoerde quickscan van de uitspraken van verschillende rechtbanken waarin het trefwoord 'bestuurlijke lus' voorkwam (via Porta Iuris), de indruk bestond dat de frequentie van het toepassen van de bestuurlijke lus tussen de rechtbanken sterk uiteenloopt. Om een zo breed mogelijk beeld van de opvattingen van rechters over de bestuurlijke lus te kunnen verkrijgen, is daarom zowel een rechtbank bij het onderzoek betrokken waarvan verwacht werd dat deze veel gebruik maakt van de lus als een rechtbank waarvan het tegendeel werd verwacht.

Tenslotte heeft bij de keuze ook de (mogelijke) samenhang tussen het al dan niet actief toepassen van de nieuwe zaaksbehandeling enerzijds en de bestuurlijke lus anderzijds een rol gespeeld. Een te verifiëren of te falsificeren hypothese was dat rechters – respectievelijk rechtbanken – die actief zijn in het vormgeven van de nieuwe zaaksbehandeling, wellicht minder vaak de (formele) bestuurlijke lus toepassen. Mede daarom is een van de rechtbanken, waarvan bekend was dat deze voortvarend omgaat met de nieuwe zaaksbehandeling,⁸ in het onderzoek betrokken.

⁸ Zie onder meer Verburg 2013, p. 19; Marseille 2010, p. 163.

Om ook uitspraken te kunnen doen over mogelijke verschillen van toepassing van de lus in verschillende soorten zaken, werd voor de rechtbanken en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) nogmaals een onderverdeling in categorieën zaken gehanteerd. Uit de optelsom van de verschillende rechtscolleges en de verschillende soorten zaken hebben wij uiteindelijk elf categorieën onderscheiden:

- Rechtbanken Infrastructuur
- Rechtbanken Wabo / Omgevingsrecht overig
- Rechtbanken Vreemdelingenrecht
- Rechtbanken Sociale zekerheid
- Rechtbanken Bestuursrecht overig (incl. belastingen)
- College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb)
- Centrale Raad van Beroep (CRvB) – Sociale zekerheid
- CRvB – overig (incl. Ambtenarenrecht)
- ABRvS – Hoger beroep Infrastructuur
- ABRvS – Hoger beroep Milieu- en Bouwzaken
- ABRvS – Bestemmingsplannen
- ABRvS – Vreemdelingenrecht
- ABRvS – Overig (o.a. handhaving, onderwijs, rechtsbijstand, schadevergoeding, WOB, verordeningen).

Omdat bij elk van de vier rechtbanken vijf categorieën zaken worden onderscheiden (in totaal dus 20 groepen zaken), ontstaan 28 groepen van zaken (20 bij de rechtbanken, twee bij de CRvB, één bij het CBb en vijf bij de ABRvS). Omdat daarnaast ook nog (zie hierna) een verschil tussen twee peildata moest worden gemaakt, hebben wij uiteindelijk 56 verschillende groepen van zaken onderscheiden.

Voor het onderzoek is onder meer gebruik gemaakt van de database Porta Iuris, respectievelijk Nova Porta Iuris (rechtbanken), van de website van de Raad van State en van Rechtspraak.nl voor de overige hogerberoepsrechters. Porta Iuris geeft toegang tot alle op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken en tot de elektronische archieven (e-archieven) van alle rechtbanken. De hogerberoepsrechters publiceren alle uitspraken op rechtbank.nl.⁹ Ook van de rechtbanken worden alle uitspraken uiteindelijk in Porta Iuris opgenomen, zij het soms met vertraging. Door bevraging van de betrokken ambtenaren en keuze van de onderzoeksperiode is verzekerd dat ervan uit kan worden gegaan dat Porta Iuris bij de betrokken rechtbanken geen wezenlijke lacunes (meer) bevat. Absolute zekerheid is hieromtrent echter niet te geven.

2.2 Kwantitatief onderzoek

Om te weten te komen hoe vaak de lus wordt ingezet, mede in relatie tot andere finaliseringsinstrumenten, en of dienaangaande een ontwikkeling in de tijd kan worden gezien, is bij de in het onderzoek betrokken rechtscolleges kwantitatief onderzoek verricht.

⁹ Dit geldt 'voor zover de zaak niet kennelijk ongegrond of niet-ontvankelijk is verklaard en/of met een standaardformulering is afgedaan.', zie art. 3 Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl.

Over de gehele onderzochte periode (1 januari 2010 tot 1 november 2013) en voor elk jaar daarbinnen is eerst geteld hoeveel uitspraken elk van de onderzochte colleges heeft gewezen en in hoeveel zaken de rechter een vernietiging uitsprekt. Vervolgens is bekeken in hoeveel gevallen de rechter de rechtsgevolgen van een besluit ondanks vernietiging in stand heeft gelaten, de rechter zelf in de zaak heeft voorzien of een bestuurlijke lus heeft toegepast.¹⁰

Het kwantitatief onderzoek is gebaseerd op de aantallen zoals bekend in *Porta Iuris*. Voor het onderzoek bij de ABRvS werd door de Afdeling verzocht om enkel gebruik te maken van haar eigen website, in verband met omzettingsproblemen van de uitspraken in *Porta Iuris*.

2.3 Dossieronderzoek en interviews

Naast het kwantitatief onderzoek is een steekproef van dossiers bekeken en zijn interviews afgenomen.

2.3.1 Dossieronderzoek

Wij hebben in totaal 161 dossiers onderzocht waarin de lus is toegepast en 84 dossiers waarin de rechter een besluit heeft vernietigd zonder dat een van de finaliseringsinstrumenten is toegepast. Uit elk van de 56 groepen van geluste zaken zijn drie dossiers onderzocht. Ook zijn uit elke groep drie vernietigingen zonder toepassing van een finaliseringsinstrument bekeken. In eerste instantie zijn de procesdossiers geanalyseerd om informatie te verkrijgen over de wijze van toepassing van de lus in de praktijk. Bij de dossiers waarin geen finaliseringsinstrument is toegepast, is bekeken of hiervoor een verklaring kan worden gevonden, bijvoorbeeld dat een partij had aangegeven in hoger beroep te gaan of het bestuursorgaan had aangegeven niet te willen lussen. De 84 dossiers waarin geen finaliseringsinstrument werd toegepast hebben als basis gediend voor de selectie van de tien zaken die aan een vervolgonderzoek zijn onderworpen. Uit de totale groep van 84 dossiers zijn die uitspraken geselecteerd waarin het dossier geen verklaring bood voor het niet toepassen van een instrument gericht op finalisering. In 10 gevallen bleken verweerders bereid en in staat om aan het vervolgonderzoek mee te werken. Doel van dit deel van het onderzoek was om te achterhalen hoe de zaak na vernietiging verder is verlopen, of het geschil inmiddels definitief is beslecht en hoe lang dat heeft geduurd, teneinde een inschatting te kunnen maken of toepassing van de lus tijdwinst zou hebben opgeleverd.

De regeling van de bestuurlijke lus is op 1 januari 2010 geldend recht geworden. Om na te kunnen gaan of er in de rechtspraak sindsdien bepaalde ontwikkelingen zijn waar te nemen, is, voor de selectie van dossiers waarin de lus is toegepast, gekozen voor twee peildata: 1 juni 2010 en 1 januari 2013. Peildatum 1 juni 2010 is gekozen als tijdstip zo dicht mogelijk bij de inwerkingtreding van de regeling over de lus. Omdat alleen dossiers konden worden onderzocht waarin een einduitspraak is geweest, is peildatum 1 januari 2013 gekozen als zo laat mogelijk tijdstip.

Vanuit deze peildata werd – evenredig – vooruit en achteruit gezocht, totdat het beoogde aantal uitspraken voor elk college en in elke categorie was bereikt. Aldus is een steekproef van zaken tot stand gekomen. De selectie van de dossiers van de uitspraken waarin geen

¹⁰ Wij houden daarbij dus de volgorde aan die de rechter bij de keuze tussen deze instrumenten zou moeten toepassen; zie Wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht, Nota van Wijziging (toelichting), *Kamerstukken II* 2010/11, 32450, nr. 8, p. 59.

finaliseringsinstrument is toegepast, is op gelijke wijze tot stand gekomen, zij het dat daarbij is volstaan met de tweede peildatum. De reden hiervoor is dat kort na de inwerkingtreding van de regeling (eerste peildatum) mogelijk nog sprake is van een gewenningsfase. Waarschijnlijk zal dan onbekendheid met de regeling nog vaak een reden zijn om dit instrument niet toe te passen in gevallen waarin dat op zich zou kunnen. Om deze factor uit te sluiten, is in dit deel van het onderzoek uitsluitend gezocht rond de tweede peildatum. Om de dossiers te analyseren is gebruik gemaakt van een itemlijst voor de zaken waarin is gelust en een itemlijst voor de vernietigingen waarin geen finaliseringsinstrument is toegepast.

In de categorie ‘Infrastructuur’ konden zowel bij de rechtbanken als bij de Raad van State over de gehele onderzoeksperiode onvoldoende uitspraken worden gevonden waarin de lus is toegepast. In totaal werden binnen de onderzoeksperiode bij alle rechtbanken tezamen slechts twee uitspraken, en bij de ABRvS eveneens slechts twee uitspraken gevonden waarin in een infrastructuurzaak de bestuurlijke lus is toegepast. Recentelijk, maar op data gelegen na de onderzoeksperiode, heeft de Afdeling overigens in nog twee infrastructuurzaken de bestuurlijke lus toegepast.¹¹

Voor Rb 4 geldt dat zowel het aantal bestuurlijke lus-uitspraken als het aantal zaken waarin de rechter uitsluitend vernietigt, substantieel lager is dan bij de overige onderzochte rechtbanken. Het gewenste aantal van 15 bestuurlijke lus-dossiers per peildatum kon niet worden bereikt. De selectie voor de eerste peildatum werd beëindigd op het moment dat de zoekresultaten zich kruisten met die van de tweede peildatum. De selectie voor de tweede peildatum werd beëindigd op 2 januari 2014. In totaal konden hier slechts 23 in plaats van 30 dossiers worden geselecteerd waarin de lus is toegepast.

2.3.2 Interviews

Voorts bestond het onderzoek uit interviews met de verschillende spelers die bij een bestuursrechtelijke procedure betrokken zijn. In totaal werden 10 rechters en twee staatsraden, vertegenwoordigers van bestuursorganen en 10 veelvuldig procederende partijen of partijvertegenwoordigers ondervraagd. De rechters en staatsraden zijn allen persoonlijk geïnterviewd, de vertegenwoordigers van bestuursorganen en partijen deels persoonlijk, deels telefonisch. De interviews met de rechters en staatsraden geven de persoonlijke opvatting en praktijk van de desbetreffende rechter weer, tenzij uitdrukkelijk anders is vermeld. Binnen een bepaald rechterlijk college kunnen die opvattingen en praktijken sterk uiteenlopen.

Een deel van de interviews was gebaseerd op de opvattingen van meerdere of een veelvoud van vertegenwoordigers van de geïnterviewde organisatie. Zo werden de interviewvragen door onze gesprekspartners bij de IND en het UWV uitgezet naar verschillende afdelingen van de organisatie die in verschillende landsdelen ervaringen op hebben gedaan met verschillende rechtbanken.

Voor de rechtsvergelijking werden enkele rechters, advocaten en wetenschappers¹² uit Vlaanderen en Duitsland ondervraagd, deels telefonisch, deels ter plekke. De interviews hebben vooral bijgedragen aan een verdere verdieping en verificatie van de kennis van de onderzoekers. Voor zover in de interviews specifieke opvattingen van de interviewpartner aan

¹¹ Voorts is er nog één andere zaak waarin de lus is toegepast, waarbij het niet lukte om binnen de gestelde termijn te repareren, maar vervolgens de beroepen werden ingetrokken. Omdat wij alleen dossiers hebben onderzocht waarin een einduitspraak is geweest, viel deze zaak buiten boord. In totaal zijn er dus vijf uitspraken van de ABRvS bekend waarin de lus werd toegepast in een zaak over de aanleg van infrastructuur.

¹² Zie nader paragraaf 2.4.1.

de orde kwamen die zo relevant zijn dat zij in het onderzoek aan de orde moeten komen, is in het rechtsvergelijkende deel van het onderzoek uitdrukkelijk verwezen naar een bepaald interview.

2.4 *Rechtsvergelijking*

2.4.1 *Methode*

Voor het rechtsvergelijkende deel van dit onderzoek is gekozen voor de methode van ‘functionele microrechtsvergelijking’.¹³ Dat houdt in dat niet bepaalde rechtsregels of rechtsdogmatische instituten worden vergeleken, maar wordt vertrokken vanuit een bepaald probleem of vraagstuk en wordt bekeken hoe dit probleem of vraagstuk in de verschillende landen wordt opgelost. Onderzocht werd dus of de finaliteit van bestuursrechtelijke uitspraken een onderwerp van aandacht en discussie vormt en zo ja, hoe de rechter de finaliteit van zijn beslissingen verhoogt indien een besluit van de overheid wordt vernietigd. Een functionele benadering vereist kennis van en inzicht in het te vergelijken rechtsstelsel, de sociologische, culturele en juridische achtergrond en zijn functioneren in de praktijk. Om dit inzicht zo goed mogelijk te verkrijgen, zijn, naast studie van wetgeving, rechtspraak en literatuur, interviews afgenomen, vooral met rechters, advocaten en wetenschappers. In Duitsland zijn drie en in Vlaanderen vijf interviews gevoerd en deels in verdere gesprekken verdiept. Om de validiteit verder te verhogen is de paragraaf over het Duitse recht in eerste instantie in het Duits geschreven en ter controle voorgelegd aan de contactpersonen. Dat verhoogt, zoals uit onderzoek blijkt, de betrouwbaarheid van de getrokken conclusies aanzienlijk. Om de onderzoeksresultaten voor de Nederlandse lezer beter toegankelijk te maken, is de paragraaf over het Duitse recht vervolgens vertaald naar het Nederlands.

2.4.2 *Landenkeuze*

Dat het onderzoek zich richt op Duitsland is door de opdrachtgever voorgeschreven. Deze keuze is terecht. Uit eerder onderzoek¹⁴ is immers al gebleken dat de Duitse bestuursrechters bijvoorbeeld interessante vormen van informele lussen toepassen die nadere bestudering zeker waard zijn. Voorts wordt dit ook onderbouwd door het onderzoek van Willemsen.¹⁵ Op basis van een quickscan van acht andere lidstaten (Denemarken, Zweden, Finland, Ierland, Italië, Engeland en Wales, België, Polen) en een verdiepend vooronderzoek naar Ierland en het Verenigd Koninkrijk is uiteindelijk, samen met de opdrachtgever, ervoor gekozen het vergelijkend onderzoek – naast Duitsland – te beperken tot België. België werd in het onderzoek betrokken omdat in dat land met ingang van 1 januari 2013 een met art. 8:51a Awb vergelijkbare bepaling is geïntroduceerd in de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening en de lus inmiddels ook algemeen van toepassing is geworden in de rechtspraak van de Belgische Raad van State.

¹³ Zie Gorlé e.a. 2007, p. 32.

¹⁴ Backes e.a. 2010, p. 61.

¹⁵ Willemsen 2008.

3. Verwachtingen ten aanzien van de bestuurlijke lus

3.1 *Introductie en context bestuurlijke lus*

3.1.1 *Context en achtergrond*

Met de bestuurlijke lus is per 1 januari 2010 een nieuw instrument in het bestuursprocesrecht ingevoerd.¹⁶ De introductie van de bestuurlijke lus over de gehele breedte van het bestuursrecht (met andere woorden: in de Awb) is onderdeel van de vanaf 2007 in het bestuursrecht ingezette tendens naar finale geschilbeslechting. De introductie van de figuur van de bestuurlijke lus staat dus niet op zichzelf, maar dient te worden gezien binnen de bredere tendens van een veranderd en veranderend bestuursprocesrecht. Bestaande instrumenten ter finalisering hebben na 2007 in de rechtspraak en vervolgens in de wetgeving (Wet aanpassing bestuursprocesrecht (Wabp), grotendeels in werking getreden per 1 januari 2013) een impuls gekregen. Chronologisch gezien daar tussen in, heeft de wetgever de bestuurlijke lus in de Awb opgenomen.

Het oude systeem van vernietigen en opnieuw voorzien is daarmee als uitgangspunt hoe langer hoe meer gerelativeerd, zo niet al verlaten. Dat mechanisme komt er kort gezegd op neer dat de bestuursrechter, na gegrondverklaring van het beroep, het bestreden besluit vernietigt en in beginsel niet ingaat op de vraag welk besluit het vernietigde besluit zou kunnen of zelfs moeten vervangen. In dat stelsel eindigt de rechtsgang bij de bestuursrechter vaak met een vernietiging. Het bestuursorgaan is dan weer aan zet en zal een nieuw besluit moeten nemen ('opnieuw voorzien'), ter vervanging van het vernietigde besluit.

In vroegere tijden, zoals die van de Wet Arob, leek de veronderstelling te zijn dat uit de gronden voor vernietiging van een besluit duidelijk werd wat er nodig was om het nieuwe besluit rechtmatig te doen zijn. Dat bleek een enigszins naïeve of te optimistische aanname. Schueler onderscheidt in dit verband beoordeling achteraf en voorspelling vooraf. De zeggingskracht van op een genomen besluit (dus achteraf) toegepaste normen is iets anders dan de voorspellende kracht van die normen voor een nog te nemen besluit. Zo zijn, merkt Schueler op, zorgvuldigheid, proportionaliteit, onderzoeks- en motiveringsplichten geschikt als vernietigingsgrond (achteraf), maar minder geschikt om te bepalen waartoe het bestuursorgaan bij het voorbereiden van een nieuw besluit verplicht is.¹⁷ Men zou daarin een onderstreping kunnen lezen voor de noodzaak van instrumenten zoals de bestuurlijke lus. De bestuursrechter heeft daarbij immers de regie en kan door middel van wenken aangeven wat er mis is met het besluit en langs welke weg tot herstel kan worden overgegaan.

Met de constatering van de bestuurlijke lus als onderdeel van een breder perspectief of ingezette ontwikkeling binnen de bestuursrechtspraak, rijst overigens ook de vraag naar de verhouding tussen de lus en overige instrumenten – te denken valt met name aan de instandlating van de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit en het zelf in de zaak voorzien door de rechter – ter finale geschilbeslechting, waarover hieronder meer. Op deze plaats

¹⁶ Wet bestuurlijke lus Awb, wet van 14 december 2009, *Stb.* 2009, 570. Hierna zal veelal worden gesproken over 'de bestuurlijke lus'. Voor de goede orde zij opgemerkt dat die benaming in het bestuursrechtelijk jargon is ingeburgerd, maar als zodanig niet voorkomt in de wettekst van de artikelen waarin de bestuurlijke lus is geregeld (artt. 8:51a t/m 8:51d, 8:80a en 8:80b), maar slechts als aanhef van afdeling 8.2.2A.

¹⁷ Schueler, *JBplus* 2012, p. 105.

volstaan wij met de opmerking dat uit zowel rechtspraak, althans die van de CRvB,¹⁸ als wetgeving (Wet aanpassing bestuursprocesrecht (Wabp)) respectievelijk de toelichting daarop,¹⁹ blijkt dat de lus een belangrijke bijdrage kan leveren aan finale geschilbeslechting in het bestuursprocesrecht, maar tevens dat zij een aantal andere instrumenten ter finalizering boven zich heeft te dulden.

De rechterlijke afdoeningsmodaliteiten die voorrang hebben boven de lus zijn:

- de instandlating van de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit en
- het zelf in de zaak voorzien door de rechter.

De laatste twee afdoeningsmodaliteiten zijn thans neergelegd in art. 8:72 derde lid, onder a onderscheidenlijk art. 8:72 derde lid, onder b, Awb. Daarna komt de toepassing van een bestuurlijke lus in aanmerking. De focus ligt kortom op finale (of: definitieve) geschilbeslechting en deze finale geschilbeslechting vormt dan ook in wezenlijke mate het referentiekader voor een analyse van de bestuurlijke lus. Dat maakt het zinvol een werkdefinitie of omschrijving te geven van wat daaronder kan worden begrepen. Aansluiting kan daarvoor worden gevonden bij de definitie die Schueler e.a.²⁰ geven – op hun beurt weer aansluitend op een door Hirsch Ballin gegeven omschrijving²¹ – die erop neerkomt dat van finale geschilbeslechting sprake is indien de rechterlijke uitspraak duidelijk maakt welk besluit voor de toekomst moet gelden. Schueler wijst in zijn uitleg van deze definitie op de twee veronderstellingen die in deze omschrijving schuilen. Ten eerste, dat het geschil een besluit betreft en geen ander mogelijk geschilpunt. De Awb is nog steeds – titel 8.4 (Schadevergoeding) en een enkele andere uitzondering even daargelaten – gegrond op het besluitbegrip. Het in een procedure inbouwen van de bestuurlijke lus zal dan ook (moeten) geschieden binnen het raamwerk van het besluit. De tweede veronderstelling waar hij op wijst is dat in de definitie niet enkel het bestreden besluit onderdeel uitmaakt van het geschil maar, ingeval van vernietiging, ook het besluit dat het vernietigde besluit vervangt.²² In elk geval is het geschil definitief beslecht als na de rechterlijke uitspraak geen nieuw besluit meer hoeft te worden genomen. Verdedigbaar is voorts dat soms ook na een ‘ouderwetse’ vernietiging die ertoe leidt dat het bestuursorgaan een nieuw besluit moet nemen, het geschil door de rechter kan zijn beslecht. Dat zou met name het geval zijn indien het dictum weliswaar eenvoudigweg ‘vernietiging’ luidt, maar het bestuursorgaan de inhoud en de strekking van het nieuwe besluit rechtstreeks uit de overwegingen in de uitspraak kan afleiden.²³

De wisseling van paradigma waarin finale geschilbeslechting tot uitgangspunt is verheven, brengt onder meer mee dat tegenwoordig het na de vernietiging nieuw genomen vervangende besluit, wordt geacht deel uit te maken van het geschil.²⁴ Die opmerking geldt in sterke mate

¹⁸ CRvB 3 november 2010, AB 2010, 341 m.nt. Marseille en CRvB 3 november 2010, AB 2011, 243 m.nt. Jansen.

¹⁹ Nota van wijziging bij de Wabp, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 450 8H (herdruk), p. 59-61.

²⁰ Schueler, *JBplus* 2012, p. 103; Schueler, Drewes e.a., 2007, p. 5-12.

²¹ Hirsch Ballin, *NTB* 2006, p. 176-277.

²² Bij deze definitie is wel een enkele kanttekening te plaatsen, in het bijzonder m.b.t. de woorden ‘... duidelijk maakt...’. Dat zou impliceren dat onder finale geschilbeslechting ook die gevallen te begrijpen zijn waarin de uitspraak de procedure en het geschil in kwestie nog niet beëindigt, dus ook wanneer de uitspraak ‘slechts’ aangeeft (‘duidelijk maakt’) hoe te besluiten. Deze interpretatie includeert in elk geval evident de toepassing van de bestuurlijke lus.

²³ Zie hiervoor Schueler, *JBplus* 2012, p. 104. Naar inhoud en resultaat, maar minder naar vorm, lijkt dat een beetje op de bestuurlijke lus. In elk geval verschilt de vorm, aangezien het bij de toepassing van de bestuurlijke lus een tussenuitspraak betreft en die tussenuitspraak geen vernietiging behelst.

²⁴ Schueler, *JBplus* 2012, p. 104.

voor de context van de bestuurlijke lus. Met de tussenuitspraak waarbij de bestuursrechter de bestuurlijke lus toepast, is de procedure tenslotte nog niet afgelopen.

Nieuwe zaaksbehandeling

De bestuurlijke lus is om meer redenen niet een geïsoleerd instrument in wat zou kunnen worden aangeduid als de modernisering het bestuursprocesrecht. Zo is er sinds enige tijd ook de nieuwe zaaksbehandeling (nzb). Dat houdt in dat een zaak na binnenkomst binnen relatief korte tijd (bij voorkeur binnen 13 weken na instellen beroep) op zitting wordt geagendeerd, om zo al in een vroeg moment communicatie tussen rechter en partijen te bewerkstelligen. Vaak zal deze eerste zitting meteen ook de enige zijn. De zitting dient om helder te krijgen wat partijen nu echt verdeeld houdt. In meer complexe zaken zal het dikwijls een regiezitting zijn, maar in principe kan de zaak ook geheel inhoudelijk worden behandeld. Er wordt op zitting gekeken naar wat nodig is om het geschil te beslechten; ook hier is finaliteit dus een streven. Er kan op zitting al een lus worden toegepast, of een bewijsopdracht worden gegeven. De rechter probeert aldus al hetgeen hij nodig heeft om knopen door te hakken, te vergaren. Hij kan (zal) ook aan bewijsvoorlichting doen. De rechter stelt zich kortom transparant en actief op en tracht tot snelle en definitieve geschiloplossing te komen. De oplossing kan eventueel ook in alternatieve geschilbeslechting blijken te liggen.²⁵

De nzb past, net als de bestuurlijke lus, in het grotere kader van finale geschilbeslechting. Beide instrumenten kunnen elkaar wellicht versterken, maar er kan ook een omgekeerde relatie zijn, waarbij de nzb de bestuurlijke lus als het ware wegdrukt. Een rechter die zwaar inzet op de nzb zal mogelijk minder behoefte voelen aan het instrument van de lus. Zie hierover nader par. 4.1.2. Overigens moet er ook op worden gewezen dat het pakket aan aanpassingen binnen het algemeen bestuursprocesrecht – en ook daarbuiten door bijvoorbeeld de Crisis- en herstelwet – waarvan de bestuurlijke lus een onderdeel is, meebrengt dat de lus moeilijk geheel geïsoleerd kan worden gezien.

3.1.2 Wat houdt de bestuurlijke lus in?

De bestuurlijke lus zoals die nu in de Awb is opgenomen,²⁶ komt heel in het kort op het volgende neer. De bestuursrechter beschikt over de mogelijkheid om via een tussenuitspraak het bestuursorgaan te bewegen om nog tijdens de procedure bepaalde stappen te zetten teneinde het voorgelegde geschil finaal te beslechten. De bestuursrechter stelt zijn einduitspraak als het ware uit om het verwerend bestuursorgaan een nader standpunt of besluit te laten (in)nemen over de door de rechter geconstateerde gebreken. De tussenuitspraak waarbij de bestuurlijke lus wordt toegepast, kan resulteren in herstel in de vorm van een nieuw besluit, maar het herstel kan ook door middel van een stuk met bijvoorbeeld een aanvullende motivering, een stuk waarin nader wordt uiteengezet wat het alsnog betrekken van belanghebbende(n) oplevert, of een advies of rapport van deskundigen. De bestuursrechter geeft aan aan welk(e) gebrek(en) het bestreden besluit lijdt en gunt het bestuursorgaan een termijn voor herstel daarvan.

Toepassing van de bestuurlijke lus impliceert – anders dan sommige andere afdoeningsmodaliteiten – derhalve niet dat de bestuursrechter het geschil daarmee reeds direct beslecht. Hij doet ingevolge de artikelen 8:80a en 8:80b Awb eerst een tussenuitspraak om,

²⁵ Zie o.a. Verburg, *TC* 2013, p. 19-23; vgl. ook Van der Velde, *JBplus* 2014, p. 71-75.

²⁶ De bestuurlijke lus is geregeld in Afdeling 8.2.2A (artt. 8:51a t/m 8:51d) en Afdeling 8.2.7 (artt. 8:80a en 8:80b). Nader o.a. De Poorter & De Graaf, 2011, p. 169-172.

indien de bestuurlijke lus slaagt, het geschil vervolgens definitief te beslechten bij einduitspraak. De bestuurlijke lus is met andere woorden een middel om finale beslechting te bevorderen. De tussenuitspraak vermeldt niet alleen op welke punten het bestreden besluit in strijd is met het recht, maar ook hoe het bestuursorgaan het gebrek kan herstellen.²⁷ Het bestuursorgaan geeft zo snel mogelijk aan of het gebruik maakt van de uitnodiging tot de bestuurlijke lus en hoe het heeft geprobeerd het gebrek te herstellen. Andere partijen hebben vervolgens vier weken de tijd om via een op schrift gestelde zienswijze te reageren op de poging tot herstel door het bestuursorgaan.

De bestuurlijke lus kan zowel door de bestuursrechter in eerste aanleg (rechtbanken) als door de hoogste bestuursrechters (in hoger beroep evenals in eerste en enige aanleg) worden toegepast. Verschil is dat de rechtbank het bestuursorgaan uitnodigt ('in de gelegenheid stelt') tot het uitvoering geven aan de bestuurlijke lus, terwijl de hoogste instantie het bestuursorgaan een opdracht daartoe kan geven ('opdragen'). Zie respectievelijk art. 8:51a eerste lid, Awb en art. 8:51d Awb, alsmede nader par. 3.2.2.3.2.

3.2 De parlementaire geschiedenis en de veronderstelde werking

3.2.1 De ratio en de (beoogde) effecten van de bestuurlijke lus

3.2.1.1 Achtergrond van invoering

De aanleiding voor de invoering van de bestuurlijke lus in de Awb moet primair worden gezocht in de lastige en stroef verlopende realisering van grote, maar ook wel kleinere, infrastructurele- of bouwprojecten. Bij de besluitvorming rondom wegeaanleg, woningbouw, industrieterreinen e.d. kwamen met regelmaat gebreken in die besluitvorming (pas) aan de oppervlakte in de procedure bij de bestuursrechter. Dat, terwijl al langdurige inspraak- of bezwaarschriftprocedures waren doorlopen. Het toen heersende mechanisme van vernietigen en opnieuw voorzien door het bestuur bracht mee dat de bestuursrechter op grond van een door hem in beroep geconstateerd gebrek tot vernietiging van het besluit overging, ook in die gevallen waarin het gebrek voor reparatie vatbaar leek (de memorie van toelichting noemt de voorbeelden van procedurele fouten en rekenfouten). 'Het kan lang duren voordat de bestuursrechter het bestreden besluit daadwerkelijk inhoudelijk heeft getoetst c.q. het materiële geschil daadwerkelijk heeft beslecht, en dus ook voordat precies duidelijk is waaraan partijen toe zijn en welke rechtspositie zij ten opzichte van elkaar hebben'.²⁸ De vernietiging leidde dikwijls tot het *overdoen van het hele proces van besluitvorming*, met niet zelden een naar inhoud en strekking zelfde besluit als resultaat²⁹, ook omdat de bestuursrechter in zijn vernietigingsuitspraak onvoldoende inzicht gaf in wat er moest gebeuren om nu wel een goed besluit te nemen. Geschillen en procedures konden zich gemakkelijk opstapelen. Die praktijk genereerde vaak aanzienlijke *vertraging*, extra *kosten* en

²⁷ Hieronder wordt nader ingegaan op de juridische status (binding) van de tussenuitspraak. Hier merken wij alvast op dat tegen de tussenuitspraak geen hoger beroep mogelijk is. Dat kan pas tegelijk met het hoger beroep tegen de einduitspraak. Zie art. 8:104, derde lid, onder a, Awb.

²⁸ Aldus MvT, zowel de eerste (*Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 3, p. 3) als de tweede, n.a.v. het advies van de Raad van State (MvT, *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 6, p. 4).

²⁹ Schueler wees in zijn dissertatie op het gemankeerde mechanisme van vernietigen en opnieuw voorzien en de behoefte daar wat aan te doen (Schueler 1994) en hij wordt ook veelal als de geestelijke vader van de bestuurlijke lus aangemerkt; ook Van Ettehoven VAR-preadvies 2001 lijkt een belangrijke inspiratiebron te zijn geweest.

daar bovenop *maatschappelijk ongenoegen*.³⁰ Er bestond bij indianers, regering en wetgever blijkbaar een vrij breed gedragen gevoel van urgentie, want er werd niet gewacht op de Wet aanpassing bestuursprocesrecht die aanvankelijk een bestuurlijke lus includeerde.³¹

Gezien het bovenstaande is het niet heel verwonderlijk dat in het initiatiefvoorstel voor een bestuurlijke lus in de Awb de indianers³² vooral de praktijk van het omgevingsrecht voor ogen stond. De directe aanleiding van de invoering van de bestuurlijke lus in de Awb was voor hen om: ‘de weerbarstige praktijk van de uitvoering van grote projecten om te bouwen of om de mobiliteit te vergroten, ter verbetering van de leefkwaliteit van omwonenden.’ Naar aanleiding van het advies van de Raad van State³³ wordt de memorie van toelichting echter aangepast: de zonet kort weergegeven en als ongelukkig ervaren karakteristieken van het bestuursprocesrecht – kortweg: vernietigen en opnieuw voorzien – manifesteren zich tevens bij geringe(re) conflicten over tal van besluiten, ook buiten het omgevingsrecht. Al ligt de kiem voor het idee en het voorstel tot een bestuurlijke lus onmiskenbaar in het omgevingsrecht en de grote projecten / geschillen, na het advies van de Raad van State is het beoogde bereik van het voorstel uitgebreid tot het gehele bestuursrecht. De bestuurlijke lus leent zich voor inzet op alle terreinen van het bestuursrecht (‘... ongeacht de aard van het rechtsgebied.’).³⁴

Tenslotte, wat doorklinkt in delen van de wetsgeschiedenis, is de tamelijk optimistische verwachting, in elk geval van de indianers. Er wordt vooral vanuit gegaan dat de bestuurlijke lus een ‘successtory’ is. Meer precies: er lijkt in eerste instantie met name te zijn gedacht aan een perfect herstel van de aangeduide gebreken waarna het besluit de rechterlijke toets kan doorstaan. De veronderstelling is dat het bestuursorgaan het verzoek van een rechtbank om aan de bestuurlijke lus uitvoering te geven, zal opvolgen. Anders zou voor het bestuursorgaan de garantie bestaan (‘dit orgaan weet zeker’, volgens de opstellers) dat het de procedure verliest en dat vernietiging volgt.³⁵ Er is op gewezen en hierna zal blijken dat het ook anders kan uitpakken; het achterwege blijven van een (correcte) herstelpoging door het bestuursorgaan zal bovendien ook van invloed kunnen zijn op de einduitspraak die volgt op de uitnodiging bij tussenuitspraak tot het uitvoeren van de bestuurlijke lus.³⁶ Het zegt ook wel het nodige over de verwachte werking in de praktijk bij de indianers, regering en wetgever. Het brengt ons zo tot de vraag welke effecten (par. 3.2.1.3) van de bestuurlijke lus werden beoogd en verwacht.

³⁰ *Kamerstukken II* 31 352, nr. 6. Termen vallen als: ‘veel vertraging’, ‘kosten’, ‘niemand erbij gebaat’, ‘publiek onbegrip’, ‘onnodige tijdverspilling’.

³¹ De indianers staken hun haast niet onder stoelen of banken: zij streefden naar een zo spoedig mogelijke inwerkingtreding en wensten ‘ingewikkelde discussies’ zoveel mogelijk te vermijden. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 8.

³² Vermeij, Koopmans en Neppéus.

³³ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 4.

³⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 352, nr. 8, NV, p. 4. Zie eveneens de beraadslagingen, bijv. *Handelingen II*, 2008/09, nr. 59, p. 4768, 4770, 4771.

³⁵ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 4, p. 4.

³⁶ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 9. Hoewel ook in de MvT wel rekening wordt gehouden met een gewijzigd besluit dat na toepassing van de bestuurlijke lus nog steeds aan een of meer gebreken lijdt, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 7.

3.2.1.2 *Waarom bij wet?*

Naast de bestuurlijke lus van art. 8:51a Awb bestond en bestaat de *informele lus*.³⁷ Daarbij blijft een tussenuitspraak achterwege en vraagt de bestuursrechter aan het bestuursorgaan om één of meer gebreken te herstellen.³⁸ Met de toepassing van een dergelijke informele lus opereert de bestuursrechter wel binnen de kaders van de wet, maar manoeuvreert hij buiten de wettelijke kaders van de bestuurlijke lus om. Het instrument informele lus is niet gedefinieerd in de wet. Zoals thans gebruikelijk verstaan wij daaronder het gebruik van de artikelen 8:64 Awb (schorsing van het onderzoek ter zitting en hervatting van het vooronderzoek) en 8:68 Awb (heropening onderzoek na zitting) teneinde het bestuursorgaan in staat te stellen gebreken in het besluit te herstellen.³⁹ De rechter kan de informele lus ook inzetten bij comparities of zogenoemde regiezittingen.

Hierna (hoofdstuk 4) weiden wij nog uit over de figuur van de informele lus. Die rechtsfiguur bestond reeds voor de wettelijke (in de Awb opgenomen) bestuurlijke lus. Er werd dan ook door diverse schrijvers, al betrekkelijk ruim voor de introductie van de bestuurlijke lus in de Awb, er op gewezen dat een wettelijke regeling onnodig zou zijn.⁴⁰ De bestuursrechter zou al over de nodige instrumenten beschikken maar die mogelijkheden onvoldoende benutten.⁴¹ Daarenboven zou de wettelijke bestuurlijke lus formaliserend werken en de flexibiliteit van bestaande mogelijkheden ontberen.⁴² In de memorie van toelichting treffen we een viertal voordelen aan van de wel in de Awb neergelegde, dus *wettelijk* geregelde, bestuurlijke lus. Zo creëert de regeling helderheid over de status van de overwegingen in de tussenuitspraak. Voorts vergemakkelijkt zij het om bestuursorganen te binden aan gegeven termijnen – en die te handhaven – voor herstelacties. Ten derde vormt de wettelijke regeling een stimulans voor de bestuursrechter om de lus werkelijk te hanteren. Tot slot draagt de wettelijke bestuurlijke lus bij aan kenbaarheid en controleerbaarheid, doordat de toepassing van de bestuurlijke lus in de vorm van een openbare *tussenuitspraak* wordt gedaan.⁴³⁴⁴

3.2.1.3 *Beoogde effecten*

De indieners van de Wet bestuurlijke lus Awb hopen met de bestuurlijke lus de bestuursrechter betere mogelijkheden te bieden om een bijdrage te leveren aan de ‘efficiënte en effectieve beslechting van bestuursrechtelijke geschillen binnen een redelijke termijn.’⁴⁵ Als we spreken over de ratio van de figuur van de bestuurlijke lus, doemen sleutelbegrippen op als het voorkomen van langdurige rechtsonzekerheid⁴⁶, snelheid⁴⁷, slagvaardigheid⁴⁸ en

³⁷ Aldus o.m. Damen e.a. 2013, p. 343 Schueler, *JBplus* 2012, p. 112. De figuur van de informele lus bestond al voor de introductie van de wettelijke bestuurlijke lus en bestaat nog steeds. Vgl. Koenraad en Verbeek, *JBplus* 2014, p. 54-70.

³⁸ Dat kan aan de hand van een griffiersbriefje of door een desbetreffende afspraak die op de zitting wordt gemaakt.

³⁹ Daarnaast kan de bestuursrechter in het vooronderzoek op grond van art. 8:45 Awb schriftelijke vragen aan partijen voorleggen.

⁴⁰ O.a. Koenraad & Brouwer, *NJB* 2006, p. 1678-1684.

⁴¹ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 6. Zo ook advies Raad van State, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 4, p. 3. Vgl ook het advies van de NVvR en de RvdR d.d. 19 oktober 2006, kenmerk UIT9624/ONTWWR.

⁴² Zie hierna, paragraaf 3.3 Literatuur.

⁴³ *Kamerstukken II* 2007/08 31 352, nr. 3, p. 5 en de gewijzigde MvT, nr. 6, p. 6, en advies Raad van State, nr. 4, p. 4.

⁴⁴ Later wordt daar nog aan toegevoegd dat een verschil met bestaande, evt. minder formele, instrumenten is dat bij de bestuurlijke lus de rechter de regie houdt over het tempo van de besluitvorming. *Kamerstukken I* 2008/09, 31 352, C, p. 10, 11.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 5.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 352, nr. 8 (NV), p. 4.

finaliteit. Ook de term ‘smeerolie’ is gevallen in de parlementaire stukken.⁴⁹ Een korte toelichting: de bestuurlijke lus kan bijdragen aan een versoepeling van de wat stroeve relatie tussen de behoefte aan zo spoedig mogelijke duidelijkheid over de rechtsbetrekking in kwestie enerzijds en respect voor de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur anderzijds.

Verhouding rechter en bestuur ten opzichte van de burger

Er is op het gevaar gewezen dat de bestuursrechter zich te zeer inlaat met het bestuur, met andere – onze – woorden: zich te bestuursvriendelijk opstelt. Althans een dergelijke indruk kan bij derden en andere burgers ontstaan door toepassing van de bestuurlijke lus. Dat bezwaar kan zich met name voordoen bij het geven van vergaande inhoudelijke aanwijzingen.⁵⁰ Dat herbergt ook het risico van vertroebeling van de verhouding tussen bestuur en rechter. De bedoeling van de bestuurlijke lus is niet om het bestuursorgaan een extra herstelmogelijkheid te verlenen.

Niet een ieder was daar van meet af aan van overtuigd, getuige de kritische kanttekeningen die hierover zijn opgenomen in de kamerstukken.⁵¹ Zo rezen tijdens de parlementaire behandeling vragen of met de bestuurlijke lus niet vooral het bestuur de kans krijgt gebreken te herstellen en de belanghebbenden veel minder en of de bestuurlijke lus dus de positie van het bestuur zou versterken ten opzichte van de belanghebbenden. Het antwoord luidde dat het bestuursorgaan geen extra kans krijgt voor herstel maar dat het een dergelijke kans slechts sneller krijgt. De balans tussen de overheid en de burger wordt niet verstoord, omdat de bestuursrechter met de belangen van burgers rekening moet houden. Het herstel van een gebrekkig besluit dient ook in belangrijke mate de belangen van burgers, zo valt te lezen in de nota naar aanleiding van het verslag.⁵²

Verhouding bestuur en rechter

In de debatten in het parlement is de vrees uitgesproken dat de rechtsfiguur van de bestuurlijke lus kan meebrengen dat de bestuursrechter zich te veel met de inhoud van het besturen gaat bemoeien. Zo is de bekende zegswijze dat de bestuursrechter op de stoel van het bestuur gaat zitten, genoteerd.⁵³ In de Eerste Kamer is benadrukt, met name tegen de achtergrond van een bestuurlijke lus die niet goed werkt, dat daar tegen moet worden gewaakt.⁵⁴ De repliek van indiener Vermeij is onder andere dat het bestuursorgaan tegelijk met de einduitspraak in hoger beroep kan gaan tegen de tussenuitspraak, waar het bestuursorgaan kan klagen over het huiswerk dat de rechter hem heeft meegegeven. De memorie van antwoord aan de Eerste Kamer stelt dat het voorstel in het geheel niets verandert aan de staatsrechtelijke verhouding tussen bestuur en rechter.⁵⁵

⁴⁷ Daarbij is in de parlementaire geschiedenis wel meer de noodzaak voor afdoening binnen de redelijke termijn van art. 6 EVRM genoemd.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 20.

⁴⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 352, nr. 8, p. 6 en p. 8.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 4, p. 5 en de reactie op de betreffende opmerkingen van de Raad van State, p.6.

⁵¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 352, nr. 8 (NV), p. 2 en p. 3, waar de initiatiefnemers van de wet antwoorden naar aanleiding van kritische vragen (van m.n. de SP) over de gevolgen van de bestuurlijke lus voor de verhouding tussen overheid en burger.

⁵² *Kamerstukken II* 2008/09, 31 352, nr. 8 (NV), p. 3.

⁵³ *Handelingen II* 2008/09 nr. 59, p. 4776. Zie ook *Kamerstukken I* 2008/09, 31 352, C, p. 2 en p. 3.

⁵⁴ *Handelingen I* 2009/10, nr. 7, p. 189 (in het kader van toezeggingen van bij de evaluatie te betrekken aspecten); zie (via internet te raadplegen) ook T01075.

⁵⁵ *Kamerstukken I* 2008/09, 31 352, C, p. 2.

De indieners zijn minder bevreesd dan de Raad van State dat de bestuursrechter niet goed kan beoordelen hoe de voorbereiding van een besluit moet verlopen. Dat heeft, in de woorden van de indieners in hun reactie op het advies van de Raad van State, namelijk alles te maken met het naleven van geschreven en ongeschreven rechtsregels en het vergaren van kennis omtrent de relevante feiten (de beide zijden van het zorgvuldigheidsbeginsel). Het betreft bestuurlijke verplichtingen en niet bestuurlijke bevoegdheden. De bestuursrechter heeft als taak ‘vol’ te toetsen of het bestuursorgaan deze onderzoeks- en zorgvuldigheidsverplichtingen heeft nageleefd.⁵⁶ In zoverre kennen de indieners weinig angst voor een aantasting van de machtenscheiding tussen bestuur en rechter. De bedoeling is dat ook met de bestuurlijke lus de bestuursrechter de bestuurlijke beleids- en beoordelingsvrijheid blijft respecteren. En het is dus niet de bedoeling dat de bestuursrechter bindende instructies geeft over de concrete inhoud van het nieuwe besluit voor zover het bestuursorgaan nog beschikt over een mate van beleids- en / of beoordelingsvrijheid.⁵⁷ Zie ook hierna, 3.2.2.2 ‘Hoe’. Het bestuursorgaan krijgt zelf de kans om het gebrek te herstellen (in plaats van de bestuursrechter die de knoop doorhakt).⁵⁸

Overig

De Raad van State wijst op de geringe aandacht in de aanvankelijke toelichting voor de aspecten van zorgvuldige besluitvorming en rechtsbescherming van belanghebbenden. De toelichting richtte zich vooral op de procedureel hinderlijke aspecten van een vernietiging van een besluit. De indieners reageren door te stellen dat de bestuurlijke lus geen afbreuk doet aan de zorgvuldige voorbereiding van besluiten. Het is, zo schrijven zij, niet zo dat met de bestuurlijke lus het bestuursorgaan zorgvuldigheidseisen of andere regels niet meer zou hoeven na te leven. ‘Integendeel, de tussenuitspraak stimuleert het bestuursorgaan juist om deze regels alsnog na te leven.’⁵⁹

Een punt van aandacht in verband met de rechtsbescherming en rechtspositie van belanghebbenden is de mogelijkheid om zonder voorafgaande zitting een tussenuitspraak, die bindend van aard is, te doen. De Raad van State vroeg of – naast de ‘kennelijke’ gevallen van art. 8:54 Awb – dit in overeenstemming is met art. 6 EVRM. De repliek van de indieners luidde dat een tussenuitspraak altijd impliceert dat het besluit vernietigbaar is, hetgeen in het voordeel zou zijn van de eiser. Daarom zou er geen sprake zijn van strijd met art. 6 EVRM, althans niet in twee-partijengeschillen. De toelichting stelt verder dat wanneer het bestuursorgaan evidente, vaak formele, gebreken herstelt, uiteindelijk ook de belanghebbende zoals de vergunninghouder gebaat zou zijn bij de tussenuitspraak.⁶⁰

De vrees voor verlenging van doorlooptijden wordt als ‘grotendeels schijn’ afgedaan. Een procedure met een bestuurlijke lus voorkomt immers vaak een tweede procedure in dezelfde zaak. ‘De maatschappelijk relevante doorlooptijd, die loopt tot *definitieve* afdoening van het geschil, zal dus eerder afnemen.’⁶¹ Naast enkele Kamerleden had ook de Raad van State al gewezen op het dreigende averechtse effect van de bestuurlijke lus, bestaande in vertraging.

⁵⁶ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 4, p. 6.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 4, p. 6 en p. 7. Vgl. ook *Kamerstukken I* 2008/09, 31 352, C, p. 10.

⁵⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 352, nr. 8 (NV), p. 8.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 4, p. 2.

⁶⁰ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 4, p. 5, p. 7 en p. 8. Zie ook hierna par. 3.2.2.1.

⁶¹ *Kamerstukken I* 2008/09, 31 352, C, p. 10.

Die vertraging zou zich met name kunnen voordoen als de rechtbank het eerste besluit op bezwaar onrechtmatig oordeelt, de bestuurlijke lus toepast en de appelrechter later een hogerberoepsgrond tegen dat oordeel (van het bestuursorgaan of een ander) honoreert.⁶²

Een – ongetwijfeld niet beoogd – mogelijk neveneffect waarvoor is gewaarschuwd, is ‘bestuurlijke luiheid’.⁶³ Ook door de Eerste Kamer is er uitdrukkelijk op gewezen dat net vanwege bestuurlijke luiheid gebruik moet worden gemaakt van de bestuurlijke lus.⁶⁴ Maar die zou niet toenemen in vergelijking met het gevaar daarvan bij uitsluitend vernietigingen, naar overtuiging van de indieners. De bestuurlijke lus ‘verandert daar niets aan’.⁶⁵

Een opmerking van meer praktische aard ziet op het kostenaspect en de werklast voor het rechterlijk apparaat. De werklast van de bestuursrechter in de procedure, vooronderzoek uitdrukkelijk inbegrepen, waarin de bestuurlijke lus wordt ingebouwd, zal toenemen⁶⁶ en de tijd voordat de einduitspraak volgt ook. Een financieringssysteem dat primair is gestoeld op het aantal afgedane zaken kan daarmee wringen. Dat aspect wordt door de indieners ook wel onder ogen gezien. Zij wijzen op de aanbeveling van de Commissie IJssink (Commissie Evaluatie Awb III) om aanpassing van dat systeem te overwegen.⁶⁷ Met de (gewenste, gesuggereerde) implicaties voor het systeem van de rechterlijke financiering stippen wij een potentieel neveneffect aan van de invoering van de bestuurlijke lus. In ieder geval valt allerminst uit te sluiten dat het kostenperspectief, zo men wil: de financiële randvoorwaarden, kan meewegen bij de vraag of de bestuursrechter de bestuurlijke lus (niet) veelvuldig toepast in de praktijk.⁶⁸

3.2.2 De toepassing onder de loep

3.2.2.1 Het moment van toepassen van de bestuurlijke lus

Het voorstel maakt het mogelijk dat de bestuurlijke lus op diverse momenten kan worden ingezet. Naar opvatting van de opstellers van de memorie van toelichting is het zeer wenselijk om het bestuursorgaan in kwestie in een zo vroeg mogelijk stadium met zo veel mogelijk gebreken van het besluit te confronteren.⁶⁹ De memorie van toelichting benadrukt dan ook het belang van het vooronderzoek. Het wordt wenselijk geacht dat de bestuursrechter reeds voorafgaand aan de eerste zitting ‘serieus werk maakt van het vooronderzoek.’⁷⁰ Dat van de bestuursrechter wordt verwacht dat hij in een zo vroeg mogelijk stadium van de procedure

⁶² *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 4, p. 3.

⁶³ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 8, p. 29, waar er door de SP op wordt gewezen dat een bonus althans geen malus op slordige besluitvorming wordt gezet; *Handelingen II*, 12 februari 2009, TK 54-4371 (De Wit); *Handelingen II*, 2008/09, nr. 59, p. 4776.

⁶⁴ *Handelingen I* 2009/10, nr. 7, p. 189 (in het kader van toezeggingen van bij de evaluatie te betrekken aspecten); zie ook T01075.

⁶⁵ *Handelingen I*, 3 november 2009, EK 7-166: het bestuur kan worden geconfronteerd met de kosten wanneer zijn besluitvorming onrechtmatig wordt geoordeeld.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 352, nr. 8 (NV), p. 14.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 6.

⁶⁸ Herkenbaar in uitspraken zal dat niet snel zijn: het zal niet snel in een uitspraak worden opgevoerd als reden om af te zien van de bestuurlijke lus.

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 6, gewijzigd na advies van de Raad van State, par. 5, p. 7.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 7, onder verwijzing naar de aanbevelingen van de Commissie IJssink 2007, p. 26-28 en 69-72.

vaststelt of en hoe het bestreden besluit strijdig is met het recht, brengt volgens de memorie van toelichting mee dat hij feiten moet vaststellen en rechtsoordelen geven.⁷¹

Meestal zal op (het onderzoek ter) zitting veel duidelijk worden, ook of een bestuurlijke lus in de rede ligt. De bestuurlijke lus verlangt een actieve opstelling van de bestuursrechter, in zoverre dat op de zitting de toepassing van de bestuurlijke lus met partijen kan worden besproken. Dat komt neer op een ‘soort regiezitting’.⁷² Soms zal al tijdens het vooronderzoek, derhalve voordat een zitting wordt belegd, naar voren komen dat de bestuurlijke lus het geschil kan helpen beëindigen. Art. 8:51a Awb kan ‘reeds voorafgaand aan het onderzoek ter zitting worden toegepast’.⁷³ Dat blijkt te moeten worden gereserveerd voor heel duidelijke gevallen.⁷⁴ Uit de wetsgeschiedenis volgt dat gedacht wordt aan evidente gebreken die zijn vast te stellen ook *zonder dat een zitting* plaatsvindt. Voorbeelden die worden genoemd: duidelijke onbevoegdheid van het bestuursorgaan en strijdigheid met een dwingend geformuleerd wettelijk voorschrift, zoals een ten onrechte ontbrekend voorgeschreven advies. Op een vraag – zie ook hiervoor, par. 3.2.1.3 – van de Raad van State of dit (buiten de gevallen als bedoeld in art 8:54 Awb) strookt met art. 6 EVRM,⁷⁵ repliceerden de indieners dat een tussenuitspraak vernietigbaarheid impliceert, hetgeen altijd in het voordeel is van de eiser / burger. Derhalve zou er van strijd met art. 6 EVRM geen sprake zijn, althans niet in twee-partijgeschillen. ‘Als het bestuursorgaan evidente – veelal formele – gebreken in het besluit (zoals een vergunning) herstelt, is uiteindelijk ook de betreffende belanghebbende (zoals de vergunninghouder) gebaat bij de tussenuitspraak. Diens positie wordt daardoor immers alleen maar sterker.’ In geschillen waarbij meer partijen zijn betrokken is een inbreuk denkbaar op processuele belangen van bepaalde betrokkenen, bijvoorbeeld een vergunninghouder.⁷⁶

3.2.2.2 Hoe?⁷⁷

In de toelichting op art. 8:80a, tweede lid, Awb, lezen we dat de tussenuitspraak zo duidelijk mogelijk behoort te vermelden ‘met behulp van welke maatregel(en) het gebrek kan worden hersteld’: met behulp van een vervangend besluit, het laten verrichten van (aanvullend) onderzoek dan wel het verschaffen van een (nadere) toelichting.⁷⁸ Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat, als het aan de indieners ligt, de keuze voor de vorm van herstel niet aan het bestuursorgaan maar geheel aan de rechter is.⁷⁹

Een ander aspect uit de memorie van toelichting, is dat het de voorkeur verdient om het herstel te laten plaatsvinden door middel van het nemen van een nieuw besluit.⁸⁰ De ratio van

⁷¹ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 8.

⁷² Zie ook Schlössels *NTB* 2008, 35.

⁷³ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 15.

⁷⁴ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 4, p. 5.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 4, p. 5 en p. 7.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 4, p. 8.

⁷⁷ Zoals hierboven reeds bleek, heeft de wetgever het voortbestaan van de informele lus niet willen beëindigen, *Handelingen I* 2008/09, nr. 7, p. 162. Koenraad, *AA* 2010, afl. 4, p. 235-244 lijkt overigens anders te suggereren en inderdaad geven *Handelingen I* 2008/09 nr. 7, p. 192 wel enige grond voor die gedachte.

⁷⁸ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 21: ‘op deze wijze kan de bestuursrechter veel verwarring en een nieuwe bestuurlijke lus of een vernietiging van het bestreden besluit – voorkomen.’

⁷⁹ Schueler, *TBR* 2008/153. Niet alle schrijvers komen expliciet tot die gevolgtrekking.

⁸⁰ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 9. De voorkeur voor een nieuw of aangepast besluit zou zich m.n. doen gevoelen als tegen het bestreden besluit rechtstreeks beroep is ingesteld, omdat het is voorbereid met afdeling 3.4 Awb of omdat met art. 7:1a, eerste lid, Awb bezwaar is overgeslagen, of ingeval van een besluit op bezwaar

die voorkeur is dat daarmee de rechtszekerheid en de positie van belanghebbenden het best worden gewaarborgd. Bij de positie van derde-belanghebbenden is sowieso uitgebreid stilgestaan bij de totstandkoming van de wettelijke bestuurlijke lus. Niet heel verwonderlijk, gezien de tekst van art. 8:51a, eerste lid, Awb, die daar uitdrukkelijk aandacht aan schenkt en waarin al een begrenzing van de toepassing van de bestuurlijke lus is neergelegd. Het komt er kort gezegd op neer dat de bestuurlijke lus buiten beeld blijft als belanghebbenden die niet aan het geding deelnemen, door de bestuurlijke lus onevenredig kunnen worden benadeeld.⁸¹ De memorie van toelichting op art. 8:80a Awb stelt dat de tussenuitspraak aangeeft of en zo ja, welke derden het bestuursorgaan bij het herstel moet betrekken.

Niettegenstaande de uitgesproken voorkeur voor herstel door middel van een nieuw besluit, wordt onderkend dat onder omstandigheden het bestuursorgaan het gebrek kan wijzigen zonder wijziging van het bestreden besluit. Gedacht wordt bijvoorbeeld aan het overleggen van een schriftelijk stuk met nadere motivering of een uiteenzetting dat en waarom het alsnog horen van een belanghebbende niet heeft geleid tot wijziging van het bestreden besluit.⁸²

De bestuursrechter heeft verschillende scenario's tot zijn beschikking: van vrij algemeen tot erg gedetailleerd voorschrijven op welke wijze aan het herstel moet worden vormgegeven. Hij kan bijvoorbeeld bepalen dat het nieuw te nemen besluit niet of niet geheel hoeft te geschieden met inachtneming van *afdeling 3.4 Awb*.⁸³ De gedachte van de indieners van het initiatiefvoorstel daarachter is dat daarmee behoorlijke tijdwinst kan worden geboekt. Waar de ratio van deze invulling aan de bestuurlijke lus evident is en beoogt tegemoet te komen aan verkorting van de besluitvorming, ontbeert de memorie van toelichting de criteria aan de hand waarvan de bestuursrechter bepaalt of deze maatregel in de rede ligt. De opstellers van de toelichting tonen dat zij zich wel rekenschap geven van het belang van een zorgvuldige besluitvorming en de rechtsbescherming van belanghebbenden, maar laten het verder bij de aanduiding dat de bestuursrechter maatwerk zal moeten verrichten en per geval moet bekijken of afdeling 3.4 Awb (gedeeltelijk) achterwege kan blijven. Het achterwege laten van toepassing van afdeling 3.4 impliceert dat het debat over het herstel van de gebreken en mogelijk nader deskundigenonderzoek zo nodig direct voor de bestuursrechter moet worden gevoerd.⁸⁴

Een kwestie die ook bij de totstandkoming aan bod kwam, is hoe ver de bestuursrechter moet gaan met het geven van (inhoudelijke) instructies. De Raad van State bepleit terughoudendheid met het geven van inhoudelijke instructies in de tussenuitspraak.⁸⁵ Het geven van dergelijke inhoudelijke aanwijzingen kan gemakkelijk ontaarden in het helpen van het bestuur. De termen (een rechter die) 'mee procedeert' en 'rechtshulp' (van de rechter aan het bestuursorgaan) zijn zelfs gevallen. En 'de rechter kan slecht beoordelen hoe de voorbereiding van het herstelbesluit moet verlopen. Zijn rol is het gebrek aan te wijzen, het is aan het bestuursorgaan in het herstel te voorzien', aldus de Raad van State.⁸⁶ De Raad is

waarbij het besluit in primo is herroepen of gewijzigd. De parlementaire geschiedenis spreekt zich *niet dwingend* uit over de vorm waarin een tussenuitspraak zou moeten worden gegoten. De veronderstelling lijkt te zijn dat de rechtspraak zelf modaliteiten ontwikkelt.

⁸¹ Vgl. het amendement De Wit.

⁸² *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 6, p. 9.

⁸³ Art. 8:80a, derde lid, Awb jo. art. 8:72, vierde lid, tweede volzin, aanhef en onder a, Awb. Het zal overigens vaak de bezwaarschriftprocedure zijn die alsdan buiten toepassing blijft.

⁸⁴ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 6, p. 11.

⁸⁵ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 4, p. 4.

⁸⁶ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 4, p. 5. Zeker als zodanige aanwijzingen worden gegeven voordat een behandeling ter zitting heeft plaatsgevonden, bepleit de Raad van State terughoudendheid.

kennelijk van oordeel dat, ook wanneer het slechts gaat om de voorbereiding van het herstelbesluit, grote terughoudendheid is gegeven met aanwijzingen. De indieners zijn het ermee eens dat gewaakt moet worden tegen het wekken van de indruk van een ‘mee procederende’ bestuursrechter. Volgens hen draagt de bestuurlijke lus echter niet bij aan die indruk, in elk geval niet meer dan een einduitspraak die volstaat met gegrondverklaring en vernietiging.⁸⁷ De reactie van de bedenkers van de Wet bestuurlijke lus luidt voorts dat de bestuursrechter gerust aanwijzingen kan geven over aspecten die nader onderzoek behoeven en de wijze waarop dit moet gebeuren. Dus de bestuursrechter kan best het bestuursorgaan vragen / opdragen nader advies in te winnen of belanghebbenden voorafgaand aan het vervangend besluit (nog een keer) te horen. Wel wordt erkend dat het bestuursorgaan over een zekere vrijheid beschikt om te bepalen welke persoon of instantie het advies uitbrengt of hoe dat te geschieden hoort. Voorts is ‘uit praktisch oogpunt’ een zekere terughoudendheid in acht te nemen bij vage normen en technisch-specialistische kwesties. De indieners onderscheiden tussen het onderzoek dat nodig is om een belangenafweging te kunnen maken en de belangenafweging zelf. Bindende aanwijzingen over de concrete inhoud van het nieuwe besluit voor zover het bestuursorgaan nog beschikt over ‘een relevante mate van’ beleids- en / of beoordelingsvrijheid, achten zij in de regel niet geoorloofd.⁸⁸ Hoewel zij onderkennen dat de aanwijzingen belangrijk zijn voor het welslagen van de bestuurlijke lus, laten de indieners derhalve weten dat de rechterlijke aanwijzingen geen betrekking mogen hebben op de concrete inhoud van het besluit, het onderzoek of de toelichting, in ieder geval voor zover het bestuursorgaan nog beschikt over beleids- of beoordelingsvrijheid.⁸⁹ Dat laatste aspect sluit aan bij de kritiek van de Raad van State die opmerkte dat voor inhoudelijke aanwijzingen weinig plaats is waar voor het bestuursorgaan na de tussenuitspraak nog ruimte bestaat voor het afwegen van belangen of het beoordelen van de situatie. In de volgende paragrafen (met name par. 3.3 Literatuur) wordt hierover uitgeweid.

De wet schrijft voor dat de bestuursrechter een termijn geeft binnen welke het bestuursorgaan het door de rechter aangeduide gebrek moet herstellen. De hersteltermijn is niet wettelijk vastgelegd. De termijn moet volgens de memorie van toelichting zo kort mogelijk zijn. De ondergrens is wel dat het bestuursorgaan een redelijke kans moet krijgen om het gebrek te herstellen. Zoals het ene gebrek het andere niet is, is de ene hersteltermijn de andere niet. Het laten verrichten van bijvoorbeeld een aanvullend onderzoek naar de luchtkwaliteit zal meer tijd vergen dan de reparatie van een eenvoudig bevoegdheidsgebrek.⁹⁰ De termijn kan door de rechter worden verlengd. Voor de opstellers van de toelichting op het wetsvoorstel ligt verlenging pas in de rede als het bestuursorgaan daarom gemotiveerd en schriftelijk verzoekt, binnen de eerste geboden termijn.⁹¹

Toepassing met zitting wordt naar verwachting van de wetsgeschiedenis de hoofdregel in de praktijk. Toelichting noch wet (art. 8:80b Awb) sluit echter uit dat de bestuurlijke lus wordt toegepast zonder dat er een zitting wordt belegd. Zie hierboven par. 3.2.2.1 (Het moment van toepassen). Maar ook dan is de constructie waarmee de bestuurlijke lus wordt toegepast een tussenuitspraak.⁹²

⁸⁷ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 4, p. 6.

⁸⁸ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 4, p. 6 en p. 7.

⁸⁹ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 6, p. 21.

⁹⁰ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 6, p. 16.

⁹¹ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 6, p. 16.

⁹² Doet de bestuursrechter mondeling tussenuitspraak, dan zal dat in de vorm van een proces-verbaal zijn (zie art. 8:80, tweede lid, onder b jo. art. 8:67, derde lid, Awb). *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 6, p. 22.

3.2.2.2.1 De tussenuitspraak en zijn status / binding

De tussenuitspraak dient aan te geven aan welk(e) gebrek(en) het besluit lijdt. Zoals in de wettekst, zie hierboven 3.1.2, is neergelegd, kan in hoogste instantie de rechter het bestuursorgaan opdragen om aan de bestuurlijke lus uitvoering te geven. Volgens de wetsgeschiedenis beoogt dit ‘opdragen’ dat het bestuursorgaan gehouden is om het gebrek in overeenstemming met de tussenuitspraak te herstellen.

Een interessante vraag is voorts welke juridische status de tussenuitspraak waarbij de bestuursrechter de bestuurlijke lus toepast nu heeft. In het bijzonder rijst de vraag in hoeverre de tussenuitspraak bindt. Dat is belangrijk om te weten. De tussenuitspraak kan namelijk wel degelijk eindbeslissingen bevatten.⁹³ Onder een eindbeslissing verstaan de indieners en de Raad van State een uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven beslissing over een feitelijk of juridisch beslispunt, waarbij het oordeel van de bestuursrechter wel in de overwegingen maar niet in de beslissing wordt neergelegd.⁹⁴ De bestuursrechter kan, zo meldt de memorie van toelichting, daarvan niet terugkomen bij zijn einduitspraak. De gebondenheid aan de eindbeslissingen die in een tussenuitspraak zijn vervat, bevordert een efficiënte procesgang.⁹⁵ Terugkomen op een in een tussenuitspraak omschreven oordeel moet geschieden in de vorm van een nieuwe tussenuitspraak. Daarbij moet de rechter nadrukkelijk en gemotiveerd aangeven van welk oordeel hij terugkomt.⁹⁶ Het komt er op neer dat de indieners weinig ruimte willen laten voor een afwijking bij einduitspraak van de tussenuitspraak. Het advies van de Raad van State ademt dezelfde geest; hij onderstreept dat het onwenselijk is als de bestuursrechter zou kunnen terugkomen op eindbeslissingen uit een tussenuitspraak. Ofschoon de Raad van State in zijn advies niet wezenlijk afweek van de toelichting bij het voorstel, hebben de indieners naar aanleiding van het advies gepoogd nog sterker te benadrukken dat de tussenuitspraak bindend is.⁹⁷ Zo verklaart het huidige art. 8:80a, derde lid, Awb het voorschrift inzake herziening (art. 8:88 oud, thans art. 8:119 Awb) van overeenkomstige toepassing. De intentie daarvan is tot uitdrukking te brengen dat ‘(...) mede vanwege de beperkte uitleg die in de jurisprudentie aan art. 8:88 wordt gegeven (...) dat partijen de tussenuitspraak als een vaststaand gegeven moeten beschouwen.’⁹⁸ De memorie van toelichting noemt nog wel twee voorbeelden van de spaarzame gevallen waarin de bestuursrechter kan terugkomen op eindbeslissingen van zijn tussenuitspraak. Ten eerste vermeldt de memorie de situatie waarin de rechter na zijn tussenuitspraak ontdekt dat zijn oordeel berust op een vergissing die in hoger beroep waarschijnlijk ongedaan zal worden gemaakt door de appelrechter. Het zou in zo’n situatie te ver voeren om van de rechter te verlangen dat hij – alsdan welbeschouwd tegen beter weten in⁹⁹ – een uitspraak doet op grond van zijn eerdere vergissing. Een ander voorbeeld volgens de opstellers van de memorie van toelichting zou het omgaan van de appelrechter zijn, nadat de tussenuitspraak is gedaan.

⁹³ Vgl. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 3, p. 6 en p. 15 en *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 6, p. 8 en p. 20: in een tussenuitspraak kan de rechter oordelen over kwesties van openbare orde, standpunten van partijen verwerpen dan wel onderschrijven en oordelen welke regels zijn geschonden bij het bestreden besluit.

⁹⁴ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 4, par. 5, p. 9.

⁹⁵ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 7 en *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 6, p. 8 en 9. Ook in de nota naar aanleiding van het verslag keert de vraag naar bedoelde binding terug. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 8, p. 18-20.

⁹⁶ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 6, p. 9.

⁹⁷ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 6, p. 8.

⁹⁸ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 4, par. 5.

⁹⁹ Vgl. Ortlep, *JBplus* 2012, p. 223.

Enigszins terzijde, maar het is frappant dat het eerste noch het tweede voorbeeld doorgaans reden voor herziening in de zin van art. 8:119 Awb vormt.

De vraag naar de binding van een tussenuitspraak doet er ook toe, omdat alleen tegen de einduitspraak hoger beroep open staat, niet tegen de tussenuitspraak afzonderlijk.¹⁰⁰ Het vervolg van de procedure en de bestuursrechter in de einduitspraak worden gebonden door hetgeen eerder in de tussenuitspraak is beslist. De kamerstukken bieden opmerkelijk genoeg geen uitsluitel over de vraag op basis van welk(e) criterium of criteria de bestuursrechter kan terugkomen op in een tussenuitspraak gegeven bindende eindbeslissingen.

3.2.2.3 *De toepassing; wanneer wel en wanneer niet*

3.2.2.3.1 *Gevalen waarin toepassing aan de orde is*

Voorop staat dat het besluit naar aanleiding waarvan de bestuurlijke lus wordt toegepast, een of meer gebreken heeft. Onder gebrek verstaan de opstellers van de memorie van toelichting strijdigheid met een geschreven of ongeschreven rechtsregel die kan leiden tot vernietiging van het bestreden besluit indien deze niet tijdens de beroepsprocedure wordt weggenomen.¹⁰¹ Het gebrek moet zich bovendien lenen voor herstel.¹⁰² Daaruit vloeit ook voort dat de aard van het gebrek relevant is.¹⁰³ Voorts wordt benadrukt dat het bij de bestuurlijke lus om een bevoegdheid en geen verplichting van de bestuursrechter gaat.¹⁰⁴

Zoals hierboven reeds aangeduid, zijn de indieners – bij nader inzien – van oordeel dat de bestuurlijke lus ook in twee-partijengeschillen en kleine gevallen nuttige dienst kan bewijzen.¹⁰⁵ In antwoord aan de Eerste Kamer onderscheiden de opstellers vier hoofdcategorieën, waarin de bestuursrechter aanwijzingen kan geven; dat lijken derhalve gevallen te zijn waarin zij toekomst zien weggelegd voor toepassing van de bestuurlijke lus. Het betreft onvolledig of onzorgvuldig feitenonderzoek; ontoereikende motivering; procedurefouten en onjuiste uitleg van wettelijke voorschriften.¹⁰⁶

De aanduiding ‘het bestuursorgaan’ in art. 8:51a Awb zou zo kunnen worden geïnterpreteerd dat bevoegdheidsgebreken buiten de reikwijdte van de bestuurlijke lus vallen.¹⁰⁷ ‘Het’ bestuursorgaan lijkt er immers niet op te duiden dat een ander bestuursorgaan het gebrek herstelt. De situatie dat een onbevoegd bestuursorgaan het besluit heeft genomen en het herstel bestaat uit het (laten) nemen door het bevoegde orgaan, zou in die redenering niet door art. 8:51a Awb worden bestreken. De memorie van toelichting evenals de reactie van de indieners op het advies van de Raad van State leert evenwel anders. Het is wel degelijk de bedoeling dat ook bevoegdheidsgebreken met behulp van een bestuurlijke lus worden gecorrigeerd.¹⁰⁸ Wel is aangetekend dat de indieners daarbij het oog hebben op

¹⁰⁰ Vgl. ook de naar aanleiding van het advies van de Raad van State aangepaste wettekst, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 4, p. 9.

¹⁰¹ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 14.

¹⁰² De MvT noemt het voorbeeld van een boetebeschikking, maar dan – zie hierna – lijkt de bestuurlijke lus in de regel buiten beschouwing te blijven.

¹⁰³ Ook zo de Raad van State, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 4, p. 3 waar de Raad de doeltreffendheid van de bestuurlijke lus mede afhankelijk acht van de aard van het gebrek.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 14 en p. 15.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 352, nr. 8 (NV), p. 4.

¹⁰⁶ *Kamerstukken I* 2008/09, 31 352, C, p. 2 en p. 3.

¹⁰⁷ Schueler, *TBR* 2008, par. 6.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 352, nr. 9, p. 6.

bestuursorganen in ‘dezelfde kolom’. Daarmee bedoelen zij uit te drukken dat het bestuursorganen van hetzelfde openbaar lichaam betreft (bijvoorbeeld het college van b en w en de gemeenteraad van dezelfde gemeente).¹⁰⁹ Ook de aanpassing van de aanvankelijke wettekst (‘herstellen’) naar de uiteindelijke tekst (‘laten herstellen’) heeft de prima facie discrepantie tussen de bedoelde reikwijdte en de tekst van de wet weggenomen.

Herhaald lussen?

In de parlementaire geschiedenis is ook de vraag aan de orde gekomen of de bestuursrechter na een niet geslaagde bestuurlijke lus nogmaals een bestuurlijke lus kan toepassen. Die vraag is meermaals bevestigend beantwoord.¹¹⁰ Het is evenwel niet de bedoeling achtereen door te blijven lussen. In de Eerste Kamer bleek nog eens dat herhaald lussen als onwenselijk wordt beschouwd, vooral omdat daarmee het vertrouwen van de burger in de rechterlijke macht zou kunnen worden aangetast.¹¹¹

3.2.2.3.2 Grenzen aan toepassing en gevallen waarin toepassing achterwege blijft

Een voorwaarde voor overweging van de inzet van het instrument van de bestuurlijke lus is, als gezegd, dat het aangeduide gebrek vatbaar is voor herstel. Daar is de memorie van toelichting heel duidelijk over. Daarnaast is denkbaar dat weliswaar sprake is van een herstelbaar gebrek, maar toepassing van de bestuurlijke lus niet de voorkeur geniet. De memorie van toelichting noemt het voorbeeld van feitelijke of juridische gewijzigde situaties waardoor niet goed valt te overzien of het gebrek binnen redelijke tijd te herstellen valt. Gewezen wordt in dat kader op de noodzaak tot het betrekken van belanghebbenden die nog niet aan het geding deelnemen.¹¹² In het voorontwerp voor de Wet aanpassing bestuursprocesrecht uit 2006 was bepaald dat toepassing van de bestuurlijke lus achterwege blijft indien belanghebbenden die geen partij zijn in het geding daardoor onevenredig kunnen worden geschaad. In het initiatiefvoorstel is die toevoeging gesneuveld, om later via het amendement De Wit de uiteindelijke wettekst toch te halen (tweede volzin van art. 8:51a Awb).

Zeker is dat naar de positie van derden als mogelijk heikel punt de nodige aandacht is uitgegaan in de parlementaire geschiedenis.¹¹³ Zo was de Raad van State op dit punt kritisch. Dat lokte bij de indieners de opmerking uit dat belanghebbenden van wie redelijkerwijs niet kan worden verweten dat zij nog niet aan het geding deelnemen, dat alsnog kunnen doen.¹¹⁴ Dat kan doordat zij alsnog beroep instellen of via art. 8:26 Awb, zo voegen de indieners nog toe. Vervolgens geven de indieners blijk van vertrouwen in de bestuursrechter die immers wel, aldus de memorie van toelichting, voorzieningen kan treffen om verschillende beroepen gevoegd te behandelen. Elders in de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat (zie ook al zonet hierboven) in het geval waarin het oordeel van de bestuursrechter noopt tot het betrekken van derde-belanghebbenden die eerder nog geen partij waren in het geding,

¹⁰⁹ *Handelingen II*, 4 maart 2009, TK 95-4770.

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 3, p. 6; nr. 6, p. 7; *Kamerstukken II* 2008/09 31 352, nr. 8, p. 14; *Kamerstukken I* 2007/08, 31 352 nr. C, p. 9.

¹¹¹ *Handelingen I* 2009-2010, nr. 7, p. 189 (in het kader van toezeggingen van bij de evaluatie te betrekken aspecten); zie ook T01075.

¹¹² *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 15.

¹¹³ Vgl. ook *Handelingen II*, 2008/09, nr. 59, p. 4773.

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. p. 2.

twijfelachtig is of toepassing van de bestuurlijke lus soelaas zal bieden; in een dergelijke situatie zou die beter achterwege blijven.¹¹⁵ Zoals hierboven al opgemerkt (par. 3.2.2.2), valt in de memorie van toelichting bij art. 8:80a Awb te lezen dat de tussenuitspraak aangeeft of en zo ja welke derden het bestuursorgaan bij het herstel moet betrekken.

Hierboven (par. 3.1.2) werd reeds beschreven dat de bestuurlijke lus een instrument is voor zowel de rechter in eerste aanleg als de rechter in hoogste aanleg. Wij gaven ook aan dat in de procedure bij de rechtbank (eerste aanleg) het bestuursorgaan van de wetgever de ruimte heeft gekregen om het aanbod tot het uitvoeren van de bestuurlijke lus af te slaan. De gedachte daarachter is dat hoger beroep kan worden ingesteld om het oordeel van de rechtbank aan te tasten. Het wordt niet wenselijk geacht om het bestuursorgaan te nopen een gebrek te herstellen als het de rechterlijke beslissing dat er aan het besluit een gebrek kleeft, betwist en in appel wil aanvechten. Volgens de indieners van het wetsvoorstel is het wel wenselijk om de toepassing van de bestuurlijke lus een dwingend karakter te geven als hoger beroep niet open staat. In procedures in hoogste instantie is de bestuurlijke lus dan ook meer imperatief van aard. De Raad van State was het in zijn hoedanigheid van wetgevingsadviseur met deze benadering overigens oneens:

‘...bestuursorganen [kunnen] om legitieme redenen een voorkeur hebben voor een nieuwe besluitvormingsprocedure in plaats van het nemen van een herstelbesluit ter uitvoering van de bestuurlijke lus.’

De repliek van de indieners luidt dat het gezag van de hoogste rechter zou worden aangetast indien de tekst van de wet al aangeeft dat het bestuursorgaan de overwegingen van de hoogste rechter naast zich kan neerleggen.¹¹⁶ Wij noteren een en ander hier, omdat – althans in eerste aanleg – een niet-coöperatieve opstelling van een bestuursorgaan feitelijk een begrenzing impliceert aan het toepassingsbereik van de bestuurlijke lus.

De memorie van toelichting vermeldt dat de bestuurlijke lus in beginsel niet kan worden toegepast in beroepszaken naar aanleiding van opgelegde bestuurlijke boetes. Die restrictie in het toepassingsbereik van de bestuurlijke lus sluit naadloos aan bij de wettekst: art. 8:72a Awb verlangt dat bij vernietiging van boetebesluiten de bestuursrechter zelf in de zaak voorziet. En die afdoeningsmodaliteit prevaleert boven het toepassen de bestuurlijke lus. Er is niettemin in de Kamerstukken en Handelingen nog tamelijk veel aandacht uitgegaan naar de al dan niet toepasselijkheid ingeval van bestuurlijke boetes.

In zijn advies spreekt de Raad van State zich ook uit over de verwachte toepassing in de praktijk. De Raad verwacht dat de bestuurlijke lus haar nut vooral zal bewijzen (tijd besparend) in eenvoudige twee-partijengeschillen, meer dan in complexe geschillen waarbij meer belanghebbenden betrokken zijn.¹¹⁷ De opstellers blijken behoorlijk hooggespannen verwachtingen te koesteren, bijvoorbeeld waar zij (in december 2008) de gedachte uitspreken dat de bestuurlijke lus vaker zal worden toegepast dan het zelf in de zaak voorzien.¹¹⁸ Toch zien ook de opstellers van de memorie van toelichting wel grenzen aan het, met grote kans op succes, toepassen van de bestuurlijke lus. Wij gaven al aan dat de bestuurlijke lus geacht wordt ook al voorafgaand aan het onderzoek ter zitting ingezet te kunnen worden. In dit

¹¹⁵ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 6, p. 15.

¹¹⁶ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 3, artikelsgewijs, artikelen III, IV en V; *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 4, paragraaf 7.

¹¹⁷ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 4, p. 3.

¹¹⁸ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 352, nr. 8 (NV), p. 11.

verband valt echter te wijzen op de eveneens in de memorie van toelichting te vinden ‘kanttekening dat de kans op een bestuurlijke lus – lees: het nemen van een vervangend besluit – die niet alle gebreken in de besluitvorming verhelpt, stijgt naarmate de bestuursrechter in een eerder stadium van de beroepsprocedure toepassing geeft aan art. 8:51a.’¹¹⁹ Weliswaar wordt bepleit het bestuursorgaan in een zo vroeg mogelijk stadium van de beroepsprocedure met zoveel mogelijk gebreken van het besluit te confronteren,¹²⁰ maar dat streven kent een keerzijde. In zoverre kan in de geciteerde opmerking een indicatie over de verwachte feitelijke toepassing worden gelezen.

3.2.3 *Na de lus*

De vraag naar het geijkte onderscheid tussen de rechterlijke toetsing *ex tunc* en het bestuur dat *ex nunc* beslist, komt ook aan de oppervlakte in de discussie over de bestuurlijke lus. Het bestuursorgaan dat een gebrek herstelt, zal in dat kader *ex nunc* moeten handelen. Volgens het wetsvoorstel is het niet uitgesloten dat de bestuursrechter de bestuurlijke lus inzet, ook in die gevallen waarin de feiten of de toe te passen voorschriften ingrijpend zijn veranderd. Eveneens aan het toetsingsmoment gerelateerd is de opmerking in de memorie van toelichting dat de bestuursrechter die de rechtsgevolgen in stand laat wanneer bijvoorbeeld een nieuw rapport of een ander stuk dat mogelijk maakt, dat naar de actuele stand van zaken zal doen, met andere woorden: *ex nunc*.

Wat kan of dient er te gebeuren nadat de bestuurlijke lus door de rechter is ingezet? Erkend wordt dat de bestuurlijke lus kan mislukken; het gewijzigde besluit lijdt nog steeds aan een of meer gebreken. De memorie van toelichting stelt dat er dan verschillende scenario’s denkbaar zijn. De bestuursrechter kan overgaan tot alsnog vernietiging van het besluit. Hij kan ook een tweede bestuurlijke lus toepassen. De toelichting noemt ook de mogelijkheid dat de bestuursrechter art. 6:22 Awb toepast, de rechtsgevolgen in stand laat dan wel zelf in de zaak voorziet.¹²¹ De memorie van toelichting zoals gewijzigd na het advies van de Raad van State, zet keurig op een rijtje hoe het dictum van de einduitspraak eruit kan zien nadat het gebrek is hersteld. De bestuursrechter kan het beroep voor zover gericht tegen het bestreden besluit gegrond verklaren, het bestreden besluit vernietigen en het beroep voor zover gericht tegen het vervangende besluit ongegrond verklaren. De eerstgenoemde grondverklaring faciliteert het claimen van schadevergoeding. De einduitspraak met een dergelijk (gedifferentieerd) dictum, laat ook ruimte om griffierechten en proceskosten te vergoeden aan de indiener van het beroepschrift.¹²²

Te onderscheiden van een mislukte luspoging door het bestuursorgaan is de situatie dat het bestuursorgaan ervoor opteert om geen gebruik te maken van de door de bestuursrechter geboden gelegenheid tot herstel. Deze reactie van het bestuursorgaan heeft als consequentie, naar de idee van de auteurs van de memorie van toelichting, dat het beroep gegrond wordt verklaard en het bestreden besluit vernietigd.¹²³ Zij voorzien dan ook weinig problemen in verband met de vrijwilligheid op rechtbankniveau. De veronderstelling is dat het bestuursorgaan ook het verzoek om aan de bestuurlijke lus invulling te geven, zal inwilligen.

¹¹⁹ *Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 15.*

¹²⁰ *Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 7.*

¹²¹ *Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 7.*

¹²² *Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 10.*

¹²³ *Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 16.*

Maakt het geen gebruik van de geboden mogelijkheid om het gebrek te herstellen, dan weet het orgaan zeker – in de formulering van de opstellers – dat het de procedure verliest en de bestuursrechter het bestreden besluit vernietigt.¹²⁴

Tot slot nog het volgende. Hiervoor wezen we al op de mogelijke spanning met art. 6 EVRM. Die manifesteert zich hier eveneens. Art. 8:57, tweede lid, Awb opent de mogelijkheid om de tweede zitting, na de bestuurlijke lus, achterwege te laten.¹²⁵ De Raad van State was kritisch ten aanzien van de aanvankelijke tekst. Hij verlangde dat duidelijker werd waarom aanvaardbaar is dat partijen in procedures zonder verplichte rechtsbijstand zonder hun toestemming het recht kan worden ontnomen hun argumenten tegen de wijze van herstel mondeling naar voren te brengen. Deze kanttekening bleef niet zonder gevolgen. In vergelijking met de oorspronkelijke ruime mogelijkheden om het beroep zonder nadere zitting af te doen indien de bestuurlijke lus pas na afloop van de eerste zitting is toegepast, heeft de uiteindelijke wettekst van art. 8:57 Awb een beperktere redactie gekregen.¹²⁶ Toch blijft het ingevolge art. 8:57, tweede lid sub c Awb mogelijk om een zitting achterwege te laten indien partijen schriftelijk hun zienswijze naar voren hebben gebracht over de wijze waarop het gebrek is hersteld. Dat heeft nog steeds het gevolg dat de rechter kan bepalen dat partijen geen gelegenheid krijgen om daarover mondeling in aanwezigheid van elkaar van gedachten te wisselen.

3.3 *De reactie in de literatuur*

3.3.1 *De werking en toepassing*

3.3.1.1 *Het moment van toepassen van de bestuurlijke lus*

In de literatuur is men het niet zonder meer eens met de opstellers van de memorie van toelichting ten aanzien van het in een zo vroeg mogelijk stadium voorleggen van alle gebreken aan het bestuursorgaan. Zo is er op gewezen dat dat ertoe kan leiden dat meer verstopte gebreken pas na de toepassing van de bestuurlijke lus aan het licht komen.¹²⁷ Dat is nadelig, omdat het geschil dan mogelijk niet finaal kan worden beslecht.

¹²⁴ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 4, p. 4.

¹²⁵ Art. 8:57, tweede lid, Awb luidt: 'Is het beroep reeds ter zitting behandeld, dan kan de bestuursrechter na toepassing van art. 8:51a bepalen dat een nader onderzoek ter zitting achterwege blijft indien:

a. het bestuursorgaan heeft medegedeeld dat het geen gebruik maakt van de gelegenheid om het gebrek te herstellen of te laten herstellen;
b. de termijn als bedoeld in art. 8:51a, tweede lid, ongebruikt is verstreken;
c. partijen hun zienswijzen over de wijze waarop het gebrek is hersteld, naar voren hebben gebracht; of
d. de termijn als bedoeld in art. 8:51b, derde lid, ongebruikt is verstreken, tenzij partijen daardoor kunnen worden benadeeld.'

¹²⁶ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 325, nr. 4, p. 8. En de aangepaste memorie van toelichting, nr. 6, p. 17 en p. 18: het uit art. 6 EVRM te destilleren verdedigingsbeginsel eist dat partijen mondeling bij de rechter hun belangen kunnen bepleiten. Dat betekent dat partijen als regel in ieder geval een keer moeten worden uitgenodigd een zitting van de rechter bij te wonen. De bestuursrechter die de kans tot herstel biedt voor de verzending van de uitnodiging als bedoeld in art. 8:56 Awb, moet erop rekenen dat een zitting zal plaatsvinden. Zowel art. 6 EVRM als art. 8:56 Awb laten hem geen keuze.

¹²⁷ Zie o.a. Koenraad, AA 2010.

3.3.1.2 Hoe?

3.3.1.2.1 De tussenuitspraak

De bestuurlijke lus wordt toegepast bij tussenuitspraak. De tussenuitspraak kent verschillende varianten van wat de rechter van het bestuursorgaan verlangt. Het kan een nieuw besluit zijn, maar ook een aanvullende toelichting, stuk, motivering e.d. Schueler heeft zijn voorkeur uitgesproken voor een nieuw te nemen besluit ingeval er rekening moet worden gehouden met derden die nog niet deelnemen aan de procedure.¹²⁸ Hij wijst er op dat het verschil maakt of via een besluit dan wel anderszins wordt hersteld. Zo dient een nieuw besluit te voldoen aan de bekendmakingsregels voor besluiten, bijvoorbeeld goede publicatie. Het voordeel daarvan is dat derden daarmee op de hoogte raken van het herstelbesluit. Het bestuursorgaan moet dan de inbreng van die derden in de besluitvorming waarborgen. Geschiedt herstel anders dan via een besluit, dan is het aan de rechter te garanderen dat (de belangen van) derden niet worden veronachtzaamd.

Klap en Van Ettehoven bepleiten dat de rechter het bestuursorgaan in beginsel vrij moet laten in de methode van herstel.¹²⁹ Zij menen wel dat die keuzevrijheid begrensd moet zijn: slaagt het bestuursorgaan er niet in om tot een goede correctie te komen, dan kan er reden zijn om vervolgens nauwkeuriger voor te schrijven langs welke weg herstel moet worden verricht. Zien wij het goed, dan impliceert dit dat laatstgenoemde auteurs herhaaldelijk, althans tweemaal, achtereen lussen niet bezwaarlijk vinden.

Het uitgangspunt is dat de eindbeslissingen in de tussenuitspraak bindend zijn. Van in de tussenuitspraak gegeven oordelen kan de rechter in beginsel niet terugkomen, behoudens zeer uitzonderlijke gevallen. Er kan kortom een probleem ontstaan als na de tussenuitspraak twijfel rijst of een eerder genomen eindbeslissing in de tussenuitspraak wel correct was.¹³⁰ Hierbij past de kritiek zoals door Schueler uitgesproken, dat de strikte binding van de bestuursrechter aan zijn tussenuitspraken problemen kan veroorzaken.¹³¹ Zo kan een evident onjuiste tussenuitspraak de effectiviteit van de bestuurlijke lus ondergraven.¹³²

Onder meer Klap en Van Ettehoven geven aan van de bestuursrechter te verwachten dat hij in zijn uitspraak niet alleen ingaat op de beroepsgrond die leidt tot het aanduiden van het gebrek, maar alle gronden bespreekt die 'in het kader van de verlengde besluitvorming reden kunnen geven voor voortgezet debat tussen partijen.'¹³³ Dat onderstreept het belang van de net genoemde bindende kracht die uitgaat van de tussenuitspraak. Koenraad en Verbeek voegen daar aan toe dat naar hun mening de bestuursrechter in de tussenuitspraak zoveel mogelijk moet uitdrukken welke beroepsgronden hij niet honoreert.

Verder wordt in de literatuur bepleit dat de bestuursrechter de wijze van herstel zo specifiek en nauwkeurig mogelijk in zijn tussenuitspraak formuleert.¹³⁴ Maar daar staan tegenover de vraagtekens die kunnen worden geplaatst bij een bestuursrechter die sterk sturend te werk

¹²⁸ Schueler, *TBR* 2008, p. 786.

¹²⁹ Van Ettehoven en Klap, *JBplus* 2010, p. 197. Vgl. ook Verhoeven, *PB* 2010, p. 6, die op deze variant wijst.

¹³⁰ Algemeen onderkend in de literatuur, vgl. o.a. Koenraad & Verbeek, *NTB* 2011.

¹³¹ Schueler, *TBR* 2008, p. 786.

¹³² Ook wel erkend door Vermeij c.s., zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 352, nr. 8, p. 19.

¹³³ Van Ettehoven en Klap, *JBplus* 2010, p. 189.

¹³⁴ O.a. Koenraad & Verbeek, *NTB* 2011, p. 69-80.

gaat in zijn tussenuitspraak, in het bijzonder ten aanzien van onpartijdigheid van de rechter en de verhouding bestuur en rechter.¹³⁵ Zie nader hierna, paragraaf 3.3.3.2 over contra's en risico's.

3.3.2 Toepassing; wanneer (liever niet): pro's en contra's

In welke gevallen verwacht(t)en de auteurs, mede naar aanleiding van de voorgestelde bestuurlijke lus en de parlementaire stukken, nu toepassing?

Het toepassen van de bestuurlijke lus komt pas in beeld als de gebreken die kleven aan het bestreden besluit zich lenen voor herstel. Onherstelbaar geachte gebreken kunnen de weg voor de bestuurlijke lus niet effenen. Verder wijzen auteurs er op dat een vermoeden van onrechtmatigheid niet volstaat om de bestuurlijke lus toe te passen, er moet werkelijk een gebrek worden geconstateerd.¹³⁶ In de literatuur is een aantal, min of meer concrete, gebreken genoemd die herstelbaar worden geacht en waarvoor de bestuurlijke lus soelaas kan bieden. Te denken valt aan de situatie dat een bestuursorgaan heeft nagelaten een voorgeschreven advies in te winnen;¹³⁷ een advies ondeugdelijk is, bijv. vanwege een omissie daarin; het feitenonderzoek in de besluitvorming niet volledig of niet goed is verricht;¹³⁸ het besluit anderszins aan een zorgvuldigheidsgebrek lijdt; een gebrek kleeft aan de motivering van het besluit; een besluit onbevoegd blijkt te zijn genomen terwijl die onbevoegdheid valt recht te zetten bijvoorbeeld door middel van bekrachtiging door een wel bevoegd bestuursorgaan.¹³⁹ In de literatuur is voorts een enkele keer de verwachting uitgesproken dat een kansrijke toepassing van de bestuurlijke lus zou plaatsvinden bij een gebrekkige feitenkwalificatie. 'Het totstandbrengen van het vervangende besluit is dan veelal een invuloefening binnen de door de rechter gestelde kaders.'¹⁴⁰ Marseille en Sietses stellen dat ook in de lengte van de procedure een aanleiding kan schuilen om tot de bestuurlijke lus over te gaan.¹⁴¹ Volgens de literatuur voor en kort na invoering van de bestuurlijke lus zijn het, samengevat, met name zorgvuldigheidsgebreken en motiveringsgebreken waarbij de lus wordt ingezet.¹⁴² Koenraad en Verbeek voegen nog toe dat het naar hun overtuiging zo is dat naar mate een besluit meer gebreken kent, de aanleiding om de bestuurlijke lus toe te passen, afneemt.¹⁴³

Geen consensus bestaat over de vraag of bij de vernietiging van een bestuurlijke boete inderdaad vernietiging en zelf voorzien de enige optie is, zoals art. 8:72a Awb suggereert, of dat onder omstandigheden de bestuursrechter toch zijn toevlucht zoekt in toepassing van de bestuurlijke lus. In de literatuur treffen we verschillende meningen aan. Sommige auteurs, mede gebaseerd op de rechtspraak die dat beeld eveneens toont, sluiten toepassing van de lus in boetezaken niet uit. Te denken valt aan de situatie waarin een bestuursorgaan nog niet genoeg stukken heeft overgelegd en het geval waarin aanvullend onderzoek nodig is. Onder

¹³⁵ O.a. Schlössels, *NTB* 2008; Schueler, *TBR* 2008, p. 796.

¹³⁶ Koenraad, *AA* 2010; Koenraad & Verbeek, *NTB* 2011.

¹³⁷ Schueler, *JBplus* 2012, p. 111.

¹³⁸ Van Ettekoven & Klap, *JBplus* 2010, p. 190.

¹³⁹ Polak, *NTB* 2011, p. 2-9.

¹⁴⁰ Marseille & Sietses, *NJB* 2013, p. 606-613. Het betreft dus een onjuiste wijze van de toepassing van de feiten, ofwel: onjuiste feitenkwalificatie, die voor de bestuurlijke lus in aanmerking zou komen. Vgl. ook Van Ettekoven & Klap, *JBplus* 2010, p. 193.

¹⁴¹ A.w.

¹⁴² Zie o.a. Koenraad & Verbeek, *NTB* 2011, en zie ook Hofman *PB* 2011, p. 12.

¹⁴³ Koenraad & Verbeek, *NTB* 2011.

anderen Albers zet vraagtekens bij toepassing van de lus in boetegeschillen, zeker, zo schrijft zij, als dat gebeurt om bewijs van de overtreding rond te krijgen.¹⁴⁴

3.3.2.1 *Pro's van de bestuurlijke lus*

De bestuurlijke lus is in het discours wisselend ontvangen. Naast kanttekeningen, zie hieronder 3.3.2.2, zijn verschillende instemmende geluiden te horen geweest.¹⁴⁵

3.3.2.2 *De bestuurlijke lus in perspectief*

Verhouding bestuur en rechter

In het bredere perspectief van finale geschilbeslechting wordt dikwijls gewezen op het *primaat van de bestuurlijke besluitvorming*, welk primaat bij het bestuur thuis hoort. Daarin kan een belemmering gelegen zijn voor het inzetten van (een aantal van) de rechterlijke instrumenten ter finalisering. Grijpt de rechter naar het middel van de lus, dan blijft dat primaat van de besluitvorming in beginsel overeind.¹⁴⁶ Men kan het ook nog principiëler verwoorden: opteert de bestuursrechter om het geschil finaal te beslechten voor de methode van de bestuurlijke lus, dan blijft de machtenscheiding intact.¹⁴⁷ Eerder – en ook hierna – zagen we dat de relatie tussen bestuur en rechter mogelijk onder druk zou kunnen komen te staan door de bestuurlijke lus. Hier manifesteert zich de gedachte dat in de context van het arsenaal aan finaliserende afdoeningsmodaliteiten, een keuze voor de bestuurlijke lus het meest recht zou doen aan respect voor de verhouding tussen bestuursrechter en bestuur, vergeleken met enkele andere afdoeningsmodaliteiten.

Reactie ten aanzien van beoogde effecten

Snelheid

De bestuurlijke lus kon op instemmende reacties rekenen, omdat verwacht werd dat daarmee aanzienlijke tijdswinst zou worden geboekt.¹⁴⁸ In het systeem van vernietigen en opnieuw voorzien duurde het na vernietiging meer dan eens jaren alvorens het geschil definitief was beslecht. Van de bestuurlijke lus werd verwacht dat deze micro gezien – in de woorden van Polak – enige vertraging zou opleveren, vergeleken met het direct uitspreken van een vernietiging. Macro gezien zou het een versnelling moeten opleveren, nu binnen enkele maanden een einduitspraak zou volgen op de lus.¹⁴⁹

Finaliteit

¹⁴⁴ Vgl. Stijnen AB 2012, 225; Stijnen AB 2012, 224; Stijnen 2011. Kritisch is C. Albers in haar VAR-preadvies 2014, p. 87-91; Rogier, *Sanctierecht & Compliance* 2012, p. 188-189. Zie verder ook Sanders, *M&M* 2012, p. 133-138 en Stijnen, AB 2012, 224 (met verdere verwijzingen). Koenraad ziet geen goede redenen om toepassing van de bestuurlijke lus in boetezaken uit te sluiten, ofschoon wel begrensd toepassingsmogelijkheden: beschikt de bestuursrechter over voldoende (feiten)materiaal om het geschil definitief te beslechten, behoort hij direct een einduitspraak te doen (Koenraad, AB 2013/58).

¹⁴⁵ Positief en gematigd positief. Vgl. bijv. Oldenzijl, *NTB* 2005, p. 85 (zij het met name gebaseerd op een specifieke bestuurlijke lus voor een bijzonder deel van het bestuursrecht) en Schueler, *TBR* 2008, p. 786.

¹⁴⁶ Wanneer men ten aanzien van finale geschilbeslechting door de bestuursrechter zou onderscheiden tussen nadelen die primair liggen in de principiële sfeer en nadelen van meer praktische aard, is het primaat van de besluitvorming te rubriceren onder principiële belemmeringen.

¹⁴⁷ Vgl. Damen e.a. 2013, p. 338.

¹⁴⁸ Polak, *NTB* 2011, p. 2.

¹⁴⁹ Zie ook Van Ettekovén & Klap, *JBplus* 2010.

Er is in de literatuur bij herhaling gewezen op de prima facie scheve verhouding tussen bestuur en burger die de bestuurlijke lus zou kunnen meebrengen (zie nader hieronder, 3.3.2.2). Gebruikmaking van de bestuurlijke lus zou het bestuur bevoordelen. Onregelmatigheden in de besluitvorming zouden niet worden afgestraft; het bestuursorgaan zou als het ware een herkansing krijgen. Dit is in de literatuur betwist, onder meer door Polak en Schueler.¹⁵⁰ Zij nemen het standpunt in dat ook de belanghebbende burger baat heeft bij toepassing van de bestuurlijke lus. Zonder bestuurlijke lus zou het bestreden besluit worden vernietigd, gevolgd door een nieuw besluit waarna eiser / appellant een nieuwe beroepsprocedure tegen dat nieuwe besluit zou moeten entameren. Dat laatste doet zich althans voor indien eiser / appellant zich niet met het nieuwe besluit kan verenigen.¹⁵¹ Wanneer echter geen nieuwe beroepsprocedure hoeft te worden gestart, wordt meer finale geschilbeslechting bewerkstelligd.

Zelfs als het bestuursorgaan na de bestuurlijke lus de gebreken niet herstelt, kan de lus nut hebben. De lus is (lijkt) dan in beginsel mislukt, maar het is goed denkbaar dat de bestuursrechter vervolgens toch zoveel beter (in)zicht in en op het geschil heeft, dat hij het geschil finaal kan beslechten.¹⁵²

Het onderzoek van de bestuursrechter om te achterhalen of hij het instrument van de bestuurlijke lus moet inzetten, is soms gecompliceerd (vgl. hierna, par. 3.3.2.2). Dat wordt in de literatuur erkend. De bestuurlijke lus kan dat onderzoek echter ‘wel transparant en procedureel uitvoerbaar maken’, aldus Schueler.¹⁵³

3.3.2.3 *Contra's en risico's van toepassing van de bestuurlijke lus*

In deze subparagraaf wordt een serie van door auteurs gesignaleerde (mogelijke) gevaren en andere risico's van de bestuurlijke lus in kaart gebracht. Het betreft potentieel nadelige neveneffecten, mogelijke hindernissen op het traject naar succes van de lus en aspecten die duiden op het mogelijk juist niet bereiken van de beoogde effecten, c.q. aspecten van de lus die averechts uitwerken. In de parlementaire geschiedenis werd een tamelijk rooskleurig beeld geschetst van de werking van de bestuurlijke lus. Er werd voornamelijk vanuit gegaan dat de bestuurlijke lus lukt en de gebreken dus keurig worden hersteld. Daarop is in de literatuur gereageerd door aan te geven dat het ook heel anders kan lopen. Onder andere is goed mogelijk dat de *gebreken niet worden hersteld*. Ook is denkbaar dat gebreken weliswaar worden hersteld, maar dat de lus resulteert in een materieel *andersluidend besluit*, in vergelijking met het oorspronkelijke, gebrekkige besluit.¹⁵⁴ *Verwacht* de bestuursrechter dat de gebreken herstelbaar zijn, dan volstaat het om te beslissen het instrument van de bestuurlijke lus in te zetten. Voorwaarde voor toepassing, aldus Polak, is derhalve niet de verwachting dat niet een besluit met een andere inhoudelijke strekking kan worden genomen.¹⁵⁵

Dat brengt ons tot een volgend punt dat het aanstippen waard is. De *opstelling van partijen (op zitting)* moge niet doorslaggevend zijn voor de rechter om de bestuurlijke lus al dan niet

¹⁵⁰ Polak, *NTB* 2011, p. 2; Schueler, *TBR* 2008, p. 786.

¹⁵¹ Hetgeen ons wel een nogal relevant aspect van de betreffende redenering lijkt.

¹⁵² Polak, *NTB* 2011.

¹⁵³ Schueler, *JBplus* 2012, p. 116.

¹⁵⁴ Polak, *NTB* 2011.

¹⁵⁵ Anders Koenraad en Verbeek, *NTB* 2011, die in een meerpartijgeskil een wijziging van het dictum van het besluit wel als contra-indicatie voor toepassing aanmerken. Overigens is naar aanleiding van rechtspraak er ook op gewezen dat juist het gegeven dat het debat nog enkel over formele aspecten en niet over de inhoud van het besluit is gegaan, een reden kan vormen om af te zien van de bestuurlijke lus, zie Bots, *JB* 2012/135.

toe te passen, relevant kan die opstelling wel zijn.¹⁵⁶ Het vormt voor sommige auteurs een onderlijning van het belang om de mogelijkheid tot toepassing met partijen ter *zitting* te bespreken.¹⁵⁷ Partijen, het bestuursorgaan voorop, kunnen aansturen op een bestuurlijke lus, bijvoorbeeld als een motiverings- of zorgvuldigheidsgebrek aan de orde is. Wij nemen dit aspect op onder het kopje ‘risico’s’, omdat het in zijn tegendeel kan verkeren: een stugge of onnadenkende opstelling van partijen kan feitelijk een sta-in-de-weg voor toepassing opleveren. Bovendien valt te verdedigen dat er feitelijk een inbreuk op de regie van de rechter in schuilt.

Dit aspect raakt in zeker opzicht aan het verlangen van een goede motivering. Bepleit is dat de bestuursrechter in zijn uitspraak een goede motivering geeft ten aanzien van de bestuurlijke lus: hij heeft onderzocht of de bestuurlijke lus mogelijk was en doet verslag van de uitkomst daarvan.¹⁵⁸ Polak legt het verband met de opstelling van partijen; aan dat motiveringsverlangen zal eerder worden tegemoetgekomen als de opstelling van partijen aanleiding gaf voor de rechter in zijn uitspraak in te gaan op het al dan niet toepassen van de bestuurlijke lus.

Het gevaar bestaat dat de bestuurlijke lus wordt ervaren als vooral *bestuursvriendelijk*. Dat komt meer dan eens naar voren als een van de principiële bezwaren. De verhouding tussen bestuur en eiser / burger zou worden scheefgetrokken, ten faveure van het bestuur.¹⁵⁹ In dat verband is wel de aanduiding ‘bestuurtje helpen’ gevallen.¹⁶⁰ Immers, toepassing van de bestuurlijke lus komt in de plaats van een vernietiging. In zoverre blijft bestraffing van het bestuursorgaan door middel van een vernietiging in eerste instantie uit. Als de bestuursrechter dan ook nog aangeeft wat er mis is met het bestreden besluit en hoe dat te herstellen, kan gemakkelijk de indruk ontstaan dat de bestuursrechter het bestuursorgaan de helpende hand reikt; de bestuursrechter als ‘handlanger van het bestuur’.¹⁶¹ Zelfs de onpartijdigheid van de bestuursrechter zou ter discussie komen te staan, genoteerd door Van Ettehoven en Klap. Hier presenteert zich het dilemma dat gedetailleerd aangeven wat er moet gebeuren om het gebrek op te heffen, de slagingskans van de lus weliswaar doet stijgen, maar mogelijk uitmondt in een aantasting van de vereiste rechterlijke onpartijdigheid.¹⁶² In deze context is het goed te wijzen op de vraagtekens die zijn geplaatst hoe dat nu vast te stellen en hoeveel beleids- of beoordelingsvrijheid nog rest voor het bestuursorgaan.¹⁶³ Niet geheel los van de zonet weergegeven kanttekening, staat het gevaar van een bestuursrechter die – om dat adagium maar weer eens uit de kast te halen – op de *stoel van het bestuur* plaatsneemt.¹⁶⁴

Voorts is, onder meer kernachtig door Schlössels, geattendeerd op het praktische nadeel dat de bestuurlijke lus het bestuursprocesrecht complex(er) maakt. Zo zal toepassing van de

¹⁵⁶ Zie o.m. Polak, *NTB* 2011.

¹⁵⁷ O.a. Koenraad & Verbeek, *NTB* 2011.

¹⁵⁸ Daalder & Rop, *NJB* 2010, p. 1792; Van Ettehoven & Klap, *JBplus* 2010, p. 189.

¹⁵⁹ Zie o.a. Schlössels, *NTB* 2008, ook Koenraad & Verbeek, *NTB* 2011; Verhoeven, *PB* 2011, p. 8; Koenraad, *Gst.* 2009, 35.

¹⁶⁰ Deze opvatting is ook sterk gerelativeerd en welbeschouwd bestreden, zie hierboven par. 3.3.1 (Polak, *NTB* 2011; Schueler, *TBR* 2008, p. 786).

¹⁶¹ Van Ettehoven & Klap, *JBplus* 2010, p. 182.

¹⁶² In vergelijkbare zin Marseille, *AB* 2013/256, naar aanleiding van de realisering van het geschetste gevaar (al was het dan bij een informele lus).

¹⁶³ Van Ettehoven, Jaarrede Voorzitter VAR, 23 mei 2008.

¹⁶⁴ Vgl. Koenraad, *AA* 2010, p. 236-237; idem Van Ettehoven & Klap, *JBplus* 2010, p. 194; idem Koenraad & Verbeek, *NTB* 2011.

bestuurlijke lus al snel een *gecompliceerd* onderzoek vergen.¹⁶⁵ Het karakter van de bindende tussenuitspraak (zie par. 3.3.1.2.1) genereert procestechnische vragen.¹⁶⁶ Schlössels wijst op vragen als welke onderdelen binden en welke niet, de dreiging van stapeling van tussenuitspraken en de verhouding van de tussenuitspraak tot de einduitspraak, inclusief de vraag naar de mogelijke betekenis van nieuwe rechtspraak van een hogerberoepsrechter na een tussenuitspraak door de rechtbank. Enigszins in het verlengde van het gevaar van ingewikkeldheid van de regeling en de uitwerking ervan ligt een andere keerzijde van de bestuurlijke lus, die neerkomt op de gevreesde *formaliserende* werking ervan.¹⁶⁷

In de literatuur is – al dan niet geïnspireerd door het bepaalde in art. 8:51a, eerste lid, tweede volzin, Awb – gewezen op de soms delicate positie van *derde-belanghebbenden*.¹⁶⁸ De aanwezigheid daarvan kan spanning opleveren met toepassing van de bestuurlijke lus. Die aanwezigheid wordt in elk geval als een relevante factor aangemerkt bij de vraag of zou moeten worden gelust of niet, en kan daarbij met name een obstakel vormen.¹⁶⁹ Dat is vooral het geval als na uitvoering van de bestuurlijke lus door het bestuursorgaan nog niet eerder in de procedure betrokken derden door de nieuwe situatie worden geraakt.¹⁷⁰ De hindernis voor de bestuurlijke lus wordt hierbij het meest prominent wanneer eerder nog onbekende derden in beeld komen. Schueler brengt hierop nog wel de volgende nuancering aan.¹⁷¹ Zo zou de bestuurlijke lus toch ook dienst kunnen doen in het geval dat zich tot dan toe nog onbekende derden aandienen. Het bestuursorgaan kan tenslotte naar aanleiding van de tussenuitspraak een nieuw besluit nemen, bij welk besluit het bestuursorgaan het wettelijk regiem met betrekking tot derden en hun inbreng in de besluitvorming in acht moet nemen. Toepassing van de bestuurlijke lus impliceert alsdan dus – juist – niet dat derden en hun belangen onvoldoende meedoen. Integendeel.

In de literatuur is gewezen op het risico dat de herstellpoging van het bestuursorgaan *veel tijd* kost.¹⁷² Dat zou dan een tegenovergesteld effect hebben, vergeleken met de bedoeling van een snelle geschiloplossing. Daarnaast is gewezen op het gevaar dat de herstellpoging mislukt, in die zin dat de bestuursrechter zich na de bestuurlijke lus nog steeds niet in staat acht het geschil finaal te beslechten.¹⁷³

Door sommige auteurs is verder beargumenteerd dat met uitsluitend een *vernietiging* partijen niet altijd slechter af (hoeven te) zijn dan met een bestuurlijke lus. Past de bestuursrechter de bestuurlijke lus toe, dan kan daarin een aansporing worden gezien voor partijen, althans het bestuur, om op de eerder gekozen route te blijven volgen. Uitsluitend een vernietiging, daarentegen, kan in principe ruimte laten voor een meeromvattende heroverweging en

¹⁶⁵ Schlössels, *NTB* 2008, p. 267-268. Voorts kan herstel zoveel werk in procedurele, technische of bestuurlijke zin meebrengen dat toepassing de procedure onnodig zou verlengen en compliceren, aldus Damen e.a. 2013, p. 343. Zo ook Polak, *NTB* 2011; Schueler, *JBplus* 2012, p. 112; Polak, in: De Gier e.a. 2011.

¹⁶⁶ Zie nader Ortlep & Willemsen in: Addink e.a. 2008, p. 427.

¹⁶⁷ Een wettelijk geregelde bestuurlijke lus werkt te formeel en formaliserend: Schlössels, *NTB* 2008; Brouwer & Koenraad, *NJB* 2006, p. 1678-1684.

¹⁶⁸ Art. 8:51a, eerste lid, Awb: geen bestuurlijke lus als belanghebbenden die niet partij zijn in het geding door de lus onevenredig kunnen worden benadeeld. Vgl. Polak, *NTB* 2011.

¹⁶⁹ Schueler, *JBplus* 2012, p. 115; Polak, *NTB* 2011; Schueler, *M&R* 2008, p. 618-626; De Poorter & De Graaf 2011, p. 170 en p. 176.

¹⁷⁰ Derden die al in de procedure betrokken (en dus bekend) zijn, kunnen inbreng krijgen binnen de toepassing van de bestuurlijke lus.

¹⁷¹ Schueler, *M&R* 2008, p. 618; Schueler, *JBplus* 2012, p. 115.

¹⁷² Rop e.a. 2008, p. 32-33.

¹⁷³ Marseille & Sietses, *NJB* 2013.

mogelijk minder conflictueuze besluitvorming doordat de betrokken actoren zich beraden op hun positie.¹⁷⁴

Ook is wel door enkele schrijvers de vrees uitgesproken dat een ongelukkige werking van de wet van de communicerende vaten zou optreden. Het hanteren van de bestuurlijke lus zou ten koste gaan van het – nog meer finaliserende – aanwenden van de bevoegdheden om de rechtsgevolgen in stand te laten en zelf te voorzien.¹⁷⁵

Verder is nog gewezen op zowel het kostenaspect als de werklast voor de bestuursrechter.¹⁷⁶ De bestuurlijke lus zal, indien de rechter besluit deze in te zetten, in die procedure naar extra werk voor de rechter leiden. Wij noemen dat in één adem met de vraag naar de relatie van de bestuurlijke lus tot het rechterlijke financieringssysteem, omdat bij gelijk blijven daarvan (financiering gekoppeld aan aantal afgedane zaken) met de aan de lus inherente actieve opstelling van de bestuursrechter – gecombineerd met de verlenging van de beroepsprocedure waarin de lus wordt toegepast – de bestuurlijke lus hem wel meer werk, maar relatief minder ‘vergoeding’ oplevert.

Tot slot – uit de hierboven weergegeven kanttekeningen al wel te destilleren – is in de literatuur een punt van zorg dat nog *onduidelijk is in welke gevallen* de bestuursrechter zijn bevoegdheid om te ‘lussen’ moet gebruiken.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Vgl. Marseille & Sietses, *NJB* 2013.

¹⁷⁵ Bots, *JB* 2010/135; Daalder en Rop, *NJB* 2010, p. 1791. De angst lijkt – in elk geval met de kennis van nu – op een misvatting te berusten; zie met name wat wij opmerken over de rangorde tussen de verschillende instrumenten.

¹⁷⁶ Zie Schlössels, *NTB* 2008; Koenraad in: Barkhuysen e.a. 2010, p. 241-260.

¹⁷⁷ Van Ettekoven & Klap, *JBplus* 2010, p. 182.

4. Bevindingen van het onderzoek

4.1 Hoe vaak werd de lus toegepast, mede in relatie tot andere finaliseringsinstrumenten?

In deze paragraaf wordt de vraag beantwoord welke betekenis de bestuurlijke lus heeft binnen het arsenaal van instrumenten om geschillen definitief te beslechten. Hoe vaak wordt de bestuurlijke lus wel of niet toegepast en welke verschillen zijn er tussen de onderzochte rechtscolleges en mogelijk ook de aard van de zaken? Zijn er ontwikkelingen in de tijd waar te nemen? Wordt dus bijvoorbeeld de lus thans meer toegepast dan in het begin of wellicht juist omgekeerd? De antwoorden op deze vragen berusten voor het allergrootste deel op het kwantitatief onderzoek, hier en daar aangevuld met interviews van rechters.

4.1.1 Een naar verhouding minder belangrijk instrument voor definitieve geschilbeslechting

Er worden vier wettelijke instrumenten onderscheiden waarmee de rechter, na het constateren van een mogelijk gebrek in het aangevallen besluit, kan trachten een geschil alsnog definitief te beslechten zodat terugverwijzing naar het bestuur niet nodig is. Dat is het passeren van gebreken (art. 6:22 Awb), het instandlaten van de rechtsgevolgen (art. 8:72 lid 3 sub a Awb), het zelf in de zaak voorzien (art. 8:72 lid 3 sub b Awb) en het toepassen van de bestuurlijke lus (art. 8:51a Awb). Daarnaast kan de rechter ook nog de informele lus toepassen. Voor de vier wettelijk geregelde instrumenten geldt een voorkeursvolgorde. De rechter moet eerst bekijken of een gebrek kan worden gepasseerd en vervolgens of hij de rechtsgevolgen in stand kan laten. Pas als ook niet zelf kan worden voorzien, komt de (formele) lus in beeld.¹⁷⁸ Drie van deze instrumenten betreffen afdoeningsmodaliteiten. In dit onderzoek hebben wij de toepassing van de (formele) lus afgezet tegen de andere afdoeningsmodaliteiten, dus het instandlaten van de rechtsgevolgen en het zelf voorzien. Duidelijk is gebleken dat de lus door alle bestuursrechters substantieel vaak wordt ingezet, maar kwantitatief toch de minst belangrijke afdoeningsmodaliteit is gericht op een definitieve beslechting van het geschillen.

¹⁷⁸ Zie Wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht, MvA, *Kamerstukken II* 2010/11, 32450, nr. 8, p. 59 alsmede CRvB 3 november 2010, AB 2010, 341 m.nt. Marseille.

Tabel 1 Gebruik van afdoeningsmodaliteiten gericht op definitieve geschilbeslechting, alle onderzochte colleges, totale periode 1-1-2010 tot 1-11-2013¹⁷⁹

Afhandelingswijze	Absolute aantallen	Percentage
Bestuurlijke lus	1.204	7%
Rechtsgevolgen in stand laten	2.638	15%
Zelf in de zaak voorzien	3.430	19%
Vernietiging zonder gebruik van een van deze afdoeningsmodaliteiten	10.498	59%
<i>Totaal aantal uitspraken waarin gebrek(en) geconstateerd</i>	<i>17.770</i>	<i>100%</i>

De percentages van toepassingen van afdoeningsmodaliteiten, gericht op definitieve geschilbeslechting, hebben betrekking op het totale aantal vernietigingen.¹⁸⁰

Bij alle rechterlijke instanties en in bijna alle deelperiodes was het aantal gevallen waarin de rechter zelf in de zaak voorziet en de rechtsgevolgen in stand laat groter, vaak zelfs duidelijk groter dan het aantal gevallen waarin de bestuurlijke lus wordt toegepast.

Gemiddeld wordt in ongeveer 18% van alle zaken vernietigd. Neemt men de vernietigingen en de uitspraken waarin de lus wordt toegepast samen, dan krijgt men alle uitspraken waarin de rechter een gebrek in het besluit vaststelt. In slechts 7% van deze uitspraken waarin een gebrek wordt geconstateerd wordt de lus toegepast, waartegen in 19% zelf wordt voorzien en in 15% van de vernietigingen de rechtsgevolgen in stand blijven. Of, om het anders te zeggen, er wordt ongeveer drie keer vaker zelf voorzien en meer dan drie keer zo vaak worden de rechtsgevolgen in stand gelaten. De voorkeur voor andere finaliseringsinstrumenten dan de lus heeft in eerste instantie te maken met de uit de wet af te leiden voorkeursvolgorde. De lus komt pas in beeld als het niet mogelijk is om de rechtsgevolgen in stand te laten of zelf te voorzien. Ook dan nog wordt echter niet automatisch of zoveel mogelijk voor toepassing van de lus gekozen. Toepassing van de lus heeft immers ook nadelen (bijvoorbeeld langere duur van afhandeling van de zaak) en haken en ogen die zich bij de andere op definitieve geschilbeslechting gerichte afdoeningsmodaliteiten niet zo zeer voordoen. Veel rechters lijken, zo blijkt uit de interviews, niet als leidraad te kiezen de lus zo vaak mogelijk toe te passen, maar een afweging te maken tussen voor- en nadelen die soms voor en soms tegen toepassing van de lus uitvalt. Dat lijkt een onderscheid te zijn tussen toepassing van de lus enerzijds en het zelf voorzien en rechtsgevolgen in stand laten anderzijds. Indien toepassing

¹⁷⁹ De absolute aantallen berusten op telling met gebruik van bepaalde zoektermen, bijvoorbeeld “bepaalt dat de rechtsgevolgen” welke zoekterm verwijst naar uitspraken waarin de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten (zie nader Bijlage II). De zoekresultaten omvatten daardoor ook de gevallen waarin de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten ofwel zelf is voorzien *nadat* eerder de (formele) bestuurlijke lus was toegepast. In de 161 onderzochte dossiers gebeurde dat, zoals gezegd, resp. 61 maal (38%) en 14 maal (9%). Vanwege de daardoor ontstane dubbeltellingen zijn in het onderzoeksrapport zowel de cijfers van instandlaten rechtsgevolgen als die van zelf in de zaak voorzien, bijgesteld. Zie voor details Bijlage III.

¹⁸⁰ In deze berekening zit een kleine onnauwkeurigheid. In een enkel (vrij zeldzaam) geval, wordt de lus toegepast hoewel het uiteindelijk niet tot een vernietiging komt. Dat kan zich voordoen als de reparatie geschiedt zonder dat een nieuw besluit wordt genomen, de lus succesvol is en de rechter het beroep in de einduitspraak geheel ongegrond verklaart. Dat gebeurt zelden (zie par 4.7.2 en Bijlage III). Om geheel correcte relaties uit te kunnen rekenen zouden deze gevallen eigenlijk “handmatig” moeten worden opgespoord en zouden zij bij het aantal vernietigingen opgeteld moeten worden. Omdat het om een zeer gering aantal zaken gaat, is daarvan afgezien. Zie voor een nadere uitleg de beschrijving van de kwantitatieve onderzoeksmethode in Bijlage II.

van de twee laatstgenoemde instrumenten mogelijk wordt geacht, dan wordt, zo lijkt uit de interviews te kunnen worden opgemaakt, daartoe ook besloten.

Alle rechters gaven ook aan dat zij uitgaan van een (wettelijke en feitelijke) voorkeur voor het instandlaten van de rechtsgevolgen en het zelf voorzien. Slechts als deze instrumenten niet kunnen worden ingezet komt de bestuurlijke lus in beeld. Terwijl ook bij de CRvB de lus doorgaans het minst van alle drie finaliseringsinstrumenten wordt ingezet, is de verhouding toch minder verschillend dan bij de andere colleges en is het aantal lussen in een enkele periode zelfs groter dan een van de beide andere instrumenten: in 2011 heeft de CRvB slechts in 7% van de vernietigingen zelf in de zaak voorzien, maar in 21% gelust. Voorts heeft de CRvB in 2012 in 23% de rechtsgevolgen in stand gelaten, maar in 24% gelust. De betekenis van de lus in verhouding tot andere uitspraken gericht op definitieve geschilbeslechting is bij de CRvB dus groter dan bij andere colleges (zie ook hierna, paragraaf 4.1.2).

4.1.2 *Verschillen tussen rechtscolleges*

Wij beginnen met de percentages van zaken met geconstateerde gebreken waarin één van de drie in het onderzoek betrokken afdoeningsmodaliteiten is ingezet die is gericht op definitieve geschilbeslechting (dus de lus, zelf in de zaak voorzien of rechtsgevolgen in stand laten). Opvallend is dat deze getallen behoorlijk uiteen lopen.

Tabel 2 Gebruik van een afdoeningsmodaliteit gericht op definitieve geschilbeslechting

	Uitspraken waarin gebrek(en) geconstateerd	Lus + zizv + rgisl¹⁸¹	Percentage
Rb 2	2.056	1.237	60.2%
Rb 4	1.836	987	53.8%
Rb 3	1.243	467	37.6%
Rb 1	4.783	1.022	21.4%
CRvB	2.735	1.152	42.1%
ABRvS	4.561	2.130	46.7%
CBb	556	277	49.8%
<i>Totaal aantal</i>	<i>17.770</i>	<i>7.272</i>	
<i>Gew. gemiddeld</i>			<i>45.5%</i>

Tussen de rechtbanken doen zich de grootste verschillen voor.¹⁸² Rb 2 begint met 54% geschillen waarin een van de drie afdoeningsmodaliteiten is ingezet en weet dit percentage in het topjaar 2011 te verhogen naar 74% (in 2013 nog steeds 61). Rb 1 schommelt tussen 20 en 25%. Rb 2 gebruikt de afdoeningsmodaliteiten waarop ons onderzoek zich richt dus drie keer

¹⁸¹ Om te voorkomen dat bij de modaliteiten ‘rechtsgevolgen instandlaten’ of ‘zelf in de zaak voorzien’ ook uitspraken zouden worden meegenomen waarin pas in een einduitspraak na toepassing van de lus de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten, respectievelijk zelf is voorzien, zijn de door middel van trefwoorden in de uitspraken gegenereerde cijfers bijgesteld. De percentages van deze bijstelling berusten op een analyse van de 161 dossiers waarin is gelust. Per instantie werd geteld hoe vaak na een lus in een einduitspraak de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten of zelf is voorzien. Zie voor nadere details Bijlage III.

¹⁸² Bijlage II geeft inzicht in deze verschillen, ook tussen de diverse categorieën zaken en in de ontwikkeling in de tijd.

zoveel als Rb 1. De andere rechtbanken liggen daartussen. Met tussen de 34% en 45% (over de gehele periode 38%) gebruikt Rb 3 de bedoelde afdoeningsmodaliteiten toch nog ongeveer 1,7 maal zo vaak als Rb 1 en met tussen 52% en 59% (over de gehele periode 54%) is dat bij Rb 4 ruim 2,5 keer zo vaak. De hogerberoepsrechters liggen wat dichterbij elkaar. Het CbB is hier koploper.

Bij de vergelijking van het gebruik van alle finaliseringsinstrumenten in totaal werden al grote verschillen tussen de rechtcolleges geconstateerd. Kijkt men alleen naar de lus, dan zijn die verschillen nog veel groter.

Tabel 3 Toepassing bestuurlijke lus in onderzoeksperiode

	Uitspraken waarin gebrek(en) geconstateerd	Bestuurlijke lus	Percentage
Rb 2	2.056	239	11.6%
Rb 3	1.243	69	5.6%
Rb 1	4.783	102	2.1%
Rb 4	1.836	35	1.9%
CRvB	2.735	399	14.6%
ABRvS	4.561	327	7.2%
CBb	556	33	5.9%
<i>Totaal aantal</i>	<i>17.770</i>	<i>1.204</i>	
<i>Gew. gemiddeld</i>			<i>7%</i>

Over de gehele periode bezien zijn de CRvB en Rb 4 de uitersten. De CRvB past de lus procentueel beschouwd meer dan zeven keer zoveel toe als Rb 4. Ook hier kan het karakter van de geschillen een deel van de verklaring vormen, maar dat deel is betrekkelijk. Dat blijkt uit de vergelijking van de rechtbanken onderling. Terwijl Rb 4 (1.9%) en Rb 1 (2.1%) tamelijk zelden de lus toepassen, bedraagt dit percentage bij Rb 2 (11.6%) ruim zes keer zoveel als bij Rb 4. Dit grote verschil is niet volledig te verklaren door de aard van de geschillen. Bij de inzet van de lus zijn niet alleen de verschillen tussen de rechtbanken groot. Omdat een van de selectiecriteria voor de keuze van de te onderzoeken rechtbanken was dat wij zowel een rechtbank in het onderzoek wilden betrekken die naar verwachting vaak (dus meer dan gemiddeld) gebruik maakt van de lus, als een rechtbank die naar verwachting zelden (dus minder dan gemiddeld) lust, kan het resultaat dat er inderdaad grote verschillen zijn, niet worden gegeneraliseerd. Wij kunnen dus niet aannemen dat ook tussen de overige rechtbanken in Nederland zich dergelijk grote verschillen voordoen. Dat doet echter niets af aan de conclusie dat binnen de Nederlandse rechtbanken zeer grote verschillen voorkomen. Ook de hogerberoepsrechters lopen hier sterker uiteen, met een duidelijk bijzondere positie van de CRvB.

Aard van het geschil

Deels zijn deze grote verschillen waarschijnlijk te verklaren door de aard van de geschillen die door de verschillende colleges worden beslecht. Zo is het bijvoorbeeld zeer de vraag of de ABRvS, met verhoudingsgewijs veel meer complexe meerpartijengeschillen, ooit in 87% van

de geschillen een afdoeningsmodaliteit gericht op finalizering zou kunnen inzetten zoals de CRvB dat in 2013 heeft gedaan. Bij de CRvB doen zich bijna uitsluitend twee partijengeschillen voor. Ook tussen de verschillende rechtbanken bestaan er verschillen in de soort geschillen die daar spelen. Als wij bijvoorbeeld kijken naar de rechtbank die het vaakst afdoeningsmodaliteiten gericht op finalizering inzet (Rb 2) en de rechtbank die dat het minst doet (Rb 1), dan moet in acht worden genomen dat Rb 1 geschillen over rijksbelastingen beslist, terwijl Rb 2 dat niet doet. In geschillen over rijksbelastingen wordt zo goed als nooit gelust.¹⁸³ Het feit dat het om veel sterker gebonden beschikkingen gaat, heeft tot gevolg dat de rechter meer zelf kan en ook moet afdoen. Zo dient de rechter bij fiscale besluiten zonder beleidsvrijheid een onjuiste motivering zelf te herstellen en niet terug te verwijzen naar het bestuursorgaan, aldus een geïnterviewde rechter. Wij wijzen erop dat deze redenering in Duitsland, waar veel meer gebonden bevoegdheden, dus bestuurlijke bevoegdheden zonder beleidsvrijheid, voorkomen, ook toepassing vindt ('spruchreif machen', zie het rechtsvergelijkend hoofdstuk). Ook in gevallen waarin de lus in theorie toepassing zou kunnen vinden, bijvoorbeeld als iemand in bezwaar ten onrechte niet is gehoord, gebeurt dat in de praktijk niet en geeft de fiscale rechter voorkeur aan het zelf voorzien mits partijen daarmee instemmen danwel het uitsluitend vernietigen, zo bleek uit de interviews.

Eerste aanleg of hoger beroep

Of een rechter oordeelt in eerste aanleg danwel in hoger beroep lijkt minder belangrijk te zijn voor het al dan niet veelvuldig toepassen van de lus. Denkbaar zou zijn dat met name in eerste aanleg wordt gelust omdat de feiten van zaken in eerste aanleg vaak nog sterker opgehelderd moeten worden dan in hoger beroep en dus gebreken als onzorgvuldige voorbereiding en onvoldoende motivering vaker voorkomen. Ook is een hypothese dat de rechter in hoger beroep vaker lust omdat hij dat kan opdragen, terwijl de rechtbanken de instemming van het bestuursorgaan moeten krijgen als zij willen lussen. De feiten en cijfers laten echter een ander beeld zien. De grootste verschillen zitten tussen de rechtbanken onderling en de hogerberoepsrechters onderling en niet tussen de eerstelijnsrechters enerzijds en de hogerberoepsrechters anderzijds. Er zijn rechtbanken die (in verhouding) vaak lussen (Rb 2) en hogerberoepsrechters die dat ook doen (CRvB), en er zijn rechtbanken die weinig lussen (bijvoorbeeld Rb 4) en hogerberoepsrechters die duidelijk minder vaak de lus gebruiken dan andere hogerberoepsrechters (CBb en in verhouding tot de CRvB ook de ABRvS).

Andere verklaringen voor onderlinge verschillen

De grote verschillen tussen met name de rechtbanken kunnen voor het overige niet door de ligging van de rechtbank (landelijk of stedelijk) of andere inhoudelijke factoren worden verklaard. Uit de interviews kwam een andere verklaring naar voren. Het bleek dat de persoonlijke voorkeuren, respectievelijk persoonlijke opvattingen over de voor- en nadelen en het praktische nut van de lus uiteenlopen. Terwijl bijvoorbeeld een rechter bij Rb 2 aangeeft de lus 'zoveel mogelijk' toe te passen (als niet zelf kan worden voorzien of de rechtsgevolgen in stand kunnen worden gelaten), gaf een rechter bij Rb 1 aan dat deze weinig formeel lust omdat dat zelden een meerwaarde heeft, en berichtte een rechter van Rb 4 dat collega's zo

¹⁸³ Zie bijv. HR 21 maart 2001, BNB 2001, 329 en HR 28 juni 2002, BNB 2002, 305 waaruit blijkt dat de hoofdregel in het fiscaal recht is dat de rechter zelf voorziet en slechts bij uitzondering terugwijst. Wel blijkt uit HR 28 januari 2011, AB 2011, 107 m.nt. Widdershoven dat in het belastingrecht niet wordt uitgesloten dat de bestuurlijke lus wordt toegepast. In casu overwoog de HR dat een bestuurlijke lus aangewezen kan zijn wanneer de rechter over te weinig feitelijke gegevens beschikt.

weinig mogelijk formeel lussen omdat dat weinig voor-, maar wel nadelen heeft en soms tot complicaties leidt. In eerste instantie gaat het hier niet om opvattingen en voorkeuren van een heel rechterlijk college, maar slechts van de individuele rechters die door ons werden bevroegd. De vraag is dan waarom deze verschillen tussen individuele rechters niet uitmiddelen als men naar de verschillende in het onderzoek betrokken rechtbanken kijkt. Wij weten dit niet, en kunnen in het kader van dit onderzoek ook niet serieus nagaan of er binnen de verschillende rechtscolleges verschillende culturen heersen. Het kan natuurlijk puur toeval zijn dat in de ene rechtbank bijzonder veel bestuursrechters met een bepaalde opvatting over finale geschilbeslechting in het algemeen en de lus in het bijzonder zijn te vinden en in een andere rechtbank bijzonder veel bestuursrechters met een daarvan sterk afwijkende opvatting. Toch lijkt niet helemaal onwaarschijnlijk dat rechters met elkaar ook, formeel of informeel, van gedachten wisselen over hoe zij bepaalde procesrechtelijke vragen aanpakken en beslissen. Het is niet onwaarschijnlijk dat dat een zekere invloed op elkaars houding heeft en dus mede bepaalt of door de ene rechtbank vaak en door de andere rechtbank weinig gelust wordt. Onderzoek naar de afhankelijkheid van individuele beslissingen van rechters over de met de lus verbonden procesrechtelijke vragen van organisatietyperische factoren kon niet worden gedaan.

Een relatie lijkt ook te bestaan tussen het (vaak) informeel lussen en het (zelden) gebruik maken van formele instrumenten tot definitieve geschilbeslechting, waaronder de formele lus. Uit de interviews kwam naar voren dat sommige rechters toepassing van de informele lus principieel prefereren en de formele lus slechts in uitzonderingsgevallen toepassen waarin toepassing van de informele lus niet mogelijk is. Kwantitatieve gegevens over de hoeveelheid gebruikmaken van informele lussen konden, zoals gezegd, helaas niet gegenereerd worden (zie nader paragraaf 4.3).

Een verklaring voor de verschillen kan mogelijk ook worden gevonden in verschillende opvattingen over de taak van de rechter. Over de vraag wat nu eigenlijk het geschil is dat de rechter moet oplossen, wordt verschillend gedacht. Eensgezindheid bestaat dat art. 8:69 Awb de grenzen van het geschil bepaalt. De rechter mag dus niet treden buiten de gronden die in het beroepsschrift zijn aangevoerd. Een andere vraag is echter in hoeverre de rechter bij de beoordeling van het voorgelegde geschil omtrent het aangevallen besluit ook zou moeten kijken naar het 'eigenlijke' conflict achter de strijd om het bestreden besluit. Bemoeienis met het achter de concrete zaak liggende conflict kan immers mogelijkheden openen om (ook) de concrete zaak op te lossen en zowel het 'eigenlijke' als het concreet aanhangige conflict definitief te beslechten. De opvattingen van de verschillende rechtscolleges hierover zijn vaak niet duidelijk geëxpliciteerd, maar lijken toch, zo blijkt uit de interviews zowel met de rechters en staatsraden als met procesvertegenwoordigers, aanzienlijk uiteen te lopen. Terwijl tenminste sommige rechters bij rechtbanken en bij de CRvB naast een beoordeling van het besluit vaak (ook) op zoek gaan naar een andere oplossing voor het geschil, is de toets die door de geïnterviewden bij de ABRvS wordt verricht meer beperkt tot de juridische kanten van het aangevallen besluit (ruime taakopvatting: Rb 2, Rb 3, daarentegen nauwe taakopvatting: ABRvS, Rb 4, Rb 1; opvattingen nog in beweging: CRvB). Een ruime taakopvatting, waarbij het liefst ook het achter het beroep liggende geschil zou moeten worden opgelost, lijkt te leiden tot het veelvuldig gebruik maken van finaliseringsinstrumenten, dus ook tot gebruikmaken van de bestuurlijke lus.

Relatie met nieuwe zaaksbehandeling

Denkbaar is ook dat het gebruik van de lus en de inzet van andere instrumenten om geschillen finaal te beslechten samenhangt met (de intensiteit van) de toepassing van de nieuwe zaaksbehandeling. Voordat wij het onderzoek hebben uitgevoerd was een hypothese dat een college dat sterk inzet op nieuwe zaaksbehandeling minder behoefte heeft aan de bestuurlijke lus. Immers, zo was de aanname, door een vroege communicatie tussen rechtbank en partijen over de zaak kunnen onduidelijkheden nog voor de zitting worden opgehelderd en kunnen bestuursorganen mogelijk ook besluiten alsnog aanpassen (art. 6:19 Awb) of bewijsstukken toevoegen. Voor een deel van deze ‘reparaties’ zal bij colleges die geen gebruik maken van de nieuwe zaaksbehandeling, de bestuurlijke lus worden ingezet, zo werd aangenomen. Deze hypothese is voor een belangrijk deel weerlegd. Hoewel ook in een interview door een enkele rechter¹⁸⁴ en door vertegenwoordigers van het UWV erop is gewezen dat een zeer actief vooronderzoek de noodzaak tot toepassing van de lus vaak wegneemt, bevestigen de getallen de aanname niet. Bij Rb 2 werd en wordt intensief ingezet op nieuwe zaaksbehandeling, mede omdat bij deze rechtbank een pilot hiermee is uitgevoerd.¹⁸⁵ Bij Rb 1 was en is dat veel minder het geval. Tussen nieuwe zaaksbehandeling en gebruik van de bestuurlijke lus bestaat dus geen reciproke relatie, integendeel. Dat rechtbanken die intensief de nieuwe zaaksbehandeling toepassen ook veel lussen, kan, zo vermoeden wij, twee verklaringen hebben. De eerste verklaring sluit aan bij de hiervoor algemeen gegeven reden voor de aanzienlijke verschillen tussen de rechtbanken. “Progressievere” rechters die nieuwe ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht snel oppakken en daarmee vroegtijdig en veel experimenteren, zullen zowel de nieuwe zaaksbehandeling als de bestuurlijke lus meer en vaker toepassen dan rechtbanken die eerder behoudend zijn. Het door Marseille c.s. uitgevoerde onderzoek naar de praktijk van de nieuwe zaaksbehandeling dat op het moment van het afronden van onderhavig onderzoek nog niet was afgesloten, bevestigt dit. Uit de 30 interviews met rechters die in dat onderzoek gevoerd zijn, komt, zo lichtte de onderzoeksleider mondeling toe, naar voren dat er grote verschillen tussen rechters zijn in het gebruik van instrumenten die zijn gericht op finale geschilbeslechting, meer nog dan van rechtbank tot rechtbank. Rechters die actief omgaan met finale geschilbeslechting doen dat met gebruik van alle daarvoor ter beschikking staande middelen, waaronder nieuwe zaaksbehandeling en de lus. Rechters die minder gedreven zijn of voorbehouden hebben ten opzichte van finale geschilbeslechting, gebruiken alle instrumenten minder vaak of minder actief, aldus Marseille.¹⁸⁶ Daarnaast kan een verklaring zijn dat de zitting bij toepassing van de nieuwe zaaksbehandeling eerder plaatsvindt, ongeveer na vier in plaats van na negen tot twaalf maanden. Het kan zijn dat rechters bij een vroege zittingsdatum minder opzien tegen de extra tijd die toepassing van een lus met zich brengt dan bij een late zittingsdatum. Immers, het gevaar dat de totale behandelingsduur dan uit de hand loopt, is bij een vroege zittingsdatum kleiner.¹⁸⁷ Dat een dreiging van een overschrijding van de redelijke termijn een aspect is dat door rechters wordt betrokken in de afweging om al dan niet te lussen, werd door meerdere rechters en staatsraden bevestigd. Een rechter gaf ook aan dat dat naar zijn

¹⁸⁴ Interview Rb 1, fiscale kamer.

¹⁸⁵ De landelijke pilot met nieuwe zaaksbehandeling vond plaats in 2009 in de rechtbanken Utrecht, Leeuwarden, Dordrecht en Roermond. Zie A.T. Marseille, *Comparitie en regie in de bestuursrechtspraak*, Groningen 2010. Ook Rb 1 heeft overigens, op beperktere schaal, een (eigen) pilot met de nieuwe zaaksbehandeling uitgevoerd en wel in 2010.

¹⁸⁶ Mondeling onderhoud 16 juli 2014.

¹⁸⁷ Zie ook Schueler, *JBplus* 2012, p. 116.

inschatting waarschijnlijk leidt tot het makkelijker toepassen van de lus bij vroeg op zitting komende zaken.

De vraag is of dermate grote verschillen in het al dan niet gebruik maken van de lus tussen individuele rechters, maar ook tussen rechterlijke colleges, uit rechtsstatelijk oogpunt aanvaardbaar zijn. Deze vraag doet zich niet alleen ten aanzien van het gebruik van de lus voor, maar meer algemeen ten aanzien van het (succesvol) gebruik van instrumenten gericht op finale geschilbeslechting. Zoals uit tabel 2 bleek zijn deze verschillen zeer groot en zoals hiervoor werd en hierna nog zal worden toegelicht zijn deze verschillen voor een belangrijk deel te verklaren door verschillende voorkeuren en attitudes van rechters. Overwogen zou kunnen worden om uit art. 8:41a Awb een verplichting af te leiden om te motiveren waarom noch zelf wordt voorzien, noch de rechtsgevolgen in stand worden gelaten en ook geen gebruik wordt gemaakt van de bestuurlijke lus. Dat leidt echter tot een verdere juridisering en formalisering van het bestuursproces. Het is bovendien niet zelden moeilijk te verwoorden waarom de rechter, alle omstandigheden van het geval in aanmerking nemend, inschat dat inzet van de bestuurlijke lus niet bijdraagt tot een finale en snelle beslechting van het geschil. Wij zien daarom ook van een dergelijke aanbeveling af.

4.1.3 Ontwikkeling in de tijd?

Gebruik van afdoeningsmodaliteiten gericht op finalisering

Ook hier beginnen wij met een blik op de percentages van zaken met geconstateerde gebreken die definitief zijn beslecht. Het gaat dan dus om (cumulatie van) de uitspraken waarin zelf in de zaak is voorzien, de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten of de bestuurlijke lus is toegepast, afgezet tegen het totaal aantal vernietigingen. Niet helemaal onverwacht is de groei in het aantal geschillen waarin een finaliseringsinstrument is ingezet. Alle rechtscolleges samengenomen groeide dat relatieve getal van 40% in het jaar 2010 naar 52% in het jaar 2013 (tot 1 november). Gezien de ontwikkeling in het algemene denken omtrent de taak van de bestuursrechter en het denken omtrent definitieve geschilbeslechting,¹⁸⁸ alsmede de introductie van art. 8:41a Awb, was een dergelijke groei te verwachten en valt de omvang van de groei van alle onderzochte rechtscolleges in totaal wellicht eerder tegen dan mee. De ontwikkeling is niet bij alle colleges hetzelfde. Terwijl de meeste colleges een gestage groei met een stabilisatie in 2012 en 2013 laten zien (Rb 2, Rb 4, Rb 1, CRvB, CBb), lijkt bij de ABRvS in 2011 en bij Rb 3 in 2012 een top te zijn bereikt, waarna het totale percentage definitief beslechte geschillen weer afneemt.

Toepassing van de lus

Kijkt men preciezer naar de ontwikkelingen in het gebruik van het instrument bestuurlijke lus en zet men deze ontwikkelingen af tegen de hiervoor geschetste (relatieve) getallen van het gebruik van alle finaliseringsinstrumenten, dan vallen enkele trends op. Uit de getallen in de tabellen 1 tot en met 4 van de Bijlage II (Methodiek en gedetailleerde resultaten kwantitatief onderzoek) kan worden afgeleid dat het aantal lussen van alle rechtscolleges samengenomen, groeide van 2,9% van het totaal aantal geschillen met een vernietiging naar 10,6%. Het (relatieve) aantal lussen is in 2013 dus 3,6 keer hoger dan in 2010. Deze groei is veel groter dan de groei van de aantallen waarin afdoeningsmodaliteiten gericht op finalisering zijn

¹⁸⁸ Zie bijvoorbeeld Schueler *JBplus* 2012, p. 101.

ingezet. Dat is onzes inziens voor een belangrijk deel te verklaren door de noodzakelijke gewenning aan dit nieuwe instrument. De sterkste groei ligt in het begin, tussen 2010 enerzijds (2,9% van de vernietigingen) en 2011 (8,8% van de vernietigingen). Ook in de interviews is bevestigd dat, zeker in het begin, bij menige rechter een zekere koudwatervrees bestond om dit nieuwe instrument, dat tot veel onverwachte vragen kon leiden, gretig toe te passen. De wettelijke regeling van een nieuw instrument als de bestuurlijke lus laat vele aspecten en vragen onbesproken, deels omdat die vragen niet te voorzien zijn. Daarover moet de rechter dan besluiten en beleid ontwikkelen. Dat vergt extra tijd en energie. De wetgever dient bij de introductie van nieuwe instrumenten hiermee uitdrukkelijk rekening te houden en een afweging te maken tussen potentiële voordelen en moeite en kosten van de introductie van nieuwe bestuursprocesrechtelijke instrumenten. Ook dient de nodige tijd te worden ingecalculleerd voordat de praktijk goed met een nieuw instrument kan werken, zo merkte een rechter van de Raad van State op.

Als men de verschillende colleges vergelijkt, is er voor het overige geen duidelijke lijn in de ontwikkeling in de tijd van de aandacht die naar de lus uitgaat. Sommige colleges laten een piek in 2011 zien met daarna een terugloop, andere kennen een dergelijke piek in 2012, terwijl de CRvB een gestage groei laat zien. Slechts voor een deel kon in de interviews met de rechters een verklaring voor het verloop van de “curves van bestuurlijke lus toepassen” worden gevonden. Zo gaf bijvoorbeeld een staatsraad aan in 2011 te hebben geëxperimenteerd met de lus in zaken over bestemmingsplannen buitengebied. Deze aard van geschillen bleek echter weinig geschikt voor toepassing van de bestuurlijke lus omdat de herstel mogelijkheden ten tijde van de tussenuitspraak onvoldoende te overzien zijn en onvoldoende zeker is dat onbekende derden niet (onevenredig) worden benadeeld. Dus is dat vanaf een bepaalde datum in 2012 niet meer gebeurd. Een algemene conclusie, bijvoorbeeld dat de toepassing van het instrument al over zijn top heen zou zijn, is echter niet te trekken.

Zou de lus vaker kunnen of moeten worden toegepast?

Gezien het feit dat er aanzienlijke verschillen bestaan in de frequentie waarmee rechters de lus toepassen en een belangrijk deel van deze verschillen niet verklaarbaar is door de aard van de zaak, is het niet verwonderlijk dat het antwoord van geïnterviewde bestuursorganen en (vertegenwoordigers van) partijen op deze vraag gedifferentieerd uitvalt. Eensgezindheid bestaat daarover dat de CRvB (zo goed als) alle mogelijkheden om de lus toe te passen consequent gebruikt. ‘Een tussenuitspraak van een rechtbank valt echt op, bij de CRvB is dit veel normaler’. Bij de rechtbanken en bij de ABRvS is dit beeld minder eenduidig en wordt door meerdere respondenten aangegeven dat deze rechters niet altijd lussen waar dat zou kunnen. Zo vinden de vertegenwoordigers van enkele bestuursorganen alsmede enkele advocaten dat (diverse) rechtbanken te weinig lussen. Door meerdere respondenten worden ook voorbeelden genoemd waarin een lus door de ABRvS mogelijk en, volgens de respondent, zinvol zou zijn geweest, maar niet is toegepast.

Door sommige respondenten wordt aangegeven dat slecht is te voorspellen wanneer de rechter de lus nu wel of niet gebruikt. Positief wordt gewaardeerd dat de CRvB bijna altijd helder motiveert waarom de lus wordt ingezet of niet. Betreurd wordt dat andere rechters dat vaak niet doen.

Een andere vraag is overigens of een respondent het wenselijk vindt dat meer gebruik zou worden gemaakt van de lus. Wat dat betreft lopen de opvattingen zeer uiteen. Dat is ook niet verrassend, nu over de wenselijkheid van de lus verschillend wordt gedacht. Terwijl de meeste bestuursorganen en bijvoorbeeld advocaten die vaak bedrijven en overheidsorganen vertegenwoordigen graag zouden zien dat de lus altijd zou worden ingezet als dat mogelijk is, zijn de meeste vertegenwoordigers van of die optreden voor milieuverenigingen of omwonenden tegen het zoveel mogelijk lussen, omdat zij principieel reserves hebben tegen dit instrument. Volgens deze vertegenwoordigers verzwakt de lus de positie van derdebelanghebbenden (nog meer) en brengt zij hen 'op achterstand'. Zij geven de voorkeur aan een vernietiging omdat 'het veld dan weer open ligt' en er ook andere mogelijkheden in beeld komen om het geschil op te lossen dan het overeind houden van het besluit.

Resumé

Beziet men de cijfers over de ontwikkeling van het percentage geschillen waarin een finaliseringsinstrument is ingezet, dan kan enerzijds worden geconstateerd dat de bedoeling van de wetgever om in het bestuursrecht meer geschillen direct definitief te beslechten (slechts) tot op zekere mate is gerealiseerd. Het totale percentage steeg tussen 2010 en 2013 immers (slechts) van 40% naar 52%. Anderzijds laten de getallen zien, dat er, focust men alleen op dit streven van de wetgever, voor sommige rechtscolleges nog 'veel ruimte naar boven' lijkt te bestaan. Van de percentages van rond en boven 80% van alle vernietigingen waarin een finaliseringsinstrument is ingezet die de CRvB, maar ook Rb 2 bereikt, zijn andere colleges immers nog ver verwijderd. Overigens moet bij de hoge percentages definitief beslechte geschillen van in het bijzonder de CRvB en Rb 2 worden bedacht dat er waarschijnlijk ook nog geschillen zijn waarin de informele lus of art. 6:22 Awb (passeren gebreken) worden toegepast.

4.2 Wanneer wordt de lus wel of juist niet toegepast?

4.2.1 Beslissing over toepassing lus heeft casuïstisch karakter

Veel rechters benadrukken dat de beslissing om al dan niet te lussen casuïstisch is. Ondanks het feit dat, bijvoorbeeld bij de ABRvS, onderling overleg heeft plaatsgevonden over zin en onzin van de lus en de voorwaarden en modaliteiten van toepassing en daarover een beleidsnotitie is opgesteld, blijft de inschatting van alle omstandigheden van het geval door de individuele rechter of staatsraad toch van grote invloed. Zo gaf een staatsraad te kennen dat de beslissingen van collega's over het al dan niet toepassen van de lus, ondanks alle afstemming, soms toch verrassend zijn. Er zijn een aantal instrumenten in de gereedschapskist van de rechter. Welke het beste toegepast kunnen worden, hangt af van welk instrument of welke instrumenten, gezien het geheel van alle omstandigheden van het geval, het beste tot een oplossing van het geschil leiden. Meerdere rechters benadrukten dat daar weinig algemene regels voor te formuleren zijn.

4.2.2 Mag lus tot een inhoudelijk ander besluit leiden?

Opvallend is dat over de vraag wat bij een lus hersteld kan worden verschillend lijkt te worden gedacht. In sommige uitsluitend vernietigingen wordt als grond voor het niet lussen

aangegeven dat het gebrek van het besluit te groot is om een lus te kunnen toepassen,¹⁸⁹ omdat het teveel tijd zal kosten. Mogelijk bedoelt de rechter echter ook te zeggen dat er inhoudelijke grenzen zijn wanneer nog gesproken kan worden van reparatie van een besluit. Een principiële vraag is het of de inhoud van een besluit geheel of tenminste in hoofdlijnen overeind moet blijven, danwel het resultaat van de toepassing van de bestuurlijke lus ook een geheel ander besluit mag zijn, eventueel zelfs een aan het oorspronkelijke, bestreden besluit tegengesteld besluit (bijvoorbeeld de toekenning van een subsidie of verlening van een vergunning, terwijl die eerst was geweigerd). De wettekst staat aan een dergelijk ruime interpretatie van de lusbevoegdheid onzes inziens niet in de weg.¹⁹⁰ ‘Een gebrek in het bestreden besluit’ (art. 8:51a, eerste lid Awb) kan immers ook de inhoud van een besluit betreffen. Een dergelijk gebrek kan dan door een besluit met een andere inhoud hersteld worden. Van ‘reparatie’ van een besluit kan dan eigenlijk niet meer worden gesproken, eerder van herstel van een gebrek door het wijzigen van een besluit. Veel ondervraagde rechters, en ook de meeste bestuursorganen en procesvertegenwoordigers, interpreteren art. 8:51a Awb wat dat betreft ruim. Hoewel de lus primair voor gebreken van kleinere omvang wordt ingezet, kan de uitkomst zijn dat een nieuw besluit met een andere, in een enkel geval ook een tegengestelde, inhoud wordt genomen. Er is dus wat dat betreft geen principiële grens. Toch zijn er ook andere stemmen. Zo werd in beide interviews bij Rb 1 aangegeven dat, “zeker bij meerpartijengeschillen” alleen wordt gelust als de verwachting is dat het besluit inhoudelijk niet verandert of als partijen het al eens zijn hoe het besluit zou moeten worden aangepast. Deze terughoudendere interpretatie van art. 8:51a Awb verklaart voor een deel de, in verhouding tot andere rechtscolleges, geringe aantallen van zaken waarin gelust wordt bij Rb 1. Ook in Rb 3 kwam deze opvatting voor.

In de wetsgeschiedenis wordt er al op gewezen dat de lus minder geschikt is indien het nieuwe besluit een geheel andere rechtsbetrekking vaststelt. Dat kan zich voordoen als het bestuursorgaan als gevolg van de tussenuitspraak tot het inzicht komt dat het geschil (in ruime zin) geheel anders moet worden opgelost. Te denken valt daarbij aan gevallen waarin het besluit een verkeerde adressaat had, een handhavingsbesluit tot staken van het gebruik van een bouwwerk wordt vervangen door een besluit tot verandering van de inrichting van het bouwwerk of in een bestemmingsplan buitengebied uiteindelijk andere beleidsmatige keuzes worden gemaakt waardoor geheel andere belanghebbenden door het reparatiebesluit geraakt zouden worden. In al die gevallen zou de reparatie moeten geschieden door een geheel nieuw besluit, na doorlopen van een nieuwe besluitvormingsprocedure met eventueel de mogelijkheid van bezwaar en beroep (in eerste instantie). Het reparatiebesluit kan dan niet gewoon in de plaats treden van het oorspronkelijke besluit. Er is dan sprake van twee inhoudelijk samenhangende procedures die echter niet gevoegd kunnen worden, aldus nog steeds de memorie van toelichting. In dit soort gevallen zou gebruikmaking van de lus leiden tot onnodige complicaties en moet daarom van toepassing van de lus worden afgezien. De ‘bestuurlijke lus is bedoeld om de finale beslechting van het geschil eenvoudiger en sneller te maken, niet om het geschil voor alle belanghebbenden te compliceren’ aldus de indieners van het wetsvoorstel.¹⁹¹

¹⁸⁹ Zie bijvoorbeeld Rb 2, AWB 11-3867, Awb 10-791 en SBR 12-2515.

¹⁹⁰ Aldus bijvoorbeeld Voorstel Wet Vermeij, Koopmans, Neppéus bestuurlijke lus Awb, MvT, *Kamerstukken II* 2007/08, 31352, Nr. 3, p. 7 en gewijzigde MvT, *Kamerstukken II* 2007/08, 31352, nr. 6, p. 8.

¹⁹¹ Voorstel Wet Vermeij, Koopmans, Neppéus bestuurlijke lus Awb, MvT, *Kamerstukken II* 2007-2008, 31352, nr. 3, p. 8.

Het probleem in de praktijk blijkt echter te zijn, dat niet altijd goed is te voorzien of herstel zal plaatsvinden door een nieuw besluit dat alleen de rechtsbetrekking betreft die in het al aanhangige geding aan de orde is of een nieuwe rechtsbetrekking zal vaststellen. Hoe groot het gevaar is dat de reparatie zich buiten de kaders van het aanhangige geding moet begeven, is moeilijk te voorspellen. Dat rechters en staatsraden in hun inschattingen wat dat betreft verschillen, en de een voorzichtiger is dan de ander, lijkt een belangrijke verklaring te zijn voor het vaker of minder vaak toepassen van de lus.

4.2.3 Hoofdcriterium: overzichtelijk gebrek en hersteltraject; voor herstel benodigde tijd

Het belangrijkste criterium, dat door bijna alle rechters wordt genoemd, is de vraag of het resterende geschil en de noodzakelijke reparatie zijn te overzien. Bij eenvoudiger te herstellen gebreken, waarbij zicht bestaat op het mogelijke reparatietraject en het uitzicht bestaat dat reparatie binnen beperkte termijn mogelijk is, wordt gelust. Is niet duidelijk wat na een tussenuitspraak zou moeten of kunnen gebeuren, is de situatie complex, dan is goed mogelijk dat bij de reparatie andere rechtsbetrekkingen moeten worden vastgesteld dan in het aanhangige geding aan de orde en is niet te overzien hoeveel tijd een reparatiepoging zou kosten of is duidelijk dat deze lang zal duren, dan wordt afgezien van toepassing van de lus. Men zou kunnen beargumenteren dat ook de wettelijke regeling al indiceert om af te zien van de lus bij onzekerheid over de vraag hoe lang een herstel poging redelijkerwijs in beslag zal nemen. Immers, ingevolge art. 8:51a lid 2 Awb moet de rechter een termijn bepalen waarbinnen herstel moet plaatsvinden. Als het niet mogelijk is om van tevoren een redelijke termijn te bepalen, zo zou men kunnen argumenteren, dan kan de lus niet worden toegepast. Dat een lus (waarschijnlijk) toch tot enige tijdwinst in het geschil als geheel leidt, is, zo blijkt uit de interviews, geen bepalend argument om de lus toe te passen.

Veel meer spelen, naast de hiervoor genoemde principiële aspecten, heel eenvoudige, logistieke argumenten een belangrijke rol. Als te veel dossiers te lang in de kast liggen, wordt niet alleen de kastruimte wellicht te klein, maar komt ook het zittingsschema in gedrang, zo werd in meerdere interviews benadrukt. Bij opstelling van het zittingsschema kan, volgens enkele rechters van rechtbanken, geen rekening worden gehouden met nog ‘zwevende lussen’, zeker niet als de hersteltermijn niet goed te bepalen is. Bovendien doen zich na verloop van tijd complicaties voor. Zo dreigt bijvoorbeeld het gevaar dat een of meerdere rechters die een tussenuitspraak hebben gewezen, geen deel meer uitmaken van de kamer als over de reparatie moet worden geoordeeld, vanwege overgang naar een andere sector, zwangerschap, pensioen enz. Ook kunnen zich door veel en langdurig ‘zwevende lussen’ moeilijk te beheersen pieken in de werklast van individuele rechters voordoen. Mede omdat bij de toedeling van nieuwe zaken doorgaans geen rekening wordt gehouden met de verhoogde werklast van lussen moet de situatie voor een individuele rechter wel overzichtelijk blijven, aldus meerdere rechters. Zaken met een complex hersteltraject en moeilijk in te schatten of lange hersteltermijn worden daarom niet of minder vaak gelust. Ook de dreiging van overschrijding van de redelijke termijn (art. 6 EVRM) of de maximale beslistermijn voor de bestuursrechter uit art. 1.6 lid 4 Chw speelt hierbij een rol. Voor de ABRvS geldt dat een lus niet wordt toegepast als te verwachten is dat het herstel langer dan 26 weken duurt.

Worden de werklast en de organisatorische implicaties van het lussen wel vaak als mede bepalend voor het (niet te vaak) toepassen van de lus erkend, de respondenten gaven unaniem

aan dat de gevolgen van het lussen voor de financiering van de rechtspraak geen criterium is dat in de afweging wordt betrokken, althans niet direct. Individuele rechters, zo lijkt het, bemoeien zich niet met de vraag of het budget van (bijvoorbeeld) de rechtbank toereikend is. Er wordt ook geen (directe) druk in die richting uitgeoefend. Wel lijkt er een indirecte invloed te zijn. De financiële kaders waarbinnen een rechtscollege moet opereren vertalen zich in een bepaalde werkdruk en een bepaald aantal zaken dat door ieder individuele rechter moet worden gedaan. Terwijl bijvoorbeeld bij het CBb de individuele werkdruk minder door het aantal zaken wordt bepaald, maar nadrukkelijk rekening kan worden gehouden met aard en zwaarte van bepaalde zaken, en dus ook met de noodzaak om de lus toe te passen, is dat bij rechtbanken minder het geval. De hiervoor beschreven terughoudendheid van sommige rechters ter voorkoming van een onoverzichtelijke en moeilijk te beheersen werkvoorraad (niet te veel zwevende zaken, ‘kast loopt over’, zittingen kunnen niet meer worden gepland) heeft dus ook een financiële achtergrond. Bij het CBb, zo werd in het interview aangegeven, spelen deze organisatorische belemmeringen minder omdat het aantal zaken dat door het CBb wordt afgedaan kleiner is en omdat bij het soort zaken dat door het CBb wordt beslist beter rekening kan worden gehouden met de zwaarte van een zaak en de vraag of de lus is toegepast.

Het voorgaande betekent niet dat slechts gelust wordt als nog één gebrek aan het besluit kleeft. Ook bij meerdere gebreken kan het toch om een overzichtelijk hersteltraject gaan. Het betekent ook niet dat de rechter de nadrukkelijke verwachting moet hebben dat de herstel poging succesvol moet zijn. Uiteraard moet er wel een redelijke kans tot herstel zijn, maar of de lus lukt, mag, volgens althans een deel van de rechters, ten tijde van het toepassen van de lus nog onduidelijk zijn.

Vaak maakt de rechter een afweging tussen verwachte tijdwinst en de extra energie en tijd die toepassing van de formele lus (met name de rechter) kost. Dit werd door veel rechters (CBb, ABRvS, Rb 3) aangegeven, waarbij deze afweging vervolgens verschillend lijkt te worden gemaakt. Voor sommige rechters staat daarbij voorop dat de tijdwinst bij complexe gebreken en een complex hersteltraject in vergelijking met een vernietiging en terugverwijzing slechts beperkt lijkt te zijn (tegenindicatie voor toepassing lus). Voor andere rechters (Rb 3, CBb) speelt een belangrijke rol hoe belangrijk het is dat partijen zo snel mogelijk duidelijkheid krijgen over hun rechtspositie. Bij een geschil over (i.e.) planschadevergoeding of een geschil tussen grote marktpartijen is dat bijvoorbeeld minder belangrijk dan bij een geschil over een primaire inkomensvoorziening (bijstand of subsidie aan een agrariër). Voor weer andere rechters moet er een bijzondere rechtvaardiging zijn voor toepassing van de (formele) lus in vergelijking met de informele lus en is deze bijzondere rechtvaardiging slechts bij wijze van uitzondering te vinden (Rb 3).

4.2.4 Voorkoming tunnelvisie gericht op herstel van gebrekkig besluit

Bij enkele geïnterviewde rechters en staatsraden bestaat het vermoeden dat toepassing van de lus in vergelijking tot een vernietiging en terugverwijzing er toe leidt dat het bestuursorgaan zich meer concentreert op het rechtvaardigen en repareren van het eerder genomen besluit en minder open kijkt naar andere oplossingen van het geschil. Een dergelijke focus (‘tunnelvisie’) op herstel van de gebreken van het bestreden besluit is bij minder complexe geschillen, zoals in de sociale

zekerheid, minder ‘ernstig’ dan bijvoorbeeld bij vele ruimtelijke ordenings-zaken. Ook veel geïnterviewde bestuursorganen en procesvertegenwoordigers geven aan dat toepassing van de lus doorgaans leidt tot fixatie op het repareren van het besluit en daarmee feitelijk soms andere mogelijkheden van geschiloplossing uitsluit.¹⁹² Deze tunnelvisie is bij de lus sterker dan bij een vernietiging met opdracht om opnieuw te voorzien.¹⁹³ Een reden daarvoor is, volgens een procesvertegenwoordiger, dat je na de herstelpoging te maken krijgt met dezelfde rechter. Je ‘schrijft dan naar deze rechter toe’. Een advocaat wijst er echter op dat het bestuursorgaan ook voor dat de lus bestond, vaak vooral herstel van het vernietigde besluit als doel had. Reden daarvoor was (en is) dat aansprakelijkheid (deels) kan worden voorkomen als het lukt het vernietigde besluit te repareren.

4.2.5 Gemeenteraad of Provinciale Staten bij herstel betrokken?

Verschillend wordt gedacht over de vraag of het zinvol is de lus toe te passen als de gemeenteraad zorg moet dragen voor de reparatie. Sommigen zijn dan terughoudend, omdat de reparatie te lang duurt en de kans bestaat dat een politiek debat ontstaat. In het bijzonder kan het feit dat er verkiezingen zijn geweest of voor de deur staan een tegenindicatie zijn voor toepassing van de lus. Een nieuw samengesteld bestuur zou dan meer open naar de zaak moeten kunnen kijken, hetgeen pleit voor vernietiging en terugverwijzing. Anderen wijzen erop dat ook bij vernietigen en terugverwijzen de reparatie langer kan duren als politieke gremia zoals de gemeenteraad hierbij betrokken zijn en een politiek debat kan ontstaan. Ook in dergelijke zaken kan de lus toch nog tot tijdswinst leiden.

4.2.6 Noodzaak om regie in handen te houden

Meerdere rechters geven aan dat een belangrijk criterium voor het al dan niet lussen samenhangt met de noodzaak of wenselijkheid dat de rechter de regie in handen houdt. De rechter maakt dan een inschatting of partijen de regie van de rechter nodig hebben om spoedig tot een oplossing van het geschil te komen. Soms bestaat de verwachting dat een bestuursorgaan na vernietiging veel tijd zal nemen om opnieuw te voorzien. Dan kan de lus het proces aanzienlijk versnellen. De rechter kan op deze wijze ook invulling geven aan zijn opdracht tot ongelijkheidscompensatie,¹⁹⁴ merkte een staatsraad op. Door regie te voeren in het hersteltraject helpt de rechter de burger of het bedrijf dat om een vergunning heeft verzocht ten opzichte van bestuursorganen die na vernietiging soms veel tijd nemen met het hernieuwd besluiten. Ook de ondervraagde bestuursorganen zelf en de procesvertegenwoordigers bevestigen dit beeld. ‘Als een rechter in een lus een termijn stelt, dan rent het bestuursorgaan wel’, aldus een procesvertegenwoordiger. Soms zit hier het grootste voordeel en de grootste tijdswinst van een lus. Indien een besluit wordt vernietigd, wordt de zaak bij een bestuursorgaan vaak verder afgehandeld door een andere medewerker. Ook is er minder tijdsdruk. Zelfs als de rechter een termijn stelt om een nieuw besluit te nemen, wordt deze termijn minder dwingend gevoeld dan de termijn van een reparatiepoging bij een lus. Daar is termijnoverschrijding in beginsel immers fataal. Reparaties binnen een lus krijgen dus bij sommige bestuursorganen, zo blijkt uit de interviews, veel meer prioriteit dan besluiten na een vernietiging. Zo heeft bijvoorbeeld de IND met het medisch bureau

¹⁹² Een interessant voorbeeld uit de recente jurisprudentie is de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam over de ‘Zwarte Piet’ van 3 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3888.

¹⁹³ Het gevaar van tunnelvisie bij het herstel van een motiveringsgebrek werd reeds in 2009 gesignaleerd door B.W.N. de Waard in zijn annotatie bij ABRvS 12 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ5099, AB 2009, 368.

¹⁹⁴ Zie bijvoorbeeld ook Damen e.a. 2013, nr. 161.

afspraken direct contacten om zo snel mogelijk te kunnen adviseren in zaken waarin de lus is toegepast. Deze prioritering kan ook tot gevolg hebben dat andere zaken minder snel worden afgewerkt. Mogelijk leidt dat ertoe dat de doorlooptijd daar toeneemt. Soms komt de druk die de rechter door de lus ‘op de ketel houdt’ een behandelend ambtenaar ook van pas en verkiest deze daarom toepassing van de lus boven een vernietiging. Dat kan zich voordoen als medewerking van de wederpartij of derden nodig is voor de herstelpoging. Deze medewerking wordt bespoedigd door de formele opdracht die de rechter geeft aan het bestuursorgaan. Ook doet dit zich voor als politieke organen (gemeenteraad, provinciale staten) in de zaak betrokken zijn. Na een vernietiging moet een ambtenaar dan vaak beargumenteren waarom een nieuw besluit nodig is. Bij een lus is het niet nodig te beargumenteren waarom een bepaald reparatietraject moet worden ingezet. Dat heeft de rechter immers bepaald.

Soms kan het echter ook andersom zijn en kan toepassing van de lus in de weg staan aan een oplossing van het geschil. Indien het bestuursorgaan bijvoorbeeld te kennen heeft gegeven dat niet zeker is of het bestreden besluit niet geheel zal worden ingetrokken, maar dat het voor die beslissing enige tijd nodig heeft, kan toepassing van de lus ertoe leiden dat deze weg wordt afgesloten (Interview ABRvS). Hetzelfde geldt als partijen met elkaar in overleg lijken te komen over oplossingen voor het geschil die afwijken van het met het besluit ingezette traject.

Zoals ook al in de literatuur werd gesignaleerd¹⁹⁵, komt het ook voor dat de lus naar verwachting de definitieve beslechting van het geschil vertraagt. Dat is bijvoorbeeld het geval als tijdens de zitting blijkt dat partijen er na een vernietiging snel gezamenlijk uit zullen komen. Dan zou toepassing van de lus aanzienlijk meer tijd in beslag nemen, aldus meerdere gesprekspartners. Ook als nog zeer onduidelijk is in welke richting zich een zaak na vernietiging zal gaan ontwikkelen, is het niet noodzakelijk of wenselijk dat de rechter de regie in handen houdt en kan beter worden afgezien van de lus. Dat is bijvoorbeeld het geval bij complexe gebreken en de betrokkenheid van een gemeenteraad. Dan kan de besluitvorming soms nog alle kanten opgaan en lang duren, hetgeen eraan in de weg staat dat de rechter de regie houdt en een tegenindicatie is voor het lussen (CBb, ABRvS, Rb 4).

Onder deze noemer horen ook de gevallen waarin duidelijk is dat een van de partijen in hoger beroep zal gaan na vernietiging. Zoals in de literatuur al werd voorspeld, wordt de lus dan niet toegepast.¹⁹⁶ Dat is terecht, toepassing van de lus zou de definitieve geschilbeslechting in zo’n geval namelijk vertragen.

4.2.7 Aard van het gebrek

In een interview bij Rb 4 werd aangegeven dat, tenminste in het verleden, sommige collega’s zo weinig mogelijk formeel hebben gelust en een nadrukkelijke voorkeur hadden voor gebruik van de informele lus. Ook een rechter van Rb 3 geeft aan dat zij de formele lus zo weinig mogelijk toepast nu de informele lus nadrukkelijk de voorkeur verdient (zie over de relatie tussen formele en informele lus paragraaf 4.2.10). Andere rechters vinden dat de lus is bedoeld voor bepaalde soorten gebreken, namelijk bevoegdheidsgebreken en andere formele

¹⁹⁵ Rop, Jonge VAR 6 2008, p. 32.

¹⁹⁶ Een interessant voorbeeld uit de recente jurisprudentie is de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam over de “Zwarte Piet” van 3 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3888.

gebreken, en (slechts) daarvoor principieel de voorkeur verdient. Wederom andere rechters zijn daarentegen van mening dat in beginsel alle gebreken die niet kunnen leiden tot zelf voorzien of rechtsgevolgen in stand laten herstelbaar zijn en aanleiding kunnen zijn om de lus toe te passen. Wederom anderen hebben de opvatting dat de lus niet dient te worden toegepast als, op grond van een bevoegdheidsgebrek, het bestuur zich inhoudelijk nog niet over de zaak heeft kunnen uitspreken. Deze opvatting wordt echter door sommigen expliciet weersproken. Met andere woorden: de opvattingen waarvoor de lus volgens de wetgever is bedoeld en al dan niet de voorkeur verdient, lopen nogal uiteen. Dat verklaart voor een belangrijk deel ook de grote verschillen in de frequentie van gebruik van dit instrument.

Tabel 4 Uit dossieronderzoek geconstateerde gebreken

	Aantal dossiers	a.	b.	c.	d.	e.	f.
Rb 1	30	0	20 = 66%	3 = 10%	19 = 63%	0	0
Rb 2	30	0	18 = 60%	5 = 17%	24 = 80%	0	1 = 3%
Rb 3	30	0	15 = 50%	4 = 13%	20 = 67%	0	0
Rb 4	23	1 = 4%	2 = 9%	6 = 26%	18 = 78%	0	5 = 22%
ABRvS	30	0	11 = 37%	5 = 17%	22 = 73%	0	4 = 13%
CRvB	12	0	6 = 50%	2 = 17%	8 = 66%	1 = 8%	0
CBb	6	0	2 = 33%	1 = 17%	4 = 66%	0	0
Totaal	161	1	74	26	115	1	10
Gewogen gemiddelden¹⁹⁷		0%	44%	16%	71%	1%	6%

- a. onbevoegdheid bestuursorgaan
- b. onvoldoende feitenonderzoek
- c. onjuiste toepassing recht op de feiten
- d. motivering
- e. geen inhoudelijke beoordeling
- f. overig

Zoals uit bovenstaande tabel blijkt wordt de lus vooral toegepast indien het bestuur de aan het besluit ten grondslag liggende feiten onvoldoende heeft onderzocht of het besluit niet goed heeft gemotiveerd. In juridische termen spreken wij dan van formele gebreken. Er is

¹⁹⁷ Indien in een dossier meer dan één gebrek werd geconstateerd, werden de gebreken afzonderlijk geteld. Het totale (gewogen) gemiddelde in deze rij is dan ook groter dan 100%.

gehandeld in strijd met formele beginselen van behoorlijk bestuur. Deze constatering zou echter verkeerde associaties kunnen oproepen. Bij zorgvuldigheids- en motiveringsgebreken gaat het doorgaans niet om ‘formaliteiten’. Reparatie naar aanleiding van onvoldoende feitenonderzoek kan leiden tot geheel andere conclusies en kan nopen tot het nemen van besluiten met een geheel andere materiële inhoud. In die zin roept de vaststelling dat de lus vooral wordt ingezet bij formele gebreken, en meer precies bij onzorgvuldige motivering en onvoldoende feitenonderzoek, wellicht verkeerde associaties op. Achter strijd met een formeel beginsel van behoorlijk bestuur gaan niet zelden belangrijke inhoudelijke gebreken van het besluit schuil.¹⁹⁸

4.2.8 Onherstelbare gebreken

Ook over de vraag wat (on)herstelbare gebreken zijn, lopen de opvattingen in de praktijk uiteen. Deels is hierop al hiervoor ingegaan. Hier resteert de vraag of er soorten gebreken zijn die principieel niet via een lus te herstellen zijn. Voor sommige rechters zijn alleen ‘formele gebreken’ herstelbaar, materiële gebreken niet. Onzorgvuldige voorbereiding en ontbrekend onderzoek worden daarbij door sommige respondenten in interviews als materiële gebreken gekwalificeerd, hoewel het gaat om strijd met formele beginselen van algemeen bestuur, omdat een nieuwe belangenafweging nodig is en het besluit dus inhoudelijk anders kan uitvallen. Voor dit soort gevallen, volgens sommige rechters, is de lus niet bedoeld. Een meerderheid van de rechters denkt hier echter anders over. Ook zorgvuldigheidsgebreken kunnen in beginsel goed worden gerepareerd door toepassing van de lus (Rb 2, Raad van State). Daarbij wordt soms opgemerkt dat het nut van de lus afneemt naarmate de hele besluitvormingsprocedure nog moet worden overgedaan. Dat is bijvoorbeeld het geval als een bestuursorgaan het bezwaar ten onrechte niet ontvankelijk heeft verklaard. Om dezelfde reden wordt door een van de staatsraden niet gelust als er een gebrek is in de milieu-effectrapportage. Ten eerste duurt het opstellen van een milieu-effectrapportage nogal lang en ten tweede is het in een dergelijk geval, mede omdat de bevindingen uit de milieu-effectrapportage nog ontbreken, nog tamelijk onduidelijk in welke richting de besluitvorming zich inhoudelijk zou kunnen ontwikkelen. Het gevaar dat een reparatie dan uiteindelijk geheel andere rechtsbetrekkingen betreft dan in de aanhangige zaak aan de orde waren, en dus de procedurele gevolgen complex worden, is te groot.

4.2.9 Bijzondere categorieën van zaken: besluiten over infrastructuur, vreemdelingenrecht, belastingszaken, boetes

Een belangrijk motief om de regeling van de bestuurlijke lus (versneld) te introduceren was de wens om sneller definitieve duidelijkheid te verkrijgen over besluiten over bouwvoornemens van verschillende aard, waaronder infrastructuurwerken.¹⁹⁹ In de Nota naar aanleiding van het verslag werd opgemerkt dat de lus ‘bij nader inzien ook in tweepartijengeschillen en zogeheten ‘kleine gevallen’ nuttige diensten kan bewijzen.’²⁰⁰ Wat infrastructuurwerken betreft heeft de werkelijkheid zich echter anders ontwikkeld.²⁰¹ In procedures tegen besluiten over infrastructuurwerken wordt de lus uiterst zelden (met succes)

¹⁹⁸ Zie ook nog hierna, par. 4.2.8.

¹⁹⁹ Wet Vermeij, Koopmans, Neppéus bestuurlijke lus Awb, MvT, *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 3, p. 1. alsmede p. 4 e.v., herziene MvT *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 6, p. 1.

²⁰⁰ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 352, nr. 8, sub 8.

²⁰¹ Gedoeld wordt op procedures/uitspraken uit de (ABRvS-)categorie Hoger beroep Infrastructuur (Ruimtelijke-orderingskamer Tracé en wegverbreding).

toegepast. Zoals hiervoor al gezegd hebben wij twee uitspraken van rechtbanken en uiteindelijk vijf uitspraken van de ABRvS gevonden (waarvan een deel buiten de onderzoeksperiode is geweest).²⁰² Hiervoor is, zo werd in de interviews met rechters en een vertegenwoordiger van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu bevestigd, een aantal oorzaken aan te wijzen. Ten eerste worden besluiten over belangrijke infrastructuurprojecten, zoals de aanleg van spoorlijnen of de uitbreiding van snelwegen, bijzonder grondig voorbereid. Er zijn dus weinig gebreken die gelust zouden kunnen of moeten worden. Ten tweede probeert het ministerie, indien nodig en mogelijk op eigen initiatief, hangende het beroep een vervangend reparatiebesluit te nemen (art. 6:19 Awb). Van de vijf uitspraken van de ABRvS is het lussen bovendien in twee gevallen mislukt. Ondanks de herstel poging heeft de ABRvS in deze gevallen het besluit uiteindelijk vernietigd. Een versnellende werking op de realisering van infrastructurele werken is in slechts zeer weinig gevallen gerealiseerd. In de twee ‘mislukte’ gevallen (dus bijna de helft) heeft toepassing van de lus tot vertraging geleid.

In het vreemdelingenrecht wordt de bestuurlijke lus meer dan eens niet toegepast, omdat de benodigde reparatie veel tijd in beslag zou nemen.²⁰³ Zo dient geregeld een advies van het Bureau Medische Advisering (BMA-advies) te worden ingewonnen. Dat kost vaak veel tijd. Dan wordt – althans volgens een geïnterviewde rechter van Rb 2 – afgezien van de bestuurlijke lus. Anders blijft het dossier te lang in de kast liggen. Daarnaast bestaat de indruk dat met een bestuurlijke lus, inclusief vrij korte termijn voor herstel, verweerder zich onder druk gezet voelt en zich beperkt tot het handhaven van het bestreden besluit. Een voorbeeld waarin in een zaak wordt afgezien van de bestuurlijke lus, hoewel dat had gekund, is die van 7 februari 2014.²⁰⁴ Het gaat om een nieuw BMA-advies, gecompliceerd van aard. Het gaat, samengevat, om de vraag of in Armenië een bepaald antidepressivum voorhanden is, en juist niet een middel dat betrokkene verhoogd suïcidaal maakt. Dat laatste kan niet worden uitgesloten volgens het eerdere BMA-advies. De rechter laat verweerder nu de keuze: het bestreden besluit wordt niet gehandhaafd, of wel gehandhaafd maar in dat geval moet aan een aantal serieuze voorwaarden worden voldaan: het BMA moet om nader advies worden gevraagd en eiser moet worden gehoord. Dat betekent vervolgens geen lus maar vernietiging (met termijnstelling en aangekleed). Op die manier wordt verweerder meer ruimte geboden om te bepalen tot welk besluit hij komt.

In geschillen over rijksbelastingen wordt de in art. 8:51a Awb wettelijk geregelde bestuurlijke lus zo goed als nooit toegepast. Daar kan een aantal redenen voor worden aangevoerd. Het gaat veelal om beschikkingen op grond van gebonden bevoegdheden van het bestuursorgaan; er is zelden sprake van beleidsvrijheid bij het bestuur (ook wel aangeduid als het dwingendrechtelijk karakter van het belastingrecht). Daarom ook is in het fiscaal recht terugwijzen naar het bestuursorgaan ongebruikelijk. De belastingrechter pleegt zelf in de zaak te voorzien. Dat doet hij doorgaans ook in geval van een onvoldoende motivering van de beschikking. Ook indien de burger ten onrechte niet is gehoord in bezwaar of het bezwaar ten onrechte niet ontvankelijk is verklaard, doet de belastingrechter vaak – in elk geval is dat het

²⁰² Omdat binnen de onderzoeksperiode slechts twee lussen in zaken over infrastructurele voorzieningen werden gevonden en kort na de onderzoeksperiode drie keer de lus in dergelijke zaken werd toegepast, hebben wij deze zaken toch nog in het onderzoek betrokken om een beter zicht te krijgen op eventuele bijzonderheden in dit rechtsgebied.

²⁰³ Zie nader ook Geertsema & Groenewegen, *A&MR* 2011, p. 459.

²⁰⁴ Rb. Midden-Nederland 2 februari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:436.

beleid in Rb 1 – de zaak zelf af, hoewel daarvoor ook de Awb-lus zou kunnen worden ingezet. Overigens is deze manier van werken goed vergelijkbaar met de door Duitse rechters toegepaste werkwijze voor de toetsing van de, aldaar in ruimere mate voorkomende, besluiten zonder beleidsvrijheid. Ook de devolutieve werking van het appel wordt opgevoerd als reden waarom de belastingrechter doorgaans zelf de zaak afdoet en niet terugwijst. In het fiscale recht geldt de zogeheten devolutieve werking van het beroep. Dat komt erop neer dat de rechter het hele geschil zelf nog eens beoordeelt. Hij doet als het ware de beoordeling van de beslissing op bezwaar (bob) nog eens over en beslist zelf. Daaruit vloeit voort dat de belastingrechter weinig behoefte heeft om de het bestuur weer aan zet te laten, en dus ook niet om een bestuurlijke lus toe te passen; hij doet zelf af. Als een lus-achtige variant wordt toegepast, is dat doorgaans niet om het bestuursorgaan een nieuw besluit te laten nemen, maar komt dat neer op een soort uitgebreide bewijsopdracht, om nadere informatie (gegevens, berekeningen) overgelegd te krijgen.

Meerdere procesvertegenwoordigers geven aan dat zij de lus niet geschikt achten bij beroepen tegen boetes. Een reparatiegelegenheid voor het bestuur past, zo de respondenten, niet goed bij het punitieve karakter van de boete. Nu de rechter de hoogte van de boete volledig moet toetsen (art. 6 EVRM), zou hij in staat moeten zijn om zelf te voorzien, eventueel na toepassing van de informele lus. Voor een formele lus is daarentegen geen plaats. Bedenkingen tegen toepassing van de lus waren ook al door de Eerste Kamer uitgesproken en deels in de literatuur onderschreven.²⁰⁵

4.2.10 Voorkeur voor informele lus

Een aanzienlijk aantal rechters en ook een aantal bestuursorganen en procesvertegenwoordigers geeft aan dat toepassing van de informele lus nadrukkelijk hun voorkeur heeft. “Waarom zou ik kiezen voor de toepassing van de formele lus, indien ik de zaak ook gewoon kan aanhouden”, aldus een rechter van Rb 3. De informele lus is sneller, minder bewerkelijk en flexibeler, mede doordat de rechter niet is gebonden aan een tussenuitspraak. Dat vinden veel rechters prettiger, maar ook bestuursorganen en procesvertegenwoordigers die meer vrijheid hebben hoe zij het besluit repareren. De formalisering door de tussenuitspraak wordt door sommigen als een aanzienlijk nadeel gezien. Ook uit de door Marseille in het kader van zijn onderzoek naar de praktijk van de nieuwe zaaksbehandeling uitgevoerde interviews met 30 rechters komt de voorkeur van vele rechters voor de informele lus duidelijk naar voren. Dat geldt ook voor rechters die zeer actief zijn in het zoeken naar mogelijkheden tot finale geschilbeslechting.²⁰⁶ Dat een tussenuitspraak de rechtszekerheid voor betrokkenen verhoogt, is niet vanzelfsprekend. De tussenuitspraak kan namelijk ook tot complicaties leiden, met name als discussie over de inhoud, de precieze betekenis en ook de juistheid van de tussenuitspraak ontstaat. Vaak komen appellanten in hun zienswijze tegen het herstelbesluit “in beroep” tegen de overige inhoud van de tussenuitspraak. Dat is natuurlijk niet de bedoeling, maar gebeurt wel regelmatig.²⁰⁷ In die zin leidt de tussenuitspraak in de praktijk lang niet altijd voor iedereen tot helderheid en

²⁰⁵ *Handelingen I* 2009/10 nr. 6, p. 124; zie ook Koenraad, AA 2010, p. 239.

²⁰⁶ Mondeling onderhoud met B. Marseille 15 juli 2014.

²⁰⁷ Hoofdregeel is dat, behoudens zeer uitzonderlijke gevallen, niet kan worden teruggekomen op een in de tussenuitspraak gegeven oordeel. Zie ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1262, met verwijzing naar ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4694. Voorts ook CRvB, zie CRvB 14 december 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY6255.

rechtszekerheid. Problematisch wordt dit vooral als uit de zienswijze blijkt dat appellanten terecht erop wijzen dat de rechter in zijn tussenuitspraak iets verkeerd heeft gezien. Dan ontstaat een soort intern hoger beroep. De rechter kan daarop echter nauwelijks adequaat reageren.²⁰⁸ Ook als, bij wijze van uitzondering, de tussenuitspraak enkelvoudig wordt genomen en de einduitspraak door een meervoudige kamer, is de meervoudige kamer in beginsel gebonden aan de oordelen van de enkelvoudig rechtsprekende collega. Dat wordt als niet altijd eenvoudig ervaren. Al dit zijn, in de ogen van sommige rechters, belangrijke nadelen van de formele lus die zich bij de informele lus niet voordoen. Overigens is in het landelijk model van de tussenuitspraak inmiddels een passage opgenomen die partijen expliciet erop attendeert dat het niet de bedoeling is dat na de herstellpoging nog eens wordt ingegaan op andere beroepsgronden dat die waarop de tussenuitspraak en de herstellpoging betrekking hebben. Daarbij wordt verwezen naar de rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak.²⁰⁹

Er zijn echter ook andere geluiden. Sommige bestuursorganen geven, afwijkend van de meerderheid, aan een voorkeur te hebben voor de formele lus omdat die een duidelijker status heeft. Ook sommige procesvertegenwoordigers zijn die opvatting toegedaan. Dat is vooral het geval als het om complexere zaken gaat en een uitspraak nodig is om voor partijen te structureren en duidelijk te maken welke beroepsgronden niet slagen en waar precies gebreken zijn geconstateerd. Een formele lus maakt het voor ambtenaren makkelijker om de politieke besluitvormingsorganen en bestuurders er toe te bewegen de noodzakelijke herstelacties te ondernemen. De rechter heeft immers formeel uitgesproken dat dat moet of de voorkeur verdient. Bij een formele lus ontstaan minder politieke discussies over de noodzaak van reparatie. Milieuorganisaties en hun vertegenwoordigers hebben, als zij al moeten kiezen, soms voorkeur voor de formele lus. Als reden hiervoor wordt de rechtszekerheid van de appellerende partij genoemd. Sommigen hebben echter nu juist een voorkeur voor de informele lus ‘omdat deze niet leidt tot inperking van de bezwaar- en beroepsmogelijkheden’.

Interessant zijn de criteria die rechters gebruiken – en volgens andere respondenten zouden moeten gebruiken – om tussen formele en informele lus te kiezen. Een informele lus heeft ook de voorkeur, aldus een rechter van Rb 2, als nog onduidelijk is of aan het besluit een gebrek kleeft. Dat wordt door sommige bestuursorganen bevestigd: bij een informele lus ‘ligt het speelveld nog open’, het oordeel van de rechter is nog niet gevormd. Bij een formele lus ben je een stap verder en heeft de rechter zich al vastgelegd dat sprake is van een gebrek, aldus bijvoorbeeld een medewerker van het UWV.

Een rechter van Rb 4 ziet het verschil tussen informele en formele lus anders en vat dit als volgt samen: de informele lus heeft voorrang, maar is een ‘zittingsinstrument’. Immers, voor toepassing van de informele lus is, op grond van het beginsel van hoor- en wederhoor, discussie hierover met partijen en instemming van tenminste het bestuursorgaan nodig.²¹⁰ Als

²⁰⁸ Zie in dit verband Ortlep, *JBplus* 2012, p. 219-234.

²⁰⁹ ‘Het geding zoals dat na deze tussenuitspraak wordt gevoerd, blijft in beginsel beperkt tot de beroepsgronden zoals die zijn besproken in de tussenuitspraak, omdat het inbrengen van nieuwe geschilpunten over het algemeen in strijd met de goede procesorde wordt geacht. De rechtbank verwijst naar de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2877.’

²¹⁰ De beslissing om een informele lus toe te passen is een procesbeslissing die van invloed is op de einduitspraak. Daarvoor geldt het beginsel van hoor en wederhoor, zie Tak 2008-I, p. 85. Hij verwijst daarbij naar ABRvS 14

al tijdens de zitting duidelijk is dat een lus nodig en zinvol zou zijn, wordt dus op inzet van de informele lus aangestuurd. Slechts als dat pas in de raadkamer duidelijk wordt, dan wordt de formele lus toegepast, aldus deze rechter. Ook een collega bij Rb 3 werkt overeenkomstig deze tweedeling. Andere rechters geven aan ook dan nog de zaak te heropenen en bij voorkeur aan te sturen op een informele lus. Dat de informele lus een volwaardig alternatief is voor de formele lus en evengoed bijdraagt aan definitieve geschilbeslechting²¹¹ is dus een te beperkte visie op de verhouding tussen beide instrumenten.²¹²

Volgens een van de staatsraden is vooral de eenvoud of complexiteit van het herstel en daarmee de naar verwachting benodigde herstelltijd bepalend. Bij een informele lus moet normaal gesproken, aldus deze staatsraad, binnen twee weken een oplossing bereikt kunnen worden. Duurt het langer, dan wordt de formele lus toegepast. Duurt het hersteltraject naar verwachting langer dan 26 weken, wordt niet gelust, maar vernietigd. Bezieet men de positie van de formele lus tussen de informele lus enerzijds en het vernietigen en opnieuw voorzien anderzijds, dan wordt duidelijk waarom dit instrument verhoudingsgewijs weinig wordt ingezet. Voor eenvoudig te verhelpen gebreken wordt bij voorkeur de informele lus ingezet. Worden het gebrek en het hersteltraject te complex, dan gaan de meeste rechters over tot vernietiging en terugverwijzing. De formele lus zit daartussen in en heeft dus een relatief beperkt toepassingsbereik. Dat bereik wordt overigens nog verder beperkt door de mogelijkheden om een besluit hangende de procedure ambtshalve te herzien (art. 6:19 Awb). Meerdere procesvertegenwoordigers en bestuursorganen gaven aan dat het nemen van een vervangend besluit tijdens de procedure een grote voorkeur heeft boven het door de rechter toepassen van de lus. Immers: het bestuursorgaan houdt dan de regie in handen en wordt in zijn mogelijkheden om de fout te herstellen niet beperkt door de opdracht van de rechter.

4.2.11 Afzien van lussen omdat belangen van derden in het spel zijn?

Ingevolge art. 8:51a Awb is toepassing van de lus niet mogelijk ‘indien belanghebbenden die niet als partij aan het geding deelnemen daardoor onevenredig kunnen worden benadeeld’. Bij de discussie van de wet tot introductie van de bestuurlijke lus is deze beperking, die per amendement is ingevoerd, uitgebreid aan de orde geweest. De vraag is hoe vaak dit in de praktijk voorkomt en om welke situaties het dan gaat. Uit de onderzochte dossiers is dienaangaande echter weinig op te maken. Uit de 161 dossiers waarin de lus is toegepast blijkt logischerwijs niets, omdat daarin nu juist belangen van derden blijkbaar niet aan het toepassen van de lus in de weg staan. Anderzijds zijn er wel voorbeelden waarin toepassing van de lus mogelijk zou zijn geweest, maar achterwege blijft vanwege onvoldoende zicht op onbekende derden.²¹³ Ook in de 84 dossiers waarin uitsluitend vernietigd is, was er niet één te vinden waarin als reden voor het niet finaliseren wordt aangegeven dat een niet aan het geschil deelnemende (potentiële) belanghebbende door toepassing van de lus onevenredig zou kunnen worden benadeeld. Ook gevallen waarin deze beperking van de mogelijkheid te

september 2001, *JB* 2011/276, waarin een uitspraak was gedaan zonder appellant in de gelegenheid te stellen te reageren op een voortgangsrapportage. Vgl. ook Schreuder-Vlasblom 2011, p. 81.

²¹¹ Dit lijkt af te leiden uit Marseille & Huisman, *NTB* 2014, p. 152.

²¹² Zie in dit verband ook Haan, *JBplus* 2014.

²¹³ Bijvoorbeeld CBb 12 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3716 (r.o. 2.7.7), CBb 27 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ7812 (r.o. 5.10) en ABRvS 3 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7610. In de laatste uitspraak pareert de Afdeling het verzoek van het bestuursorgaan ‘(...) hem op te dragen de geconstateerde gebreken in het bestreden besluit te herstellen’ met: ‘De Afdeling ziet in dit geval geen aanleiding tot inwilliging van dit verzoek, nu niet op voorhand kan worden uitgesloten dat daardoor belangen van derden onevenredig zullen worden geschaad.’ (r.o. 8).

lussen weliswaar niet expliciet wordt genoemd, maar de omstandigheden van het geval erop duiden dat wel sprake is van een dergelijk geval, hebben wij bij de 84 vernietigingen niet kunnen vinden. Veel meer dan dat zich deze beperking blijkbaar niet massaal voordoet, kan hieruit echter niet worden afgeleid.

Ten eerste kan het zijn dat de rechter vanwege de tweede volzin van art. 8:51a Awb afziet van het lussen, maar daar in de uitspraak niet expliciet aandacht aan besteedt. Ten tweede is het aantal van 84 vernietigingen, verdeeld over in totaal 28 groepen van zaken, te klein om een representatief overzicht te krijgen over de waaier van soorten van zaken waarin geschillen niet definitief worden beslecht, maar de zaak terugverwezen wordt aan het bestuur. Uit de interviews komt naar voren dat de lus niet vaak achterwege wordt gelaten omdat belangen van derden daaraan in de weg staan. Ook bij rechters die veel te maken hebben met geschillen met veel partijen staan de belangen van onbekende derden niet bijzonder vaak in de weg aan toepassing van de bestuurlijke lus. Wel werd door een rechter van de ABRvS, zoals eerder al ter sprake kwam, aangegeven dat geschillen over bestemmingsplannen buitengebied doorgaans niet geschikt zijn voor toepassing van de lus, omdat de reparatie vaak leidt tot niet verwachte wijzigingen in het bestemmingsplan met als gevolg mogelijke nadelen voor nog niet bekende derden die geen partij zijn van het geschil. Het blijft echter, zo bleek uit de gesprekken, tot op zekere hoogte een inschattingsvraag, en dus ook een intuïtieve beslissing van de rechter, of hij verwacht dat (onbekende) derden door toepassing van de lus nadelen zouden kunnen ondervinden. In zoverre verwijzen wij naar hetgeen besproken is in paragraaf 4.2.2.

Meer algemeen kan men het ook anders zeggen: Art. 8:51a, eerste lid, tweede volzin Awb “lost in de regel op” in het hiervoor besproken criterium dat een gebrek en het hersteltraject overzichtelijk moeten zijn om voor de lus te kiezen. De meeste geïnterviewde rechters gebruiken dit criterium als een belangrijke leidraad. Daarmee vallen geschillen waarin ‘belanghebbenden die niet als partij aan het geding deelnemen daardoor onevenredig kunnen worden benadeeld’ doorgaans al buiten de boot. Als de reparatie kan leiden tot benadeling van onbekende derden, dan zijn het overgebleven geschil en de reparatieroute vaak ook niet overzichtelijk. Soms gaan rechters hier bijzonder ver in. Voor sommigen zijn geschillen waarin derden die niet partij zijn betrokken (zouden) kunnen zijn of kunnen worden principieel te ingewikkeld om de lus toe te passen (Rb 1, Rb 3). Andere rechters lossen dat op door het bestuursorgaan in de tussenuitspraak op te dragen alsnog een extra hoorzitting te houden indien mocht blijken dat de herstellpoging zou kunnen leiden tot nadelen voor nog niet in de procedure betrokken derden (Rb 2). Als de rechter na toezending van de reparatiepoging tot de overtuiging komt dat het bestuursorgaan ten onrechte derden niet adequaat bij het herstel heeft betrokken, kan hij vervolgens de herstellpoging voor mislukt verklaren en bijvoorbeeld het besluit vernietigen.

Aan het woord ‘onevenredig’ in de tweede volzin van art. 8:51a Awb wordt door de rechters doorgaans geen specifieke invulling gegeven. Volgens een van de staatsraden betekende dit vooral dat een enkele niet in de procedure betrokken derde niet aan toepassing van de lus in de weg staat, maar dat dit anders is als grote groepen, bijvoorbeeld een heel stadsdeel, door de herstellpoging ineens nadelen zouden kunnen ondervinden.

4.2.12 Ervaren of onervaren rechter

Door enkele rechters wordt aangegeven dat de frequentie van het toepassen van de lus ook iets te maken heeft met de vraag hoe ervaren een rechter is in bestuursrechtelijke zaken. Toepassing van de lus kan veel onverwachte processituaties en vragen oproepen, aldus een van de staatsraden. Rechters die nog weinig ervaring hebben met bestuursrechtelijke geschilbeslechting aarzelen soms eerder om dit instrument toe te passen dan in bestuursrechtelijke zaken ervaren rechters, zo werd in interviews gesteld.

4.2.13 Resumé

Vat men het bovenstaande samen, dan zijn de volgende factoren, in wisselende samenstelling, bepalend voor het al dan niet toepassen van de lus.

Factoren met een aanzienlijke invloed op de beslissing om al dan niet te lussen:

- Formele lus is subsidiair, voor vele rechters ook ten aanzien van informele lus
- Zijn het gebrek en het vereiste hersteltraject overzichtelijk?
- Bestaat een gerede kans tot herstel?
- Is te verwachten dat reparatie binnen een beperkte hoeveelheid tijd mogelijk is?
- Zullen de partijen er beter en sneller uitkomen als de rechter de regie in handen houdt?
- De persoonlijke opvattingen over noodzaak, toegevoegde waarde en nadelen van de formele lus.

Factoren die een beperkte invloed hebben op de beslissing om al dan niet te lussen:

- Mate van ervaring als bestuursrechter
- Een democratisch vertegenwoordigend orgaan (gemeenteraad, PS) moet worden betrokken bij de herstellpoging
- Een partij geeft aan in ieder geval in hoger beroep te willen gaan
- Het bestuursorgaan uit zich negatief over de mogelijkheden of wil om te herstellen.

4.3 Welke opdracht geeft de rechter aan het bestuursorgaan bij de bestuurlijke lus?

4.3.1 Inhoudelijke aanwijzingen en vorm

Volgens art. 8:80a, tweede lid, Awb vermeldt de tussenuitspraak zoveel mogelijk op welke wijze het gebrek dat daarbij wordt geconstateerd, kan worden hersteld. Ook uit de toelichting op dit voorschrift blijkt dat de tussenuitspraak zo duidelijk mogelijk aangeeft met behulp van welke maatregelen het gebrek kan worden hersteld. Dat kan zijn met behulp van een nieuw besluit, het laten verrichten van (aanvullend) onderzoek of het geven van een (nadere) toelichting.²¹⁴ In de memorie van toelichting is opgemerkt dat het de voorkeur heeft om het herstel te laten plaatsvinden door middel van het nemen van een nieuw besluit, met name omdat daarmee de rechtszekerheid en de positie van belanghebbenden het best zou zijn gediend.²¹⁵ In de literatuur wordt die voorkeur soms gedeeld; anderen hebben bepleit dat de

²¹⁴ Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 4, p. 8.

²¹⁵ Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 9.

keuze voor de vorm van herstel in beginsel aan het bestuursorgaan moet zijn.²¹⁶ Naast de vorm c.q. modaliteit van het herstel, kan de rechter door middel van het verstrekken van aanwijzingen aangeven hoe het herstel zou moeten geschieden. De rechter kan zijn aan het bestuursorgaan gerichte instructies algemeen houden maar hij kan ook nauwkeurig en concreet voorschrijven wat er moet gebeuren. Soms blijkt dat de rechter afziet van het verstrekken van instructies. Er is overigens, met name door de Raad van State in zijn advies over het wetsvoorstel bestuurlijke lus, gepleit voor terughoudendheid met het geven van althans inhoudelijke instructies, omdat de rechter de autonomie van het bestuursorgaan zou moeten respecteren en moet voorkomen op de stoel van het bestuur te gaan zitten en aan de zijde van het bestuur te gaan ‘mee procederen’.²¹⁷

Tabel 5 Welke soort aanwijzingen bevat de tussenuitspraak?

	Aantal dossiers	Geen aanw.	Algemene aanw.	Concrete aanw.
Rb 1 t/m 4	114	14 = 12%	51 = 45%	48 = 42%
ABRvS	30	0 = 0%	15 = 50%	15 = 50%
CRvB	12	5 = 42%	3 = 25%	4 = 33%
CBb	6	0 = 0%	5 = 83%	1 = 17%
Totaal	162	19	74	68
Gewogen gemiddelden		12%	46%	42%

De grens tussen een ‘algemene’ en een ‘concrete’ aanwijzing is niet scherp te trekken. Van een algemene instructie is bijvoorbeeld sprake in een zaak van Rb 1. De rechter overweegt daar:

‘De Rb ziet aanleiding om verweerder d.m.v. rapportage van nader arbeidskundig onderzoek deugdelijk te laten motiveren waarom de functie van wikkelaar, samensteller elektronische apparatuur geschikt is voor eiseres.’²¹⁸

Een voorbeeld voor een concrete instructie is te vinden in een uitspraak van Rb 2:

- ‘- verweerder moet eiseres de gelegenheid bieden haar beroep op het gelijkheidsbeginsel ten opzichte van Het Vervolg en Het Zuidelijk Toneel te concretiseren;
- verweerder moet zo nodig met behulp van een nader advies van de Raad nader onderbouwen waarom eiseres is ingedeeld in categorie III en niet in II;
- met die categorietoewijzing samenhangend moet verweerder uitleg geven van de verhouding van de onder 2.28 genoemde bedragen tot categorietoewijzing en de uit te voeren taken;

²¹⁶ Schueler, *TBR* 2008 prefereert een nieuw besluit indien er met derden die nog niet in de procedure zijn betrokken, rekening moet worden gehouden. Van Ettekoven & Klap, *JBplus* 2010, p. 197 willen de modaliteit van herstel aan het bestuursorgaan laten.

²¹⁷ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 4, p. 4 en 5.

²¹⁸ BRE 11/6346WIA (TU niet gepubliceerd, datum TU 04.01.2013).

- met die categorietoewijzing samenhangend moet verweerder motiveren of het gelijkheidsbeginsel is geschonden;
- met de categorietoewijzing tenslotte samenhangend moet verweerder op hoofdlijnen motiveren welke taken eiseres niet (meer) zou hoeven uit te voeren.²¹⁹

Omdat de grens tussen algemene en concrete instructies vloeiend is, zijn de hier gepresenteerde getallen met enige voorzichtigheid te lezen. Duidelijk is in ieder geval dat alle onderzochte rechterlijke colleges beide soorten instructies gebruiken, met uitzondering van het CBb dat bijna altijd (in de zes door ons onderzochte dossiers) volstaat met een algemeen gehouden opdracht.

Het komt tamelijk weinig voor dat de rechter in het geheel niet aangeeft hoe het geconstateerde gebrek moet worden hersteld. Dat die variant betrekkelijk zeldzaam is, lijkt aan te sluiten bij de hierboven kort weergegeven bedoeling van de wetgever en bij de wettekst. De ABRvS en het CBb geven zelfs in 100% van de door ons geanalyseerde zaken aanwijzingen mee aan het bestuursorgaan. Geeft de rechter aanwijzingen, dan is de verhouding tussen het verstrekken van algemene en concrete instructies behoorlijk in evenwicht.²²⁰ Ook uit de interviews komt naar voren dat de ondervraagde rechters doorgaans een ‘middenweg’ voorstaan. De instructies mogen enerzijds niet zo concreet zijn dat het bestuur in zijn afwegingsruimte wordt beperkt, maar moeten anderzijds ook niet te vaag zijn omdat anders de kans op mislukking toeneemt.

Tabel 6 Voorgeschreven vormen van herstel?

	Aantal dossiers	Niet voorgeschr.	Besluit	Anders dan besluit
Rb 1 t/m 4	114	79 = 69%	20 = 18%	15 = 13%
ABRvS	30	17 = 57%	13 = 43%	0
CRvB	12	8 = 66%	2 = 17%	2 = 17%
CBb	6	5 = 83%	1 = 17%	0
Totaal	162	109	36	17
Gewogen gemiddelden		67%	23%	10%

De vraag via welke modaliteit (besluit of anderszins) het herstel moet gebeuren, wordt vaak aan het bestuursorgaan zelf overgelaten. In een minderheid van de gevallen geeft de rechter aan welke vorm van herstel moet worden gekozen. Daarbinnen schrijft de rechter vaker voor dat het herstel via een besluit moet geschieden dan via een andere wijze dan door een nieuw besluit. Uit het dossieronderzoek volgt niet dat de rechter, conform de wens van de wetgever, altijd of meestal voorschrijft dat het herstel dient te geschieden in de vorm van een nieuw besluit. Dat lijkt ons voor op zijn minst een deel goed verklaarbaar, omdat sommige gebreken, bijvoorbeeld motiveringsgebreken, zich goed lenen om anderszins dan via een nieuw,

²¹⁹ Rb. Utrecht 20 september 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN7760.

²²⁰ Het onderscheid is niet altijd zwart-wit. Zo komt het natuurlijk voor dat de overwegingen, c.q. het dictum van de tussenuitspraak waarin de rechter aangeeft hoe het herstel dient te geschieden, enigszins het midden houden tussen beide subcategorieën: niet heel summier maar ook weer niet erg indringend en uitgebreid.

vervangend besluit te worden geheeld. Dat de rechter slechts in een beperkt aantal gevallen herstel door middel van een nieuw besluit voorschrijft, is ook niet per se in strijd met de bedoeling zoals in de memorie van toelichting uitgesproken. Immers, laat de rechter het bestuursorgaan de keuze in de vorm van herstel, dan kan dat ook uitmonden in herstel door middel van een besluit. Het meest actuele (2014) model van de tussenuitspraak dat een resultaat is van landelijk overleg tussen de rechtbanken bevat een formulering die aan het bestuursorgaan keuzevrijheid laat hoe reparatie kan plaatsvinden, al staat het de rechter vrij in concrete gevallen in afwijking van het landelijke model een bepaalde vorm van herstel voor te schrijven.²²¹

Ook al geeft de rechter een ‘opdracht’ hoe te herstellen, het bestuur houdt zich niet altijd aan de opdracht (zonder negatieve consequenties), c.q. de rechter geeft soms niet de best passende opdracht.²²² Wij constateren nog dat wij allerm minst een noodzakelijk verband hebben gevonden tussen de al dan niet voorgeschreven vorm van herstel en de inhoudelijke aanwijzingen. Zo gaan vergaande instructies geregeld vergezeld van een vrije keuze die de rechter aan het bestuursorgaan laat voor wat betreft de vorm van herstel.

Een vraag die rijst is of een relatie valt te leggen tussen de gedetailleerdheid van de opdracht (naar inhoud en vorm) en het succes van de bestuurlijke lus. Uit de interviews met rechters komt hierop geen eenduidig antwoord naar voren. Er wordt wel opgemerkt dat precies sturen niet alleen bij de bestuurlijke lus kan voorkomen; zo ziet men ook opdrachten van de rechter aan deskundigen de laatste tijd specifieker worden. Sommige rechters²²³ zien wel een verband: hoe gedetailleerder of in elk geval duidelijker²²⁴ de instructies, hoe groter de kans op slagen van de lus. Wel wordt door rechters opgemerkt dat ervoor moet worden gewaakt dat te ver wordt gegaan. De rechter moet niet de indruk wekken dat hij al vooringenomen is en een bepaalde reparatie zal accepteren. Immers, hij mag zijn oordeel daarover pas vormen nadat de andere procespartijen hun zienswijzen kenbaar hebben kunnen maken.

De algemene teneur is dat (advocaten van) bestuursorganen goed uit de voeten kunnen met de door de rechter gegeven instructies. De instructies worden met grote meerderheid als duidelijk ervaren. Dat die aanwijzingen soms vrij nauwkeurig zijn wordt door de bank genomen evenmin als een probleem of hinderlijk ervaren, integendeel. Er wordt enkele keren ook op gewezen dat rechters doorgaans heel goed weten hoe vergaand hun aanwijzingen kunnen zijn.²²⁵ De vertegenwoordiger van de IND laat een enigszins ander geluid horen en stelt dat soms wel de vraag rijst of de opdracht niet te ver gaat, met name daar waar de opdracht raakt aan de bewijsverdeling in een groot aantal zaken. De ervaringen van burgers en (milieu)verenigingen wijken niet noemenswaardig af van de positief gestemde ervaringen van (advocaten van) bestuursorganen. De instructies worden ook door hen meestal als belangrijk en helder en zinvol ervaren.

Te vergaande aanwijzingen?

²²¹ ‘Dat herstellen kan hetzij met een aanvullende motivering, hetzij, voor zover nodig, met een nieuwe beslissing op bezwaar, na of tegelijkertijd met intrekking van het nu bestreden besluit.’

²²² Vgl. ook de bevindingen zoals die hierna worden weergegeven ten aanzien van de vraag hoe het bestuursorgaan nu daadwerkelijk herstelt, vraag 4.6.

²²³ Rb 2, CRvB.

²²⁴ Rb 3.

²²⁵ Eén keer werd aangegeven dat instructies in de sturende sfeer dubieus kunnen zijn.

In het kader van het geven van instructies, behoeft CRvB 16 april 2013 een analyse.²²⁶ Met name in de literatuur is gewezen op het gevaar dat van een scheve verhouding tussen de burger(-partij) en het bestuursorgaan door de bestuurlijke lus. Er is wel van ‘bestuurtje helpen’ gesproken. Als de bestuursrechter dan ook nog aangeeft wat er mis is met het bestreden besluit en hoe dat kan worden hersteld, kan de indruk ontstaan dat de bestuursrechter het bestuursorgaan een helpende hand biedt. De onpartijdigheid van de bestuursrechter zou ter discussie kunnen komen te staan.²²⁷ Hier lijkt zich het dilemma te tonen dat gedetailleerd aangeven wat er moet gebeuren, hetgeen de slagingskans van de lus wellicht vergroot, mogelijk een inbreuk maakt op de rechterlijke onpartijdigheid.

In de uitspraak van de CRvB van 16 april 2013 betrof het een door de rechtbank toegepaste informele lus. Op het moment waarop de rechtbank uitspraak deed was art. 8:51a Awb nog niet in werking getreden en dus niet als instrument beschikbaar. Het volgende was aan de orde. De rechtbank had het onderzoek heropend en aan het bestuursorgaan gevraagd het standpunt over de gezamenlijke huishouding te onderbouwen. Dat verzoek was heel gedetailleerd. De rechtbank achtte het nodig dat buurtbewoners door de sociale recherche opnieuw zouden worden gehoord en de verklaringen in ambtsedig opgemaakte processen-verbaal opgenomen. De rechtbank gaf nauwkeurig aan op welke punten de buurtbewoners dienden te worden bevestigd. Daarmee heeft, aldus de CRvB, de rechtbank de schijn gewekt dat zij zich verbond aan het mogelijke resultaat van het onderzoek van het bestuursorgaan ter uitvoering van de bestuurlijke lus. Bij de burgerpartij kon hiermee de indruk ontstaan dat de rechtbank niet meer onbevangen was bij het beoordelen van zijn verweren en bewijzen. De Centrale Raad van Beroep oordeelt dat de rechtbank in strijd heeft gehandeld ‘met het beginsel van equality of arms en de overige eisen die art. 6 EVRM stelt’. Of de CRvB even kritisch zou zijn geweest indien het om toepassing van de formele lus zou zijn gegaan is niet duidelijk.²²⁸

Wij verwijzen in dit verband ook naar het arrest van het Belgische Grondwettelijk Hof van 8 mei 2014, nr. 74/2014 waarin het de bestuurlijke lus in de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (art. 4.8.4. VCRO) vernietigt. Ook in dit arrest was de (aantasting van de) onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter één van de argumenten waarom het Hof besloot deze regeling van de lus te vernietigen.²²⁹ Het Hof oordeelde dat de wettelijke regeling van de lus afbreuk doet aan het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter door de rechter de mogelijkheid te bieden ‘zijn standpunt over de uitkomst van het geschil kenbaar te maken dat nochtans tot dezelfde beslissing moet leiden’. Op deze plaats moet worden benadrukt dat de Vlaamse en ook de Belgische regelingen van de bestuurlijke lus in sommige opzichten wezenlijk verschillen van de Nederlandse. De lus kan in België niet tot gevolg hebben dat een naar inhoud verschillend besluit kan volgen. Repareel zijn alleen formele gebreken die herstelbaar zijn zonder dat het besluit, naar inschatting van de rechter, gewijzigd hoeft te worden. Als de Belgische rechter de lus toepast, geeft hij dus, impliciet of expliciet, te kennen dat het bestuur een fout heeft gemaakt en dat deze fout in beginsel herstelbaar is zonder de inhoud van het besluit te wijzigen. Juist daardoor wordt de rechter, aldus het Hof, vooringenomen.

²²⁶ *JB* 2013/119 m.nt. Kaya en Timmermans.

²²⁷ Vgl. Van Ettehoven & Klap, *JBplus* 2010, p. 182; Marseille, *AB* 2013/256.

²²⁸ Dat suggereert Marseille in zijn noot onder deze uitspraak in *AB* 2013/256. Zie ook Haan, *JBplus* 2014.

²²⁹ De overige redenen worden in het hoofdstuk over de rechtsvergelijking met België besproken, zie par. 6.6.

In de wetsgeschiedenis van de Vlaamse lus zijn als herstelbare gebreken onder andere genoemd dat een onbeantwoord gebleven bezwaarschrift nog moet worden beantwoord, een onterecht niet gevraagd advies alsnog moet worden ingewonnen of een al uitgebracht advies bij de beoordeling moet worden betrokken.²³⁰ In al deze gevallen gaat het om formele verzuimen, die echter wel gevolgen voor de inhoud van het besluit kunnen hebben. Door in de tussenuitspraak al te kennen te geven dat het nakomen van deze formele verplichtingen (naar waarschijnlijkheid) niet zal leiden tot een materieel andere uitkomst, loopt de rechter vooruit op het inhoudelijk oordeel over de herstellpoging en de eventuele materiële gevolgen van nakoming van de formele verplichting. Omdat de wetgever duidelijk te kennen heeft gegeven dat ‘een inhoudelijke hervorming van de vergunningsbeslissing ... de perken van de bestuurlijke lus te buiten (gaat)’,²³¹ bevat het rechterlijk besluit tot toepassing van de lus inderdaad het oordeel dat de formele fout herstelbaar zal zijn zonder gevolgen voor de materiële inhoud van het bestreden besluit. De rechter kan echter helemaal nog niet weten wat bijvoorbeeld de inhoud van het ten onrechte niet ingewonnen of bij het besluit betrokken advies of het niet beantwoord bezwaarschrift was. Zelfs al kent hij het bezwaarschrift of advies, kan hij niet bij voorbaat oordelen dat het bestuur geen aanleiding mag en zal zien om naar aanleiding van het bezwaar of advies het besluit aan te passen. Er is veel voor te zeggen om, met het Grondwettelijk Hof, daarom een schending van de onvooringenomenheid en onpartijdigheid van de rechter aan te nemen. ‘Tragisch’ is overigens, dat de Vlaamse (en vervolgens ook de Belgische) wetgever de genoemde beperking van het toepassingsbereik van de lus nu juist in de wet had opgenomen vanwege rechtsstatelijke argumenten en ter bescherming van de positie van appellanten. Bij nader inzien heeft de wetgever daarmee echter een weeffout gemaakt die er nu juist toe leidt dat de regeling rechtsstatelijk niet door de beugel kan.

In Nederland ligt de situatie echter anders. Als de rechter in Nederland besluit tot toepassing van de lus, geeft ook hij daarmee te kennen dat er een fout in het besluit zit welke in beginsel reparabel is. Echter, toepassing van de lus kan, ook als het gaat om ‘formele’ fouten, zonder meer leiden tot de noodzaak om een besluit inhoudelijk aan te passen. Of het aangepaste besluit dan aan de eisen van het recht voldoet, valt te bezien. Door in de tussenuitspraak uit te spreken dat het besluit leidt aan een in beginsel herstelbare fout, spreekt de rechter noch uit dat de inhoud van het besluit overeind zal blijven, noch dat een eventueel gewijzigd besluit waarschijnlijk rechtens zal zijn. Het enige oordeel dat de rechter in zoverre geeft is dat het niet om een bij voorbaat onherstelbaar gebrek gaat. Dit, onzes inziens gerechtvaardigde, punt van kritiek van het Grondwettelijk Hof op de Vlaamse regeling van de bestuurlijke lus gaat daarom onzes inziens voor de Nederlandse regeling niet op.

Toch blijft de vraag of vergaande inhoudelijke aanwijzingen van de rechter in de tussenuitspraak kunnen leiden tot vooringenomenheid en een verlies van onafhankelijkheid.²³² Onderscheid dient hier te worden gemaakt tussen procedurele en inhoudelijke aanwijzingen. Overeenstemming lijkt in de wetsgeschiedenis te bestaan dat de rechter met inhoudelijke aanwijzingen zeer terughoudend zou moeten zijn. De Raad van State geeft in zijn advies aan

²³⁰ Zie Grondwettelijk Hof België, Arrest 74/2014 van 8 mei 2014, Ro. B 6.2.

²³¹ Parl. St., Vlaams Parlement, 2011-2012, nr. 1509, p. 4.

²³² In de literatuur is over deze vraag uitvoerig van gedachten gewisseld, zie bijvoorbeeld Schlössels, *NTB* 2008, p. 267-268; Schueler, *TBR* 2008, p. 786-798; Koenraad, *AA* 2010; Damen, 2010; Van Ettehoven & Klap, *JBplus* 2010; Schreuder-Vlasblom 2013.

dat voor dergelijke aanwijzingen weinig plaats is als voor het bestuur na de tussenuitspraak nog afwegingsruimte blijft.²³³ Juist als formele fouten hersteld moeten worden, is dat het geval. Immers, een nieuw advies of standpunt van een belanghebbende kan inhoudelijk nieuwe aspecten naar voren brengen die in de (hernieuwde) afweging moeten worden betrokken. Dit standpunt wordt door de regering niet weersproken. De opdracht in art. 8:80a lid 2 Awb om in de tussenuitspraak zoveel mogelijk te vermelden hoe het gebrek moet worden hersteld, heeft dan ook in het licht van de wetsgeschiedenis onzes inziens met name betrekking op overwegingen van procedurele aard. Hoewel wij daar in de interviews niet expliciet naar gevraagd hebben, blijkt uit het dossieronderzoek dat, bewust of onbewust, ook in de praktijk art. 8:80a lid 2 Awb op deze wijze wordt toegepast. Aanwijzingen van de rechter met betrekking tot de inhoud van de reparatie, anders en verdergaand dan zou voortvloeien uit het benoemen van het gebrek in het aangevallen besluit, hebben wij in geen van de onderzochte dossiers kunnen ontdekken.

De Raad is echter ook sceptisch over procedurele aanwijzingen. De rechter kan, volgens de Raad, slecht beoordelen hoe de voorbereiding van een besluit moet verlopen. Zijn rol is het gebrek aan te wijzen, het is aan het bestuursorgaan in het herstel te voorzien.²³⁴ Dit wordt door de regering weersproken. Het is taak van de rechter de nakoming van procedurele verplichtingen te bewaken. Daarom moet, volgens de regering, de rechter ook aanwijzingen dienaangaande kunnen geven. Onzes inziens maken aanwijzingen van procedurele aard de rechter in de regel ook niet vooringenomen en partijdig. De rechter spreekt daarmee alleen uit dat een bepaalde invulling van procedurele verplichtingen, bijvoorbeeld het horen van belanghebbenden en het maken van een proces-verbaal daarover (zie het voorbeeld waarover de Centrale Raad had te oordelen), in overeenstemming is met de wet. De rechter spreekt zich wel vaker uit over hoe procedurele verplichtingen te interpreteren zijn. Het gaat immers om wettelijke normen die, zoals de regering in haar reactie op het advies van de Raad van State terecht opmerkt, geen beleids- of beoordelingsvrijheid inhouden en waarvan de toepassing door de rechter 'vol' getoetst dient te worden.²³⁵ Echter, er is onzes inziens wel een grens. Als de procedurele aanwijzingen zo gedetailleerd worden dat daarmee een inhoudelijk oordeel wordt geïmpliceerd of de inhoudelijke ruimte van het bestuur om te beslissen wordt beperkt, dan worden wel inhoudelijke aanwijzingen gegeven en ingegrepen in de beleidsvrijheid van het bestuur. Wellicht valt het hiervoor aangehaalde, door de Centrale Raad besliste voorbeeld in deze categorie. Zeker kunnen wij dat niet zeggen omdat de uitspraak op dat punt niet geheel duidelijk is. Indien precies wordt aangegeven welke vragen aan de buurtbewoners dienen te worden gesteld en uitgesloten wordt dat ook andere vragen worden gesteld, geeft de rechter niet alleen zeer gedetailleerde procedurele aanwijzingen, maar neemt hij ook invloed op de inhoud van de reparatie door de mogelijke informatie die uit de hernieuwde ondervragingen naar voren kan komen inhoudelijk te beperken. Te vergaand achten wij ook als een andere, ook met het recht in overeenstemming zijnde, invulling van procedurele verplichtingen door het bestuursorgaan wordt uitgesloten. De rechter mag alleen oordelen of een bepaalde invulling van procedurele verplichtingen al dan niet in overeenstemming met het recht is. Hij mag echter niet een bepaalde invulling voorschrijven, als ook een andere wijze van toepassing mogelijk kan zijn. Het is aan het bestuur om te kiezen voor de invulling van procedurele verplichtingen die in casu het beste past.

²³³ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 351, nr. 4, p. 5.

²³⁴ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 351, nr. 4, p. 5.

²³⁵ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 351, nr. 4, p. 5.

De grens die de rechter dienaangaande in acht moet nemen kan in abstracte termen niet exact omschreven worden. Om onjuiste interpretaties van art. 8:80a lid 2 Awb te voorkomen, zou overwogen kunnen worden deze bepaling te wijzigen en meer in overeenstemming te brengen met de wetsgeschiedenis en de eisen van art. 6 EVRM. In plaats van ‘De tussenuitspraak vermeldt zoveel mogelijk...’ zou kunnen worden bepaald ‘De rechter kan in de tussenuitspraak procedurele aanwijzingen geven op welke wijze ...’. Opgemerkt zij nog dat wij de bestaande regeling niet in strijd met art. 6 EVRM of andere algemene rechtsbeginselen achten. ‘Zoveel mogelijk’ kan immers conform art. 6 EVRM geïnterpreteerd en toegepast worden.

Afsluitend: het geven van vergaande instructies komt geregeld voor. Dat is begrijpelijk en kan bijdragen aan een succesvolle bestuurlijke lus. De keerzijde is dat de rechter daarin te ver kan gaan en dat de indruk bij de burger ontstaat dat de rechter zich feitelijk al aan de uitkomst van het door het bestuursorgaan uitgevoerde herstel committeert.

4.3.2 Tussenuitspraak / lus op welk moment in de procedure?

Een volgende vraag die zich aandient, is op welk moment de rechter de tussenuitspraak doet. Dat kan voor de zitting zijn (tijdens het vooronderzoek), op de zitting, of na de zitting. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat het bestuursorgaan liefst zo vroeg mogelijk met zoveel mogelijk gebreken wordt geconfronteerd.²³⁶ Wel blijkt daarbij toepassing van de bestuurlijke lus voorafgaand aan de zitting vooral voor de evidente gevallen (zoals onbevoegdheid en een ontbrekend voorgeschreven advies) beoogd te zijn.²³⁷ In de literatuur is er wel op gewezen dat in een zo vroeg mogelijk stadium ‘lussen’ het risico herbergt dat later alsnog andere gebreken naar boven komen.

Hoewel wet en toelichting dus toelaten dat reeds tijdens het vooronderzoek de tussenuitspraak wordt gedaan en daarvoor zelfs een voorkeur uitspreken, hebben wij in geen enkel dossier dat moment voor het toepassen van de bestuurlijke lus aangetroffen. Zowel uit de interviews als het dossieronderzoek volgt dat in de overgrote meerderheid van de gevallen waarin de rechter de bestuurlijke lus inzet, dat gebeurt nadat de zitting heeft plaatsgevonden. Voor de rechterlijke colleges die in hoogste aanleg rechtspreken is dat zelfs 100% van de gevallen.²³⁸

Er zijn verschillende redenen denkbaar, die ook uit de interviews naar voren komen, voor het feit dat de zitting in dit opzicht zo leidend is. Een paar keer keert bij de geïnterviewden terug als reden dat op de zitting pas duidelijk wordt of het bestuursorgaan bereid is om te gaan ‘lussen’. In theorie speelt deze bereidheid slechts een rol op het niveau van de rechtbanken, in verband met het volgens de wet niet dwingende maar slechts uitnodigende karakter van de door rechtbanken uitgesproken bestuurlijke lus. Ook voor de hogerberoepsrechters is het echter van belang om te weten of het bestuur heil ziet in een poging tot reparatie van het besluit. Als dat niet het geval is heeft toepassing van de lus immers slechts een kleine kans van slagen. Voorts wordt (eerst) op zitting het beeld van het geschil compleet, althans zo compleet mogelijk. Bijgevolg komen vaak dan pas de pijnpunten helder voor het voetlicht en

²³⁶ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 351, nr. 6, p. 7 en 15.

²³⁷ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 351, nr. 4, p. 5.

²³⁸ Bij de rechtbanken in 106 van de 114 zaken. In de overige 8 zaken werd de toepassing van de lus op de zitting uitgesproken (Rb 3 en Rb 1 drie maal, Rb 2 tweemaal). Opvallend: CbB AWB 07/1012: tussenuitspraak half jaar na zitting. Vgl. ook Rb 1.

wordt het geschil toegespitst. Door de zitting wordt dan duidelijk of de bestuurlijke lus in het onderhavige geschil zinvol is. Voorts blijkt dat het praktisch gezien soms buitengewoon lastig is om al voor de zitting te kunnen bepalen of de bestuurlijke lus een inzetbaar instrument is, omdat het dossier pas vlak voor de zitting onder ogen komt van de rechter. Afgezien van deze deels meer praktische redenen is het ook de vraag of toepassing van de bestuurlijke lus rechtsstatelijk mogelijk is voorafgaand aan een zitting. Immers, het is in beginsel de bedoeling²³⁹ dat in de tussenuitspraak waarin tot toepassing van de lus wordt besloten, alle beroepsgronden die niet slagen worden afgehandeld, zodat alleen die punten overblijven die gebrekkig zijn en waarop de lus vervolgens betrekking moet hebben. Het beginsel van hoor en wederhoor vereist dat partijen zich over de beroepsgronden hebben kunnen uitspreken voordat een (tussen)uitspraak volgt waarin een aantal van de beroepsgronden wordt afgewezen. Dit beginsel heeft derhalve tot gevolg dat in het algemeen op zijn vroegst tijdens de zitting wordt besloten tot toepassing van de lus. Slechts in uitzonderingsgevallen die worden gedekt door art. 8:54 Awb kan dat voorafgaand aan de zitting.

Ook om een andere reden zouden rechtsstatelijke bedenkingen kunnen bestaan om de lus toe te passen voordat de zaak op zitting is geweest. Mogelijk bestaat een verplichting om partijen te horen over de vraag of de rechter deze stap zou moeten nemen. Een dergelijke verplichting wordt aangenomen in het, hiervoor in paragraaf 4.3.1 al deels besproken, arrest van het Belgische Grondwettelijk Hof over de Vlaamse regeling van de bestuurlijke lus. Het Hof is van opvatting dat de Vlaamse regeling het recht op tegenspraak (hoor en wederhoor, verdedigingsbeginsel) schendt omdat door de rechter kan worden besloten de lus toe te passen zonder daarover van te voren partijen te horen. Dat is ook in Nederland het geval. De vraag is echter of het verdedigingsbeginsel inderdaad een dergelijke verplichting inhoudt. Het Hof noemt als (enig) argument dat het rechterlijk besluit tot toepassing van de lus een ‘element aanbrengt dat ertoe strekt de beslechting van het geschil te beïnvloeden’. Alsdan moeten, volgens het Hof, partijen hierover van te voren worden gehoord. Het Hof beroept zich daarbij op rechtspraak van het EHRM.²⁴⁰ Het verdedigingsbeginsel of recht op hoor en wederhoor houdt in dat partijen kennis kunnen nemen van elkaars standpunten en van de stukken die onderdeel uitmaken van het dossier. Zij moeten gelegenheid hebben op elkaars inbreng te reageren. Het procesrecht mag voorts niet tot gevolg hebben dat een partij wordt overrompeld.²⁴¹ Het in art. 8:69, eerste lid, Awb te lezen verdedigingsbeginsel vergt dat de rechter overrompeling van partijen voorkomt, aldus bijvoorbeeld Schreuder-Vlasblom.²⁴² Zo kan de rechter niet zijn beslissing baseren op ambtshalve bij de zaak betrokken gronden die in het debat tussen en met partijen niet aan de orde zijn geweest²⁴³ of op gegevens uit andere zaken waarover niet met partijen van gedachten is gewisseld.²⁴⁴ In de door het Grondwettelijk Hof aangehaalde uitspraken van het EHRM gaat het om gevallen waarin de rechter zijn uiteindelijke beslissing laat steunen op aspecten van de zaak die in de schriftelijke en mondelinge behandeling geheel niet aan de orde zijn geweest. Partijen werden hierdoor verrast en hadden zich hiertegen niet kunnen verdedigen, respectievelijk waren over dit aspect niet gehoord. Een dergelijke werkwijze van de rechter schendt het in art. 6 EVRM verankerde

²³⁹ Zie nader paragraaf 4.3.3.

²⁴⁰ EHRM, 16 februari 2006, 44624/98 (Prikyan en Angelova/Bulgarije), § 42; EHRM 5 september 2013, 9815/10 (*Čepek/Tsjechische Republiek*), § 45.

²⁴¹ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2013, p. 547 e.v.

²⁴² Schreuder-Vlasblom 2011, p. 81 en p. 570.

²⁴³ CRvB 17 november 2006, AB 2007, 288.

²⁴⁴ ABRvS 26 juni 2009, JV 2009, 331.

recht op een fair trial en een adversial procedure. Men kan dit onzes inziens inderdaad ook vertalen in een schending van het verdedigingsbeginsel.

Daar gaat het bij toepassing van de lus onzes inziens echter niet om. Indien de rechter besluit de lus toe te passen doet hij dat in een tussenuitspraak. De tussenuitspraak heeft twee elementen. Ten eerste geeft de rechter zijn opvatting over de beroepsgronden waarover hij al (definitief) kan oordelen. Ten tweede neemt hij een beslissing tot aanhouding van de zaak met een aanbod of opdracht aan een van de partijen om bepaalde handelingen te verrichten ten aanzien van het bestreden besluit. In het eerste deel beslist de rechter dus (doorgaans definitief) over die beroepsgronden die niet slagen. Vervolgens stelt de rechter vast dat het beroep op één of enkele gronden gegrond zou worden verklaard omdat aan het besluit een gebrek kleeft. Al dat kan de rechter uiteraard alleen doen voor zover hij zijn oordeel, net als in elke andere (eind)uitspraak, baseert op de gewisselde stukken en de openbare behandeling van de zaak waarin partijen gelegenheid hebben gehad om op elkaars argumenten en stukken in te gaan. Hiervoor is beargumenteerd dat het beginsel van hoor en wederhoor eist dat in alle regel op zijn vroegst tijdens de zitting wordt besloten tot toepassing van de lus. Het eerste deel van de tussenuitspraak berust dus op inhoudelijke overwegingen ten aanzien waarvan partijen zich van te voren hebben kunnen uitspreken. Van een schending van hoor en wederhoor of het verdedigingsbeginsel kan in zoverre geen sprake zijn. In het tweede deel van de tussenuitspraak neemt de rechter een procesbeslissing. Deze procesbeslissing is onzes inziens vergelijkbaar met andere procesbeslissingen zoals het sluiten of heropenen van het onderzoek of het benoemen van een deskundige. Noch uit de door het Grondwettelijk Hof aangehaalde rechtspraak van het EHRM, noch uit de ratio en strekking van het verdedigingsbeginsel en het beginsel van hoor en wederhoor kan worden opgemaakt dat de rechter over al zijn procesbeslissingen en het gebruikmaken van afdoeningsmodaliteiten van tevoren de partijen zou moeten raadplegen. Zelfs over het voornemen om een zaak versneld te behandelen of verwijzing naar een meervoudige kamer hoeven partijen niet van tevoren te worden gehoord. Hetzelfde geldt voor andere afdoeningsmodaliteiten, zoals de opdracht aan het bestuur in een einduitspraak ingevolge art. 8:72 Awb waarin de rechter het bestuur opdraagt opnieuw te voorzien of het besluit zelf te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten. Anders is dat bijvoorbeeld met het ambtshalve ingaan op een gebrek van het besluit waarover ter zitting niet met partijen van gedachten is gewisseld. De stelling van het Grondwettelijk Hof dat toepassing van de lus in strijd zou zijn met het beginsel van hoor en wederhoor of het verdedigingsbeginsel vermag ons dan ook niet te overtuigen.

Opmerkelijk is overigens dat dergelijke rechtsstatelijke bedenkingen geen rol hebben gespeeld in de parlementaire discussie, noch in de praktijk door de rechters worden genoemd als medebepalend voor de keuze om pas op of na de zitting over te gaan tot toepassing van de bestuurlijke lus.

Resumé

Het blijkt kortom een heel sterk overheersende benadering te zijn dat de bestuurlijke lus wordt uitgesproken *nadat de zitting* heeft plaatsgevonden. Eén belangrijke verklaring hiervoor lijkt te zijn dat tenminste sommige rechters liever de informele lus gebruiken als al op de zitting duidelijk is dat zich een gebrek voordoet dat met een lus zou kunnen worden verholpen. De formele lus wordt daarentegen ingezet als dat pas na de zitting, dus in de raadkamer duidelijk wordt (zie nader paragraaf 4.2.10). Voor zover rechters deze tweedeling niet toepassen, zou

verder een verklaring kunnen zijn dat de rechter eraan hecht partijen op zitting over de mogelijkheid van de bestuurlijke lus uitdrukkelijk te consulteren, maar die reden kwam als zodanig niet prominent naar voren in de interviews; wel dat op zitting gepolst kan worden of het bestuursorgaan genegen is om te lussen.

4.3.3 Louter het gebrek besproken in tussenuitspraak of ook andere beroepsgronden?

Een volgende kwestie is of de rechter zich in zijn tussenuitspraak beperkt tot het gebrek (of gebreken) dan wel ook andere beroepsgronden beoordeelt. In de literatuur is wel het laatste voorspeld c.q. gepropageerd.²⁴⁵

Tabel 7 Worden in de tussenuitspraak ook andere beroepsgronden afgehandeld?

	Aantal dossiers	Louter gebreken	Ook andere gronden
Rb 1 t/m 4	114	69 = 61%	45 = 39%
ABRvS	30	11 = 37%	19 = 63%
CRvB	12	5 = 42%	7 = 58%
CBb	6	2 = 33%	4 = 67%
Totaal	162	87	75
Gewogen gemiddelden		54%	46%

Het beeld inzake het al dan niet meenemen van overige gronden is tamelijk verdeeld. De rechtbanken beperken zich wat vaker tot het gebrek. De rechter in hoogste aanleg neemt vergeleken met de rechtbanken relatief vaak ook andere beroepsgronden mee.²⁴⁶ Bij de ABRvS zou het uitgangspunt zijn zoveel mogelijk beroepsgronden af te handelen in de tussenuitspraak.²⁴⁷ Dat komt aardig, maar niet 100%, overeen met wat wij in het dossieronderzoek hebben gezien.

Dat de rechter in de tussenuitspraak niets zegt over de overige beroepsgronden wil overigens nog niet zeggen dat hij deze niet al heeft getoetst. Of een toetsing heeft plaatsgevonden kunnen wij uit de dossiers niet opmaken. Uit de interviews is wel enige informatie boven tafel gekomen. Sommige rechters proberen zoveel mogelijk in de tussenuitspraak af te handelen. Volgens sommigen blijkt dat wel afhankelijk van het soort gebrek en de soort zaak; dat past ook wel in de bevindingen uit het dossieronderzoek (zie tabel 7).

Wordt enkel het gebrek besproken in de tussenuitspraak, dan bestaat het gevaar dat na toepassing van de lus blijkt dat het besluit nog op een ander punt struikelt. Toepassing van de lus is dan voor niets geweest. Daarin kan een reden liggen voor de aanbeveling altijd alle beroepsgronden te toetsen voordat de lus wordt toegepast. Daarvoor pleit ook dat wanneer niet alle gronden expliciet in de tussenuitspraak worden besproken, partijen later alsnog op die niet uitdrukkelijke afgekaarte gronden ingaan, ook al had de rechter die voor zichzelf in wezen al afgevinkt.

²⁴⁵ Van Ettekovén & Klap, *JBplus* 2010, p. 189; Koenraad & Verbeek, *NTB* 2011.

²⁴⁶ Ons viel op dat Rb 2 relatief vaak ook andere gronden in haar uitspraak meeneemt.

²⁴⁷ Zie o.a. Polak, *NTB* 2011, p. 3.

Het belang van de vraag of ook (zoveel mogelijk) andere beroepsgronden in de tussenuitspraak worden afgekaart, krijgt een extra dimensie door de bindende kracht van de tussenuitspraak. Er is sprake van een zeker spanningsveld. De in de tussenuitspraak afgedane gronden, net als de ambtshalve gegeven oordelen, zijn definitief.²⁴⁸ Dat vergt derhalve een doordachte afweging van de rechter en kan enige voorzichtigheid met het afkaarten van overige gronden verklaren. Niettemin pleit daarvoor dat de finaliteit wordt bevorderd; de kans dat na de lus andere gebreken alsnog naar boven komen, wordt gereduceerd. En de kans op een geslaagde lus wordt groter.

4.4 Reactie – en hersteltermijnen

4.4.1 Reactietermijnen

In art. 8:51b lid 1 Awb wordt gesteld dat het bestuursorgaan zo spoedig mogelijk aan de bestuursrechter meedeelt of het gebruik gaat maken van de gelegenheid om het gebrek te herstellen of te laten herstellen. Deze bepaling is niet van toepassing indien de bestuursrechter in hoogste aanleg uitspraak doet, aangezien de bestuursrechter dan het bestuursorgaan kan opdragen het gebrek te herstellen.²⁴⁹

De rechtbanken laten een gevarieerd beeld zien omtrent het stellen en toepassen van een reactietermijn. Een niet gering aantal keren (41%) wordt er in de bestudeerde dossiers geen enkele melding gemaakt van een bepaalde reactietermijn. In het merendeel (59%) van de uitspraken wordt er echter voor gekozen om aan te sluiten bij de wettekst van art. 8:51b lid 1 Awb. Deze wettelijke formulering wordt soms letterlijk overgenomen maar soms wordt deze ook geherformuleerd zodat enkel in het geval dat het bestuursorgaan geen gebruik gaat maken van de toepassing van de bestuurlijke lus, dit zo spoedig mogelijk gemeld moet worden aan de rechtbank om nodeloze vertraging te voorkomen.²⁵⁰ Voor de rechtbanken wordt het zo meteen duidelijk dat het bestuursorgaan geen gebruik gaat maken van de herstelmogelijkheid en dus ook dat de hersteltermijn niet meer moet verstrijken alvorens een einduitspraak kan volgen. Wat opvalt, is dat indien er gebruik gemaakt wordt van de woorden ‘zo spoedig mogelijk’ een reactie van het bestuursorgaan eerder uitblijft dan wanneer er een concrete termijn van bijvoorbeeld twee weken in de uitspraak wordt opgenomen.

Rb 3 boekt de beste resultaten wat betreft het adequaat en op korte termijn reageren van bestuursorganen over het wel of niet gebruiken maken van de herstelmogelijkheid (69%). Of dit te wijten is aan het verwijzen naar de wettekst in combinatie met een concreet gestelde termijn (meestal twee weken) is niet uit de bestudeerde dossiers op te maken. Feit is wel dat de andere onderzochte rechtbanken geen gebruik maken van een dergelijke formulering: ze gebruiken enkel een bij de wettekst aansluitende formulering zonder concrete termijn²⁵¹ of ze gebruiken de negatief geformuleerde variant, waarbij het logisch is dat indien het bestuursorgaan voornemens is gebruik te maken van de herstelmogelijkheid, er geen reactie volgt.²⁵² Uit de bestudeerde dossiers van Rb 3 viel wel nog op te maken dat men in het

²⁴⁸ Zie o.a. Polak, *NTB* 2011, p. 3.

²⁴⁹ Zie o.a. art. 8:51d Awb.

²⁵⁰ Zie vooral Rb 2, maar ook een aantal keren in dossiers uit 2^{de} peildatum bij Rb 3 en Rb 1.

²⁵¹ Zie dossiers Rb 4.

²⁵² Zie dossiers Rb 2 en indien er een reactietermijn gesteld wordt ook Rb 1.

begeleidend schrijven bij de tussenuitspraak, het bestuursorgaan nog eens extra attent maakte op de gestelde termijnen in de tussenuitspraak (zowel reactie- als hersteltermijn).

Rb 4 scoort het zwakst indien er gekeken wordt naar het aantal reacties van bestuursorganen of zij wel of niet bereid zijn de bestuurlijke lus toe te passen, in verhouding tot gestelde reactietermijnen. Bij Rb 4 wordt de wettelijke formule welhaast in elke tussenuitspraak opgenomen, maar in bijna driekwart van de bestudeerde dossiers (73%) was geen enkele reactie van het bestuursorgaan terug te vinden.

Uit de interviews met rechters van de geselecteerde rechtbanken is gebleken dat ondertussen in het landelijk model voor de tussenuitspraak van de bestuurlijke lus de formulering voor het geven van een reactietermijn vorig jaar is aangepast²⁵³: *‘Verweerder moet op grond van art. 8:51b, eerste lid, van de Awb en om nodeloze vertraging te voorkomen zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk binnen twee weken, meedelen aan de rechtbank of hij gebruik maakt van de gelegenheid het gebrek te herstellen.’* Hierbij is dus de formulering positief geformuleerd en is eveneens een termijn gesteld. Wat ook opvalt, is dat nu de reactietermijn ook nog eens expliciet herhaald wordt in het dictum van de tussenuitspraak: *‘De rechtbank draagt verweerder op binnen twee weken de rechtbank mee te delen of hij gebruik maakt van de gelegenheid het gebrek te herstellen.’*

In de onderzochte dossiers gebeurde dit nooit, behalve bij Rb 3 en soms ook bij Rb 2. De reactietermijn zat in de meeste onderzochte dossiers verstopt in de motivering van de tussenuitspraak, maar werd niet in het dictum opnieuw herhaald. Deze verandering in het landelijk model voor de tussenuitspraak lijkt ons positief en zal er naar onze mening toe bijdragen dat bestuursorganen nog eens extra geattendeerd worden op deze reactietermijn en hiermee dus ook eerder zullen reageren op de gestelde termijn. Dit laatste zou ook effect kunnen hebben op het sneller van start gaan met het mogelijke herstel of – indien van toepassing – de inschakeling van deskundigen. Wat dan op zijn beurt weer kan leiden tot het beter respecteren van hersteltermijnen en wellicht ook tot minder verlengingen van de gestelde hersteltermijn.

4.4.2 Hersteltermijnen

Gemiddelde hersteltermijnen per categorie/deelgebied

De hersteltermijnen die in de geselecteerde deelgebieden gehanteerd worden, verschillen niet wezenlijk van elkaar. De termijnen variëren in absolute cijfers van een tweetal weken tot ongeveer drie maanden (verlengingen niet meegerekend) en de verschillen in de gegunde termijnen zijn terug te voeren tot de aard van het gebrek. Hoe kleiner en makkelijker het gebrek te herstellen is, hoe korter de gestelde termijn. Indien de hulp van een gespecialiseerde derde nodig is om het gebrek te herstellen, wordt er een langere termijn gegund. Ook indien het bestuursorgaan zich nog niet inhoudelijk over de zaak heeft uitgelaten (bijv. het bestuursorgaan dacht niet-ontvankelijk te zijn) lijkt het meer tijd te krijgen om het geconstateerde gebrek te herstellen. Dat lijkt ons allemaal vrij logisch en juist. In de tussenuitspraken wordt de hersteltermijn doorgaans aangegeven in weken. In onderstaande tabel is het gemiddelde (in decimale breuken) van deze termijnen weergegeven.

²⁵³ Uit de interviews is gebleken dat Rb 2 en Rb 3 hier gebruik van maken.

Tabel 8 Gemiddelde gestelde versus gerealiseerde hersteltermijnen uitgedrukt in weken per rechtbank

	<i>Termijn gesteld in tussenuitspraak (incl. eventuele verlengingen) in weken</i>	<i>Daadwerkelijk door bestuursorgaan benutte reparatietermijn in weken</i>
Rb 1	5.6	6.6
Rb 2	9.0	8.6
Rb 3	7.2	6.3
Rb 4	6.5	6.5
ABRvS	12.9	11.2
CRvB	7.8	14.2
CBb	7.7	7.2

De gemiddelde hersteltermijn neemt toe naarmate een rechtbank (relatief) meer lust. Zo gunt Rb 2 termijnen die ongeveer 50% langer zijn dan bij Rb 1. Mogelijk, maar dat is niet meer dan een vermoeden, komt dat doordat Rb 2 veel vaker lust, dus ook in gevallen waarin herstel langer duurt en complexer is. Een ander opvallend feit is dat Rb 1, vooral in sociale zekerheidszaken en ‘bestuursrecht overige zaken’, beduidend kortere termijnen stelt dan de overige onderzochte rechtbanken. In principe moet dit alleen maar toegejuicht worden omdat dit de looptijd van het geschil aanzienlijk zou kunnen verkorten. Jammer genoeg blijkt dit niet zo te zijn. Als we de in de tussenuitspraak gestelde termijnen vergelijken met de termijnen die hierna weergegeven bestuursorganen werkelijk nodig hebben gehad om een herstelbesluit te nemen, zien we dat de werkelijke termijnen iets dichter bij elkaar liggen. Blijkbaar begroot Rb 1 de termijnen eerder te krap en Rb 2 eerder iets te lang.

Bij de ABRvS zijn de hersteltermijnen in alle onderzochte dossiers vaak iets langer dan bij de geselecteerde rechtbanken en de overige hogerberoepsrechters. Het is vooral bij geschillen over bestemmingsplannen dat termijnen van drie maanden om een geconstateerd gebrek te herstellen eerder regel dan uitzondering zijn. De reden hiervoor lijkt ons te liggen in de aard van het gebrek en de tijd die noodzakelijkerwijs is gemoeid met herstel. Immers, als een nieuw besluit over een bestemmingsplan moet worden genomen, moet de gemeenteraad dat doen en moet dit voorbereid en vervolgens op een raadsvergadering geagendeerd worden.

Vergelijkt men de beide cijferreeksen in de hiervoor weergegeven tabel, dan kan daaruit worden afgeleid dat bestuursorganen gemiddeld gesproken de hersteltermijnen goed respecteren bij het herstellen van het geconstateerde gebrek. Enkel bij de CRvB en bij Rb 1 zijn de gemiddeld gebruikte hersteltermijnen door het bestuursorgaan langer dan de gemiddelde termijnen gesteld in de tussenuitspraak.

Hersteltermijnen bij CRvB, CBb en ABRvS

De CRvB is doorgaans coulant in het verlengen van de termijn aangezien het finaliseren van het geschil voorop dient te staan. De CRvB is in principe bereid elke termijn eenmaal te verlengen. Er is een termijnbewakingssysteem dat wordt opgevolgd door de administratie maar er bestaat geen uniforme werkwijze om het bestuursorgaan attent te maken op een dergelijke termijnoverschrijding. In het ene dossier gebeurt dit door middel van een rappel en in het andere dossier telefonisch. Wat opvalt bij de CRvB tijdens zowel de eerste als tweede peildatum is dat de gestelde hersteltermijn door bestuursorganen niet goed gerespecteerd

wordt (in 50% van de dossiers hebben bestuursorganen te laat gereageerd). Dit is niet altijd alleen te wijten aan het bestuursorgaan. Soms is ook de appellant mede verantwoordelijk voor het laattijdige herstel, door bijvoorbeeld expertiserapporten te laat te verstrekken of door geen medewerking te verlenen aan noodzakelijke onderzoeken.²⁵⁴ In de bijhorende einduitspraken werd echter door de CRvB geen enkele aandacht geschonken aan het laattijdige herstel door het bestuursorgaan. De wet voorziet in de mogelijkheid om de gestelde hersteltermijn te verlengen.²⁵⁵ Het is wellicht beter om, indien de gestelde hersteltermijn toch niet gerespecteerd kan worden, verlenging aan te vragen in plaats van de gestelde termijn zomaar te negeren. Dit kan bij de appellant ook de nodige wrevel opwekken waarbij het gevoel van ‘bestuurtje helpen’ al snel ter sprake komt. Uit de interviews met vertegenwoordigers van burgers en (milieu)verenigingen bleek dat gevoel ook wel enigszins te bestaan. Er wordt opgemerkt dat het overschrijden van de hersteltermijn wel vaker voorkomt en dat de rechtbanken dit door de vingers zien. Hierdoor krijgen sommige procespartijen, zo bleek uit de interviews, de indruk dat er onterecht anders wordt omgegaan met bestuursorganen dan bijvoorbeeld met derde-belanghebbenden die wel steeds de termijnen moeten respecteren.

In twee andere dossiers²⁵⁶ van de CRvB was het herstelbesluit wel tijdig ingediend, maar heeft het bestuursorgaan naar aanleiding van de zienswijze(n) van de appellant of derde partijen nog nieuwe gronden aan het herstelbesluit toegevoegd of een aanvulling gegeven op de gronden van het eerste herstelbesluit, waardoor de hersteltermijn in wezen weer wordt opgerekt. Hier rijst de vraag tot wanneer het bestuursorgaan de kans zou moeten krijgen om gebreken in het besluit te herstellen en of de gestelde hersteltermijn als een bindende termijn moet worden opgevat. Indien het bestuursorgaan de kans krijgt om naar aanleiding van de zienswijze(n) van appellant(en) en/of derden het herstelbesluit nog aan te passen, moet ook aan de appellanten of derde partijen opnieuw de mogelijkheid geboden worden om op het herstellende/aangevulde besluit te reageren. Dit gepingpong tussen bestuursorgaan en appellanten/derde partijen zorgt voor een vertraging ten aanzien van de beslechting van het beroep. Echter, het onderliggende geschil wordt daardoor in de meeste gevallen hoogstwaarschijnlijk wel sneller opgelost. Als de rechter immers *niet* toestaat dat het bestuur nog reageert op de zienswijze, dan zal het vaak tot een vernietiging komen en het geschil door de uitspraak niet finaal worden beslecht. Als de rechter *wel* toelaat dat het bestuur nog op een zienswijze reageert, dan is de kans groter dat de lus succesvol is en het geschil daarmee finaal kan worden beslecht. Op ‘microniveau’ leidt deze ‘extra ronde’ dus tot vertraging, op ‘macroniveau’ waarschijnlijk vaak tot versnelling. Deels zouden situaties als deze kunnen worden voorkomen als het bestuursorgaan appellanten zou horen alvorens het gebrek te repareren. Als dat echter niet is gebeurd, blijft voor de rechter de vraag of de zienswijze van de andere procespartijen nog aan het bestuursorgaan moet worden voorgelegd teneinde het bestuursorgaan de kans te geven het besluit aan te passen. In de tweede peildatum is de CRvB op een formele wijze met bovenstaand probleem omgegaan door het toepassen van een informele lus.²⁵⁷ Appellant heeft in de zienswijzen geconstateerd dat het bestuursorgaan in het herstelbesluit is uitgegaan van onjuiste uurlonen. In een reactie op deze zienswijzen heeft het bestuursorgaan dit erkend. De CRvB heeft dan per brief het bestuursorgaan de mogelijkheid gegeven dit gebrek alsnog te herstellen (informele lus). Na het herstel door het bestuursorgaan

²⁵⁴ 09/4991 AW en 10/3981 AWBZ.

²⁵⁵ Art. 8:51a lid 2 Awb.

²⁵⁶ 08/2767 WAO en 12/1531, 12/1532 en 12/1533 AW.

²⁵⁷ 12/1531, 12/1532 en 12/1533 AW.

door middel van een nieuw besluit (art. 6:19 jo. 6:24 Awb) heeft appellant opnieuw de mogelijkheid gekregen om hierop te reageren.

Bij het CBb en de ABRvS zien we toch een iets ander beeld in verband met het respecteren van de hersteltermijnen. Bij het CBb en de ABRvS worden deze termijnen meestal gerespecteerd. De ene keer dat er bij het CBb een overschrijding van de termijn door het bestuursorgaan heeft plaatsgevonden, was dit niet nadelig voor appellant want het beroep is naar aanleiding van het herstelbesluit ingetrokken.²⁵⁸ In de tweede peildatum werd echter een overschrijding van de hersteltermijn door het bestuursorgaan genadeloos afgestraft.²⁵⁹ Het bestuursorgaan had pas na het verstrijken van de hersteltermijn een verlenging van de hersteltermijn aangevraagd en niet concreet en inzichtelijk gemaakt waarom verlenging noodzakelijk was. Het onderzoek werd gesloten en de bestuurlijke lus mislukte, maar het CBb gaf het bestuursorgaan wel een aangeklede opdracht mee om binnen twee weken een nieuw besluit op bezwaar te nemen.

Opvallend is dat bij de ABRvS in de 30 onderzochte dossiers waarin de bestuurlijke lus is toegepast slechts één enkele keer – en dat betreft dan nog een dossier uit de eerste peildatum – de termijn is overschreden. De ABRvS let, zo blijkt ook uit de interviews, strikt op de naleving van de hersteltermijnen. Een hersteltermijn is een bindende termijn. Indien het bestuursorgaan een gestelde termijn niet voldoende acht voor het herstel van het gebrek en het bestuursorgaan kan aantonen dat een verlenging noodzakelijk is, wordt via een officiële beschikking door de ABRvS een verlenging van de termijn verleend. Dit gebeurt echter alleen als objectieve redenen zo'n verlenging noodzakelijk maken, niet bijvoorbeeld omdat het bestuursorgaan het te druk heeft. Dit kan soms zelfs tweemaal na elkaar plaatsvinden.²⁶⁰ Meestal wordt dan getracht de verlengingstermijn zo kort mogelijk te houden zodat het proces niet nodeloos wordt gerektd.

Is na ommekomst van die termijn geen stuk door het bestuursorgaan ontvangen, dan wordt telefonisch bij het bestuursorgaan navraag gedaan hoe dat kan en of op zeer korte termijn al een herstelstuk is te verwachten. Blijkt dat niet binnen een week het geval te zijn, dan wordt het onderzoek gesloten. Te laat binnengekomen herstelbesluiten worden door de Afdeling, op hoge uitzondering na, niet meer bij de zaak betrokken. Het gaat immers om een in de wet voorziene termijn. Blijkbaar heeft het strikt omgaan met de hersteltermijn door de ABRvS tot gevolg dat bestuursorganen de termijn goed in acht nemen.

Met betrekking tot de hersteltermijnen bij de rechtbanken heeft het dossieronderzoek aangetoond dat er zowel bij de rechtbanken onderling als binnen de verschillende sectoren van een zelfde rechtbank verschillend wordt omgegaan met het respecteren en verlengen van de hersteltermijnen. Feit is wel dat op rechtbankniveau er in de regel soepel wordt omgesprongen met het verlengen van de hersteltermijn en met het accepteren van een herstelbesluit dat na de hersteltermijn binnenkomt. Opvallend is dat bij Rb 3 – naast de reactietermijn – ook de hersteltermijn zeer goed gerespecteerd wordt. Of dit te maken heeft met het begeleidend schrijven waarin de termijn nog eens extra wordt belicht of met het feit dat de hersteltermijn ook in het dictum van de tussenuitspraak wordt opgenomen, is moeilijk te bewijzen. Uit een interview met een rechter van Rb 3 is gebleken dat de administratie bij Rb 3 de termijnen nauwgezet opvolgt en dat bij het verstrijken van de termijnen in overleg

²⁵⁸ 08/871.

²⁵⁹ 12/217.

²⁶⁰ 200906320/1/H2.

met de griffier of de rechter zelf, zo spoedig mogelijk contact wordt opgenomen met het bestuursorgaan. Indien het herstelbesluit niet op korte termijn te verwachten valt, volgt er een einduitspraak. Volgens een rechter werkzaam bij Rb 3 is de status van een tussenuitspraak toch een andere dan een gewone brief waarbij je nog kan rappelleren en volgens hem is het dus ook logisch dat bestuursorganen reageren binnen de gestelde hersteltermijn. Ook bij Rb 2 en Rb 4 worden de gestelde hersteltermijnen goed gerespecteerd. Uit de interviews met twee rechters van Rb 2 is naar voren gekomen dat indien nodig de termijn verlengd wordt. Indien er een termijnoverschrijding heeft plaatsgevonden en het herstelbesluit slechts enkele dagen te laat binnenkomt, dan zal er echter geen verlenging van de termijn worden uitgesproken omdat het besluit er al ligt. Voorts wijzen zij erop dat indien een bestuursorgaan de bestuurlijke lus niet tijdig uitvoert ook bij Rb 2 een secretaris van de rechtbank actie onderneemt, meestal door telefonisch te informeren. Dit gebeurt wel pas nadat de termijn verstreken is.

Rb 1 laat het minst gunstige beeld zien wat betreft het respecteren van de gestelde termijnen in de tussenuitspraak. In 29% van de onderzochte dossiers is het herstelbesluit later dan de gestelde termijn binnengekomen. Opvallend daarbij is ook nog dat de overschreden termijnen in het merendeel van de dossiers niet verwaarloosbaar zijn, het betreft vaak enkele weken met een uitschieter tot zelfs 28 weken²⁶¹. In een dossier²⁶² waarbij het gebrek zat in het toetsen door het bestuursorgaan aan een verkeerde wettelijke grondslag en in de tussenuitspraak al meegegeven wordt wat de juiste grondslag volgens Rb 1 zou zijn, is er een hersteltermijn van drie weken gesteld. Het bestuursorgaan stuurt na vijf weken een brief waarin de grondslag wordt aangepast maar waarbij er nog steeds een motiveringsgebrek bestaat. Rb 1 stuurt verweerder dan opnieuw een brief met de vraag om het motiveringsgebrek ook nog te herstellen (toepassing informele lus). Het bestuursorgaan krijgt dus nogmaals een kans tot herstel en pas twee maanden na de eerste herstel poging benut het deze kans door een nieuwe brief te schrijven. Dit alles resulteert in een procedure van meer dan negen maanden, waarbij er slechts een hersteltermijn van drie weken was gesteld voor een relatief eenvoudig gebrek.

4.5 Als het bestuursorgaan overgaat tot herstel van het gebrek, hoe doet het dat dan en hoe verloopt de behandeling van de zaak verder?

4.5.1 Hoe wordt hersteld?

We bespraken hierboven (4.3) al dat de rechter het herstel op verschillende manieren kan voorschrijven respectievelijk suggereren aan het bestuur. Het daadwerkelijke herstel kan dan ook via verschillende modaliteiten geschieden: via een nieuw genomen besluit dan wel langs andere wijze, zoals een aanvullende motivering, een ander rapport, advies of ander stuk.

²⁶¹ 09/4764 WMO.

²⁶² 11/5721 WWB.

Tabel 9 Hoe wordt hersteld?

	Aantal dossiers	Nieuw besluit	Anders dan besluit	Geen herstelpoging
Rb 1 t/m 4	114	30 = 26%	71 = 62%	13 = 11%
ABRvS	30	21 = 70%	7 = 23%	2 = 7%
CRvB	12	8 = 66%	4 = 33%	0 = 0%
CBb	6	2 = 33%	3 = 50%	1 = 17%
Totaal	<i>162</i>	<i>60</i>	<i>85</i>	<i>16</i>
Gewogen gemiddelden		<i>38%</i>	<i>52%</i>	<i>10%</i>

Kijken we naar de onderzochte rechterlijke colleges, dan zien we dat zaken van rechtbanken en appelcolleges op dit punt vrij sterk uiteenlopen. Bij rechtbanken ligt de nadruk bij het herstel door het bestuur op andere wijze dan door middel van een besluit. Op het niveau van de rechtbanken geschiedt het herstel bijvoorbeeld geregeld door middel van een (gewijzigde, nadere) motivering of een nader rapport of alsnog ingewonnen advies. Bij de CRvB en meer nog de ABRvS zien wij een omgekeerde tendens: vaker herstel door middel van een nieuw besluit.²⁶³

Opvallend is ook dat het bestuursorgaan in meer dan 10% van de door de rechtbanken toegepaste lussen geheel geen herstelpoging onderneemt. De lus is dan dus mislukt. Ook wat dat betreft lijkt er een verschil te zijn tussen rechtbanken enerzijds en hogerberoepsrechters anderzijds. Bij hogerberoepsrechters komt het minder vaak voor dat geen herstelpoging wordt ondernomen. Het feit dat de hogerberoepsrechter een opdracht geeft en de rechtbanken het bestuursorgaan ‘slechts’ verzoeken, is hiervoor onzes inziens geen verklaring, integendeel. Immers, bij de rechtbanken wordt de lus uitsluitend toegepast als het bestuursorgaan daarmee heeft ingestemd. Te verwachten zou zijn dat dan ook vervolgens (bijna) altijd een reparatie plaatsvindt. Bij de hogerberoepsrechters zou het kunnen voorkomen dat de rechters een opdracht geven, terwijl het bestuursorgaan van meet af aan niet voornemens is om te herstellen. Dat zou moeten leiden tot een hoger percentage aan zaken waarin uiteindelijk geen herstelpoging wordt ondernomen. De feitelijke cijfers zijn echter exact omgekeerd. Een duidelijke verklaring hebben wij hiervoor niet kunnen vinden. Blijkbaar vinden bestuursorganen het makkelijker op de door hen toegezegde medewerking terug te komen dan een opdracht van een (hogerberoeps)rechter niet uit te voeren.

Bestuursorganen die door rechtbanken worden uitgenodigd om aan de bestuurlijke lus uitvoering te geven, doen dat dus meestal niet via een nieuw besluit maar anderszins. Daarin blijkt de toepassing van de bestuurlijke lus in eerste aanleg significant te verschillen van de bestuurlijke lus in hoogste aanleg. Al zijn de aantallen geanalyseerde uitspraken van appelrechters te klein om heel algemene en verstrekkende conclusies te trekken, de aantallen onderzochte uitspraken bij de CRvB (12) en met name de ABRvS (30) zijn groot genoeg om daar wel melding van te maken.

²⁶³ Dat verklaart ook de van tabel 9 afwijkende cijfers die Marseille en Huisman, *NTB* 2014, p. 153 noemen. Zij hebben immers slechts vijf rechtbanken bekeken.

Wordt hersteld op een andere wijze dan door middel van het nemen van een nieuw besluit, dan betreft het vaak het (laten) verrichten van nader onderzoek, het indienen van een brief of nader stuk en het meest komt voor dat er een nadere motivering volgt. Het komt ook af en toe voor een aanvullende motivering wordt opgenomen in een nieuw besluit.

In paragraaf 4.3.1 wezen we al op de voorkeur in de memorie van toelichting voor herstel via een nieuw besluit. Uit de onderzoeksresultaten bleek daar dat de rechter het bestuur evenwel dikwijls vrijheid laat in de keuze van het herstel. Dat de rechter vaak niet dwingend voorschrijft welke vorm voor het herstel moet worden gekozen, maakt dat het bestuur ook gemakkelijk kan opteren om het herstel anders dan door een nieuw besluit te laten verlopen. Een mogelijke (aannemelijke?) verklaring voor herstel anders dan door een besluit, kan liggen in de aard van de meeste gebreken waarbij de bestuurlijke lus wordt toegepast. Dat zijn motiveringsgebreken en zorgvuldigheidsgebreken (bijvoorbeeld nader onderzoek of advies).²⁶⁴ Dat zijn bij uitstek gebreken die goed op een andere wijze dan door een vervangend besluit te herstellen zijn. Er lijkt ons dan ook geen dringende reden aanwezig om aan te bevelen dat herstel altijd in de vorm van een besluit moet plaatsvinden.

4.5.2 Dienen partijen zienswijzen in ten aanzien van de herstellpoging?

De wetgever heeft in art. 8:51b, derde lid, Awb uitdrukkelijk de mogelijkheid gegeven aan partijen om hun zienswijze te geven over de wijze waarop het gebrek is hersteld althans de poging daartoe door het bestuursorgaan. In de praktijk blijken in het overgrote deel van de gevallen waarin de bestuurlijke lus wordt toegepast, inderdaad zienswijzen te worden ingediend. Dat is bij alle onderzochte rechterlijke colleges het geval.

Tabel 10 Worden zienswijzen ingediend?

	Aantal dossiers	Zienswijze(n) ingediend	Herstellpoging, maar geen zienswijze	Geen zienswijze want geen herstel
Rb 1 t/m 4	114	88 = 77%	14 = 12%	12 = 11%
ABRvS	30	26 = 86%	2 = 7%	2 = 7%
CRvB	12	9 = 75%	3 = 25%	0
CBb	6	4 = 66%	1 = 17%	1 = 17%
Totaal	<i>162</i>	<i>127</i>	<i>20</i>	<i>15</i>
Gewogen gemiddelden		<i>78%</i>	<i>12%</i>	<i>10%</i>

Partijen maken zeer vaak gebruik van de mogelijkheid om een zienswijze in te dienen. In de grote meerderheid van uitspraken worden naar aanleiding van de door het bestuursorgaan uitgevoerde herstelactiviteit zienswijzen ingediend. Af en toe komt een zienswijze neer op een geheel of gedeeltelijke instemming met het herstel. In een enkel geval wordt het beroepsschrift ingetrokken, omdat aan het beroep is tegemoetgekomen. Die intrekking geschiedt soms in / tegelijk met de ingebrachte zienswijze, andere keren los daarvan. In slechts 20 uitspraken blijven zienswijzen achterwege, terwijl het bestuursorgaan wel een herstellpoging heeft uitgevoerd. Daarnaast is 15 maal heel goed verklaarbaar waarom geen

²⁶⁴ Zie paragraaf 4.2.7.

zienswijze wordt ingediend, namelijk omdat het bestuursorgaan in het geheel niet tot enige vorm van herstel is overgegaan. Het bestuursorgaan is dan niet op de uitnodiging van de rechtbank om te ‘lussen’ ingegaan. Tamelijk opmerkelijk detail is dat een enkele keer ook bij hoogste instanties (ABRvS, CBb), ondanks het imperatieve karakter van de bestuurlijke lus, herstel achterwege blijft. Een ander detail nog: eenmaal is wel een zienswijze ingediend hoewel het bestuursorgaan niet tot herstel is overgegaan; de zienswijze richtte zich toen tegen de weigering om te herstellen.

4.5.3 Hoe gaat de rechter om met de ingediende zienswijzen?

Het reageren door bestuursorganen op de zienswijzen van appellanten en/of derde partijen komt bij het CBb niet en bij de ABRvS slechts een enkele keer voor, maar gaf verder geen aanleiding tot het wijzigen of aanvullen van het ingediende herstelbesluit en dus ook geen oprekking van de gestelde hersteltermijnen. Volgens een staatsraad is het niet de bedoeling dat het bestuursorgaan na de zienswijzen van appellanten of derden nog een keer de gelegenheid krijgt om het herstel weer aan te passen. Na de zienswijze dient er een beslissing genomen te worden of de zaak ter zitting komt. Als dit niet nodig blijkt, wordt de behandeling gesloten. Omwille van de goede procesorde wordt alles wat daarna binnenkomt meteen teruggestuurd. Volgens deze rechter geef je, door na de zienswijzen nog een herstelbesluit toe te laten, voeding aan de gedachte dat er hoe dan ook een acceptabel besluit uit moet komen en dat behoort niet tot de taak van de rechter. Sommige rechters van rechtbanken en de geïnterviewde bij het CBb achten het daarentegen niet ontoelaatbaar dat een bestuursorgaan naar aanleiding van een zienswijze het besluit nog een keer aanpast. Juridisch gaat het dan om toepassing van art. 6:19 Awb. Dat komt echter zelden voor. Partijen kunnen op het nieuwe besluit dan weer reageren.

Uit de interviews met de rechters en staatsraden bleek dat de ingebrachte zienswijzen als bron van extra informatie bij het rechterlijk oordeel worden betrokken. Door een rechter bij Rb 2 wordt opgemerkt dat bestuursorganen vaak, met name als het gaat om zorgvuldigheidsgebreken (art. 3:2 Awb) met nieuwe (onderzoeks)gegevens komen. Appellanten lukt het dan vaak niet om in de schriftelijke zienswijze hiertegen iets (substantieels) in te brengen. Daarvoor zouden zij ook met een eigen contraexpertise moeten komen. Als dat gebeurt, dan worden tegenargumenten vaak pas mondeling en ter zitting naar voren gebracht. Zienswijzen zijn ook wel eens aanleiding om na de herstelponing nog eens de informele lus toe te passen, zo gaven meerdere rechters van rechtbanken en hogerberoepscolleges aan. Vaak echter, volgens meerdere geïnterviewden, leveren de zienswijzen (voor de rechter) weinig nieuws op. Appellanten reageren, zoals ook uit onze cijfers blijkt, bijna altijd op de herstelponing, maar vaak komt dat neer op een herhaling van zetten en reeds eerder naar voren gebrachte argumenten, aldus de rechters en staatsraden. Niet zelden wordt de mogelijkheid zienswijzen in te brengen ook (ten onrechte) gezien en gebruikt om te opponeren tegen delen van de tussenuitspraak waarop de herstelponing geen betrekking heeft.

Het kwam in de onderzochte dossiers niet voor dat de rechter in de einduitspraak terug moest komen op oordelen uit de tussenuitspraak.²⁶⁵ Ook in de gepubliceerde jurisprudentie zijn zeer

²⁶⁵ Hierover Ortlep, *JBplus* 2012.

weinig gevallen hiervan bekend. Een voorbeeld is een uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van 13 februari 2013.²⁶⁶

Meerdere rechters van rechtbanken gaven aan dat in de einduitspraak zorgvuldig moet, respectievelijk zou moeten, worden omgegaan met de ingebrachte zienswijzen, beter dan nu vaak gebeurt.

4.6 Voor de lus benodigde tijd

Hoe zeer heeft de bestuurlijke lus de procedure van de bij de rechter aanhangige zaak verlengd? Bij de berekening van de mogelijke verlenging die door de lus optreedt, gaan wij uit van de hypothese dat er, *zonder* toepassing van de bestuurlijke lus, op het moment van de tussenuitspraak een einduitspraak zou zijn geweest. De juistheid van deze vooronderstelling is bij de interviews met de rechters getoetst. Naast de benodigde tijd tussen de tussen- en de einduitspraak is ook nagegaan hoeveel van die totale ‘lus-tijd’ de rechter nodig heeft om na de herstel poging van het bestuursorgaan te komen tot zijn einduitspraak.

4.6.1 Benodigde tijd tussen tussenuitspraak en einduitspraak

Tabel 11 schematiseert het tijdsverloop per rechterlijke instantie. Beide peildata zijn samengevoegd teneinde de eventuele gewenningsperikelen rond peildatum 1 te middelen met de toepassing van de bestuurlijke lus rond peildatum 2. Per instantie is van elk geselecteerd dossier het aantal weken tussen beide uitspraken opgeteld. Het totaalcijfer is gedeeld door het totale aantal lus-uitspraken van de betreffende instantie en afgerond tot één cijfer achter de komma.

De tabel geeft zowel een overzicht van het tijdsverloop van *alle* onderzochte lus-uitspraken als van de uitspraken waarin toepassing van de lus *niet* leidde tot een finale beslechting van het geschil.

Tabel 11 Duur van de lus: termijn tussen tussenuitspraak en einduitspraak

	Aantal geselect. best. lussen	Verlenging (gem. in weken)	Aantal best. lussen met finale g.b.	Verlenging (gem. in weken)
Rb 1	30	28.5	24	30.5
Rb 2	30	34.3	26	35.9
Rb 3	30	24.9	23	28.4
Rb 4	23	22.8	17	22.4
ABRvS	30	29.1	27	29
CRvB	12	46.7	9	48.6
CBb	6	25.2	4	24.9
Gewogen gemiddelden		<i>29.4 weken</i>		<i>30.9 weken</i>

²⁶⁶ ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1262.

De kolommen ‘Verlenging (gemiddeld in weken)’ illustreren dat er substantiële verschillen zijn tussen rechterlijke instanties. Uit de dossiers blijkt bovendien dat ook intern, dus per dossier, grote verschillen zichtbaar zijn.

Bij de meeste rechtbanken lopen de benodigde weken tussen tussenuitspraak en einduitspraak uiteen van acht tot 50 weken. De langste termijnen komen voor in de categorieën vreemdeling (Rb 3), bestuursrecht overig (Rb 2) en Wabo/omgevingsrecht overig (Rb 1). Opvallend is dat Rb 2, die het meest lust, gemiddeld duidelijk langer nodig heeft dan de andere rechtbanken. In de bij deze rechtbank onderzochte dossiers leiden de uitschieters (één maal 109 weken, twee maal 92 weken en één maal 79 weken) overigens wel allen tot een geslaagde lus en aldus tot een definitieve beslechting van het geschil. De langlopende lussen hadden betrekking op omgevingsrechtelijke gevallen, sociale zekerheid en op de categorie bestuursrecht overig. De kortst aangetroffen termijn bij Rb 2 bedraagt 16 weken. Een verklaring voor de langere tijdsduur zou kunnen zijn dat deze rechtbank zoveel als mogelijk lust, dus ook in gevallen waarin het onduidelijk is hoe lang de reparatie zal duren of waarin te verwachten is dat zij een aanzienlijke tijd in beslag zal nemen. De andere rechtbanken zijn voorzichtiger met toepassing van de lus in geschillen waarin niet met enige zekerheid te voorspellen is dat de herstel poging snel zal zijn afgerond. Wij hebben deze hypothese echter niet in interviews kunnen toetsen.

De termijn tussen tussenuitspraak en einduitspraak varieert bij de ABRvS van 12 tot 55 weken. Van de 30 dossiers zijn er slechts vier waarbij de benodigde termijn boven de 40 weken ligt (44-45-51-55). Zij vallen allen onder de categorie Bestemmingsplannen. De ‘interne’ afwijkingen lijken bij deze instantie relatief gering.

Bij de CRvB en het CBb past met betrekking tot deze vraag, vanwege het onderscheid in aantallen onderzochte dossiers, enige voorzichtigheid. De CRvB steekt, met een gemiddelde van 46.7 weken in 12 dossiers, duidelijk af bij alle overige onderzochte instanties. De langst aangetroffen termijn is 92 weken (WAO-zaak), de kortste 23 weken (sociale zekerheid). Ook de CRvB is een rechter die zo vaak als mogelijk lust. Ook ten aanzien van deze rechter hebben wij het, niet geverifieerde, vermoeden, dat de lus dus ook in zaken wordt toegepast waarin niet aannemelijk schijnt dat herstel binnen een korte termijn mogelijk is. De lange termijn bij de CRvB zou echter ook ermee te maken kunnen hebben dat de CRvB makkelijk uitstel verleent van de hersteltermijn.

De geselecteerde dossiers van het CBb ten slotte, variëren qua termijn van 15 tot 42 weken. De langste termijn blijkt nodig in een subsidiegeschil met een motiveringsgebrek; een termijn van 15 weken is voldoende in een dossier waarin het voldoende geachte herstelbesluit reeds 12 dagen na de tussenuitspraak wordt genomen.

4.6.2 *Samenhang tussen succes van een lus en daarvoor benodigde tijd?*

Vervolgens is nagegaan of een relatie bestaat tussen de benodigde tijd voor het lussen en het al dan niet succesvol zijn van de lus. In tabel 11 is weergegeven hoe lang de lussen hebben geduurd die succesvol waren. Gemiddeld duren de lussen die succesvol zijn 1.5 week langer dan alle lussen (zij die leiden tot finale geschilbeslechting en zij die dat niet doen). Dat is iets langer. Neemt men in aanmerking dat slechts 22% van de lussen niet leidt tot finale geschilbeslechting, dan is het verschil van 1.5 week nauwelijks significant te noemen. In gevallen waarin toepassing van de bestuurlijke lus leidt tot een finale beslechting van het geschil, is de termijn tussen de tussenuitspraak en de einduitspraak dus iets langer.

4.6.3 *Benodigde tijd tussen herstel(moment) en einduitspraak*

Hierna wordt ingezoomd op het gemiddelde aantal weken tussen toezending van de reparatiepoging en de einduitspraak. Evenals ten aanzien van de hele lengte van de lus werd aanvankelijk de berekening van het percentage op twee categorieën toegepast: in eerste instantie op alle geselecteerde lusedossiers en vervolgens op de dossiers waarin het geschil finaal werd beslecht.

Deze weergave zou echter onzuiver zijn, omdat in een aantal dossiers het geschil niet werd beslecht vanwege het ongebruikt laten verstrijken van de hersteltermijn door het bestuursorgaan. In deze gevallen was er dus geen (datum) herstel(moment). In onderstaand overzicht is daarom ervoor gekozen *uitsluitend* de dossiers waarin het geschil definitief werd beslecht, te betrekken in de telling. Het leek onzes inziens voorts zinvol om de benodigde tijd tussen herstel(moment) en einduitspraak af te zetten tegen het *gehele* tijdvak tussen de tussenuitspraak en de einduitspraak.

Tabel 12 geeft dit weer:

Tabel 12 Benodigde tijd tussen herstelmoment en einduitspraak

	Aantal geselect. best. lussen	Aantal best. lussen met finale g.b.	Tijd nodig tussen tussenuitspraak en einduitspraak (gem. in weken)	Tijd nodig tussen herstelmoment en einduitspraak (gem. in weken)
Rb 1	30	24	30.5	22.2
Rb 2	30	26	35.9	25.5
Rb 3	30	23	28.4	20.1
Rb 4	23	17	22.4	17.5
ABRvS	30	27	29	18
CRvB	12	9	48.6	33.5
CBb	6	4	24.9	19
	<i>161</i>	<i>130</i>		
Gewogen gemiddelden			<i>30.9 weken</i>	<i>21.7 weken</i>

Een vergelijking van beide laatste kolommen leidt tot de conclusie dat de rechter langer doet over de beoordeling van de reparatie, dan dat het bestuursorgaan nodig heeft voor de reparatie zelf.

Eén van de redenen voor de relatief lange tijd die noodzakelijk is voor de rechterlijke toetsing van de reparatie zou kunnen zijn dat de rechter vaak een (tweede) openbare behandeling van de zaak nodig zou achten. Dit vermoeden wordt echter noch in het dossieronderzoek, noch in de interviews bevestigd. Een tweede zitting is, behalve bij het CBb, eerder uitzondering dan regel. In de regel doet de rechter uitspraak op basis van de herstel-poging en de schriftelijke reacties daarop. Onderstaand overzicht geeft weer in hoeveel gevallen een openbare zitting werd gepland na toepassing van een bestuurlijke lus.

Tabel 13 Openbare (tweede) zitting ná toepassing bestuurlijke lus

	Aantal bestuurlijke lussen	Aantal tweede openbare zittingen
Rb 1	30	9 = 30%
Rb 2	30	7 = 23%
Rb 3	30	3 = 10%
Rb 4	23	1 = 4%
ABRvS	30	5 = 17%
CRvB	12	4 = 33%
CBb	6	4 = 67%
	<i>161</i>	<i>33</i>
Gewogen gemiddelde		<i>20%</i>

Uit tabel 13 blijkt dat een tweede zitting gemiddeld genomen slechts in 20% van de onderzochte dossiers wordt georganiseerd. Het argument dat, vanwege de eventuele planning van een tweede zitting, het lus-instrument aan aantrekkelijkheid verliest, wordt hiermee niet bevestigd. In de meest actuele versie (2014) van het landelijk model van de tussenuitspraak worden partijen er zelfs expliciet op gewezen dat het in beginsel niet de bedoeling is om een tweede zitting te houden.²⁶⁷

De vraag is overigens of het beleid van zowel de rechtbanken als van de meeste hoger beroepsrechters om in de regel geen tweede zitting te houden, rechtsstatelijk door de beugel kan. Het verdedigingsbeginsel of recht op hoor en wederhoor houdt in dat partijen kennis kunnen nemen van elkaars standpunten en van de stukken die onderdeel uitmaken van het dossier. Zij moeten gelegenheid hebben op elkaars inbreng te reageren. In beginsel moet dat ook in elkaars aanwezigheid kunnen gebeuren. In art. 8:54 Awb zijn uitzonderingen op dit vereiste vastgelegd. Centraal staat bij deze uitzondering de gedachte dat een mondelinge behandeling geen toegevoegde waarde heeft omdat de uitkomst van het geschil duidelijk is. Dat is na een herstellpoging door het bestuur echter geenszins het geval. Toepassing van de lus kan leiden tot een geheel nieuwe motivering en zelfs tot een inhoudelijk afwijkend besluit. Daarover hebben partijen nog niet in elkaars aanwezigheid van gedachten kunnen wisselen. Wij menen dan ook dat, om rechtsstatelijke fricties te voorkomen en te waarborgen dat de lus voldoet aan het verdedigingsbeginsel uit zou moeten worden gegaan van de noodzaak van een tweede zitting. Slechts in uitzonderingsgevallen zou een tweede zitting achterwege mogen blijven. Art. 8:57 Awb zou overeenkomstig moeten worden aangepast. Bij de formulering van de uitzonderingen zou een oriëntatie op art. 8:54 Awb zinvol zijn. Wij zijn ons bewust van het feit dat verwacht moet worden dat een tweede zitting vaak geen nieuwe aspecten oplevert en dat een zeker gevaar bestaat dat sprake zal zijn van een rituele dans. Dit gevaar kan voor een deel tegemoet worden getreden indien de rechter partijen vraagt of zij afzien van een tweede zitting. Men zou zelfs, onzes inziens zonder rechtsstatelijke bedenkingen, nog een stap verder (respectievelijk minder ver) kunnen gaan en partijen in de gelegenheid stellen in beginsel

²⁶⁷ ‘In beginsel, ook in de situatie dat verweerder de herstelltermijn ongebruikt laat verstrijken, zal de rechtbank zonder tweede zitting uitspraak doen op het beroep.’

altijd een tweede zitting te vragen, tenzij het beroep tegen het besluit in zijn herstelde vorm (inmiddels) kennelijk ongegrond is.²⁶⁸

Een verklaring voor de relatief lange behandelduur door de rechter na toezending van de reparatiepoging door het bestuur zou daartegen kunnen worden gevonden in logistieke en administratieve aspecten. Mogelijk doet de rechter er zo lang over omdat er op het moment waarop de reparatie binnenkomt een werkvoorraad aan zaken is en het even duurt voor de lus weer aan de beurt is. Dit vermoeden wordt gesteund door de mededeling van enkele rechters van rechtbanken dat in de roostering van de zittingen niet structureel rekening wordt gehouden met het terugkomen van geluste zaken. Ook wordt dit vermoeden ondersteund door het feit dat het grootste deel van de doorlooptijden van zaken uit wachttijden bestaat.²⁶⁹

4.7 Hoe vaak vindt er dan definitieve geschilbeslechting plaats en welke dicta worden in de einduitspraak gebruikt?

4.7.1 Heeft toepassing van een bestuurlijke lus geleid tot finale beslechting van het geschil?

Het onderzoek naar de bestuurlijke lussen laat een beeld zien van behoorlijk succesvolle bestuurlijke lussen. Daarmee bedoelen wij althans dat in het leeuwendeel van de geschillen die tot toepassing van de bestuurlijke lus leiden, de lus in finale geschilbeslechting resulteert.

Tabel 14 Verhouding toepassing bestuurlijke lus en finale beslechting van het geschil

	Aantal bestuurlijke lussen	leidend tot finale g.b.
Rb 1	30	24 = 80%
Rb 2	30	26 = 86%
Rb 3	30	23 = 76%
Rb 4	23	17 = 74%
ABRvS	30	27 = 90%
CRvB	12	9 = 75%
CBb	6	4 = 67%
Totaal	<i>161</i>	<i>130</i>
Gewogen gemiddelde		<i>81%</i>

Uit het schema blijkt dat het succes van de toepassing van het instrument relatief groot is. De ‘success rates’ van de verschillende colleges liggen ook redelijk bij elkaar. Alleen het CBb lijkt wat minder succesvol te zijn bij het lussen. Wij willen daaraan echter geen al te grote betekenis hechten nu het aantal onderzochte dossiers bij het CBb tamelijk klein was. Voor het overige kan worden gezegd dat in tenminste driekwart van de gevallen waarin werd gekozen voor toepassing van de bestuurlijke lus, het geschil definitief werd beslecht. Het hoge aantal succesvolle lussen komt overeen met de verwachtingen en belevingen van procespartijen. Als de lus wordt toegepast is eigenlijk al min of meer duidelijk dat je de zaak uiteindelijk verliest, zo sommige procesvertegenwoordigers. Daarom vragen procesvertegenwoordigers van

²⁶⁸ Conform de eisen uit art. 6 EVRM. Zie bijv. CRvB 23 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1379, AB 2014, 281 m.nt. A.T. Marseille.

²⁶⁹ Zie De Jong 2004, p. 74.

appellerende partijen doorgaans ook niet om de lus toe te passen, maar proberen te sturen naar een vernietiging. Vernietigen en nieuw voorzien leidt tot meer mogelijkheden van een andere uitweg uit het geschil waaronder in sommige gevallen de mogelijkheid om het bestuursorgaan toch nog te bewegen af te zien van het besluit, aldus enkele advocaten.

Voorts komt aan de oppervlakte dat een niet geslaagde bestuurlijke lus niet hoeft te betekenen dat er geen finale geschilbeslechting in het verschiet ligt. Zo komt het voor, zij het slechts af en toe, dat na een niet geslaagde lus-uitvoering door het bestuursorgaan, de rechter toch de rechtsgevolgen in stand laat (vier keer) of zelf in de zaak voorziet (vier keer). Dat Marseille en Huisman tot een iets ander resultaat komen, namelijk dat zelfs in een derde van de gevallen waarin de herstellpoging mislukt de rechter toch zelf in de zaak voorziet (en er blijkbaar geen gevallen zijn waarin de rechtsgevolgen in stand blijven)²⁷⁰ kan te maken hebben met het geringere aantal dossiers dat door deze auteurs werd onderzocht of met de beperking van het onderzoek tot rechtbanken uit het noorden en oosten van Nederland. De verklaring daarvoor lijkt ons te zijn dat de rechter na de, weliswaar mislukte, lus toch over voldoende informatie beschikt om vervolgens definitief uitspraak te kunnen doen. De uitspraak zal dan, in elk geval voor een deel, gegrondverklaring luiden. In de gevallen waarin de lus niet (goed, tijdig) is uitgevoerd, gaan de gegrondverklaringen met vernietigingen nogal eens gepaard met een opdracht tot het nemen van een nieuw besluit. Doorgaans inclusief een termijnstelling en meestal ook met enkele wenken ten aanzien van de besluitvorming (de aangeklede vernietiging).

Een mogelijke gevolgtrekking kan zijn dat, zelfs ingeval van echt mislukte lussen waarbij de einduitspraak nog geen finale geschilbeslechting bewerkstelligt, de bestuurlijke lus bijdraagt aan verdere concentratie van geschil en procedure. Daardoor zou een dergelijke mislukte bestuurlijke lus toch enigszins kunnen bijdragen aan een spoedige beëindiging van het geschil. Als deze constatering in de vorm van een aanbeveling zou moeten worden gegoten, dan zou die pleiten voor het handhaven van de figuur van de bestuurlijke lus en voor toepassing daarvan, ook als niet zeker is of het gebrek volledig (maar wel voor een groot deel) zal worden hersteld.

4.7.2 *Dicta*

De rechter hanteert bij de finale geschilbeslechting verschillende dicta.²⁷¹ Het dictum in de einduitspraak is vaak het in stand laten van de rechtsgevolgen. Zelf in de zaak voorzien wordt daarbij ook wel gebruikt, maar aanzienlijk minder frequent.²⁷² Dat de rechter kennelijk een voorkeur heeft om de rechtsgevolgen in stand te laten in plaats van zelf te voorzien, past bij de – elders in dit rapport al uiteengezette – rangorde (en ratio daarvan) van de op finalisering gerichte afdoeningsmodaliteiten.

Ingeval van geslaagd herstel door middel van een nieuw besluit hebben wij enkele keren een niet-ontvankelijkverklaring van het beroep tegen het primaire besluit in combinatie met een ongegrondverklaring van het beroep tegen het herstelbesluit aangetroffen.²⁷³ Ook bij niet-

²⁷⁰ Marseille en Huisman, *NTB* 2014, p. 150-156.

²⁷¹ Zie voor een gedetailleerd overzicht Bijlage III.

²⁷² In de 161 geselecteerde bestuurlijke lus-dossiers waarin een einduitspraak was geweest, betrof het de volgende aantallen: gegrondverklaring met instandlaten rechtsgevolgen: 61 (37.7%); gegrondverklaring met zelf voorzien: 14 (8.6%).

²⁷³ In 13 gevallen (8%).

ontvankelijk- en ongegrondverklaringen gaat de rechter over tot griffierecht- en / of proceskostenvergoeding.

Ingeval van geslaagd herstel door middel van een nadere motivering komt het eveneens voor dat een beroep ongegrond wordt verklaard. Eenmaal troffen wij een loutere niet-ontvankelijkverklaring aan.²⁷⁴ Ook in deze gevallen kunnen proceskosten en griffierechten worden vergoed. De, zo bleek ook uit een aantal interviews met rechters, koninklijke weg is dan echter vernietiging met instandlaten van de rechtsgevolgen.²⁷⁵ Dat willen wij dan ook aanbevelen als te hanteren dictum. Het dient de duidelijkheid naar partijen en anderen en het vergemakkelijkt c.q. faciliteert financiële vergoedingen (griffierechten, proceskosten).

Een gegrondverklaring is eventueel ook relevant in verband met formele rechtskracht en schadevergoedingsclaims.

Een algemene conclusie is dat de bestuurlijke lus in de praktijk haar plaats veroverd heeft in de gereedschapskist van instrumenten die kunnen worden gebruikt om geschillen sneller (dan vroeger) finaal te beslechten. Het is een instrument dat een in vergelijking met andere afdoeningsmodaliteiten een minder ruim toepassingsterrein heeft en pas uit de kist wordt gehaald als de andere afdoeningsmodaliteiten niet inzetbaar zijn. Dan doet het echter doorgaans wat het moet doen. Als de lus wordt ingezet is zij in de meeste gevallen succesvol. Dat wil zeggen dat de rechter langer nodig heeft om zijn werk af te krijgen en tot een (eind)uitspraak te komen, maar dat het geschil in zijn geheel daarmee sneller definitief is beslecht.

4.8 Hoe is het (tijds)verloop van de procedure na een vernietiging met opdracht om opnieuw te voorzien?

Om deze en de volgende vraag te kunnen beantwoorden zijn tien dossiers nader onderzocht waarin het besluit was vernietigd en geen afdoeningsmodaliteit gericht op definitieve geschilbeslechting was toegepast, zonder dat uit de uitspraak of het procesdossier bleek waarom de bestuurlijke lus niet is toegepast. In totaal werden hiervoor twintig dossiers geselecteerd, maar het bleek om diverse redenen²⁷⁶ slechts in tien gevallen mogelijk om met behulp van het bestuursorgaan te achterhalen hoe de procedure na vernietiging verder is verlopen. Het geringe aantal onderzochte dossiers heeft tot gevolg dat geen generaliserende uitspraken over de uit de dossiers komende feiten kunnen worden gedaan. Ook zijn er geen – voor het overige identieke – geschillen waarin de lus de ene keer wordt toegepast en de andere keer niet. Het is dus niet uit te sluiten dat specifieke kenmerken van de onderzochte dossiers gevolgen hebben gehad voor de doorlooptijd. Toch is dit onderzoek zinvol geweest omdat het een indruk geeft van hoe (verschillend) de procedure na een vernietiging zonder toepassing van afdoeningsmodaliteiten gericht op finale geschilbeslechting kan verlopen en hoeveel tijd dan nog nodig kan zijn om geschillen definitief te beslechten.

²⁷⁴ ECLI:NL:RBMNE:2013:1174; niet gepubliceerd op Rechtspraak.nl.

²⁷⁵ Zo ook verwoord in ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:482.

²⁷⁶ Redenen waarom niet meer dossiers binnen de voor het onderzoek ter beschikking staande tijd op deze wijze konden worden onderzocht waren bijvoorbeeld dat de desbetreffende medewerker ziek of inmiddels elders werkzaam was, anderszins niet bereikbaar was of het bestuursorgaan geen uitleg over de zaak wilde geven.

Was lus mogelijk geweest?

Een eerste vraag die ten aanzien van de onderzochte dossiers werd nagegaan was of, naar inschatting van de (proces)vertegenwoordiger van het bestuursorgaan toepassing van de lus tot de mogelijkheden had behoord en zinvol zou zijn geweest. In iets minder dan de helft van de gevallen (vier) was dat zo. In vijf gevallen gaven de vertegenwoordigers aan dat toepassing van de lus niet tot de mogelijkheden behoorde of niet zinvol was. In een geval kon daar moeilijk een uitspraak over worden gedaan. Er werden verschillende redenen genoemd waarom toepassing van de lus niet mogelijk was, vooral dat het bestuursorgaan niet bereid was daaraan mee te werken, bijvoorbeeld omdat de zaak te complex was (of, eenmaal, nog te veel relevante informatie ontbrak) of te veel gebreken kende.

Verloop van de procedure na vernietiging

In totaal zes van de tien geschillen zijn inmiddels definitief beslecht. Een tweetal geschillen is na vernietiging snel definitief beslecht omdat bij nader inzien, soms na nader onderzoek, geheel tegemoet is gekomen aan appellant. In een ander geval is nog uitgebreid onderzoek verricht, maar uiteindelijk ook tegemoet gekomen aan appellant. Definitief beslecht werd ook een geschil omdat de aanvrager voortaan voldeed aan de eisen om de gevraagde tegemoetkoming te krijgen. Het juridisch twistpunt was daarmee van tafel. Ten slotte heeft in een geval het bestuursorgaan in hoger beroep gelijk gekregen en is het oorspronkelijk besluit dus uiteindelijk overeind gebleven.

In vier gevallen is het geschil echter nog steeds niet definitief beslecht. Een keer is, ruim anderhalf jaar na vernietiging, nog niet eens een nieuw besluit in zicht. In het tweede geval is in hoger beroep over de zaak geoordeeld, maar is gelijktijdig een nieuw juridisch traject gestart door aanvragen van een ontheffing Flora- en faunawet. Tegen de weigering van deze ontheffing loopt nog bezwaar. In beide gevallen waarin wel opnieuw is voorzien, maar niet tegemoet werd gekomen aan appellant, is tegen het nieuwe besluit wederom bezwaar en beroep, respectievelijk bezwaar, beroep en hoger beroep ingesteld. Beide zaken lopen nog. Ook werd in een zaak met de Sociale verzekeringsbank als verweerder, na het nieuwe besluit weer een aanvullende aanvraag gedaan, waarna op het besluit daarop bewaar en beroep volgde maar daarin is door de rechter al beslist.

Tijdsverloop

De duur tussen vernietiging en het opnieuw voorzien verschilt zeer tussen de onderzochte dossiers. Men zou kunnen samenvatten: alles komt voor. Er zijn dossiers waarin zeer kort (20 dagen, respectievelijk twee en drie maanden) na de vernietiging, al dan niet na nader onderzoek, een besluit wordt genomen. Daar staat tegenover het geval waarin na ruim anderhalf jaar nog steeds geen nieuw besluit in zicht is. In de andere gevallen waarin na vernietiging een nieuw besluit wordt genomen duurt dat ongeveer een half tot anderhalf jaar (6, 11, 13, 15 en 17 maanden). In één geval is geen nieuw besluit genomen, maar de zaak door hoger beroep definitief beslecht.

Ook de totale duur tussen vernietiging en definitieve geschilbeslechting loopt sterk uiteen. De uitersten zijn aan de ene kant de al weergegeven gevallen waarin na 20 dagen (of in een ander geval 2 maanden) tegemoet is gekomen aan appellant en de zaak daarmee definitief is beslecht en aan de andere kant de drie zaken die nog steeds lopen, in het bijzonder de zaak waarin na ruim anderhalf jaar nog geen nieuw besluit is genomen. In de twee andere nog bij

de rechter aanhangige zaken duurt het geschil na vernietiging inmiddels ruim 18 maanden, respectievelijk 19 maanden voort. In beide zaken is mogelijk een definitieve beslechting binnenkort te verwachten door de uitspraak van de rechtbank, respectievelijk de Afdeling Bestuursrechtspraak over het beroep tegen het opnieuw genomen besluit. Ook in de zaak over de ontheffing op grond van de Flora- en faunawet voor de windturbines zijn inmiddels 19 maanden verstreken na vernietiging. Ten slotte zijn er zaken die anderszins (door alsnog te voldoen aan de voorwaarden voor toekenning van financiële steun) of door hoger beroep definitief worden beslecht. Die geschillen zijn na 14, respectievelijk 15 maanden definitief beslecht. Ook een geval waarin na nader onderzoek tegemoet werd gekomen aan de appellante heeft 15 maanden in beslag genomen.

4.9 Gaat de bestuurlijke lus sneller dan uitsluitend een vernietiging en een nieuwe procedure?

Kan eerder worden gestart met de uitvoering van een complex infrastructureel project?

Het lijkt ons niet zinvol om van deze periodes gemiddelden uit te rekenen en deze dan te vergelijken met de gemiddelde duur van de geschillen waarin toepassing van de lus heeft geleid tot definitieve geschilbeslechting, dan wel de gemiddelden van alle gevallen waarin de lus is toegepast. Daarvoor zijn de aantallen onderzochte dossiers te klein. In de onderzochte gevallen waarin de lus niet werd toegepast, duurt de definitieve beslechting van het geschil vaak nog langer dan één of anderhalf jaar. Dat was het geval in zeven van de tien onderzochte dossiers. De gemiddelde duur tussen tussenuitspraak en definitieve geschilbeslechting bij een succesvolle lus (130 van de 161 dossiers) bedroeg krap zeven maanden. Dat is significant sneller. De geschillen waarin de lus succesvol wordt toegepast zijn dus aanzienlijk sneller definitief beslecht dan de onderzochte geschillen waarin de lus niet werd toegepast. De opmerking van de Raad van State in zijn jaarverslag 2013 dat de bestuurlijke lus in de meeste gevallen voor aanzienlijke tijdswinst zorgt,²⁷⁷ kunnen wij dan ook, anders dan Marseille en Huisman,²⁷⁸ onderschrijven, zij het met de nodige voorzichtigheid op grond van het geringe aantal onderzochte dossiers waarin de lus niet is toegepast.

Daar staat echter ten eerste tegenover dat een tweetal geschillen zeer snel definitief kon worden beslecht zonder toepassing van de lus. Toepassing van de lus had hier tot vertraging geleid. Ook in die gevallen waarin de lus is toegepast, maar dat niet succesvol is geweest ontstaat vaak een aanzienlijke vertraging van doorgaans meer dan een half jaar. Toepassing van de lus leidt dus niet altijd tot versnelling, maar soms tot vertraging. Andersom: indien de lus niet wordt toegepast gaat geschilbeslechting een enkele keer beduidend sneller. Echter in veel gevallen duurt geschilbeslechting zonder toepassing van de lus aanzienlijk langer.

Expliciet is door de opdrachtgever ook nog gevraagd of met toepassing van de lus eerder met complexe infrastructurele projecten kon worden begonnen dan zonder toepassing van de lus. Het antwoord op deze vraag is (overwegend) negatief. Herinnerd zij aan het feit dat de lus in zaken over complexe infrastructurele projecten om diverse redenen (zie hiervoor, paragraaf 4.2.9) zo goed als niet wordt toegepast en dan ook nog in twee van de zeven zaken

²⁷⁷ Jaarverslag Raad van State 2013, p. 60.

²⁷⁸ Marseille en Huisman, *NTB* 2014, p. 156 noemen geen valide reden voor hun tegenspraak nu zij niet hebben onderzocht hoe lang finale geschilbeslechting duurt als de lus niet wordt toegepast.

(rechtbanken inclusief) is mislukt. Bovendien gaf de vertegenwoordiger van het ministerie van Infrastructuur en Milieu aan dat zijns inziens in infrastructuurzaken reparatie door middel van opnieuw voorzien doorgaans ongeveer even lang duurt als door middel van toepassing van de lus. In complexe infrastructurele projecten leidt de lus dus niet tot een versnelling van de besluitvorming. Dat komt enerzijds doordat dit instrument bij complexe infrastructuurprojecten zelden wordt toegepast en anderzijds omdat opnieuw voorzien na vernietiging, althans volgens de inschatting van de vertegenwoordiger van het ministerie van Infrastructuur en Milieu, doorgaans niet (significant) langer duurt dan reparatie in het kader van een lus.

Een andere vraag is nog of de lus in zaken waarin toepassing mogelijk zou zijn geweest, maar daartoe niet is besloten, tot versnelling had geleid. De cohort onderzochte zaken op grond waarvan op deze vraag een antwoord kan worden gegeven is bijzonder klein. Immers, van de tien onderzochte dossiers met een vernietiging met opdracht om opnieuw te voorzien vallen dossiers af waarin toepassing van de lus, volgens inschatting van de vertegenwoordigers van het bestuursorgaan, niet mogelijk of zinvol zou zijn geweest. Dan blijven slechts drie dossiers over. In een van deze drie zaken was complex nieuw onderzoek nodig. Dat is uitgevoerd en kort daarna is een nieuw besluit genomen en is tegemoet gekomen aan appellant. Toepassing van de lus had dan niet of nauwelijks tijdswinst opgeleverd. In de zaak over de windturbines had toepassing van de lus mogelijk wel tot (aanzienlijke) tijdswinst geleid omdat het dan waarschijnlijk niet nodig was geweest om een ontheffing Flora- en faunawet aan te vragen. Ten slotte is er een geval waarin de verwachte tijdswinst zelfs ongeveer kan worden gecijferd: elf maanden. De vertegenwoordiger van het bestuursorgaan merkt daarbij op dat het met toepassing van de lus niet alleen veel sneller had kunnen gaan, maar dat niet toepassing van de lus een groot aantal personen ook veel extra werk heeft opgeleverd. Het dossier moest bij het bestuursorgaan worden bewerkt door verschillende nieuwe personen en uiteindelijk kwam het beroep tegen het nieuwe besluit ook nog terecht bij een andere zittingsplaats van de rechtbank, met (dus) andere rechters.

Mede vanwege het geringe aantal zaken waarop wij ons kunnen baseren kunnen hier niet veel conclusies uit worden afgeleid. Wel kan worden gezegd dat er slechts relatief weinig gevallen lijken te zijn waarin de lus had kunnen worden toegepast, maar dat niet is gebeurd. Ook binnen die groep van zaken waarin de lus 'onterecht' niet is toegepast, zijn er gevallen waarin toepassing weinig tijdswinst had opgeleverd. Soms echter is de tijdswinst en andere winst die met toepassing van de lus had kunnen worden bereikt behoorlijk groot.

4.10 Wat zijn de gevolgen voor de werklust van rechters afgezet tegen een vernietiging?

Veel rechters en staatsraden geven aan dat 'efficiëntieoverwegingen' een belangrijke rol spelen bij de beslissing om (niet) te lussen. Het gaat dan niet om motieven van direct financiële aard. Het feit dat geen extra budget ter beschikking wordt gesteld hoewel een zaak die door een lus wordt beslecht langer duurt, meer werk voor rechters en ondersteunend apparaat betekent en twee uitspraken geschreven moeten worden, is volgens de geïnterviewde rechters en staatsraden niet bepalend voor hun beslissing. Wel in sterke mate bepalend zijn, zoals al aangeduid, logistieke argumenten. Dossiers moeten op een gegeven moment van tafel, zaken mogen niet te lang duren, ook in het licht van de redelijke termijn-eis. Als te veel zaken gelust zijn, is het zittings- en werkschema niet goed meer te plannen. Als een geluste

zaak (na herstelpoging) terug komt, moet deze in het bestaande zittingsschema worden ingepland, althans bij die rechters en in die gevallen waarin een tweede zitting plaatsvindt. Dat is soms moeilijk. Een geluste zaak moet daarom soms enige tijd wachten. Ook dat leidt bij sommigen tot terughoudendheid en het niet te vaak lussen. Voor één van de rechters van Rb 3 zijn dergelijke efficiëntieoverwegingen bepalend voor het zelden toepassen van de lus. Het is energieverspilling, aldus deze rechter, een tussenuitspraak te formuleren als je niet 100% zeker bent dat het bestuursorgaan ook mee wil werken of wanneer het onzeker is of de lus tot herstel van het gebrek zal leiden.

4.11 Artikel 8:51d Awb: verschil tussen uitnodiging tot reparatie (rechtbanken) en opdracht daartoe (hogerberoepsrechters)

De wetgever heeft het noodzakelijk geacht om een verschil te maken tussen het toepassen van de lus door rechtbanken en hogerberoepsrechters. Terwijl de rechtbanken een bestuursorgaan gelegenheid geven om het besluit te repareren, geeft een hogerberoepsrechter, aldus art. 8:51d Awb de opdracht daartoe. In de praktijk is dat verschil betrekkelijk. De hogerberoepsrechter mag dan wel een opdracht geven, hij kan deze opdracht echter niet afdwingen. Als een bestuursorgaan niet wil meewerken, bijvoorbeeld omdat het van opvatting is dat het besluit niet op de door de rechter aangegeven wijze herstelbaar is, dan werkt het niet mee. Het komt in de praktijk ook voor dat bestuursorganen weloverwogen besluiten om een besluit niet te repareren en wel onafhankelijk van de vraag of het om een opdracht of een uitnodiging gaat. Het niet ingaan op de uitnodiging of het niet meewerken aan een opdracht heeft doorgaans hetzelfde gevolg: de rechter zal het besluit vernietigen. Gaat het om een uitspraak van een rechtbank, dan kan het bestuursorgaan, als men het met de vernietiging niet eens is, in hoger beroep gaan. Gaat het om een uitspraak van een hogerberoepsrechter, dan kan het bestuursorgaan nieuw voorzien of het geschil op een andere wijze oplossen. Al met al lijkt het verschil tussen een opdracht en gelegenheid geven om het besluit te repareren weinig toegevoegde waarde te hebben. Het enige verschil dat wij hebben kunnen ontdekken is, zoals hiervoor in paragraaf 4.5.1 is beschreven, dat bestuursorganen iets vaker gevolg geven aan een opdracht om te lussen dan aan een uitnodiging. De vraag is dan of, wil men dit verschil laten vervallen, de wettelijke regeling zou moeten uitgaan van een opdracht of van een uitnodiging. In de wetsgeschiedenis is als argument genoemd om verschil te maken tussen het in de gelegenheid stellen (rechtbanken) en opdragen (hogerberoepsrechters) dat het bestuursorgaan 'legitieme redenen' kan hebben voor een nieuwe besluitvormingsprocedure in plaats van het nemen van een herstelbesluit.²⁷⁹ Indien het bestuursorgaan deze legitieme redenen alleen zou kunnen navolgen door het niet opvolgen van een bindende opdracht van de rechter, dan zou daardoor het gezag van rechterlijke uitspraken worden aangetast. Dat geldt echter ook voor zaken waarin de rechter in hoogste instantie recht spreekt. Ook dan kan het bestuursorgaan van opvatting zijn dat een reparatiepoging niet zinvol is. Het enige verschil is dat een bestuursorgaan het niet eens is met de inhoud van de tussenuitspraak en, als dat mogelijk is, in hoger beroep wil gaan. In die gevallen kan het bestuursorgaan dat echter aan de rechter meedelen. Dan kan en zal de rechter toepassing van de lus achterwege laten.

²⁷⁹ Advies Raad van State en Nader Rapport, *Kamerstukken II 2007/08*, 31 351, nr. 4, p. 9 alsmede Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 351, nr. 8, p. 33.

Gezien het feit dat bestuursorganen iets vaker meewerken aan een lus als die is opgedragen en niet slechts voorgesteld, en het feit dat een uitnodiging om de lus toe te passen met reactietermijn een extra procedurestap en meer werk betekent, neigen wij ertoe om de wettelijke regeling aldus te veranderen dat ook de rechtbanken een opdracht tot het lussen kunnen geven. Art. 8:51a, eerste lid Awb zou moeten worden aangepast. Art. 8:51d Awb kan dan vervallen.

4.12 Heeft de invoering van de bestuurlijke lus geleid tot een verbetering of verslechtering van de positie van de burger?

De bevindingen over deze onderzoeksvraag zijn voor een klein deel gegrond op het dossieronderzoek, maar grotendeels op de (telefonische) interviews, met name van (vertegenwoordigers van) burgers en (milieu)verenigingen, alsmede uit de interviews met bestuursorganen over het vervolgtraject na vernietigingen zonder gebruikmaking van afdoeningsmodaliteiten gericht op finale geschilbeslechting.

4.12.1 'De burger' bestaat niet

De vraag of de bestuurlijke lus heeft geleid tot een verbetering dan wel verslechtering van de positie van de burger is lastig meetbaar en laat zich moeilijk eenduidig beantwoorden. De analyse c.q. beantwoording is voor een groot deel ook niet eenvoudig objectiveerbaar. Zo kan de toepassing van de bestuurlijke lus bijvoorbeeld in de beleving van de ene burger (derde-belanghebbende / omwonende / eiser / appellant) tot een verbetering hebben geleid, terwijl dezelfde lus door een andere burger (bijvoorbeeld de vergunninghouder) als een verslechtering van diens positie wordt ervaren. 'De burger' manifesteert zich kortom in diverse hoedanigheden. Het kan degene zijn die beroep instelt tegen een besluit. Het kan daarnaast gaan om derde-belanghebbenden, met mogelijkerwijs ook onderling contraire belangen. Die onderverdeling brengt mee dat het goed denkbaar is dat wat voordelig is voor de ene burger nadelig is voor de ander. Welke invloed de bestuurlijke lus heeft op de positie van de burger hangt dus ook af van het gekozen perspectief. De opzet van dit deel van het onderzoek en de hiervoor gehouden interviews brengt mee dat de hier weergegeven bevindingen en gemaakte analyses met name zijn geënt op (de ervaringen van) de 'klager-belanghebbende/burger' en niet op bijvoorbeeld die van de vergunninghouder wiens vergunning wordt aangevochten. Uit de interviews die met rechters zijn afgenomen rijst overigens het beeld dat bij toepassing van de bestuurlijke lus met de positie van derde-belanghebbenden rekening wordt gehouden. Rechters trachten veelal derde-belanghebbenden voor de zitting uit te nodigen. Is het geschil echter onoverzichtelijk, zijn er veel en / of onbekende derden, dan plegen rechters doorgaans zeer grote terughoudendheid te betrachten met het inzetten van de bestuurlijke lus. Aldus kan onder meer worden voorkomen dat de bestuurlijke lus voor dergelijke derden een verslechterde rechtspositie meebrengt.

4.12.2 Sneller en meer finaal?

Wordt een geschil door toepassing van de bestuurlijke lus sneller beslecht dan bij uitsluitend een vernietiging, dan weten alle betrokkenen eerder waar zij aan toe zijn. Daarbij zijn partijen en overige belanghebbenden in beginsel gebaat. Het algemeen gevoel bij – ook – (de vertegenwoordigers van) burgers is dat de bestuurlijke lus inderdaad resulteert in een

versnelde beslechting van het geschil. Procesvertegenwoordigers van bestuursorganen delen die indruk met behoorlijk veel stelligheid. Daar staat tegenover dat er toch nog zo'n 20% van geschillen is waarin de lus werd toegepast, maar niet leidde tot definitieve geschilbeslechting. Doorgaans betekent dit een vertraging in de beslechting van deze geschillen van meer dan een half jaar. Uit het onderzoek naar het vervolgtraject na vernietigingen zonder gebruikmaking van afdoeningsmodaliteiten gericht op finale geschilbeslechting komt, zoals gezegd, naar voren dat daar waar toepassing van de lus in de rede had gelegen soms een aanzienlijke versnelling zou zijn gerealiseerd. Hoe veel de versnelling exact bedraagt, is niet te becijferen. Dat alles kan met enige voorzichtigheid – zie nuancering hierna alsmede paragraaf 4.6 – onder verbetering van de positie van de burger worden gerubriceerd. De gevallen waarin een versnelling door de lus is opgetreden of had kunnen worden gerealiseerd indien de lus was toegepast, kunnen niet worden weggestreept tegen of verrekend met de gevallen waarin toepassing van de lus tot vertraging heeft geleid. Onze conclusie is eerder dat de lus bijdraagt tot versnelling van de besluitvorming en de definitieve geschilbeslechting. Veel hangt daarbij af van de juiste inschatting van de kansen van de lus door de rechter.

Advocaten van bestuursorganen en bestuursorganen zelf zijn dan ook vooral van mening dat met de bestuurlijke lus de burger wordt geholpen, omdat hij sneller duidelijkheid krijgt. Die gedachte is ook terug te vinden in de parlementaire geschiedenis en de literatuur.²⁸⁰

Burgers ervaren een en ander niet hetzelfde. Sommige (vertegenwoordigers van) burgers en (milieu)verenigingen laten zich ook op dit punt kritisch uit over de bestuurlijke lus. De lus zou volgens een geïnterviewde niet zozeer een geschil oplossen, maar vooral een procedure over één onderdeel van het meeromvattende geschil verkorten. Met name in het omgevingsrecht met meerpartijengeschillen wordt de rechtspositie van appellant-omwonenden niet geholpen met de bestuurlijke lus, zo wordt opgemerkt. Aan de rechtspositie van de omwonenden wordt met de lus niet altijd recht gedaan, wordt wel gesteld. Er wordt een voorbeeld gegeven van omwonenden die uiteindelijk maar besloten te verhuizen.

4.12.3 Fixatie

Niettegenstaande de mogelijkheid om zienswijzen bij de rechter in te dienen, brengt toepassing van de bestuurlijke lus mee dat belanghebbenden als het ware een meer integrale inspraak- of 'bezwaar'mogelijkheid missen, die wel bestaat tegen een geheel nieuw besluit na een vernietiging. Uitsluitend een vernietiging zou daardoor meer juridische mogelijkheden kunnen meebrengen om ook andere fouten aan de orde te stellen. Een mogelijk nadeel van de bestuurlijke lus is dan ook dat het bestuursorgaan zich louter concentreert op het herstellen van het door de rechter aangewezen gebrek, andere wijzen van oplossing van het onderliggend geschil naar de achtergrond verschuivend.

Dat van de lus een fixerende werking uitgaat c.q. dat zulks in elk geval aldus wordt ervaren komt inderdaad uit de interviews – van met name procesvertegenwoordigers van burgers – wel naar voren. Het bestuursorgaan zou zich door de lus sterk concentreren op het overeind houden van het besluit in plaats van objectief opnieuw naar het project kijken en over te gaan tot integrale heroverweging. Bij een vernietiging is meer kans op hernieuwde integrale besluitvorming. Dit punt wordt diverse keren opgevoerd als één van de nadelige neveneffecten van de bestuurlijke lus. De literatuur die dit potentiële nadeel van fixatie dat

²⁸⁰ Zie o.a. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 352, nr. 8, p. 2-3; Schueler, *BR 2008*; Polak, *NTB 2011*, p. 2.

kleeft aan toepassing van de bestuurlijke lus aanstipte²⁸¹, correspondeert derhalve met de ervaring althans beleving van burgers (en soms ook van bedrijven). Deze fixatie heeft twee gevolgen. Ten eerste raken oplossingen uit beeld die het conflict wellicht ‘beter’ oplossen en tegemoetkomen aan meer verschillende belangen en mogelijk ook goedkoper zijn. Dit nadeel treft het algemeen belang en ook het bestuursorgaan zelf. Het tweede gevolg doet zich meer specifiek bij de appellant voor. Door de fixatie op het besluit krijgt de appellant, vergeleken met vernietiging en opnieuw voorzien, minder gelegenheid om de besluitvorming in het algemeen nog eens ter discussie te stellen en een hem onwettig project wellicht helemaal te voorkomen.

4.12.4 Beperking processuele inspraak- en bezwaarmogelijkheden

Na toepassing van de lus kunnen belanghebbenden zich nog over het herstel uitlaten door middel van het indienen van zienswijzen. De mogelijkheid om zienswijzen in te dienen wordt door vertegenwoordigers van burgers enigszins wisselend c.q. genuanceerd ervaren. Zo kan het bijvoorbeeld afhangen van hoe het bestuursorgaan omgaat met de opdracht tot herstel, en dat blijkt wisselend te zijn. Hoe meer werk van het herstel wordt gemaakt, hoe minder zienswijzen nog kunnen toevoegen. Het belang om zienswijzen te kunnen indienen neemt dan af. Ook de term ‘wassen neus’ wordt wel een enkele keer aan de mogelijkheid om zienswijzen in te dienen verbonden. Een van de geïnterviewden omschrijft de hier bedoelde zienswijzen net als – in zijn optiek – de zienswijzen van afdeling 3.4 Awb als een rituele dans met zeer beperkte meerwaarde. Opgemerkt wordt voorts dat de vrees voor de ‘wassen neus’ met name het geval kan zijn omdat er meestal geen tweede kans wordt geboden om op zitting de zienswijze toe te lichten.²⁸² Het wordt daardoor voor belanghebbenden en hun vertegenwoordigers minder inzichtelijk (dan met zitting) hoe de rechter omgaat met ingediende zienswijzen.

Dit laatste aspect zou als een argument kunnen dienen om te bepleiten vaker dan thans gebeurt toch een tweede zitting te beleggen, nadat de uitgevoerde herstelmaatregelen door het bestuursorgaan hebben plaatsgevonden.

Hier kan als tussenconclusie worden getrokken dat de figuur van de bestuurlijke lus als nadelig wordt ervaren door de beperkte processuele mogelijkheden die beschikbaar zijn bij toepassing van de bestuurlijke lus. In zoverre kan van enige verslechtering van de rechtspositie van de burger worden gesproken.

4.12.5 ‘Bestuurtje helpen’

Voordat de bestuurlijke lus in werking trad, is veel gediscussieerd over de vraag of de lus niet sterk neerkwam op het eenzijdig helpen/bevoordelen van het bestuur.²⁸³ Inderdaad wordt de

²⁸¹ Zeer wel denkbaar is dat betrokkenen, waarbij het primair om het bestuursorgaan gaat, na een vernietiging, hun standpunten nog eens heroverwegen en de vernietiging aldus meer ruimte kan laten dan de voorgeschreven, afgebakende route na toepassing van de bestuurlijke lus. Vgl. Marseille, Boekema & De Waard, *NTB* 2012/19, p. 126-139.

²⁸² Art. 8: 57, tweede lid, Awb verschaft de rechter de bevoegdheid na toepassing van de bestuurlijke lus te bepalen dat, in een viertal in de wet opgesomde situaties, een (tweede) zitting niet meer noodzakelijk is. Deze bevoegdheid wordt echter begrensd door het in art. 6 EVRM neergelegde verdedigingsbeginsel, dat eist dat alle partijen zich in beginsel desgewenst mondeling moeten kunnen uitlaten over alle relevante aspecten van de zaak en de stukken die zijn overgelegd. Zie CRvB 23 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1379, AB 2014, 281 m.nt. A.T. Marseille. Overigens werd (slechts) in gemiddeld 20% van de door ons onderzochte bestuurlijke lus-dossiers een tweede zitting georganiseerd.

²⁸³ Zie o.a. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 4, p. 5; *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 8, p. 2 en p. 3, waar wordt gesteld dat het bestuursorgaan geen extra kans tot herstel krijgt maar die kans slechts sneller krijgt.

bestuurlijke lus door (gemachtigden van) burgers wel ervaren als ‘bestuurtje helpen’. Waar bestuursorganen mogelijkheden tot herstel krijgen, krijgen burgers die niet. In het verlengde daarvan bestaat het risico, zo sommige geïnterviewden stelden, dat met de lus een inbreuk wordt gemaakt op de ‘equality of arms’. Er lijkt in de perceptie ter zake wel te moeten worden onderscheiden tussen particuliere burgers en bedrijven. Uit de interviews met advocaten van bedrijven komt naar voren dat zij tevreden zijn met de bestuurlijke lus; zij willen graag zo spoedig mogelijk duidelijkheid, ook al is het resultaat voor hun negatief. Zij ervaren de lus dan ook niet als nadelig in de zin van het eenzijdig helpen van het bestuur. Dit gevoel komt in sterke mate overeen met hetgeen een aantal auteurs – en de pleitbezorgers van de lus in de Kamers – over de bestuurlijke lus opmerkten.²⁸⁴

In het verlengde hiervan merken wij nog op dat uit de interviews met (advocaten van) de bestuursorganen naar voren kwam dat bij hen niet het idee heerst dat met de bestuurlijke lus sprake is van ‘bestuurtje helpen’. De burger wordt in hun optiek juist geholpen, omdat hem sneller duidelijkheid wordt geboden. Los van de vraag in hoeverre het sneller duidelijkheid bieden omtrent iemands rechtspositie de gedachte van ‘bestuurtje helpen’ wegneemt, leeft bij sommige juridische vertegenwoordigers van burgers niettemin wel die gedachte van het eenzijdig bevoordelen van het bestuursorgaan. Elders in dit rapport bespraken wij CRvB 16 april 2013. Door een partij bij wie daarmee – volgens de CRvB in onderhavig geval dus terecht – de indruk rees van een vooringenomen rechter en een inbreuk op de ‘equality of arms’ zal de bestuurlijke lus als een verslechtering van zijn rechtspositie worden ervaren. Dat een bestuursorgaan een soort herkansing krijgt en daarbij op weg wordt geholpen door de rechter kan in de beleving van burgers als een verslechtering van hun positie worden geïnterpreteerd. Te bedenken valt bij dit alles echter nog dat toepassing van de lus lang niet altijd leidt tot een voor de klagende burger ongunstig resultaat. In niet weinig gevallen wordt na toepassing van de lus alsnog aan de klager tegemoet gekomen.²⁸⁵

4.12.6 Slordiger besluitvorming?

Niet op voorhand uit te sluiten is dat de bestuurlijke lus meebrengt dat bestuursorganen besluiten minder zorgvuldig voorbereiden en nemen.²⁸⁶ Bestuursorganen zouden de indruk kunnen krijgen dat de rechter via de lus hen alsnog de kans biedt een gemankeerd besluit deugdelijk te maken, min of meer ongestraft. Dat zou dan een nadelig neveneffect van de bestuurlijke lus zijn. Dat is echter niet het beeld dat rijst uit het onderzoek. Bij de (gemachtigden van) burgers bestaat niet de indruk dat de invoering van de bestuurlijke lus heeft geleid tot slordiger besluitvorming, omdat het bestuur ook zonder lus altijd nog wel een herkansing zou krijgen. (Vertegenwoordigers van) bestuursorganen menen evenmin dat door de invoering van de bestuurlijke lus slordiger besluiten worden genomen. Erkend werd dat soms door tijdsdrukke een besluit niet voor 100% zorgvuldig kan worden voorbereid. Dat gebeurt echter sinds introductie van de lus niet vaker of minder vaak, volgens de geïnterviewden.

²⁸⁴ Vgl. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 8, p. 6 en p. 8.

²⁸⁵ Marseille & Huisman, *NTB* 2014, p. 154 komen tot de slotsom dat toepassing van de lus in bijna de helft van de gevallen leidt tot een wijziging van het bestreden besluit ten gunste van de appellerende burger. Op hun rekensom valt wat af te dingen, bijvoorbeeld omdat zij aannemen dat in alle gevallen waarin de rechter na mislukken van de lus zelf in de zaak voorziet dat in het voordeel van de burger uitpakt. Dat kan echter niet worden verondersteld. Toch staat vast dat toepassing van de lus lang niet altijd betekent dat het besluit van het bestuur overeind blijft en het beroep van de klager wordt afgewezen.

²⁸⁶ Zie o.a. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 8, p. 9; *Handelingen II 2008/09*, nr. 59, p. 4776.

4.12.7 De verhouding tot de informele lus

Tot slot van dit deel maken wij een korte opmerking over de relatie van de formele of wettelijke bestuurlijke lus van art. 8:51a Awb met de informele lus. De informele lus was reeds een in de praktijk bestaand instrument. De informele lus is ook thans nog steeds inzetbaar. Uit de interviews komt naar voren dat bij een enkeling van de procesvertegenwoordigers van de burgers de informele lus de voorkeur geniet boven de wettelijke bestuurlijke lus. Er wordt van de informele lus bijvoorbeeld wel gezegd dat deze sneller werkt dan de wettelijke bestuurlijke lus, het bestuursorgaan meer vrijheid biedt hoe het gebrek te repareren en de processuele mogelijkheden minder beperkt. Daar staat dan weer tegenover de door de status van de tussenuitspraak geboden grotere mate van rechtszekerheid die kleeft aan de wettelijke bestuurlijke lus (zie nader par. 4.2.10). De voorkeuren voor de informele of de formele lus lopen uiteen, dan wel er is geen voorkeur. Men zou kunnen stellen dat in de visie van diegenen die de informele lus prefereren, toepassing van de formele lus geen verbetering van de positie van de burger meebrengt.

4.12.8 Conclusies

Het is vanzelfsprekend moeilijk om aan percepties van betrokkenen harde conclusies te verbinden. Toch denken we wel enige opmerkingen te mogen maken. Anders dan bij advocaten van betrokken bedrijven wel (eens) het geval is, krijgt de bestuurlijke lus bij de meeste burgers-particulieren de handen nauwelijks op elkaar. Zij ervaren de lus als een instrument dat hen niet, maar het bestuur wel vooruit helpt. Een aanbeveling kan zijn, ook om voldoende draagvlak voor de lus en vertrouwen in de (op finalisering gerichte) bestuursrechtspraak te handhaven, dat de rechter de inzet van de lus (nog nadrukkelijker) bespreekt met partijen. En voorts dat hij steeds goed motiveert waarom hij voor toepassing besluit. Soms heeft het bestuur simpelweg voldoende herstelkansen gehad, waardoor een lus niet (meer) in de rede ligt.²⁸⁷ Daarnaast is het zaak dat casus als waarvan sprake was in CRvB 16 april 2013 – kortweg: door te vergaande aanwijzingen het bestuursorgaan bewegen tot besluitvorming die wel genade vindt in de ogen van de rechter – te vermijden. Aldus kan de gedachte van de bestuurlijke lus als instrument om het bestuur een handje te helpen minder licht postvatten bij de burger.

²⁸⁷ De rechter verbindt dan materiële consequenties aan het mislukken van eerdere herstel mogelijkheden. Met name de CRvB laat deze benadering zien, bijvoorbeeld in CRvB 9 maart 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BV8334.

5. Een Duitse bestuurlijke lus?

5.1 Inleiding

Een Duitse regeling die overeenkomt met art. 8:51a e.v. Awb bestaat niet. In tegendeel: in 1996 werd een verruiming van § 113 I Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) voorgesteld, die vergaande overeenkomsten vertoonde met de bestuurlijke lus, zij het dat het eerder ging om de Belgische (beperkte) versie van de lus dan om de Nederlandse versie. Dit voorstel ontmoette aanzienlijke weerstand en werd door het parlement uiteindelijk afgewezen (zie nader paragraaf 5). Echter, het Duitse recht komt op andere wijze tegemoet aan het streven om geschillen zoveel mogelijk definitief te beslechten. Enerzijds gaat het daarbij om enkele principiële kenmerken van het Duitse bestuurs(proces)recht, anderzijds om enkele concrete bepalingen en instrumenten die mede dit doel dienen. Het blijkt daarbij noodzakelijk om binnen het Duitse recht te differentiëren. In het bijzonder bevat het recht tot toelating van infrastructurele projecten (Fachplanungsrecht) beginselen en ook instrumenten die sterk afwijken van het algemene bestuursrecht. Hierna wordt daarom beschreven, welke uitgangspunten en beginselen van het Duitse bestuurs(proces)recht een definitieve geschilbeslechting bevorderen en welke instrumenten hiervoor kunnen worden ingezet. Ook worden de grenzen van die instrumenten beschreven.

5.2 Enkele kenmerken van het Duitse bestuurs(proces)recht

5.2.1 De omvang van de rechterlijke toetsing is bij beroepen van derde-belanghebbenden beperkt tot mogelijke strijdigheid met subjectieve rechten van de desbetreffende belanghebbenden

Een zeer wezenlijk kenmerk van het Duitse bestuurs(proces)recht is het feit dat de bestuursrechtelijke rechtsbescherming uitsluitend dient ter bescherming van individuele publiekrechtelijke rechten (recours subjectif in optima forma). Dit heeft tot gevolg, dat de bestuursrechter bij beroepen door derde-belanghebbenden slechts nagaat of het besluit²⁸⁸ in strijd is met rechten van de appelland (§ 113 I VwGO). Ter voorkoming van misverstanden is het echter belangrijk daarbij met het volgende rekening te houden. Is de adressant van een belastend besluit de appelland, dan kan hij zich bijna altijd op een grondrecht beroepen. Het gaat dan om het grondrecht op eigendom, vooral echter ook het grondrecht in beginsel te mogen doen en laten wat men wil ('allgemeine Handlungsfreiheit', art. 2 I GG). Is een appelland in een grondrecht geraakt en zou het kunnen zijn dat het besluit in strijd is met een van zijn grondrechten, dan heeft deze appelland recht op een volledige toets van het besluit. De rechter dient dan dus na te gaan of het besluit in overeenstemming is met het objectieve recht (en niet alleen met bepalingen die tenminste mede dienen ter bescherming van de klager), waaronder ook vorm- en procedurebepalingen. Alleen de §§ 45 en 46 VwVfG (waarover later meer) vormen hier een beperkte uitzondering op. Met andere woorden: het relativiteitsvereiste (of de Schutznormtheorie) speelt dan dus geen rol.²⁸⁹ Het Duitse recht kan dus voor de adressant van een beschikking tot een meer omvattende toets van het bestreden besluit leiden dan in Nederland ('relativiteitsbeginsel') het geval is. Dat is echter anders

²⁸⁸ Wij vertalen het Duitse 'Verwaltungsakt' eenvoudigheidshalve hier met besluit, wel wetende dat er aanzienlijke verschillen zijn tussen het Duitse Verwaltungsakt en het besluit in de zin van de Awb.

²⁸⁹ Deze belangrijke beperking van het Schutznormvereiste (of het relativiteitsbeginsel) wordt in Nederlandse beschrijvingen van het Duitse bestuursprocesrecht soms veronachtzaamd.

indien een derde-belanghebbende beroep instelt. Derde-belanghebbenden kunnen zich uitsluitend beroepen op rechtsnormen die hun belangen beogen te beschermen (Schutznormvereiste, § 42 II VwGO). Veruit de meeste vorm- en procedurevoorschriften dienen niet ter bescherming van individuele belangen en kennen dus geen individuele rechten toe. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen is sprake van zogenoemde ‘absolute procedurebepalingen’ die ook door derde-belanghebbenden kunnen worden ingeroepen. Voor zover het gaat om beroepen van derde-belanghebbenden is het toetsingskader van de Duitse rechter dus duidelijk beperkter dan dat van de Nederlandse rechter. Handelt een bestuursorgaan in strijd met procedurevoorschriften of bepalingen over de vorm, dat kan de bestuursrechter dit alleen toetsen indien het gaat om een beroep door de adressant van een (belastend) besluit. Een deel van de beroepen waarbij in Nederland de bestuurlijke lus wordt ingezet wordt aldus ofwel door de Duitse bestuursrechter niet eens ontvankelijk verklaard, dan wel volgt er geen gegrondverklaring, omdat strijdigheid met procedure- en vormvoorschriften niet behoort tot het toetsingsprogramma van de rechter.

Bijzondere aandacht verdient in dit verband § 4 Umweltrechtsbehelfgesetz (UmwRbG). Daarin is bepaald dat vernietiging van een M.e.r.-plichtig besluit uitsluitend kan worden geëist indien in het geheel geen m.e.r. of voortoets is uitgevoerd. Fouten in de m.e.r.-procedure of in het M.e.r.-rapport kunnen dus in geen geval leiden tot vernietiging van het desbetreffende besluit, onafhankelijk van aard en zwaarte van de fout. In 2013 is § 4 Abs. 1 UmwRbG iets verruimt. Een besluit kan nu ook worden vernietigd indien een voortoets onbegrijpelijk (‘nicht nachvollziehbar’) is. Ook na deze (kleine) verruiming blijft het toepassingsbereik van § 4 UmwRbG echter heel beperkt. Deze beperking geldt niet alleen voor beroepen door derde-belanghebbenden, maar ook voor beroepen door de adressant van een belastend (m.e.r.-plichtig) besluit. Het was al lang omstreden of § 4 UmwRbG en de restrictieve interpretatie van § 42 II VwGO in overeenstemming zijn met EU-recht en het Verdrag van Aarhus. Het Hof van Justitie EU (HvJ EU) heeft onlangs in zijn Altrip-arrest²⁹⁰ geoordeeld dat dit niet zo is. § 4 UmwRbG dient dus te worden aangepast.²⁹¹ Hierop zal bij de bespreking van § 46 VwVfG nog nader worden ingegaan.

5.2.2 De rechter is verplicht om ambtshalve kennis van de feiten en het toe te passen recht te vergaren (Untersuchungs- und Amtsermittlungsprinzip)

Men dient de hiervoor beschreven beperking van het toetsingskader van de bestuursrechter (bij procedures ingesteld door derde-belanghebbenden) mede in beschouwing te nemen, wil men de verplichting tot ambtshalve onderzoek naar de feiten (§ 86 VwGO) goed begrijpen en de verplichting van de rechter om een bij hem dienende zaak dusdanig op te helderen dat een (finale) beslechting mogelijk is (‘spruchreif machen’). Ingevolge § 86 VwGO moet de bestuursrechter de feiten van een zaak ambtshalve ophelderen. De rechter is daarbij gebonden aan de omvang van het geschil zoals de appellant dat heeft voorgelegd, maar niet aan de letter van het beroep (§ 88 VwGO). Binnen de door het beroepschrift en de mogelijkheid van strijd met een recht van de appellant beperkte omvang van het geschil moet de rechter nagaan wat de ‘materiële waarheid’ van de voorgelegde zaak is. De betekenis van deze plicht verschilt sterk naargelang het om een meer gebonden bevoegdheid of een bevoegdheid met

²⁹⁰ HvJ EU 7 november 2013, C-72/12, AB 2014/7 m.nt. Backes.

²⁹¹ Dat is in Duitsland overigens omstreden, zelfs tussen de verschillende senaten van het BVerwG; zie nader Seibert, NVwZ 2013, p. 1045.

beleidsvrijheid gaat. Indien blijkt dat de motivering van het bestuur een gebonden besluit niet kan dragen of onjuist is of een besluit onvoldoende is voorbereid (zorgvuldigheidsgebrek), dient de rechter na te gaan hoe de feiten van de zaak zijn en of het besluit met een andere motivering overeind kan blijven. Deze verplichting tot actieve opheldering van de feiten van de casus strekt veel verder dan in Nederland. De rechter laat de motivering van het bestuur dan terzijde en bepaalt zelf, 'ongeacht de onjuiste of gebrekkige opvatting van het bestuur' of het besluit materieel juist of fout is. In een vergelijkbare zaak (maar de zaken zijn voor een belangrijk deel niet vergelijkbaar, zoals hierna zal blijken) zou een Nederlandse rechter waarschijnlijk proberen om zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten. Zoals gezegd geldt dit echter slechts bij gebonden beschikkingen. Gebonden beschikkingen komen in Duitsland duidelijk vaker voor dan in Nederland. In zoverre is de praktijk van bestuursrechtelijke geschilbeslechting slechts deels vergelijkbaar. Niet alleen bouwvergunningen zijn gebonden beschikkingen, maar ook vele besluiten in het vreemdelingenrecht, het economisch publiekrecht, het subsidierecht en het fiscale recht alsmede bijvoorbeeld milieuvergunningen voor inrichtingen. Heeft het bestuur daarentegen beleidsvrijheid, dan is de juiste motivering deel van de uitoefening van de beleidsvrijheid en mag de rechter daarin niet treden. Hij dient dan een besluit vanwege onjuiste of onvolledige motivering te vernietigen, maar mag de motivering niet vervangen.

De verplichting tot ambtshalve opheldering van de feiten bij gebonden besluiten wordt aangevuld met de verplichting om een zaak zo op te helderen dat deze zoveel mogelijk finaal kan worden beslecht. Finaal beslechten betekent hierbij dat de rechter alle materiële aspecten van de zaak opheldert, uitspreekt of het besluit juist of fout was en mogelijk vervolgens zelf in de zaak voorziet. Beide verplichtingen zijn echter begrensd. Voor zover het dossier geen gegevens bevat en partijen bepaalde aspecten of feiten niet aan de rechter voorleggen, hoeft deze ook niet actief op zoek te gaan naar feiten, beroepsgronden etc. In beginsel mag de rechter echter een gebonden besluit niet vernietigen, (slechts) omdat de motivering van het besluit door het bestuur niet deugt. In de plaats daarvan moet de rechter nagaan of de materiële inhoud van het besluit juist is of niet. In Nederland zou in een dergelijke constellatie, als wij het juist zien, de rechter moeten nagaan of de rechtsgevolgen van een besluit wegens een motiverings- of zorgvuldigheidsgebrek vernietigd moeten worden.

Het is belangrijk om bij dit alles rekening te houden met het feit dat het Duitse recht in veel grotere mate gebonden bevoegdheden kent. Zo kan de uitvaardiging van een Verwaltungsvorschrift²⁹² van een oorspronkelijk beleidsvrije bevoegdheid een gebonden bevoegdheid maken en hebben grondrechten vaak tot gevolg dat het bestuur een beleidsruimte mag krijgen, maar er alleen sprake mag zijn van gebonden bevoegdheden. Gebonden bevoegdheden, en dus ook de verplichting om ambtshalve de feiten van een casus en het toepasselijke recht na te gaan, hebben in het Duitse bestuurs(proces)recht een van het Nederlandse duidelijk afwijkende, ruimere betekenis.

De verplichting tot het ambtshalve ophelderen van feiten en recht (Untersuchungsgrundsatz) draagt, bij gebonden bevoegdheden, bij aan het definitief beslissen van geschillen en beperkt het gevaar van 'bestuursrechtelijk pingpong'. De Untersuchungsgrundsatz vindt zijn tegenhanger, en ook zijn begrenzing, in de verplichting van de partijen om mee te werken aan

²⁹² Vaak, en ook het beste, vertaald als beleidsregel. Echter, de binding aan Verwaltungsvorschriften gaat verder dan die aan beleidsregels.

de opheldering van het geschil. Voor zover de partijen hiertoe beter in staat zijn dan de rechter, zijn zij gehouden de feiten van een casus op te helderen. Dat geldt in het bijzonder voor het bestuursorgaan. In dat verband kan de rechter partijen opdragen bepaalde bewijsmiddelen in te dienen of kan hij andere opdrachten verstrekken. Ingevolge § 86 III VwGO dient de rechter, in het bijzonder voorafgaande aan de eerste mondelinge zitting, erop toe te zien dat procesrechtelijke fouten worden hersteld, onduidelijke eisen worden verduidelijkt en de feiten worden opgehelderd. De rechter heeft dus, vooral voorafgaande aan de zitting, een zeer actieve rol in het proces bij de opheldering van de 'materiële waarheid'. Ingevolge § 87 VwGO dient de rechter voordat de zaak ter zitting komt alle maatregelen te nemen die nodig zijn om het geschil zo mogelijk in (respectievelijk na) één mondelinge zitting te kunnen beslissen. Hij kan daarbij, onafhankelijk van hetgeen partijen naar voren brengen en vragen, inlichtingen vragen, getuigen en deskundigen oproepen en documenten aanvragen, desnoods onder bepaling van termijnen (§ 87b VwGO). Gedeeltelijk herinnert deze verplichting tot een zo ver en zo goed mogelijke voorbereiding van de zitting aan de in Nederland nog niet zo lang geleden ingevoerde 'nieuwe zaaksbehandeling'. Deels gaat de verplichting van de rechter om de feiten van de casus actief op te helderen echter nog verder dan in het Nederlandse recht. Dat draagt bij aan het definitief ophelderen van de materiële rechtsposities van partijen en dus aan het definitief beslechten van het voorliggende geschil.

Een vraag is of de in vergelijking met Nederland andere invulling van de taak van de rechter en de nadruk op de Untersuchungs- und Amtsermittlungsgrundsatz tot gevolg hebben dat procedures bij de bestuursrechter duidelijk langer duren dan in Nederland. De gemiddelde duur van een procedure bij het Verwaltungsgericht lag in 2012 in Duitsland bij 9,8 maanden. De duur loopt sinds 2005 (14,1 maanden) constant terug.²⁹³ Dat is korter dan de duur in Nederland. Wel kan de bestuursrechtelijke procedure in zijn geheel langer duren als een procedure bij een Verwaltungsgericht begint en vervolgens naast hoger beroep bij het Obergericht ook nog Revision bij het Bundesverwaltungsgericht wordt ingesteld. Dat heeft dan echter niets te maken met de taakopvatting en procespraktijk van de Duitse bestuursrechter. Overigens doen zich grote verschillen voor tussen de deelstaten. In de oude deelstaten duren processen wezenlijk korter (5,0 maanden in Rheinland-Pfalz) dan in de nieuwe deelstaten (25 maanden in Mecklenburg-Vorpommern).²⁹⁴

Aangetekend dient te worden dat de Untersuchungs- und Amtsermittlungsgrundsatz in de laatste jaren wordt bekritiseerd.²⁹⁵ Benadrukt wordt dat deze beginselen niet zonder beperking zijn en geen absolute gelding hebben. De taak van de rechter om actief de feiten op te helderen en te zoeken naar de materiële waarheid van het voorliggende geschil zou moeten worden afgewogen tegen de verplichting om geschillen bij de bestuursrechter vlot ten einde te brengen. Deels betekent dit ook: snelle geschilbeslechting moet worden afgewogen tegen definitieve geschilbeslechting.

²⁹³ Statistisches Bundesamt 2012.

²⁹⁴ Zie uitvoerig over versnelling van bestuursrechtelijke procedures o.a. in Duitsland: Backes e.a. 2010.

²⁹⁵ Zie hierover Backes, *Trema* 2012, par. 4.3.

5.2.3 § 113 III VwGO – begrenzing van de verplichting om een zaak ‘spruchreif zu machen’

§ 113 III werd door het 4. Verwaltungsgerichtsordnungsänderungsgesetz (VwGOÄndG) aan de VwGo toegevoegd. Deze bepaling voorziet in een uitzondering van de verplichting een zaak geheel op te helderen teneinde deze definitief te kunnen beslissen. Terwijl een bestuursrechter een besluit normaal gesproken niet mag vernietigen (uitsluitend) omdat het bestuur de feiten onvoldoende heeft onderzocht of het besluit niet goed heeft gemotiveerd, mag dit ingevolge § 113 III VwGO bij wijze van uitzondering wel, indien de rechter ‘een verdere opheldering van de zaak door het bestuur nodig acht’. In zo’n geval kan de rechter het besluit vernietigen en de zaak naar het bestuur terug verwijzen. Dit beschrijft de wijze waarop Nederlandse rechters tot enkele jaren geleden in bijna alle gevallen zijn omgegaan met zorgvuldigheids- en motiveringsgebreken. Doel van de invoering van deze bepaling was een ‘spoedige beëindiging van de procedure bij de bestuursrechter’.²⁹⁶ Daarmee is echter niet bedoeld een spoedige (definitieve) beëindiging van het geschil, maar slechts een spoedige afdoening van de op dat moment bij de rechter aanhangige zaak en dus het terugbrengen van de doorlooptijden van bestuursprocesrechtelijke procedures. Precies omgekeerd als in Nederland heeft de Duitse wetgever het dus nodig geacht om de rechter te behoeden om zelf te actief te zijn in het zoeken naar een mogelijkheid het geschil definitief op te helderen en definitief te beslissen. Als de zaak verder beter verder kan worden behandeld door het bestuur dan door de rechter, dan moet de rechter, aldus de Duitse wetgever, volstaan met een vernietiging en terugverwijzing. De pas in 1990 in de VwGO ingevoegde bepaling heeft dus tot gevolg dat geschillen juist iets minder vaak definitief beslecht worden. Beter gezegd: § 113 III VwGO zou dit tot gevolg kunnen hebben. Echter, het meest interessante aan deze bepaling is wellicht dat § 113 III VwGO in de praktijk zo goed als niet wordt toegepast. Hiervoor lijken twee redenen te bestaan. Ten eerste mag § 113 III VwGO slechts worden toegepast binnen zes maanden nadat het bestuur zijn verweerschrift heeft ingediend. Doorgaans is de rechter dan nog niet zo ver. Ten tweede, en dat is in ons verband belangrijker, vinden bestuursrechters dat deze bepaling een inbreuk vormt op de hun opgedragen taak, namelijk de feiten van een geschil volledig op te helderen en dat deze dus ‘systeemfremd’ is (niet in het bestuursprocesrecht past). De door ons ondervraagden en de literatuur kwalificeren deze bepaling dan ook als ‘placebo voor politici’²⁹⁷ en als symboolwetgeving.

5.3 Instrumenten die bijdragen tot een definitieve geschilbeslechting

Naast deze, van het Nederlandse recht deels duidelijk afwijkende kenmerken van het Duitse bestuurs(proces)recht die bijdragen tot een definitieve geschilbeslechting en dus de noodzaak van een instrument als de bestuurlijke lus verminderen, kent het Duitse recht nog enkele meer specifieke instrumenten die een soortgelijke strekking hebben.

5.3.1 Helingsmogelijkheden en buiten beschouwing laten van vorm- en procedurefouten

Vergelijkbaar met art. 6:22 Awb zijn ook de §§ 45 en 46 VwVfG erop gericht te voorkomen dat een besluit moet worden vernietigd wegens strijd met het recht indien de verkeerde

²⁹⁶ BT Drs. 11/7030, 29.

²⁹⁷ Gerhard, § 113 VwGO, Anm. 56

toepassing van het recht niemand heeft benadeeld. Anders dan art. 6:22 Awb zijn de §§ 45 en 46 VwVfG echter beperkt tot vorm- en procedurevoorschriften.

Ingevolge § 45 I VwVfG kan een procedurefout, na het van kracht worden van een besluit, worden geheeld, indien alsnog aan de desbetreffende procedurele verplichting wordt voldaan en de procedurestap dus wordt ingehaald. Dat geldt voor de hierna opgesomde verplichtingen:

- het indienen van een aanvraag
- de motivering van een besluit
- het horen van belanghebbenden
- een besluit van een (ander) gremium dat een noodzakelijke voorwaarde is voor het tot stand kunnen komen van het besluit
- de medewerking van een ander bestuursorgaan.

Aan deze vorm- en procedure eisen kan nog worden voldaan tot aan het einde van de bestuursrechtelijke procedure, echter niet meer in 'Revision'²⁹⁸. Overigens is het recht van de deelstaten hier deels strikter. Zo kan § 45 VwVfG NRW slechts tot aan het einde van de rechterlijke procedure in eerste aanleg (en dus niet nog tijdens hoger beroep bij het OVG) worden toegepast.

In Nederland wordt de functie van § 45 VwVfG deels overgenomen door de lus. De mogelijkheid om door middel van toepassing van de lus een ontbrekende motivering alsnog toe te voegen is daarbij van bijzonder belang. Anders dan in Nederland moet in het Duitse recht echter een verschil worden gemaakt tussen het (gedeeltelijk) toevoegen of aanvullen van een volledig ontbrekende of onvolledige motivering (§ 45 VwVfG) en het uitwisselen of gedeeltelijk vervangen van een foutieve motivering. Dat laatste wordt 'Nachschieben von Gründen' genoemd en valt niet onder § 45 VwVfG. Hierop zal later nader worden ingegaan.

Ingevolge § 46 VwVfG kunnen fouten met betrekking tot procedure- en vormvoorschriften, inclusief de bepalingen over de plaatselijke bevoegdheid, gepasseerd worden indien 'evident' is ('offensichtlich') dat het handelen in strijd met deze bepalingen het materiële resultaat van het besluit niet heeft beïnvloed. Het kunnen passeren van vorm- en procedurefouten is dan relevant als van meet af aan duidelijk is dat het besluit met dezelfde inhoud zou zijn vastgesteld indien niet in strijd met het recht zou zijn gehandeld. Het is onvoldoende als het bevoegd gezag beweert dat het het besluit zonder meer met dezelfde inhoud zou hebben genomen. Het zonder gevolgen voor de inhoud van het besluit buiten beschouwing kunnen laten van de vorm- of procedurefout moet veel meer ook zonder uitleg van het bestuursorgaan voor de hand liggen. § 46 VwVfG komt in grote lijnen overeen met art. 6:22 Awb, maar is in drie opzichten beperkter. Ten eerste kan ingevolge art. 6:22 Awb ook strijd met een materieelrechtelijke norm gepasseerd worden. Ten tweede is het ingevolge Nederlands recht voldoende als aannemelijk is dat het handelen in strijd met het recht belanghebbenden niet heeft benadeeld. De drempel van aannemelijk zijn lijkt ons iets makkelijker te kunnen worden genomen dan die van evident zijn. Tenslotte wordt in het Nederlandse recht niet vereist dat de vorm- of procedurefout geen gevolgen moet hebben gehad voor de inhoud van het besluit. Het is voldoende indien aannemelijk is dat geen belanghebbende kan zijn benadeeld. Juist omdat het Duitse recht eist dat vorm- en procedurefouten klaarblijkelijk niet van invloed zijn

²⁹⁸ Bestuursrechtelijk cassatieberoep waarin uitsluitend nog de juridische vragen ter beoordeling staan, maar niet meer de feiten van de zaak.

geweest op de inhoud van het besluit, is de praktische betekenis van § 46 VwVfG tamelijk gering.

Indien het onduidelijk is of een vorm- of procedurefout van invloed is geweest op de inhoud van een besluit, dan kan alsnog aan de procedurele eis worden voldaan, voor zover het gaat om een in § 45 VwVfG opgesomde fout. De bedoeling van beide bepalingen is 'vermeidbaren Verfahrensleerlauf', dus onnodige procedures, te voorkomen. Terwijl § 46 VwVfG daarbij dezelfde gedachte volgt als art. 6:22 Awb, gaat het bij § 45 VwVfG eerder om gevallen van art. 6:19 Awb en gevallen van toepassing van de bestuurlijke lus (8:51a e.v. Awb).

§§ 45 en 46 zijn niet onomstreden omdat zij (zouden) kunnen leiden tot een veronachtzaming van formele en procedurele eisen. Bestuursorganen lopen slechts een klein risico als zij de wettelijke eisen aan vorm en procedure niet zo nauw nemen of zelfs bewust negeren. Bovendien is het de vraag of §§ 45 en 46 VwVfG niet deels in strijd zijn met Europees recht. Dienaangaande was in het verleden het meest problematisch dat ook het geheel niet toepassen van de M.e.r.-verplichting als te passeren gebrek werd gezien of als gebrek dat door de meeste appellanten niet aan de rechter kon worden voorgelegd. Desondanks blijft het de vraag of de toepassing van de §§ 45 en 46 VwVfG volledig in overeenstemming is met het Europees recht en de eisen van het Aarhus Verdrag. Zoals verwacht heeft het HvJ EU in het Altrip-arrest nu beslist dat belanghebbenden een recht op vernietiging van een besluit niet slechts moeten hebben als geheel geen MER werd opgesteld, maar in beginsel ook als er fouten in de MER of de m.e.r.-procedure zijn gemaakt.²⁹⁹ Het Altrip-arrest had geen betrekking op §§ 45 en 46 VwVfG, maar op de al even besproken milieurechtelijke bepaling van § 4 UmwRbG die als een verbijzondering van § 46 VwVfG kan worden gezien. Het Hof bepaalde dat een bepaling over het passeren van gebreken in de m.e.r.-procedure of in de MER zelf in beginsel mogelijk is. 'Dit is echter alleen het geval wanneer de rechterlijke instantie of het orgaan waarbij het beroep is ingesteld, de bewijslast dienaangaande niet naar de verzoeker verlegt, maar uitspraak doet op basis van, in voorkomend geval, het door de opdrachtgever of de bevoegde autoriteiten verstrekte bewijsmateriaal en meer algemeen op basis van alle stukken in het overgelegde dossier. Daarbij moet met name rekening worden gehouden met de ernst van de aangevoerde fout en dient in het bijzonder te worden nagegaan of het betrokken publiek ten gevolge van deze fout niet een van de waarborgen is ontnomen die in het leven zijn geroepen om hen overeenkomstig de doelstellingen van richtlijn 85/337 toegang tot de informatie te verlenen en inspraak bij het besluitvormingsproces te geven.'³⁰⁰ De precieze gevolgen voor het Duitse recht van deze, deels iets cryptisch aandoende, beslissing van het Hof zijn nog niet geheel duidelijk. Vast staat, dat § 4 UmwRbG in zijn huidige vorm in strijd is met het Europese recht en aangepast dient te worden. Naast § 4 UmwRbG gaat het echter ook om de toepassing van § 46 VwVfG en nog meer algemeen waarschijnlijk om de vraag tot op welke hoogte vorm- en procedure eisen rechten aan burgers kunnen toekennen waarop deze zich bij de rechter moeten kunnen beroepen.

²⁹⁹ HvJ EU 7 november 2013, C-72/12.

³⁰⁰ HvJ EU 7 november 2013, C-72/12, Verklaring voor recht nr. 3.

5.3.2 Mogelijkheden tot wijziging en intrekking van een VA; Fortsetzungsfeststellungsklage

Vergelijkbaar met de situatie in het Nederlandse recht kan ook een Duits bestuursorgaan een besluit waartegen beroep is ingesteld nog veranderen of intrekken. Dat kan in Duitsland altijd en in elke fase van het beroep (en nog daarna) gebeuren. Op deze wijze kan het bestuur een foutief besluit door een correct besluit vervangen. Vergelijkbaar met Art. 6:19 VI Awb kan de rechter, indien een beroep door intrekking of wijziging van een besluit zijn belang heeft verloren en het beroep dus moet worden afgewezen, verklaren dat het besluit in strijd was met het recht indien de appelland daar een gerechtvaardigd belang bij heeft (§ 113 I 4 VwGO). Van een dergelijk belang kan sprake zijn omdat het gevaar bestaat dat het bestuur een soortgelijk besluit nog een keer neemt, als de appelland mogelijk schadevergoeding kan vragen of het aanzien van zijn persoon door het foutieve besluit is beschadigd. De mogelijkheid tot het beëindigen van het beroep tegen het besluit in hoofdzaak en tot voortzetting van het geding teneinde de rechter een dergelijke uitspraak te laten doen, heet in het Duitse recht 'Fortsetzungsfeststellungsklage'. Het is dus een aparte 'Klageart'. Deze mogelijkheid heeft in het Duitse recht niet onaanzienlijke betekenis, omdat de rechter dan verplicht is om te onderzoeken of het oorspronkelijke besluit in strijd met het recht was ('Untersuchungsgrundsatz'). Met betrekking tot deze vraag moet hij de zaak definitief beslissen ('Spruchreife herbeiführen', zie eerder par. 3). Ook dit instrument zal soms worden gebruikt in gevallen waarin in Nederland de bestuurlijke lus zou worden ingezet.

5.3.3 Nachschieben von Gründen

Zoals gezegd moet onderscheid worden gemaakt tussen het alsnog voorzien van of aanvullen van een motivering enerzijds (§ 45 VwVfG, zie eerder) en het vervangen van een onjuiste door een juiste motivering ('Nachschieben von Gründen'). Ook het Nachschieben von Gründen is in beginsel nog tijdens het beroep mogelijk. Dat geldt echter slechts als het besluit hierdoor 'niet in zijn wezen wordt veranderd'. § 114 tweede volzin VwGO bepaalt dienaangaande dat het bestuur de beweegredenen voor het uitvoeren van een discretionaire bevoegdheid ook nog tijdens een beroepsprocedure mag 'aanvullen'. Terwijl vroeger werd aangenomen dat bij het toepassen van discretionaire bevoegdheden iedere verandering van de motivering ook de toepassing van de discretionaire ruimte wijzigt en dus het besluit in zijn 'wezen' verandert, zijn doctrine en rechtspraak tegenwoordig iets ruimhartiger. Het is echter moeilijk te bepalen wanneer precies nog sprake is van een 'aanvullen' van de motivering, hetgeen toelaatbaar is, of van een vervanging van een motivering door een andere motivering, hetgeen niet toelaatbaar is. Indien sprake is van een vervanging van de motivering en een besluit dus in zijn wezen wordt aangetast, moet het oorspronkelijke besluit worden ingetrokken en door een nieuw besluit worden vervangen. Zoals hiervoor gezegd is dat in beginsel nog tijdens de hele duur van een beroep tegen een besluit mogelijk. In de praktijk wordt het bestuursorgaan door rechters soms ook aangespoord om het besluit op onderdelen nog hangende de procedure te wijzigen of te verruimen. Dat kan tot in de mondelinge behandeling gebeuren. Daarbij kan bijvoorbeeld een besluit over een vergunning voor een kolencentrale worden aangevuld door nieuwe voorschriften die nodig zijn om de belangen van bepaalde derden of een bepaald algemeen belang (bijvoorbeeld natuurbescherming) te beschermen. Dat alles is mogelijk als het besluit 'in hoofdzaak' rechtmatig is en door de wijziging 'in zijn wezen' niet wordt aangetast. De wijziging betreft dan slechts een begrensbare deel. Het moet gaan om een wat omvang en gevolgen betreft 'overzichtelijke fout'. In de regel is het bijvoorbeeld niet mogelijk, aldus een rechter, om via deze weg een

niet toegepaste habitattoets te herhalen of alsnog een m.e.r. door te voeren. Deze gebreken kunnen vergaande gevolgen hebben voor de materiële inhoud van het besluit als geheel. Deze praktijk zou in Nederlandse termen neerkomen op een uitnodiging van de rechter aan het bestuur om gebruik te maken van de mogelijkheid het aangevallen besluit hangende de procedure te wijzigen (art. 6:19 Awb). Overigens blijft deze praktijk niet zonder kritiek. Een geïnterviewde rechter gaf aan dat er regelmatig appellanten zijn die vinden dat de rechter daarmee ontoelaatbaar het bestuur helpt ('bestuurtje helpen') en daarmee zijn neutraliteit verliest. Andere appellanten en derden zijn echter blij met deze actieve houding van de rechter die hen immers helpt materieel te bereiken wat zij willen (zoals een extra geluidmuur etc.).

5.3.4 Wijziging van het beroep en verruiming van het beroep (§ 91 VwGO), alsmede intrekking van het beroep (§ 92 VwGO)

Een appellant kan een aanhangig beroep nog wijzigen of aanvullen. Een dergelijke wijziging kan betrekking hebben op het onderwerp van het geding, maar ook op de 'Klageart'. Zo kan bijvoorbeeld een beroep tegen een tracévaststellingsbesluit voor een weg of een vergunning voor een woningbouwproject ('Anfechtungsklage') worden gewijzigd in een beroep gericht op een besluit ('Verpflichtungsklage') dat voorziet in een aanvulling van het tracébesluit of van de vergunning als die aanvulling recht doet aan de belangen van de appellant. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de bouw of een verhoging van een geluidsscherm of de verplichting tot mitigerende of compenserende maatregelen voor natuur en landschap. Een dergelijke wijziging van het beroep is mogelijk als de overige procespartijen instemmen. Dat kunnen zij ook impliciet doen door inhoudelijk in te gaan op het gewijzigd beroep. Een dergelijke wijziging is echter ook zonder toestemming van de andere procespartijen mogelijk, als de rechter vindt dat de wijziging 'verstandig' ('sachdienlich') is. In ons verband is daarbij in het bijzonder van belang dat een wijziging 'verstandig' is indien de wijziging helpt 'om het geschil definitief te beslechten'.³⁰¹ Daarbij is niet bepalend dat het aanhangige beroep wellicht zelfs langer gaat duren, bijvoorbeeld omdat nog verdere bewijsmiddelen moeten worden onderzocht. Ook een wijziging en verruiming van het beroep is dus een instrument om beroepen (snel) definitief te beslechten. Toepassing van dit instrument is echter afhankelijk van het initiatief van appellant. De rechter kan niet tot een wijziging of verruiming van het beroep besluiten zonder dat de appellant zulks heeft aangevraagd. Indien een appellant een project wil vertragen, zal hij geen gebruik maken van het instrument van een wijziging of aanvulling van het beroep. Dat zal ook niet gebeuren als de rechter hem die mogelijkheid voorlegt. In Nederland zou in dergelijke situaties waarschijnlijk vaak de bestuurlijke lus worden ingezet. Bij deze vergelijking moet worden bedacht dat de rechter in Duitsland een zeer actieve rol speelt en een dergelijke verruiming of wijziging van het beroep kan voorstellen. Vooral in het recht aangaande de toelating van infrastructuurprojecten ('Fachplanungsrecht') lijkt dit in de praktijk vaak voor te komen, onder andere teneinde te voldoen aan het beginsel van behoud van een plan ('Planerhaltungspflicht', zie nog hierna).

³⁰¹ BVerWGE 57, 34 en 91, 275; zie ook Kopp/Schenke, § 91 VwGO, Anm. 19.

5.4 Beginsel van behoud van een plan ('Planerhaltungspflicht'), beperking tot een recht tot aanvulling van een plan

Terwijl hetgeen hiervoor is behandeld betrekking heeft op het bestuurs(proces)recht in het algemeen, moet thans worden ingegaan op een belangrijk beginsel van het 'Fachplanungsrecht', het recht met betrekking tot de toepassing van infrastructuurprojecten. De wettelijke bepalingen van het Fachplanungsrechts zijn enerzijds te vinden in de Fachplanungsgesetze (bijvoorbeeld Eisenbahngesetz, Bundesfernstraßengesetz) en anderzijds in §§ 75 e.v. VwVfG.

In het Fachplanungsrecht geldt het beginsel van 'Planerhaltung' ('behoud van een plan'). Fouten in een besluit over de toelating van een project ('Planfeststellungsbeschluss') die in strijd zijn met rechten van een appelland hebben geen vernietiging van het besluit tot gevolg, indien op andere wijze tegemoet kan worden gekomen aan de rechten van de appelland. Naast §§ 214 en 215 Baugesetzbuch (BauGB) wordt dit doel bereikt door de ingevolge het Genehmigungsbeschleunigungsgesetz in 1996 ingevoerde en in 2013 nogmaals verruimde § 75 Ia VwVfG. Deze bepaling kwam niet uit de lucht vallen, maar heeft in grote lijnen de voorheen ontwikkelde praktijk van het Bundersverwaltungsgericht gecodificeerd. Ingevolge deze bepaling zijn fouten in de afweging van belangen in een Planfeststellungsbeschluss slechts dan van belang, als zij evidente gevolgen hebben gehad voor het uiteindelijke resultaat van het afwegingsproces. Dergelijke 'wezenlijke' fouten mogen daarenboven slechts dan een vernietiging van het Planfeststellungsbeschluss tot gevolg hebben als aan de belangen van de appelland(en) niet door een aanvulling van het plan of een aanvullende procedure voor een nieuw plan tegemoet kan worden gekomen. Deels verruimt deze bepaling § 46 VwVfG. Niet slechts vorm- en procedurefouten, maar ook materiële fouten die de afweging van belangen betreffen, kunnen in het infrastructuurrecht gepasseerd worden. Echter, de fout mag niet zo wezenlijk zijn dat het besluit 'in zijn grondvesten' wordt aangetast. Het moet gaan om een af te grenzen probleem dat niets afdoet aan de rechtmatigheid van het besluit voor het overige. Bovendien is het voldoende dat aannemelijk is dat een fout in de afweging van belangen geen gevolgen heeft gehad voor de materiële uitkomst van de afweging, terwijl § 46 VwVfG eist dat het evident is dat de fout geen gevolgen heeft gehad voor de inhoud van het besluit. § 75 Ia VwVfG bevat dus minder hoge eisen aan de causaliteit tussen procedurele fout en inhoud van het besluit. Daarenboven eist § 75 Ia VwVfG dat ook bij wezenlijke, de rechten van de appelland schendende, fouten eerst wordt nagegaan of aan de belangen van de appelland niet door een aanvulling van het plan tegemoet kan worden gekomen. Is een aanvulling van het plan nog tijdens het aanhangige beroep mogelijk, dan krijgt het besluit over de toelating van het project met de uitspraak van de rechter rechtskracht en kan het uitgevoerd worden. Is daarentegen een aanvullende procedure nodig, dan krijgt het besluit pas na het doorlopen van de aanvullende procedure en na het nemen van het aanvullend besluit rechtskracht. § 75 Ia VwVfG is zelfs dan toepasbaar als een ander bestuursorgaan bevoegd is met betrekking tot het aanvullende besluit.³⁰² § 75 Ia VwVfG kan niet worden toegepast als de fout het plan als geheel betreft en alleen zou kunnen worden goed gemaakt door een wezenlijke wijziging van het besluit. Ook § 75 Ia VwVfG betreft gevallen waarin in Nederland vaak een bestuurlijke lus zou worden toegepast.

³⁰² BVwerGE 120, 276, ihb 284, NVwZ 2004, 1116. In dat geval moest een bestuursorgaan dat bevoegd was op het terrein van natuurbescherming en dat geen partij was bij het geschil eerst nog een natuurbeschermingsgebied aanwijzen.

Het 'Fachplanungsrecht' wijkt, zoals gezien, in een aantal opzichten in sterke mate af van het algemeen bestuursrecht. Terwijl in het Fachplanungsrecht het beginsel van het in stand laten van het plan geldt, werd een verruiming van § 113 I VwGO die was voorzien in het ontwerp van de 6. Wet tot wijziging van de VwGO (6. VwGOÄndG), die een soortgelijk instrument in het algemeen bestuursrecht zou hebben geïntroduceerd, nadrukkelijk afgewezen met het argument dat de rechter daarmee zijn grondwettelijk bepaalde taak zou overtreden. De in deze regeling voorgestelde lus (waarop hierna nog nader wordt ingegaan) zou bovendien eenzijdig het bestuur helpen en daarmee de rechtsbescherming van de burger uithollen. Dit opvallende verschil tussen het Fachplanungsrecht en het overige bestuursrecht vindt zijn oorzaak vooral in het uitvoerige Planfeststellungsverfahren. Beargumenteerd wordt dat deze procedure op zich al een extra legitimatie van het besluit tot gevolg heeft. Bovendien zou een dergelijke grondige en intensieve procedure niet moeten worden herhaald als er een minder beduidende en te helen fout is gemaakt. Beide argumenten herinneren aan de argumentatie van de Commissie Elverdink. Deze had, zoals bekend, zelfs voorgesteld dat het recht op vernietiging van een besluit wegens schending van het recht zou moeten worden vervangen door een recht op schadevergoeding indien een brede en vroege participatie van een ieder in de procedure heeft plaatsgevonden. Anders dan in het Nederlandse recht voorziet het Duitse Planfeststellungsverfahren inderdaad in een dergelijke vroege fase in een brede participatie van het publiek. De hierop gerichte voorstellen van de Commissie Elverdink zijn tot op heden echter niet omgezet in wetgeving.

5.5 Voorstel van een bestuurlijke lus in het ontwerp van het 6. VwGOÄndG

In het ontwerp van het 6. VwGOÄndG was de volgende bepaling voorzien:

‘§ 113 I wordt als volgt verruimd: De rechter mag een besluit op grond van een procedure- of vormfout slechts dan vernietigen, indien hij het bestuursorgaan op deze fout heeft gewezen en het bestuursorgaan in de gelegenheid heeft gesteld om de fout te herstellen.’

Deze bepaling komt in sterke mate overeen met art. 8.51a Awb, waarbij moet worden opgemerkt dat § 113 I VwGO beperkt zou zijn gebleven tot procedure- en vormfouten. Interessant is de motivering waarmee het parlement dit ontwerp heeft afgewezen. De Bondsdag was van opvatting dat de rechter door een dergelijke bepaling ‘te sterk een hulpje van het bestuur zou worden en dat de regeling onder het oogpunt van een scheiding van machten grondwettelijk niet aanvaardbaar is’.³⁰³ De geïnterviewde rechters wezen bovendien op nadelen van praktische en organisatorische aard. Volgens deze practici is het in het algemeen onwenselijk om een procedure aan te houden. Een aanhouding betekent veel meer werk voor de betrokken rechters omdat zij zich nogmaals in de zaak moeten inwerken als die, na herstel poging, terug komt. Bovendien kan het voorkomen dat dan de behandelende kamer personeel al is gewijzigd of andere organisatorische problemen ontstaan, aldus een van de rechters.

³⁰³ BT-Drs. 13/5098.

5.6 *Samenvatting en conclusies*

Het doel van de bestuurlijke lus om geschillen zo mogelijk definitief te beslissen wordt ook in het Duitse recht nagestreefd. Er is echter geen specifieke regeling die in het Duitse bestuursprocesrecht juist om deze reden werd opgenomen. Wel werd een dergelijke regeling in 1996 voorgesteld. Hierbij moet worden opgemerkt dat de beoogde verruiming van § 113 I VwGO eerder met de Belgische dan met de Nederlandse variant van de bestuurlijke lus overeen zou zijn gekomen. Het voorstel werd echter om rechtsstatelijke redenen verworpen. Thans lijkt de invoering van een dergelijke regeling niet meer te worden overwogen.

Er is daarentegen een reeks van beginselen van Duits procesrecht op te noemen en enkele specifieke instrumenten die bij elkaar genomen bijdragen aan het doel om geschillen tussen burgers en bestuursorganen effectief en definitief te beslissen. Daar komen in het Fachplanungsrecht enkele bijzondere regelingen bij. Om goed te begrijpen hoe het probleem dat in Nederland tot introductie van art. 8:51a e.v. Awb heeft geleid in het Duitse recht wordt bejegend, moet men daarom het niet contentieuze en het contentieuze bestuursrecht in het geheel beschouwen en doorgronden.

Binnen de algemene beginselen van het bestuurs(proces)recht moet vooral worden gewezen op de beperking van het recht om vernietiging van een onjuist besluit te kunnen eisen tot gevallen van fouten die strijd met een subjectief recht van de appellant tot gevolg hebben. Derde-belanghebbenden hebben, anders dan de adressant van een nadelig besluit, in de regel geen subjectief recht op inachtneming van procedure- en vormvoorschriften. Hierdoor komt een wezenlijk deel van de casusposities waarin in Nederland de lus wordt toegepast in het geheel niet voor bij de Duitse bestuursrechter, omdat appellanten (in zoverre) niet ontvankelijk zijn. De adressant van een besluit kan overigens in de regel wel een volledige toetsing van de rechtmatigheid van het besluit door de rechter verlangen. Een beperking van de omvang van de toetsing door het relativiteitsbeginsel (art. 8:69a Awb) zoals in Nederland bekend, geldt in het Duitse bestuursrecht dus niet voor beroepen die door de adressant zijn ingesteld.

Belangrijk is voorts de duidelijk actievare rol van de Duitse bestuursrechter. De rechter is gehouden om de feiten van de zaak geheel op te helderen en een uitspraak omtrent de materiële inhoud van het geschil te doen ('spruchreif machen'). Deze actieve houding van de bestuursrechter die, deels ook onafhankelijk van de partijen, zoekt naar de materiële waarheid van het geschil, onderscheidt de Duitse bestuursrechter van de Nederlandse en waarschijnlijk nog meer van de Franse bestuursrechter. Dat geldt vooral voor gebonden besluiten die in het Duitse recht veel vaker voorkomen dan in het Nederlandse. Hiervoor beschikt de rechter over een reeks van instrumenten die voorkomen dat een besluit wegens onzorgvuldigheid of slechte motivering wordt vernietigd en het bestuur vervolgens opnieuw aan de slag moet. Dat draagt bij aan een (snellere) definitieve beslissing van het geschil.

Als specifieke instrumenten zijn vooral te noemen de bepalingen over het passeren van procedure- en vormfouten, inclusief de mogelijkheid om een ontbrekende motivering aan te vullen. Deze mogelijkheden lijken echter minder ver te strekken dan het Nederlandse art. 6:22 Awb. Bovendien is de mogelijkheid om een beroep aan te vullen of te wijzigen van belang, hetgeen echter afhankelijk is van het initiatief van de appellant. De rechter kan de appellant echter uitnodigen om dat initiatief te nemen. Dat gebeurt in de praktijk ook.

6 Rechtsvergelijking België

6.1 *Verantwoording*

Voor dit deel van het onderzoek is in de eerste plaats gebruik gemaakt van ‘desk-study-methoden’: raadpleging van wetgeving, parlementaire stukken en literatuur. Vervolgens is een aantal interviews afgenomen met experts op het terrein van de bestuurlijke lus. Hen is eerst schriftelijk een uitgebreide vragenlijst voorgelegd, waarna een indringend telefonisch dan wel ‘live’ interview heeft plaatsgehad. De geïnterviewden zijn allereerst een tweetal Belgische staatsraden die zich beiden intensief hebben gebogen over de bestuurlijke lus, Pierre Lefranc en Peter Sourbron. Daarnaast heeft contact plaatsgehad met een vooraanstaande advocate (Isabelle Larmuseau) die heeft verwezen naar een bijdrage over de bestuurlijke lus van een andere ter zake deskundige advocate, Heidi Bortels. Vervolgens is met een deskundige uit de wetenschap, prof. Ingrid Opdebeek, en een persoon die werkzaam is bij de Raad voor de Vergunningsbetwistingen, Steven Denys, gesproken. Sommigen van de geïnterviewde personen zijn mede benaderd op voordracht van prof. Luc Lavrysen, rechter in het Belgisch Grondwettelijk hof.

6.2 *Inleiding en achtergrond*

In België kent men een rechtsfiguur die sterk vergelijkbaar is met de wettelijke bestuurlijke lus zoals wij die in Nederland kennen.³⁰⁴ Ook daar is de figuur niet geïsoleerd ingevoerd en evenmin als donderslag bij heldere hemel gekomen. Zo kent/-de men in België een soortgelijke (maatschappelijke, economische en juridische) onvrede met het proces van vernietigen en opnieuw voorzien.³⁰⁵ Vernietiging (ingeval van een gegrond beroep) is, vergelijkbaar met Nederland, hét dictum bij uitstek dat de Belgische bestuursrechter heeft (annulatieberoep /-contentieux). En net als in Nederland is de Belgische bestuurlijke lus te beschouwen als een onderdeel van een groter pakket van genomen maatregelen, onder meer om het hoofd te bieden aan nieuwe / verlengde besluitvorming met daaraan inherente langdurige rechtsonzekerheid en dergelijke nadelen die kleven aan het vernietigen door de bestuursrechter. In vergelijking met Nederland bestaat niettemin de indruk dat de bestuurlijke lus minder geldt als slechts een wapen binnen een ruim bemeten arsenaal aan bevoegdheden – denk aan de verruimde mogelijkheden van de Nederlandse bestuursrechter om gebreken te passeren, rechtsgevolgen in stand te laten, zelf in de zaak te voorzien. Ook ontbreekt in België een wettelijk ‘voorgeschreven’ attitudeverandering (zie art. 8:41a Awb) van de bestuursrechter. Wel hebben sommige Belgische rechters in de praktijk een weg gevonden om ondanks de afwezigheid van een bepaling als art. 6:22 (oud) Awb, vorm- en proceduregebreken van een besluit buiten beschouwing te laten indien appellanten daardoor niet zijn geschaad. In een dergelijk geval zou de appellant – ofschoon het besluit onrechtmatig tot stand is gekomen – geen procesbelang meer hebben bij een vernietiging, zo is de daaraan ten grondslag gelegde redenering. Niet elke rechter onderschrijft deze benadering en bijgevolg past niet elke rechter deze praktijk toe.

³⁰⁴ Meer precies een tweetal: eentje in de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (VCRO) per juli 2012, toepasselijk op beroepen na 31 augustus 2012 en een andere in de Wet op de Raad van State (WRvSt), in werking per maart 2014.

³⁰⁵ Zie o.a. Parl. St. VI. Parl. 2011-2012, nr. 2011/1, p. 3-4.1.

Finale geschilbeslechting lijkt³⁰⁶ aldus weliswaar het kader waarin de Belgische bestuurlijke lus is ontwikkeld, maar waar in Nederland de bestuurlijke lus slechts een element is binnen een groter instrumentarium van op finalisering gerichte (uitspraak)bevoegdheden, is de bestuurlijke lus in België in mindere mate een instrument na(ast) tal van andere.

Er bestaat een bestuurlijke lus sinds 1 september 2012 op een specifiek deel terrein van het bestuursrecht, te weten in de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (art. 4.8.4). De wetgever heeft een aantal jaren geleden de traditionele bevoegdheid van de ter zake bevoegde bestuursrechter, de Raad voor Vergunningsbetwistingen, om een vernietiging uit te spreken aangevuld met de bevoegdheid om een bestuurlijke lus toe te passen. Bredere invoering – naast de VCRO – is recent gerealiseerd in de Belgische Wet op de Raad van State (WRvS).

6.3 Art. 4.8.4. VCRO

6.3.1 Achtergrond en doelstelling

In art. 4.8.4 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (VCRO) is sinds een paar jaren een bestuurlijke lus opgenomen.³⁰⁷ Het is een bevoegdheid die toekomt aan de terzake bevoegde rechter, de Raad voor Vergunningsbetwistingen. Deze instantie is bevoegd (in het Vlaamse gewest) in kortweg kwesties over stedenbouwkundige vergunningen en verkavelingsvergunningen.³⁰⁸ Tot nog niet zo lang geleden kon deze Raad – net als de Belgische Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) – via beroep aangevochten beslissingen schorsen en vernietigen. Dat was dan ook het enige dat de Raad ter beschikking stond aan uitspraken, ook ingeval van formele onregelmatigheden in de besluitvorming, zoals motiveringsgebreken of een verkeerde voorstelling van feiten. Na een vernietiging op een dergelijke formele grond manifesteerde de zwakte van het mechanisme van vernietigen en opnieuw voorzien zich meer dan eens: het bestuursorgaan nam vervolgens eenzelfde beslissing, alleen ditmaal wel met – bijvoorbeeld – een afdoende motivering. Om zulke Pyrrusoverwinningen en tijdverlies tegen te gaan, is in art. 4.8.4 de bestuurlijke lus geïntroduceerd. Het beoogde doel was ‘onnodige nieuwe procedures te voorkomen, tijdswinst te boeken en meer en sneller rechtszekerheid te bieden.’³⁰⁹ Bortels tekent op dat de bestuurlijke lus in de VCRO slechts opvallend summier in het Vlaams Parlement is besproken.³¹⁰

6.3.2 Beschrijving van de Belgische bestuurlijke lus in de VCRO

In de kern komt deze bestuurlijke lus erop neer dat de rechter (in casu de Raad voor Vergunningsbetwistingen) het bestuursorgaan dat de onderwerpelijke vergunning heeft verleend of geweigerd tijdens de procedure kan vragen om de onregelmatigheid te (doen) herstellen. Mits het een herstelbaar – wat daaronder wordt begrepen, zie nader hieronder –

³⁰⁶ Ook aldus aangegeven in één van de interviews.

³⁰⁷ In werking getreden op 6 juli 2012. De Raad zelf is ook nog relatief jong, opgericht bij decreet van 27 maart 2009. Voor die tijd was de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) ter zake bevoegd (de beslissingen vielen onder de algemene vernietigingsbevoegdheid van de ABRvS). Vanwege de achterstand bij de ABRvS hoopte men op een snellere geschilbeslechting met de Raad voor Vergunningsbetwistingen.

³⁰⁸ Art. 4.8.2 VCRO: de Raad is bevoegd uitspraak te doen over schorsings- en vernietigingsberoepen tegen beslissingen inzake stedenbouwkundige vergunningen, valideringsbeslissingen inzake as-buittatsten en registratiebeslissingen inzake vergund geachte constructies. Volgens lid 2 dit artikel beoordeelt de Raad of de bestreden beslissing in overeenstemming is met de regelgeving en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

³⁰⁹ Parl. St. VI. Parl. 2011-2012, nr. 2011/1, p. 9.

³¹⁰ Bortels, *TBP* 2013, p. 312 (bevestigd in de interviews).

gebrek is, kan het bestuursorgaan kortom het gebrek (doen) verhelpen en zodoende kan een vernietiging worden voorkomen. Idealiter zouden vernietigingen worden gereserveerd voor onherstelbare gebreken [Belgische teksten spreken vaak over ‘onwettigheden’; VCRO over onregelmatigheid].³¹¹ Duidelijk moge zijn dat deze figuur overeenkomsten vertoont – maar niet identiek is aan, waarover zo dadelijk meer – met de Nederlandse bestuurlijke lus. Wanneer we de bestuurlijke lus uit art. 4.8.4 onder de loep leggen, levert dat het volgende plaatje op.

6.3.3 Toepassingsbereik

Welke gebreken komen voor herstel met behulp van deze bestuurlijke lus in aanmerking? Uit de wettekst volgt dat het om een herstelbaar gebrek dient te gaan: ‘(...) een onregelmatigheid die herstelbaar is zodat de bestreden beslissing niet langer onregelmatig is (...) en de beslissing gehandhaafd kan blijven.’ In de parlementaire stukken wordt benadrukt dat de bestuurlijke lus zal kunnen worden toegepast ten aanzien van vormgebreken.³¹² Als voorbeeld van een geschikt gebrek wordt genoemd de formele motiveringsplicht. Hieronder gaan wij nader in op dit punt.

De tekst van de wet spreekt van ‘een onregelmatigheid (...) te herstellen of te laten herstellen (...)’. Een voorbeeld is de mogelijkheid die aan het bestuursorgaan wordt geboden om alsnog een openbaar onderzoek te laten organiseren door het college van burgemeester en schepenen.³¹³ Het is vooralsnog niet duidelijk – er is nog nauwelijks rechtspraak over de bestuurlijke lus – of deze bepaling tevens een grondslag biedt om bevoegdheidsgebreken te laten herstellen.³¹⁴ Het is derhalve nog de vraag (die de geraadpleegde Belgische deskundigen nog niet eenduidig konden beantwoorden) in hoeverre de bestuurlijke lus in de VCRO op dit punt in de pas loopt met de Nederlandse bestuurlijke lus.

De lus mag niet worden toegepast als belanghebbenden ‘(...) daardoor onevenredig kunnen worden benadeeld.’³¹⁵ Dit is hetzelfde als bij de Nederlandse bestuurlijke lus.

6.3.4 Hoe en op welk moment kan de bestuurlijke lus worden toegepast?

Het initiatief ligt bij de rechter: hij bepaalt of hij het bestuur al dan niet uitnodigt tot het toepassen van de bestuurlijke lus. Dit is vergelijkbaar met de bestuurlijke lus in Nederland. Partijen kunnen de Raad verzoeken om de bestuurlijke lus toe te passen, maar de Raad is vrij om dat al dan niet te doen. Het betreft een *verzoek* van de rechter (‘de mogelijkheid bieden’) aan het bestuursorgaan. Ook dat onderdeel is gelijk aan de Nederlandse bestuurlijke lus, op althans rechtbankniveau en *anders* dan de hoogste Nederlandse bestuursrechters die immers het bestuursorgaan kunnen opdragen tot toepassen van de bestuurlijke lus.³¹⁶

³¹¹ Het bestuursorgaan zou dan weten dat in het geval dat de rechter een vernietiging uitspreekt, het niet eenzelfde beslissing kan nemen.

³¹² Parl. St. VI. Parl. 2011-2012, nr. 2011/1, p. 3.

³¹³ Voorbeeld genoemd in de parl. stukken: Parl. St. VI. Parl. 2011-2012, nr. 2011/1, p. 9.

³¹⁴ Bortels, *TBP* 2013, p. 313. Een gelijke indruk rees uit de gehouden gesprekken.

³¹⁵ Dat zijn de belanghebbenden als genoemd in art. 4.8.11 VCRO, die dus een beroep tot vernietiging kunnen instellen bij de Raad: aanvrager vergunning of ‘as-buittattest’, personen met zakelijke rechten op voorwerpen inzake registratiebeslissing, de ‘bij het dossier betrokken’ vergunningverlenende bestuursorganen, personen die hinder of nadelen kunnen ondervinden als gevolg van de vergunnings-, validerings-, of registratiebeslissing, collectieve belangenbehartigers, betrokken leidende ambtenaren.

³¹⁶ Vgl. Bortels met een voorkeur om het aan de Raad te laten om te verzoeken dan wel op te dragen, *TBP* 2013, p. 314.

De beslissing tot toepassen van de bestuurlijke lus geschiedt door middel van een tussenuitspraak.³¹⁷ Er wordt dus niet vernietigd, net zoals als het geval is in Nederland. De lus kan in elke stand van het geding worden aangewend. De Raad kan derhalve al voordat de zitting heeft plaatsgevonden de bestuurlijke lus inzetten maar er kan ook daarna toe worden besloten.

6.3.5 Wat houdt de ‘opdracht’ van de rechter in?

Besluit de rechter tot het inzetten van de bestuurlijke lus, dan geeft hij in zijn tussenuitspraak aan aan welke onregelmatigheid de beslissing lijdt en op welke manier de onregelmatigheid kan worden hersteld.³¹⁸ Dat is hetzelfde als in Nederland.

De Raad geeft twee termijnen aan in zijn tussenuitspraak. Ten eerste binnen welke termijn de onregelmatigheid kan worden hersteld (net als in Nederland). De hersteltermijn wordt dus per geval bepaald. De andere termijn die de Raad stelt is waarbinnen het bestuur moet aangeven of het gebruik gaat maken van de mogelijkheid tot herstel. Hierin verschilt de regeling met de Nederlandse bestuurlijke lus. De Nederlandse bestuurlijke lus verlangt namelijk het ‘zo spoedig mogelijk’ mededelen door het bestuursorgaan of gebruik wordt gemaakt van de lus.

Vervolgens deelt het bestuursorgaan aan de rechter mee – dus binnen die door de rechter aangegeven termijn – of het gebruik maakt van de uitnodiging om te lussen. Dat is hetzelfde als bij de Nederlandse lus. Overigens bepaalt de wettekst niet of de termijnen voor verlenging in aanmerking komen, anders dan de Nederlandse wettekst doet. Als het bestuursorgaan overgaat tot herstel van het gebrek, deelt het de rechter mee op welke wijze de onregelmatigheid is hersteld.

Partijen kunnen daarop schriftelijk hun zienswijzen daarover mededelen (‘binnen door de Vlaamse regering bepaalde vervaltermijnen’ over de wijze van herstel, welke termijn 30 dagen bedraagt³¹⁹). De rechter deelt daarop partijen mee hoe het beroep verder gaat, waarbij in vier scenario’s is voorzien:

- bestuursorgaan deelt mede dat het geen gebruik maakt van de herstelmogelijkheid via de bestuurlijke lus;
- de termijn die de rechter gaf om te vernemen of het bestuur van de bestuurlijke lus gebruik maakt is verstreken;
- de hersteltermijn is verstreken;
- ontvangst van de zienswijzen van partijen over het herstel.

Dit onderdeel van de lus in de VCRO lijkt niet goed doordacht en uitgewerkt³²⁰ en mede aanleiding voor het arrest van het Grondwettelijk Hof van 8 mei 2014. Zie hierna.

³¹⁷ In België spreekt men van tussenarrest.

³¹⁸ Dit laatste overigens niet in de VCRO maar door de Vlaamse regering (art. 38 van besluit d.d. 13 juli 2012), waarmee dit element van de rechterlijke ‘opdracht’ aan het bestuur is onttrokken aan een parlementair debat. Met Bortels is dat opmerkelijk te noemen omdat het om een wezenlijk aspect gaat (en in Nederland ook tot discussie in het Parlement heeft geleid).

³¹⁹ Art. 39, derde lid, besluit van 13 juli 2012 van de Vlaamse regering houdende de rechtspleging voor de Raad voor de Vergunningsbetwistingen.

³²⁰ F. Eggermont stelt bijv. de vraag of het mogelijk zal zijn in de procedure na het herstel nieuwe middelen in te roepen, *RW* 2013-14, p. 962.

6.3.6 *Na de lus*

Niet duidelijk is of er telkens een nieuwe zitting moet plaatshebben na de toepassing van de bestuurlijke lus of dat de zitting soms achterwege kan blijven. De einduitspraak bepaalt tenslotte of het bestreden besluit wordt vernietigd.

In het kader van (proces)kosten is van belang het volgende op te merken: wordt de bestuurlijke lus toegepast, dan kan de Raad de kosten ten laste laten komen van het bestuursorgaan, ook ingeval het beroep wordt verworpen omdat het bestuursorgaan het gebrek heeft hersteld.³²¹ De Raad heeft dus niet een gedifferentieerd dictum (gegrondverklaring oorspronkelijke beroep, ongegrondverklaring beroep tegen nieuwe besluit indien goed hersteld) voorhanden zoals de Nederlandse bestuursrechter maar kan de mogelijk financiële nadelen voor appellanten als zonet omschreven wegnemen.

6.4 *Opvallende verschillen met de Nederlandse regeling*

Hierboven hebben wij een lijst van vooral (gedeeltelijke) overeenkomsten met de Nederlandse regeling weergegeven. Er bestaan ook enkele serieuze verschillen.

Een kernverschil van deze bestuurlijke lus met de Nederlandse bestuurlijke lus, is dat de wetgever beoogt de toepassing te beperken tot *formele gebreken* in de besluitvorming. Daaronder worden vormgebreken en procedurele gebreken geschaard. Bijvoorbeeld gebrekkige publicatie van een beslissing valt hieronder. Hierbij merken wij wel op dat de opvatting wat onder een formeel en wat onder een materieel gebrek wordt verstaan, in België niet in alle opzichten overeenkomt met de opvattingen in Nederland. Zo onderscheidt de Belgische doctrine het motiveringsbeginsel in een formele en een materiële motiveringsverplichting.³²² Schending van de materiële motiveringsverplichting pleegt niet als een vormgebrek te worden aangemerkt.

Een samenhangend punt waarin de beide lussen zich onderscheiden is dat de Belgische variant in de VCRO (uiteindelijk)³²³ het bestuursorgaan niet toelaat om de onregelmatigheid te herstellen via een nieuw vervangend besluit. Herstel zal moeten geschieden door middel van een nader stuk, waaronder naast bijvoorbeeld een ontbrekend advies ook een formele motivering wordt begrepen. In dit verband kan in de eerste plaats worden gewezen op de wettekst waarin is opgenomen dat de bestreden beslissing gehandhaafd moet blijven en in de tweede plaats op opmerkingen met gelijke strekking in de parlementaire geschiedenis.³²⁴ Het uitgangspunt is derhalve dat een beslissing met een andere inhoud niet het resultaat kan zijn van de toepassing van de bestuurlijke lus. Niettemin zal de rechtspraak op dit punt nog moeten uitwijzen of niet toch details van een besluit met de lus kunnen worden aangepast, zolang de 'hoofdstrekking' maar hetzelfde blijft. Uit de interviews blijkt dat kleine, ondergeschikte wijzigingen in het besluit mogelijk niet uitgesloten zullen zijn.

De conclusie is dan ook gerechtvaardigd dat de bestuurlijke lus in de VCRO een beperkter toepassingsbereik kent vergeleken met de Nederlandse bestuurlijke lus. De functie van de beide lussen is ook niet volledig gelijk. Waar de Nederlandse bestuurlijke lus vooral bedoeld

³²¹ Art. 4.8.28, derde lid, VCRO.

³²² Vgl. bijv. Opdebeek 1992 en A. Mast e.a., Overzicht van het Belgisch administratief recht, 2012.

³²³ Aanvankelijk leek dat wel een beoogde optie, zie Bortels, TBP 2013.

³²⁴ Parl. St. VI. Parl. 2011-2012, nr. 2011/3, p. 4.

is om geschillen definitief te beslechten, is de doelstelling van de Belgische lus in de VCRO om onnodige vernietigingen te vermijden van besluiten die in hoofdzaak inhoudelijk hoogstwaarschijnlijk in stand kunnen blijven.³²⁵

Is de Raad van oordeel dat het bestuur een nieuwe beslissing moet nemen, dan kan hij de bestuurlijke lus daarvoor niet inzetten. In dergelijke gevallen zal het ‘klassieke’ mechanisme van vernietigen, opnieuw voorzien en eventueel nieuw beroep zich weer manifesteren. Alsdan geen finale beslechting en geen tijdwinst. In de literatuur is hier dan ook kritisch op gereageerd.³²⁶ Daar valt ook te lezen dat de bestuurlijke lus in de VCRO er niet steeds toe zal leiden dat het geschil definitief wordt beslecht, maar bovendien dat deze lus de procedure vooral veel complexer maakt. De beperkter toepassingsmogelijkheden lijken ook te kunnen worden gerelateerd aan de voorwaarde dat de Raad alle andere bezwaren als niet-ontvankelijk dan wel als ongegrond moet hebben afgewezen.³²⁷ Dat heeft te maken met het uitgangspunt dat er na de bestuurlijke lus niet een wezenlijk andersluidend besluit kan volgen (‘bestreden beslissing gehandhaafd’).

Een ander verschil schuilt in de mogelijke einduitspraken. De Raad beschikt nog³²⁸ niet over de mogelijkheid de rechtsgevolgen in stand te late bij de vernietiging en bij geslaagd herstel zal de einduitspraak dan ook een ongegrondverklaring sec behelzen.³²⁹ Het is op dit punt dat wel de vrees is uitgesproken dat de bestuurlijke lus zal worden ervaren als ‘bestuurtje helpen’. Immers, er kleefde een gebrek aan het besluit, maar de appellant wordt uiteindelijk in het ongelijk gesteld en zijn beroep verworpen, nadat het bestuur zijn fout heeft mogen rechtzetten.³³⁰

6.5 De praktijk?

Over hoe de bestuurlijke lus van art. 4.8.4 VCRO in de praktijk wordt toegepast, valt eerst recent meer zinnigs te zeggen. Pas op 21 en 28 januari 2014 zijn de eerste twee tussenarresten met een verzoek tot het uitvoeren van de bestuurlijke lus door de Raad uitgesproken. Een belangrijke reden hiervoor ligt in het overgangsrecht. De bestuurlijke kan slechts worden toegepast in geschillen die aanhangig zijn gemaakt na het van kracht worden van de wettelijke regeling op 1 september 2012. De gemiddelde duur van behandeling van een beroep bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen ligt op ongeveer anderhalf jaar, mede vanwege een personeelsgebrek om het stuwmeer weg te werken dat is ontstaan na oprichting van de Raad. De verwachtingen waren dan ook dat pas begin 2014 de eerste tussenuitspraken waarbij de lus werd toegepast het licht zouden zien.³³¹

³²⁵ Zulks kwam ook heel prominent naar voren in een van de interviews. Vgl. ook Lefranc 2012 en Lefranc 2014.

³²⁶ O.a. Bortels, *TBP* 2013, p. 314.

³²⁷ Boes, p. 1129.

³²⁸ Naar wij hebben begrepen wordt beoogd om deze optie op te nemen in een toekomstige algemene procesrechtelijke regeling voor alle rechterlijke beroepsinstanties in Vlaanderen; een soort Awb hoofdstuk 6 en 8.

³²⁹ Kritisch hierover Boes, *RW* 2012-13, p. 1128.

³³⁰ Zie Bortels, *TBP* 2013, p. 315, die toevoegt dat zulks ‘zeer nefast is voor het vertrouwen in de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.’

³³¹ Oudere (tijdperk pre bestuurlijke lus) zouden nog met voorrang moeten worden behandeld (weggewerkt), zo werd ook in interviews opgemerkt..

In het tussenarrest van 21 januari 2014 nodigt de Raad verweerder uit om de vastgestelde onregelmatigheid te herstellen door de bestreden beslissing aan te vullen met een formele motivering met betrekking tot de ingeroepen geur- en geluidshinder. De Raad voegt daaraan toe dat ex art. 4.8.4, par. 1, tweede lid het herstel moet leiden tot een handhaving van de beslissing om de toepassing van de bestuurlijke lus te kunnen garanderen. Verweerder moet binnen een maand laten weten of zij gebruik maakt van de uitnodiging en zo ja, het gebrek binnen drie maanden te herstellen. In het tussenarrest van 28 januari 2014 betreft het opnieuw een verzoek om aanvulling met een formele motivering, en ook overigens lijkt de uitspraak sterk op die van 21 januari.

De praktijk van bestuurlijke lussen door de Raad voor Vergunningsbetwistingen zal voorlopig vermoedelijk geen vervolg krijgen door het arrest van het Grondwettelijk Hof waarbij de lus in de VCRO om meer dan één reden werd vernietigd.

6.6 *Het oordeel van het Grondwettelijk Hof over de Vlaamse regeling van de lus*

Op 8 mei 2014 heeft het Belgische Grondwettelijk Hof, nr. 74/2014 de regeling van de bestuurlijke lus in de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (art. 4.8.4. VCRO) vernietigd.³³² Inmiddels is, op 30 mei 2014, ook tegen de regeling van de lus in art. 38 Wet Raad van State vernietigingsberoep ingesteld bij het Grondwettelijk Hof. In zijn vrij kort gemotiveerd arrest voerde het Hof daartoe een aantal gronden aan die hier puntsgewijs zijn opgesomd. Volgens het Hof is de regeling van de lus ongrondwettig omdat de regeling:

- afbreuk doet aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter (rechtsoverweging B 7.4)
- in strijd is met het ‘recht op tegenspraak’ van partijen van het geding (rechtsoverweging B 8.3 en 8.5)
- een ongerechtvaardigde en onevenredige beperking kan betekenen van het recht op toegang tot rechter van belanghebbenden die geen partij waren van het geding (rechtsoverweging B 8.4 en 8.5)
- in strijd is met de motiveringsplicht (rechtsoverweging 9.5)
- in strijd is met art. 6 lid 9 Verdrag van Aarhus (rechtsoverweging 9.5)
- een schending betekent van het recht op gelijke toegang tot de rechter door een ongerechtvaardigd verschil te maken in de mogelijkheden om de verzoekende partij te veroordelen in de kosten van het geding (rechtsoverweging B 12.4).

6.6.1 *Onafhankelijkheid van de rechter*

Hierboven werd al (paragraaf 4.3.1) ingegaan op de eerste grond. Daarbij werd beargumenteerd dat het Hof onzes inziens terecht tot de conclusie komt dat de Vlaamse regeling van de lus een weffout bezit waardoor afbreuk wordt gedaan aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter. Deze weffout doet zich in Nederland echter niet voor.

³³² AB 2014, 417 m.nt. Backes en Jansen. Het arrest heeft ook in België al tot de eerste kritische publicaties geleid, zoals De Mulder TOO 2014, afl. 2 en Lefranc, 2014b.

6.6.2 *Strijd met het beginsel van hoor en wederhoor*

Ook deze grond werd hiervoor al (paragraaf 4.3.2) behandeld. Daarbij hebben wij beargumenteerd waarom wij van opvatting zijn dat partijen niet hoeven te worden geraadpleegd over de beslissing om de lus toe te passen. Van strijd met het beginsel van hoor en wederhoor (verdedigingsbeginsel) kan in zoverre onzes inziens geen sprake zijn. Het arrest van het Grondwettelijk Hof toont echter aan dat men daarover ook anders kan denken. In de Nederlandse discussie over de wettelijke regeling van de lus heeft dit aspect geen rol gespeeld.

Voor zover het gaat over het recht van partijen om zich, na toepassing van de lus, uit te spreken over het besluit na reparatie, zij opgemerkt dat ook de Vlaamse regeling van de lus voorziet in de mogelijkheid van het inbrengen van zienswijzen ten aanzien van de reparatiepoging. Partijen kunnen zich dus in ieder geval uiten ten aanzien van de reparatiepoging. De rechter kan zijn einduitspraak niet baseren op in de reparatiefase naar voren gebrachte aspecten waarover partijen zich niet hebben kunnen uitspreken. De vraag of partijen naast het kunnen inbrengen van schriftelijke zienswijzen ook altijd de gelegenheid zouden moeten hebben hun standpunt over de reparatiepoging mondeling ten overstaan van de rechter toe te lichten, zij hier niet verdiept omdat het Grondwettelijk Hof op dit aspect van het verdedigingsbeginsel niet ingaat. Wij hebben in paragraaf 4.6.3 van dit onderzoek wel betoogd dat een tweede zitting in de regel noodzakelijk is.

6.6.3 *Beperking van het recht tot toegang tot de rechter*

Voorts bekritiseert het Hof dat de regeling van de lus de toegang tot de rechter voor belanghebbenden die niet partij zijn van het geschil onevenredig beperkt doordat zij geen gelegenheid hebben om tegen het besluit na reparatie in beroep te gaan. Het Hof licht niet nader toe waarom toepassing van de lus tot gevolg kan hebben dat derde-belanghebbenden geen toegang tot de rechter hebben. Wij begrijpen het Hof aldus dat derde-belanghebbenden die niet zijn opgekomen tegen het oorspronkelijk besluit ook niet meer kunnen opkomen in de fase na de reparatie tegen het gerepareerde besluit hoewel de reparatie aanleiding voor hen zou kunnen zijn om zich, anders dan oorspronkelijk, toch tegen het besluit te wenden. De vraag is, of zich een dergelijke situatie inderdaad kan voordoen. Omdat bij toepassing van de Vlaamse regeling de inhoud van het besluit in beginsel niet kan wijzigen, zou inderdaad kunnen worden aangenomen dat derde-belanghebbenden die bijvoorbeeld in een nieuwe motivering van het inhoudelijk gelijkblijvend besluit aanleiding zien om daartegen in beroep te gaan niet ontvankelijk worden verklaard, alleen al omdat de beroepstermijn al lang is verstreken. De vraag is dan of belanghebbenden die tegen een besluit met een bepaalde inhoud konden opkomen, maar dat niet hebben gedaan, inderdaad nog een recht op toegang tot de rechter moeten hebben als het bestreden besluit niet is gewijzigd, maar alleen van een andere motivering is voorzien. Daarover kan men verschillend denken.

Inhoudelijk een en hetzelfde besluit kan voor een belanghebbende acceptabel zijn op grond van een bepaalde onderbouwing en motivering, maar onacceptabel als het anders onderbouwd en gemotiveerd wordt. De beslissing om al dan niet in beroep te gaan is voor iemand die door een besluit met een bepaalde inhoud in zijn belangen wordt geschaad mede afhankelijk van de onderbouwing en motivatie van het besluit. Door tijdens de beroepsprocedure de motivering en onderbouwing te veranderen zonder deze derde opnieuw de mogelijkheid van bezwaar en

beroep te geven, wordt het beroepsrecht van betrokkene potentieel beperkt, zo lijkt het Grondwettelijk Hof te willen zeggen.

Indien men het Belgische Grondwettelijk Hof in dit opzicht volgt, zou dit een ongerechtvaardigde beperking van het recht op toegang tot de rechter kunnen inhouden. Wij delen deze opvatting niet, maar achten deze opvatting wel verdedigbaar. Een discussie daarover in Nederland zou derhalve op zijn plaats zijn. Daarbij is te bedenken dat ook buiten het instrument bestuurlijke lus situaties voorkomen waarin een gewijzigde motivering van een besluit niet tot gevolg heeft dat derden, die daar mogelijkerwijs bezwaar tegen zouden kunnen hebben alsnog een recht op bezwaar en beroep krijgen. Integendeel, vertrekpunt in het Nederlandse bestuursprocesrecht is dat men in beginsel niet in beroep kan gaan tegen een motivering van een besluit, maar slechts tegen de inhoud daarvan. Een belanghebbende kan immers slechts opkomen tegen een besluit, “indien hij bij het instellen van het rechtsmiddel enig belang heeft, in die zin dat hij daardoor in een gunstiger rechtspositie zou kunnen geraken.” Dat is in de regel niet het geval als iemand geen bezwaar heeft tegen de inhoud, maar slechts tegen de motivering van een besluit.³³³ Indien men de opvatting van het Belgische Grondwettelijk Hof volgt, zou dat dus een herbezinning op een breder front binnen het Nederlandse bestuursprocesrecht betekenen.

De vraag is vervolgens of de plicht van de rechter erop toe te zien dat belanghebbenden door toepassing van de lus niet onevenredig worden geschaad, verzekert dat de hiervoor beargumenteerde beperking van de toegang tot de rechter zich niet kan voordoen. Het Hof voert, in ander verband, het argument aan dat het niet aan de rechter, maar aan de belanghebbende zelf is om te bepalen of hij of zij in beroep wil gaan. Daar zou wat tegen in te brengen zijn indien verzekerd zou zijn dat derden in alle gevallen waarin de reparatie hen daartoe aanleiding biedt (ook voor het eerst) in bezwaar en beroep tegen het herstelde besluit kunnen gaan. Dat lijkt echter niet het geval te zijn, noch in Vlaanderen, noch in Nederland. Zoals hiervoor gezien, ziet de (Nederlandse) rechter er wel op toe dat derden de gelegenheid krijgen om hun opvatting over het herstelbesluit aan het bestuur kenbaar te maken en vervolgens in bezwaar en beroep te gaan indien het herstelbesluit leidt tot een andere rechtsbetrekking dan het primaire besluit. Volgt men de hiervoor weergegeven opvatting van het Grondwettelijk Hof, dan lijkt ons dat echter niet genoeg te zijn. Ook indien het herstelbesluit aan de rechtsbetrekking van het eerste besluit niets wijzigt, dan nog zou een derde die door de inhoudelijk gelijkblijvende, maar anders onderbouwde en gemotiveerde beslissing voor de eerste maal is bezwaard zich alsnog tegen het besluit moeten kunnen wenden. Als wij het goed zien is dat noch in Vlaanderen, noch in Nederland het geval. Men zou daarom kunnen beargumenteren dat niet alleen de Vlaamse, maar ook de Nederlandse regeling over de lus rechtsstatelijke bedenkingen ontmoet omdat derden de toegang tot de rechter wordt ontnomen voor zover zij zich door een inhoudelijk gelijkblijvende, maar anders onderbouwde en gemotiveerde beslissing voor de eerste maal bezwaard voelen. Als men deze bedenkingen onderschrijft, dan zou dit probleem in Nederland (en waarschijnlijk ook in Vlaanderen) oplosbaar zijn door voor te schrijven om elke reparatie vorm te geven als een nieuw besluit ter vervanging van het bestreden besluit. Derden die niet partij in het geding waren kunnen dan in beroep gaan tegen dit nieuwe besluit. Wij kunnen ons voorstellen dat de

³³³ Zie bijvoorbeeld ABRvS 28 maart 2002, AB 2002, 132 of ABRvS 14 januari 2009, 200805149. Er zijn echter ook uitzonderingsgevallen waarin wel alleen tegen de motivering van een besluit kan worden opgekomen. Zie bijvoorbeeld CRvB 20 december 2006, L/JN AZ5455 of CRvB 25 november 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP6171.

wetgever daarbij zou bepalen dat de bezwaarschriftprocedure niet van toepassing is op het reparatiebesluit. Te bedenken valt dan dat deze derden, die in de reparatiefase voor het eerst opkomen tegen het vervangende besluit, in beginsel nog moeten kunnen ageren tegen alle onderdelen van dat besluit, ook tegen de onderdelen waarover de rechter in de tussenuitspraak al een eindoordeel heeft gegeven. Anders zou hun recht op toegang tot de rechter immers worden beperkt. Dat zij niet eerder tegen het primaire besluit zijn opgekomen kan hun immers, indien men de gedachtenlijn van het Grondwettelijk Hof volgt, redelijkerwijs niet worden verweten. Weliswaar leidt dit in sommige gevallen, tot een aanzienlijke verzwaring van de procedure van de lus, maar het lost eventuele rechtsstatelijke bedenkingen tegen het instrument bestuurlijke lus op. Hoewel het de vraag is hoe vaak situaties voorkomen waarin de door het Grondwettelijk Hof naar voren gebrachte beperking van de toegang tot de rechter in de praktijk zich kan voordoen, lijkt ons een discussie over deze rechtsstatelijke bedenkingen van het Grondwettelijk Hof ook in Nederland niet te misstaan. Deze discussie strekt verder dan het instrument bestuurlijke lus. Zo zou, indien men wel zou meegaan in de redenering van het Grondwettelijk Hof, een en ander tevens implicaties hebben voor art. 6:19 Awb. Art. 6:19 Awb zou alsdan in procedures waarin meer belanghebbenden betrokken zouden kunnen zijn, buiten toepassing moeten worden gelaten. Het is vervolgens aan de wetgever om te beslissen of hij de rechtsstatelijke bedenkingen van het Grondwettelijk Hof op dit punt deelt en zo zwaar acht dat de regeling over de lus aanvulling behoeft en het nadeel dat de lus dan, in een deel van de gevallen, complexer en langduriger wordt, voor lief moet worden genomen.

6.6.4 Strijd met de motiveringsplicht

Het Grondwettelijk Hof acht de Vlaamse regeling over de lus ook ongrondwettig omdat de Belgische wetgeving vereist dat een motivering altijd (uiterlijk) gelijktijdig met het uitvaardigen van het besluit wordt gegeven. Bij een ‘nageschoven’ motivering is dat niet het geval. De federale Belgische wet lijkt hier strenger te zijn dan het Nederlandse recht. Weliswaar geldt ook in Nederland dat ingevolge art. 3:47 lid 1 Awb de motivering vermeld wordt bij de bekendmaking van het besluit. Art. 3:47 lid 3 Awb laat enkele uitzonderingen op dit uitgangspunt toe. Voorts is in de jurisprudentie erkend en algemeen aanvaard dat onvolkomenheden in de motivering in de bezwaar- en beroepsfase kunnen worden gerepareerd, mits de grondslag van het besluit daardoor niet wezenlijk wordt gewijzigd.³³⁴ Blijkbaar biedt de Belgische federale Wet van 29 juli 1991 deze ruimte niet. Een kritische bespreking van deze bevinding van het Grondwettelijk Hof moeten wij thans achterwege laten omdat wij het federale Belgische recht op dit punt onvoldoende diepgaand kennen.

Art. 6 lid 9 Verdrag van Aarhus

Ook art. 6 lid 9 Verdrag van Aarhus neemt tot vertrekpunt dat de motivering samen met het besluit wordt gepubliceerd. Echter, het is de vraag of art. 6 lid 9 Verdrag van Aarhus het uitsluit dat een onvolledige of onjuiste motivering in het kader van een gerechtelijke procedure over het besluit gerepareerd kan worden. Noch de tekst, noch de ontstaansgeschiedenis van art. 6 lid 9 Verdrag van Aarhus geeft aanleiding om dat aan te nemen. Ook zeggen de Aarhus Convention implementation guide³³⁵ en het (online) door het secretariaat van de Conventie uitgebracht rapport Case Law of the Aarhus Convention 2004-

³³⁴ Zie bijv. ABRvS 6 februari 2005, AB 2005, 337 en Schlössels/Zijlstra 2010, p. 464.

³³⁵ Zie UNECE 2014.

2011³³⁶ niets over het in een gerechtelijke procedure (niet) mogen repareren van een gebrekkige motivering. Als de verdragsluitende partijen dergelijke reparatiemogelijkheden hadden willen uitsluiten, dan hadden zij dat duidelijker moeten regelen. Immers, in het bestuursprocesrecht van meerdere verdragsluitende partijen, waaronder Nederland en Duitsland, was en is deze mogelijkheid voorzien en aanvaard. Wij delen dan ook de, niet nader onderbouwde, opvatting van het Grondwettelijk Hof niet, dat art. 6 lid 9 Verdrag van Aarhus in de weg staat aan een reparatie van de motivering in het kader van een bestuursprocesrechtelijke procedure.

Nu onzes inziens geen grondwettelijke, mensenrechtelijke of verdragsrechtelijke regel bestaat die het repareren van een onvolledige of niet juiste motivering verbiedt, ontmoet alleen de Vlaamse regeling van de lus in zoverre bedenkingen, maar niet de Nederlandse.

6.6.5 *Strijd met het gelijkheidsbeginsel*

Ten slotte wijst het Grondwettelijk Hof op het feit dat door toepassing van de lus een ongelijkheid in kostenverdeling kan ontstaan tussen een appellant in een procedure zonder en met toepassing van de lus. Indien de lus wordt toegepast en succesvol is, wordt het aangevallen besluit uiteindelijk gerepareerd. Het beroep kan dan ongegrond worden verklaard. Uit de Belgische procesrechtelijke regels volgt dan dat de kosten van de procedure ten laste gelegd worden aan de verzoekende partij, dus aan appellanten. Als de rechter in een soortgelijk geval besluit om de lus niet toe te passen, maar het besluit te vernietigen en terug te verwijzen naar het bestuursorgaan, dan komen de kosten daarentegen geheel of gedeeltelijk ten laste van het bestuursorgaan. Dat is een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling, aldus het Grondwettelijk Hof. Ook in zoverre zou men kunnen spreken van een weeffout van de Vlaamse regeling.

Dit probleem doet zich in Nederland niet voor, althans in de meeste gevallen niet. Indien een besluit met toepassing van de lus wordt gerepareerd, leidt dit vaak tot het gegrond verklaren van het beroep tegen het primaire besluit en vervolgens het rechtsgevolgen in stand laten, het zelf voorzien of het ongegrond verklaren van het beroep tegen het gewijzigd besluit. Uit het onderzoek bleek dat in een enkel geval het beroep ook, net als in Vlaanderen, gewoon ongegrond wordt verklaard. Zelfs dan kan het bestuursorgaan in de kosten worden veroordeeld. In de praktijk, zo bleek, gebeurt dat ook. Ook uit de interviews komt naar voren dat de ondervraagde rechters van opvatting zijn dat in een dergelijk geval ondanks ongegrondverklaring het bestuursorgaan in de kosten zou moeten worden veroordeeld en de appellant zijn griffierechten terug moet krijgen. De wet schrijft dat echter niet voor. Een ongelijke behandeling zoals door het Grondwettelijk Hof bekritiseerd, is ook in Nederland mogelijk. Men zou daarom kunnen overwegen om in de wet vast te leggen dat toepassing van de lus in alle gevallen moet leiden tot terugbetaling van de griffierechten en een kostenveroordeling van het bestuursorgaan. Een dergelijke wettelijke bepaling zou de rechtszekerheid ten goede komen. Noodzakelijk is een dergelijke wetswijziging echter onzes inziens niet om strijd van de Nederlandse regeling met het gelijkheidsbeginsel of het uit het EVRM voortvloeiende recht op gelijke behandeling te voorkomen. De bestaande, flexibele

³³⁶ Zie Andrussevych e.a. 2011, p. 57.

afdoeningsmodaliteiten en kostenregelingen maken een beginsel- en grondrechtconforme toepassing mogelijk. Dat gebeurt in de praktijk ook, voor zover wij hebben kunnen nagaan.

6.6.6 Resumé

De Vlaamse regeling blijkt op een aantal punten niet geheel doordacht te zijn, hetgeen leidt tot strijd met grondrechten. Dat betreft het feit dat de Vlaamse rechter door toepassing van de lus impliciet uitspreekt dat het gebrek zonder wijziging van het besluit kan worden hersteld en het feit dat toepassing van de lus in Vlaanderen snel kan leiden tot een ongelijke behandeling met betrekking tot de kostenveroordeling ten opzichte van een situatie waarin geen lus wordt toegepast. Op beide punten verschilt de Vlaamse regeling van de Nederlandse. Voorts is de Vlaamse regeling volgens het Grondwettelijk Hof ook in strijd met de federale regelgeving over het motiveringsvereiste. De Nederlandse wetgeving en jurisprudentie zijn op dit punt soepeler, zodat zich dat probleem in Nederland niet voordoet. Dan zijn er nog een tweetal bezwaren van het Grondwettelijk Hof die wij inhoudelijk niet kunnen delen. Dat betreft de, niet nader onderbouwde, opvatting dat ook art. 6 lid 9 Verdrag van Aarhus een reparatie van de motivering tijdens een beroepsprocedure zou uitsluiten en de rechter het beginsel van hoor en wederhoor zou schenden als hij niet partijen hoort over zijn voornemen de lus toe te passen. Het beginsel van hoor en wederhoor heeft wel tot gevolg dat de lus in alle regel slechts zal mogen worden toegepast op of na de zitting. Uitzonderingen zullen moeten zijn gedekt door art. 8:54 Awb. Dit aspect is in de wetgeschiedenis onderbelicht gebleven. Ook heeft het verdedigingsbeginsel tot gevolg dat kan worden betoogd dat in de regel een tweede zitting zou moeten worden georganiseerd nadat de herstelpoging heeft plaatsgevonden. Dit vraagstuk kwam echter niet aan de orde in het arrest van het Grondwettelijk Hof en werd hiervoor in paragraaf 4.6.3. besproken. Ten slotte is er één bezwaar van het Grondwettelijk Hof dat mogelijk ook ten aanzien van de Nederlandse regeling kan worden aangevoerd. Indien reparatie van het gebrek gebeurt zonder dat het besluit wordt gewijzigd en dus geen beroep van derden die nog geen partij waren tegen het gewijzigde besluit mogelijk is, dan, zo kan men verdedigen, zou toepassing van de lus kunnen leiden tot een ongerechtvaardigde beperking van het recht tot toegang van de rechter van derden die nog geen partij waren bij het geschil. Volgt men deze opvatting, hetgeen onzes inziens niet dwingend, maar wel beargumenteerbaar is, dan zou dit probleem door de Nederlandse wetgever kunnen worden opgelost door voor te schrijven dat herstel altijd moet plaats vinden door het opnieuw vaststellen van een, al dan niet gewijzigd, besluit met de mogelijkheid van derden om daartegen alsnog in beroep te gaan.

6.7 De bredere invoering van de bestuurlijke lus

6.7.1 Achtergrond en doelstelling

Ook los van specifieke deelreinen en de daar bevoegde rechters (zie hierboven par. 2), stuit het Belgische systeem van bestuurs(proces)recht op vergelijkbare problemen als in Nederland. De Commissie Berx wees daar al op.³³⁷ Kort gesteld: constateert de Raad van State dat aan de besluitvorming een onwettigheidsgebrek kleeft, dan kan hij – slechts - vernietigen (nietig verklaren), ongeacht of het gebrek herstelbaar is of louter een procedureel

³³⁷ 'Naar een snellere en betere besluitvorming over complexe projecten'. Dit rapport lijkt als een katalysator te hebben gewerkt voor invoering van de bestuurlijke lus.

gebrek of een vormgebrek betreft. Dus ook geringe gebreken resulteren in vernietigingen. Het besluitvormingsproces moet dan weer worden opgevat. Wel geldt hier dat de Raad van State vorm- en proceduregebreken soms passeert als appellanten daardoor niet zijn geschaad. Zij zouden dan geen rechtens te beschermen belang meer hebben bij de vernietiging van het besluit. Dat wordt wel genoemd het belang bij het middel: is het vastgestelde gebrek zo bijkomstig dat het de eindbeslissing niet heeft beïnvloed, dan wordt de klager geacht geen belang meer te hebben bij een dergelijk middel. Daarop wordt ook de verwachting gestoeld dat de bestuurlijke lus door de Raad van State heel weinig zal worden toegepast.³³⁸ Dat kan al weer snel resulteren in (aanzienlijke) vertraging vooraleer grote, maatschappelijk en economisch mogelijk belangrijke, projecten kunnen worden gerealiseerd. In de literatuur en kamerstukken wordt regelmatig gewezen op min of meer recente schorsings- en vernietigingsarresten van de Raad van State, die tot gevolg hebben dat grote infrastructurele werken aanzienlijke vertraging ondervinden en aan oplopende kosten onderhevig zijn.³³⁹ Bovendien is het niet zeker of de vernietiging leidt tot een afdoende herstel van het gebrek / de onwettigheid in de nieuwe beslissing van het bestuur. Het kan dan ook heel wel dat tegen die nieuw genomen beslissing wederom beroep wordt ingesteld. Aldus kan het na verschillende beroepen en vernietigingen jaren duren voordat duidelijk is of de beslissing van het bestuur in stand blijft en met de uitvoering kan worden begonnen. Kortom, een stapeling van procedures, tijdverlies, kosten, rechtsonzekerheid.

In het op 1 december 2011 gesloten regeerakkoord valt te lezen: ‘Om beter aan concrete bekommernissen te beantwoorden, zal de regering, in het belang van de rechtzoekende en de bestuurlijke overheden (...) voorstellen die de rechtspleging voor de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State verbeteren, onderzoeken en goedkeuren.’ Het wordt aangewezen geacht de doeltreffendheid van ook de jurisdictionele opdracht van de Raad van State te verhogen.³⁴⁰

Een en ander heeft ertoe geleid dat begin 2013 de minister van Binnenlandse Zaken plannen lanceerde teneinde het instrumentarium van de ‘algemene’ Belgische bestuursrechter, de Raad van State, uit te breiden zodat deze maatregelen kan nemen die ‘beter bijdragen tot de oplossing van het bestuurlijk geschil.’³⁴¹ Daarvan maakt invoering van de bestuurlijke lus (art. 38 van de aangepaste WRvS) onderdeel uit, waarbij deze aan de Raad van State toegekende afdoeningsmodaliteit een element vormt van een veel omvangrijker pakket aan heel diverse maatregelen, welke wel alle zien op modernisering (stroomlijning, actualisering, verbetering) van de bestuursrechtspraak. Het gaat daarbij om veel meer dan bepalingen die de procedure betreffen en niet om slechts een verruimd arsenaal aan afdoeningsmodaliteiten of andere rechterlijke bevoegdheden.

Ten aanzien van de doelstelling valt nog te wijzen op de memorie van toelichting (pag. 2) waar wordt gesproken van een kwalitatieve hervorming om het de ABRvS mogelijk te maken ‘de rechterlijke toetsing van de wettigheid te verfijnen door het wijzen van arresten waarin

³³⁸ Zie ook De Mulder, *TOO* 2014, p. 134, onder verwijzing naar de voorzitter van de Raad van State.

³³⁹ Vb.: stedenbouwkundige vergunning voor verlenging tramlijn Deurne Wijnegem: vernietiging terwijl aanleg al voor 2/3 afgerond, zie Raad van State, nr. 211.007 van 15 oktober 2012 en nr. 221.784 van 18 december 2012 (schorsing milieuvergunning Uplaceproject); vgl. ook Bortels, *TBP* 2013, p. 302-316.

³⁴⁰ MvT Wetsontwerp, hervorming Raad van State, 5 – 2277/1 (Belgische Senaat), p. 2.

³⁴¹ Parl. St. Kamer, 2012-2013, nr. 2583/001, 1.

andere maatregelen worden bevolen dan een nietigverklaring zonder meer.’ De bestuurlijke lus is een van die maatregelen. Het idee achter de invoering van de bestuurlijke lus is dat een geschil definitief wordt beslecht, zonder dat de bestreden beslissing van het bestuursorgaan wordt vernietigd. De verwachting is dat met de bestuurlijke lus de Raad van State meer uitspraken zal doen die tot definitieve beslechting van het geschil leiden. Dat impliceert minder vernietigingen die het geschil niet uit de wereld helpen en nieuwe beroepen kunnen genereren.

De ambities uit met name de bestuurlijke hoek waren oorspronkelijk groot. Het idee was dat de lus ook ten aanzien van meer fundamentele gebreken zou kunnen worden ingezet. Dat is echter in de uiteindelijke wettelijke lussen niet meer terug te zien. Niet een ieder ondersteunt overigens de stelling dat de bestuurlijke lus in de WRvS primair een instrument is gericht op finale geschilbeslechting. Zo wordt – onder meer in één van de gehouden interviews - wel de stelling ingenomen dat deze bestuurlijke lus een maatregel is ten bate van het bestuur. Die stelling wordt met name gebaseerd op een dergelijke frase (‘maatregel ten bate van het bestuur’) in de memorie van toelichting. Het lijkt er al met al wel op, menen wij, dat de bestuurlijke lus in de Belgische Wet RvS is ingegeven door de roep om finale geschilbeslechting, maar dat daarbij twee verschillen met de Nederlandse context kunnen worden opgemerkt. Ten eerste is een verschil dat de bestuurlijke lus minder een onderdeel is van een kader, een stappenplan zoals in Nederland is ontwikkeld in rechtspraak en Awb (vgl. art. 8:72 Awb). In de tweede plaats is introductie weliswaar mede ingegeven door de roep om finale geschilbeslechting, maar daarbij – juist door de beperking dat de inhoud van het besluit niet wezenlijk mag wijzigen - is niet primair het belang van de justitiabele maar het belang van het bestuur leidend.³⁴²

De memorie van toelichting over de verklaring van introductie van juist de bestuurlijke lus is betrekkelijk summier. Uit een interview kwam naar voren dat die verklaring kan worden geacht te schuilen in: 1) een resolutie van het Vlaams parlement van 3 maart 2010 waarin in een aanbeveling de noodzaak tot aanpassing van de RvS onder andere wordt onderstreept door te verwijzen naar de verhoging van de geschiloplossende mogelijkheden van de rechtspraak ‘zodat bijvoorbeeld procedurefouten kunnen worden rechtgezet zonder dat alles herbegonnen moet worden (cf. de “bestuurlijke lus”)³⁴³ en 2) de bij decreet van 6 juli 2012³⁴⁴ aan de Raad voor de Vergunningsbetwistingen verleende bevoegdheid een bestuurlijke lus toe te passen.³⁴⁵ Die bevoegdheid zou als stimulans hebben gewerkt om ook een bestuurlijke lus op te nemen in de WRvS.

Er heeft ook wel in enige mate een discussie gespeeld of de bestuurlijke lus niet neerkomt op eenzijdig ‘bestuurtje helpen’.³⁴⁶ Zo heeft in de ontwerpfasen de Franstalige balie (orde van advocaten) zich kritisch getoond ten aanzien van de lus om die reden en nadat de tekst was goedgekeurd in gelijke zin de Nederlandstalige balie.³⁴⁷ Zie ook De Mulder die uit de arresten van de Raad voor Vergunningsbetwistingen althans afleidt dat deze zich vooral in de plaats

³⁴² Zo ook expliciet een geïnterviewde.

³⁴³ Parl. St., VI. Parl., 2009-2010, nr. 395/2, p. 17.

³⁴⁴ Staatsblad 24 augustus 2012.

³⁴⁵ MvT, p. 8.

³⁴⁶ Zie ook F. Eggermont, *RW* 2013-14, p. 962 en Losseau 2013, p. 567.

³⁴⁷ Informatie, geput uit een interview.

stelt van het vergunningverlenende bestuur, als een scheidsrechter die vooraf aan een replay de uitslag voorspelt en vastlegt.³⁴⁸ Dat komt in andere bewoordingen behoorlijk overeen met de conclusie van het Grondwettelijk Hof ten aanzien van de Vlaamse lus. Inmiddels is, op 30 mei 2014, ook tegen de regeling van de lus in art. 38 Wet Raad van State vernietigingsberoep ingesteld bij het Grondwettelijk Hof.³⁴⁹

6.7.2 Beschrijving van de Belgische bestuurlijke lus in de Wet op de Raad van State

De Raad van State krijgt volgens het nieuwe art. 38 WRvS de bevoegdheid om een vastgestelde onregelmatigheid in de loop van het proces te laten herstellen om zo een vernietiging te vermijden. Met andere woorden: een bestuurlijke lus. Deze bestuurlijke lus meer precies ontleed levert het volgende plaatje op.

6.7.3 Toepassingsbereik

Het nieuwe art. 38-1 bepaalt dat de ABRvS het bestuursorgaan bij tussenarrest kan opdragen een gebrek in de bestreden akte en het bestreden reglement te (laten) herstellen. Een premisse is, net als in Nederland, dat het een beroep gericht op vernietiging betreft. Dat wil zeggen, het dient om een zgn. annulatieberoep te gaan in de zin van art. 14-1 WRvS.

Van de toepassing zijn uitgezonderd: cassatie (14-2 WRvS); hervorming (16 WvS); schadeloosstellingen (11 WRvS) en procedures op grond van een bijzondere wet. De lus moet worden ingepast in het totaalstreven naar finale geschilbeslechting. Dat impliceert, bleek tevens uit de interviews, dat de ABRvS eerst alle andere middelen van het beroep onderzoekt en pas als er één middel ‘overblijft’ dat gegrond is en tot vernietiging zou kunnen leiden de lus in beeld komt. Dat laat overigens onverlet dat de bestuurlijke lus niet per se slechts hoeft te worden toegepast ingeval het besluit aan niet slechts één maar aan meer gebreken lijdt. Hoewel gezien de randvoorwaarden dat niet snel aan de orde zal zijn: het bestuur krijgt nog steeds maar een enkele gelegenheid tot herstel en de drie-maandentermijn als maximum voor het herstel blijft overeind.

Een eis voor toepassing van de bestuurlijke lus is dat het gebrek, de onregelmatigheid, zich voor herstel leent. Dit impliceert ten eerste dat het gebrek binnen drie maanden te herstellen moet zijn. Het betekent voorts dat het herstel door het verwerend bestuursorgaan mogelijk dient te zijn (met andere woorden binnen zijn beslissingsbevoegdheid valt).³⁵⁰ En het herstel moet mogelijk zijn zonder dat dat een substantiële wijziging van de inhoud van het bestreden besluit meebrengt. ‘Het herstel mag geen weerslag hebben op de inhoud van de beslissing’³⁵¹ Kortom, net als in de VCRO is uitgesloten dat een beslissing met een wezenlijk andere inhoudelijke strekking wordt genomen. Daarbij is ook wel opgemerkt dat herstel van een inhoudelijk gebrek binnen de termijn van drie maanden vaak erg lastig zou zijn. De zojuist genoemde drie-maandentermijn verschilt van de termijn in de VCRO waar het bestuursorgaan mededeelt hoe lang het voor het herstel nodig denkt te hebben, en daarvoor een termijn van maximaal drie maanden kan worden gegund.

Volgens de memorie van toelichting is de bestuurlijke lus (dan ook, zie vorige punten) geschikt ingeval van een gebrek van – anders dan in Nederland – ‘gering belang’ (en aan ‘het

³⁴⁸ *TOO* 2014, p. 135.

³⁴⁹ Vgl. ook Lefranc 2014b.

³⁵⁰ Art. 38-2, onder 2 WRvS.

³⁵¹ Art. 38-1 WRvS, slotalinea. Zie ook 5- 2277/1, p. 28 en 54 en Parl. St. Senaat 2013-14, nr. 2277/3, p. 20.

einde van de administratieve procedure’).³⁵² Bijv. de bestreden beslissing wordt gemotiveerd met een verwijzing naar een stuk dat niet is medegedeeld aan de belanghebbende; de beslissing ontbeert een formele motivering of in de beslissing ontbreekt een handtekening of die is onleesbaar. Al buiten de reikwijdte van de bestuurlijke lus vallen het ontbreken van een MER-rapport en een gebrek bij de hoorplicht of het openbaar onderzoek. Naar Nederlandse maatstaven zou de gevolgtrekking kunnen luiden dat zelfs sommige formele gebreken – althans gebreken die naar Nederlandse maatstaven als formele gebreken zouden worden aangeduid – niet door de bestuurlijke lus worden bestreken.³⁵³ Ook bevoegdheidsgebreken lenen zich niet voor toepassing van de bestuurlijke lus; dergelijke gebreken leiden onvermijdelijk tot nietigverklaring.

Het vereiste van geen onevenredig nadeel aan derden – zoals in de VCRO – is bij amendement vervallen.³⁵⁴ Achtergrondinformatie: de lus is bedoeld voor puur formele tekortkomingen, er wordt verwacht dat er maar weinig gebruik van zal worden gemaakt. Van zulke benadeling zou dan ook niet snel sprake zijn.³⁵⁵

Ondanks het laatstgenoemde aspect is de conclusie op zijn plaats dat de bestuurlijke lus in de WRvS voor aanzienlijk minder gebreken en gevallen kan worden ingezet dan de Nederlandse bestuurlijke lus. De kritiek die ook valt te vernemen is dat de bestuurlijke lus niet de vernietigingsarresten zal vermijden die in het verleden aanleiding gaven om voor de bestuurlijke lus te pleiten.³⁵⁶ Bijvoorbeeld een van de geïnterviewden, kritisch over de bestuurlijke lus zoals die in de WRvS is opgenomen, pleit dan ook voor een bestuurlijke lus met een ruimere strekking, zoals de Nederlandse variant die kent.

6.7.4 Hoe?

Volgens art. 38-1 WRvS kan de Raad een opdracht aan het bestuursorgaan geven. Dat verschilt van de uitnodiging aan het bestuur zoals opgenomen in de regeling in de VCRO. Echter, de tekst van de wet is hier niet consistent.³⁵⁷ Art. 38-3 heeft het namelijk over de toepassing die wordt ‘voorgesteld’ en art. 38-2 geeft het bestuursorgaan uitdrukkelijk de mogelijkheid de lus te weigeren.³⁵⁸ Ook de MvT heeft het over ‘voorstellen’ aan het bestuursorgaan om de bestuurlijke lus te gebruiken, welk orgaan ook moet laten weten of het

³⁵² Idem uitdrukkelijk 5-2277/1, p. 31. En p. 29: ‘De naleving van deze voorwaarden (...) in combinatie met de omstandigheid dat het zich beroepen op de bestuurlijke lus niet tot gevolg kan hebben dat de draagwijdte van de beslissing na de correctie ervan kan wijzigen brengt met zich mee dat de te corrigeren onregelmatigheden alleen kunnen voorkomen bij het einde van de administratieve procedure. Deze onregelmatigheden zijn dus, in feite, van weinig belang.’ Daar wordt ook het voorbeeld aangehaald van de ‘impactstudie’ of ‘effectstudie’ als weliswaar formaliteiten maar wel van dien aard dat ze de bestreden beslissing kunnen wijzigen en er wordt op gewezen dat de effectstudie ook onmogelijk over is te doen in zo’n korte tijd.

³⁵³ De wettekst zelf geeft die beperking niet met zoveel woorden. Het blijkt uit de toelichtende kamerstukken: memorie van toelichting; 5-2277/1, p. 28, 29; vgl ook advies van de Raad van State, nr. 53.317/AV, 11 juni 2013, 5-2277/1, p. 124. Zie ook G. Debersaques en F. Eggermont, RW 2013-14, p. 1412 en F. Eggermont, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland.

³⁵⁴ Zie ook preadvies Eggermont, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 2013.

³⁵⁵ In de VCRO waren er grote ambities ten aanzien van de lus, en in verband met de eerst beoogde ruimere werking kan een verklaring voor de eis van geen onevenredige benadeling van derden worden gezien. Van die ambities gericht op ruimere werking is trouwens weinig overgebleven in de uiteindelijke regeling. Vgl. voorts G. Debersaques en F. Eggermont, RW 2013-14, p. 1412: de onmogelijkheid van een nieuw inhoudelijk ander besluit impliceert dat het onaannemelijk is dat derden onevenredig worden benadeeld.

³⁵⁶ Aldus kwam naar voren in een interview.

³⁵⁷ Bevestigd in een interview.

³⁵⁸ Vgl. 5-2277/1, p. 28.

al dan niet bereid is om te gaan lussen. Deze onduidelijkheid wordt door de Belgische gesprekpartners tot op zekere hoogte onderkend. Zij wijzen er wel op dat dit aspect voor de praktische toepassing van weinig belang zal zijn. Zelfs als ervan wordt uitgegaan dat de rechter een onvoorwaardelijke opdracht geeft, kan het bestuur simpelweg weigeren, impliciet of zelfs expliciet, aan de opdracht gevolg te geven.

Er wordt sterk gehecht aan de kans voor partijen om hun visie te geven op de toepassing van de bestuurlijke lus. Een voorwaarde voor toepassing is dat partijen de kans hebben gehad hun opmerkingen te geven over het gebruik van de lus (zienswijzen; vgl. Nederland). De wet schrijft voor dat bij de toepassing van de bestuurlijke lus door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State partijen worden gehoord over de inzet van de lus.³⁵⁹ Dan volgt het tussenarrest, waarna het herstel (de poging althans) plaatsvindt en vervolgens worden partijen wederom in de gelegenheid gesteld ‘hun opmerkingen te doen kennen over de wijze waarop het herstel heeft plaatsgevonden’.³⁶⁰ Het debat op tegenspraak zal dus plaatsvinden op twee verschillende momenten tijdens de procedure.

Wederom sterk vergelijkbaar met de Nederlandse lus, bepaalt het tussenarrest de wijze waarop het herstel moet plaatsvinden en bevestigt het de termijn waarbinnen dat moet gebeuren, welke termijn volgens de wet in beginsel drie maanden bedraagt. Op verzoek van het bestuursorgaan kan de rechter de hersteltermijn verlengen.

Een vraag die rijst is of het bestuur in een bestuurlijke lus slechts het bestaande besluit kan repareren (bijv. met een verbeterde motivering of door een nieuw stuk toe toevoegen) of ook een nieuw besluit kan nemen. Voor de goede orde, dit betreft een vraag naar de *vorm* waarin het herstel kan worden gegoten. Overeind blijft staan dat de bestuurlijke lus niet tot een *inhoudelijk* ander besluit kan leiden. Anders dan in de VCRO kan volgens de regeling in de WRvS beide: ofwel een nieuwe beslissing ofwel de oude beslissing aanvullen. In geval van een nieuwe beslissing wordt het beroep tegen de oorspronkelijke beslissing uitgebreid met de nieuwe beslissing welke beslissing derhalve meteen in de procedure wordt betrokken. Het kunnen nemen van een nieuw besluit zal in de praktijk ook de mogelijkheden verruimen om toch kleinere, niet wezenlijke gebreken in het besluit te herstellen, naar de verwachting van enkele gesprekpartners. In hoeverre de rechter de mogelijkheden om de lus toe te passen in deze zin zal oprekken, is thans nog niet te voorzien.

In zoverre de RvS-lus ook een nieuwe beslissing kan genereren, die meegaat in het beroep tegen de oorspronkelijke beslissing, vertoont de Belgische lus in de WRvS weer een overeenkomst met de bestuurlijke lus in Nederland. Mochten er na gebruikmaking van de bestuurlijke lus en de herstelpoging door het bestuursorgaan een of meer gebreken aan die nieuwe beslissing kleven, dan volgt uit de wettekst uitdrukkelijk dat vernietiging volgt.³⁶¹

Wat afwijkend van de Nederlandse situatie is dat niet slechts de kamer van de ABRvS maar ook een auditeur de bestuurlijke lus kan voorstellen. In de praktijk kan zich hier wel een probleem voordoen. De Belgische Raad van State kent een zgn. auditoraat. De hieronder ressorterende auditeurs – anders dan de juridische ondersteuning bij de Nederlandse Raad van

³⁵⁹ Art. 38-1 en 38-3 WRvS.

³⁶⁰ Art. 38-4 WRvS. Over de uitvoering van het tussenarrest nader: G. Debersaques en F. Eggermont, RW 2013-14, p. 1413.

³⁶¹ Art. 38-4 WRvS

State – zijn onderdeel van de magistratuur en staan in een onafhankelijke positie ten opzichte van de staatsraden. Zij maken een verslag en kunnen daarin aan het bestuursorgaan voorstellen om een gebrek te herstellen via een bestuurlijke lus.³⁶² Dat is alsdan een variant waarin de bestuurlijke lus voor de zitting wordt ingezet. Partijen zijn dan in de gelegenheid hun opmerkingen te maken over de toepassing van de bestuurlijke lus in de laatste zogeheten memorie. Leidt dat ertoe dat het bestuursorgaan tot een herstelpoging overgaat, maar constateert de Kamer van de ABRvS later alsnog een gebrek, dan is nog de vraag hoe de ABRvS daarmee zal omgaan.

6.7.5 Na de lus

Een gedifferentieerd dictum (gegrond en ongegrondverklaring) na de bestuurlijke lus zoals in Nederland voorkomt, is niet mogelijk in België; niet binnen de VCRO en evenmin onder het regiem van de WRvS. Bij volledig herstel wordt het beroep verworpen.^{363 364} Dit roept de vraag op hoe dan zal worden omgegaan met de (financiële) consequenties voor appellanten. Ondervinden die geen nadeel van toepassing van de bestuurlijke lus doordat zij dan bijv. geen proceskostenvergoedingen toegewezen krijgen? Art. 38-5 WRvS, bij amendement ingevoerd, corrigeert dit gerezen knelpunt door te bepalen dat de kosten en uitgaven ten laste komen van de verantwoordelijke voor de aanvankelijk gebrekkige en later herstelde beslissing. In de interviews is hier ook wel een vergelijking getrokken met het geval waarin het bestuursorgaan een beroep intrekt, in welk geval ook de kosten ten laste van het bestuur komen. Bij de bestuurlijke lus voltrekt zich in zeker opzicht een vergelijkbaar mechanisme. Ten gevolge van een ingesteld beroep erkent het bestuursorgaan immers als het ware zijn fout. Het gaat vervolgens over tot herstel daarvan door middel van het uitvoering geven aan de opdracht van de rechter om een bestuurlijke lus toe te passen. Ook dan zal het bestuur in de proceskosten van de burgerpartij die het beroep instelde, kunnen worden veroordeeld.

Is het gebrek volgens de ABRvS niet (volledig) hersteld, of wordt het herstel aangetast door nieuwe gebreken, dan wordt zoals aangegeven het bestreden besluit of in voorkomend geval het herstellende besluit nietig verklaard. De wettekst sluit daarmee, in tegenstelling tot de Nederlandse bestuurlijke lus, herhaalde lussen uit. Het bestuur krijgt kortom één kans.

6.8 Context / overige finaliseringsinstrumenten

6.8.1 De bestuurlijke lus in de VCRO

Wij wijzen ten eerste op het derde lid van art. 4.8.2 VCRO. Deze bepaling heeft betrekking op het aankleden van de vernietiging. Het komt neer op een bevel tot het nemen van een nieuwe beslissing, met termijnstelling en met wenken, in het bijzonder ‘motieven’ aanwijzen die bij de nieuwe beslissing niet kunnen worden betrokken, specifieke rechtsregels of rechtsbeginselen aanwijzen die wel bij de nieuwe beslissing moeten worden betrokken en procedurele handelingen omschrijven die voorafgaand aan de nieuwe beslissing moeten

³⁶² Volgend uit de wettekst, art. 38-3. Zie nader 5-2277/1, p. 30.

³⁶³ Zo'n ‘dubbel dictum’ als in Nederland zal in België ook daarom niet worden toegepast omdat de ABRvS niet zelf in de zaak kan voorzien zoals de Nederlandse bestuursrechter dat kan en de Belgische ABRvS met het in stand laten van gevolgen tot nu toe erg terughoudend was. Juist die combinatie kan worden geacht de lus in Nederland voor een deel haar gewicht te geven.

³⁶⁴ En de gevolgen van de bestuurlijke lus gelden met terugwerkende kracht, aldus de slotzin van art. 38-4 WRvS.

gesteld.³⁶⁵ De bepaling laat zich dan ook goed vergelijken met de aangeklede vernietiging van art. 8:72 lid 4 Awb.³⁶⁶ Niettemin zijn de bevoegdheden tot finale geschilbeslechting die de Raad voor de Vergunningsbetwistingen ter beschikking heeft beperkter dan die van de Nederlandse bestuursrechter. Zo heeft de Raad voor de Vergunningsbetwistingen niet de bevoegdheid om gebreken te passeren (hoewel hij soms wel iets vergelijkbaars doet door een rechtens te beschermen belang te ontkennen indien een vorm- of procedurefout appellant niet benadeelt); een geconstateerde onregelmatigheid dient doorgaans tot vernietiging te leiden.³⁶⁷ De Raad beschikt evenmin over de bevoegdheid om de rechtsgevolgen van een vernietigde beslissing in stand te laten.³⁶⁸ De Raad kan ook niet zelf in de zaak voorzien.³⁶⁹ Wel heeft tegelijk met de bevoegdheid om de bestuurlijke lus in te zetten de Raad een extra bevoegdheid toebedeeld gekregen die hem in staat zou moeten stellen een meer actieve en oplossingsgerichte rol te vervullen: de mogelijkheid tot bemiddeling.

6.8.2 De bestuurlijke lus in de WRvS

De bestuurlijke lus is een onderdeel van een groter pakket aan maatregelen om vernietigingen te voorkomen die een wanverhouding zouden vertonen met de vastgestelde onregelmatigheid. Er kan worden gewezen op de ingevoerde eis van een belang bij het middel (art. 14-1 WRvS); de injunctiebevoegdheid (art. 35-1 en 36-1 WRvS)³⁷⁰ en de uitbreiding van de mogelijkheid de gevolgen van een vernietigd besluit in stand te laten. De VCRO kent niet de mogelijkheid om (rechts)gevolgen in stand laten, de Wet op de Raad van State wel. Die mogelijkheid werd zeer terughoudend toegepast waar het tot nu kon (reglementaire akten)³⁷¹ maar is nu uitgebreid naar individuele akten. De reeds voor de wijziging van de WRvS bestaande bevoegdheid tot het zogeheten moduleren van de gevolgen betekent dat de gevolgen in stand worden gelaten, ondanks de vernietiging. Het bestreden besluit wordt wel vernietigd, maar de gevolgen worden niet ex tunc, c.q. met retroactieve werking, uit de wereld van het recht geschrapt. De oude gevolgen blijven derhalve in stand en de vernietiging geldt pas vanaf de dag van het arrest. Die in de WRvS nieuw ingevoerde bevoegdheid breidt deze mogelijkheid tot het in stand laten van de gevolgen na vernietiging uit tot individuele akten. In de definitieve tekst van art. 38 par. 1 WRvS is nu opgenomen dat deze rechterlijke bevoegdheid voortaan bestaat ten aanzien van akten (dat zijn besluiten van individuele strekking) en bestreden reglementen. Volgens de tekst van de nieuwe WRvS kan dat behoud van de gevolgen slechts ingeval zulks is gevraagd door verweerder dan wel de tussenkomende partij.

³⁶⁵ Men kan in deze bepaling, die wel als een injunctierecht wordt aangeduid, wel een poging herkennen de Raad geschillen zoveel mogelijk finaal te laten beslechten en de rechtsverhouding definitief te laten vastleggen, vgl. Bortels, *TBP* 2013, p. 311.

³⁶⁶ Genoemde aangeklede vernietiging strekt zich niet uit tot aanwijzingen over de inachtneming van een nieuw feit (zie Bortels, *TBP* 2013, p. 311 en de rechtspraak die zij noemt in noot 94 en evenmin kan de Raad voor de Vergunningsbetwistingen afwijkingen toestaan op procedurevoorschriften zoals bepaald in de VCRO.

³⁶⁷ Zie ook Verbist in: Alen e.a., *Themis* 2011-2012, p. 117.

³⁶⁸ Verklaring: die bevoegdheid is (was tot feb. 2014 in WRvS) er alleen voor reglementaire bepalingen (grofweg: avv) terwijl de Raad voor de Vergunningsbetwistingen zich louter uitsprekt over individuele beslissingen.

³⁶⁹ Zie Bortels, *TBP* 2013, p. 311 en 312.

³⁷⁰ Dit injunctierecht is welbeschouwd ook een vorm van het verlaten van de traditionele loutere vernietiging. De uitspraak kan nu namelijk ook aangeven waarin de tenuitvoerlegging van de uitspraak zal moeten bestaan. De niet-naleving kan vergezeld gaan van een dwangsom, op verzoek van een verzoekende partij. Deze mogelijkheid bestond al wel langer, maar er werd zelden gebruik van gemaakt, omdat de dwangsom niet ten voordele kwam van de om een dwangsom verzoekende partij. Dat is nu ook veranderd, nu 50% van de dwangsom voortaan voor de verzoeker is.

³⁷¹ Onder reglementaire akten vallen alle algemene regelingen van bestuursorganen, dus KB's, ministeriele regelingen etc.

Bij deze laatste moet men denken aan derden zoals de vergunninghouder van de aangevochten beslissing.

Over de mogelijkheid om zelf in de zaak te voorzien zoals de Nederlandse bestuursrechter dat tegenwoordig kan, beschikt de Belgische bestuursrechter niet.³⁷² Wel vertoont de ‘hervormingsbevoegdheid’ van de Belgische ABRvS³⁷³ enige gelijkenis. Deze hervormingsbevoegdheid verschilt evenwel van het Nederlandse zelf in de zaak voorzien omdat deze is beperkt tot de beroepen inzake volle rechtsmacht en de gevallen van gebonden bevoegdheden van het bestuur.³⁷⁴

Ten slotte, in Nederland spelen andere dan strikt juridische, processuele overwegingen mogelijk (indirect) mede een rol bij (de terughoudendheid met) de inzet van de bestuurlijke lus. Hierbij kan worden gedacht aan financiële overwegingen of overwegingen in verband met werklast van de rechter bij de (te verwachten) toepassing. Toepassing van de bestuurlijke lus leidt tot verlenging van de afhandelingsduur van de desbetreffende zaak. Het valt, zo kwam uit de gesprekken met de Belgische experts duidelijk aan de oppervlakte, allerm minst uit te sluiten dat bij de concrete toepassing dat argument van werklast een rol kan (gaan: de WRvS-lus is pas op 1 maart 2014 in werking getreden) spelen. Hierbij kan tevens van belang zijn dat de bestuurlijke lus in de WRvS een heel zware procedure kent (met de twee rondes van tegenspraak) voor slechts bescheiden gebreken.

6.9 Een vergelijking van het toepassingsbereik van beide Belgische lussen

Volgens de regeling in de WRvS geeft de rechter een opdracht aan het bestuursorgaan. Het verzoek dat de rechter volgens de regeling in de VCRO kan doen, kan worden uitgelegd als een indicatie van beperkter toepassingsbereik van de bestuurlijke lus in de VCRO.³⁷⁵ De eis van niet onevenredige benadeling van belanghebbenden is opgenomen in de VCRO maar ontbreekt in de WRvS. Naar de letter van de wet zou dat een aanwijzing kunnen zijn dat de lus in de VCRO een beperkter bereik kent. De rechtspraak zal nog moeten uitwijzen wat de portee is van deze voorwaarde. De VCRO kent voorts in zeker opzicht een beperking ten opzichte van de lus in de WRvS, doordat de VCRO niet toestaat dat wordt hersteld via een nieuw besluit. De WRvS kent die modaliteit wel. Een ander onderscheid tussen de twee lussen is de vraag in hoeverre bevoegdheidsgebreken via de bestuurlijke lus kunnen worden hersteld. Of dat mogelijk is volgens het regiem van de VCRO is nog onzeker. De bestuurlijke lus in de WRvS staat dat niet toe. In zoverre heeft de laatste lus een beperktere werking dan de lus in de VCRO. De hersteltermijn in de WRvS bedraagt drie maanden, die in de VCRO wordt per geval vastgesteld, met een maximum van drie maanden. Volgens de toelichting kan de bestuurlijke lus uit de WRvS slechts worden gebruikt voor gebreken van ‘gering belang’ en aan ‘het einde van de administratieve procedure’. In vergelijking met de regeling in de VCRO kan dit duiden op een beperkter toepassingsbereik van de bestuurlijke lus in de WRvS.

³⁷² Vgl. preadvies Eggermont 2013 die erop wijst dat naar de letter het Belgische recht een bepaling als art. 6:22 Awb niet kent.

³⁷³ Zie art. 16 onder 8 en art. 36, par. 2, tweede lid, WRvS.

³⁷⁴ ‘Het laat zich niet passen in een stappenplan om tot een definitieve beslechting van het geschil in het annulatiecontentieux te komen’, aldus één van de gesprekspartners.

³⁷⁵ Vgl. echter de relativering ten aanzien van de beweerdelijke ‘opdracht’ in de WRvS.

6.10 Samenvatting en conclusies

De beide Belgische bestuurlijke lussen zijn geïntroduceerd onder verwijzing naar de Nederlandse bestuurlijke lus. Veel elementen uit de Nederlandse regeling zijn, soms letterlijk, overgenomen. Op een aantal, vooral procedurele, punten zijn er inderdaad overeenkomsten. Op andere punten verschillen de Belgische regelingen evenwel tamelijk sterk van de Nederlandse bestuurlijke lus. Dat geldt vooral voor het toepassingsbereik. Zo kan de bestuurlijke lus in België in beginsel niet tot een inhoudelijk andersluidend besluit leiden. Vooral bij, door de bank genomen geringe, vormgebreken kan de bestuurlijke lus in België worden gebruikt. Daarmee heeft de lus in België wat betreft toepassingsbereik wel wat weg van het (oude) art. 6:22 Awb, dat onder omstandigheden het passeren van schending van bepaalde vormvoorschriften mogelijk maakte. Een dergelijke bepaling – passeren vormvoorschriften zonder dat een vernietiging wordt uitgesproken – kent het Belgische bestuursrecht overigens niet. Wel wordt een vergelijkbaar effect bereikt doordat sommige rechters een procesbelang ontkennen als een appellant geen nadeel heeft ondervonden van een vorm- of procedurefout. Juist deze beperking van het toepassingsbereik van de lus is een van de belangrijke oorzaken voor de bezwaren van het Grondwettelijk Hof tegen de bestuurlijke lus als opgenomen in de VCRO. Omdat de lus alleen inzetbaar is bij schending van vormvoorschriften, kan toepassing niet tot een inhoudelijk ander besluit leiden. Dat wederom bracht het Hof tot het oordeel dat de rechter niet meer onafhankelijk en onvooringenomen oordeelt. In de tussenuitspraak geeft de bestuursrechter die de bestuurlijke lus toepast immers al te kennen dat hij van opvatting is dat de fout herstelbaar is zonder dat het besluit inhoudelijk hoeft te wijzigen. Het ontbeert niet een zekere tragiek dat de wetgever de genoemde beperking van het toepassingsbereik van de lus nu juist in de wet had opgenomen vanwege rechtsstatelijke argumenten en ter bescherming van de positie van appellanten. Hoewel de Vlaamse wetgever nadrukkelijk aandacht heeft gehad voor de rechtsstatelijke implicaties van de lus is uiteindelijk een regeling tot stand gekomen die bepaalde rechtsstatelijke gebreken kent die de Nederlandse regeling niet heeft.

De bestuurlijke lus (VCRO) is tot nu toe maar enkele malen toegepast. Ook voor de toekomst wordt, nog onafhankelijk van de uitspraak van het Grondwettelijk Hof, geen ruime toepassing verwacht. De gedachte die door deskundigen in België is uitgesproken, is dat de bestuurlijke lussen in hun huidige vorm weinig zullen helpen om juist die vernietigingen te voorkomen waarvoor zij voornamelijk in het leven zijn geroepen.

7. Valt er iets van het Duitse of Belgische recht te leren – enkele resumerende rechtsvergelijkende beschouwingen

Wat opvalt bij een vergelijking van de regeling en de discussie over de lus in Nederland enerzijds en in de twee andere landen anderzijds is het verschil van aandacht voor rechtsstatelijke implicaties van de lus. Ook in Nederland zijn voorafgaand aan en tijdens de introductie van de bestuurlijke lus her en der rechtsstatelijke bedenkingen geuit. Deze bedenkingen hebben vervolgens echter noch in de parlementaire discussie, noch in de discussie in de literatuur een wezenlijke of invloedrijke rol gespeeld en niet geleid tot wezenlijke bijstellingen van de voornemens van de regering. In België hebben de rechtsstatelijke bedenkingen geleid tot een zeer beperkte variant van de bestuurlijke lus, in Duitsland tot het geheel afwijzen van de introductie van een lus. Het is niet onwaarschijnlijk, maar ook niet te bewijzen, dat het feit dat beide landen over een grondwettelijk hof

beschikken dat de grondwettigheid van wettelijke regelingen kan toetsen, bijdraagt tot een groter bewustzijn en een grotere alertheid in de parlementaire en in de publieke discussie van nieuwe wettelijke regelingen.

Relativerend moet daarbij echter worden opgemerkt dat het rechtsstatelijk “geweten” in Duitsland niet altijd even alert blijkt te zijn en in België in casu niet tot constitutioneelrechtelijk goed doordachte oplossingen heeft geleid. De “Grundsatz der Planerhaltung” en de daarmee verbonden zeer actieve rol van de rechter in het Fachplanungsrecht lijkt niet onder rechtsstatelijke gezichtspunten ter discussie te worden gesteld hoewel daar wellicht aanleiding voor bestaat en in België hebben juist de constitutioneelrechtelijke bedenkingen ertoe geleid dat de Belgische wetgever een regeling heeft vastgesteld die een weeffout bevat en daarmee juist ongrondwettelijk werd. Toch is de alertheid voor de grond- en mensenrechtelijke implicaties van bestuursprocesrechtelijke regelingen iets dat onzes inziens ook in Nederland meer aandacht zou kunnen krijgen. Niet alle bedenkingen van het Belgische Grondwettelijk Hof zijn verbonden met de specifieke vormgeving van de bestuurlijke lus in de Vlaamse wetgeving of met, van de situatie in Nederland afwijkende, bepalingen in de Belgische Grondwet of wetgeving. Aan de regeling van een bestuurlijke lus is een aantal constitutionele vragen verbonden waarover, zo blijkt zowel uit de Duitse afwijzing van een dergelijke regeling als uit het arrest van het Grondwettelijk Hof, tenminste verschillend kan worden gedacht. Hoewel het onderzoeksteam van opvatting is dat de wettelijke regeling zoals die thans in Nederland bestaat de toets aan Europese en internationale mensenrechten kan doorstaan, hebben wij enkele suggesties gedaan voor mogelijke aanvullingen van de wettelijke regeling die aan mogelijke grondwettelijke bedenkingen tegemoet kunnen komen en, belangrijker, verzekeren dat de wettelijke regeling op een wijze wordt toegepast die met de eisen van met name art. 6 EVRM in overeenstemming is. Bij de discussie over mogelijke aanpassingen van de wettelijke regeling van de bestuurlijke lus zouden constitutioneelrechtelijke en mensenrechtelijke aspecten een sterke aandacht moeten krijgen. Immers, de bestuurlijke lus is een instrument dat raakt aan principiële vragen van de verdeling van de machten binnen de trias politica en de garantie van een onafhankelijke rechter. Op de achtergrond speelt daarbij mee dat die aandacht voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een rechter die niet de indruk wekt bij de toepassing van de bestuurlijke lus het bestuur een handje te helpen, wenselijk is om het vertrouwen van de burger in de rechter niet aan te tasten.

Voor het overige lijkt ons van het Belgische recht in casu, dus wat betreft het instrument bestuurlijke lus, niet veel te leren. Dat ligt natuurlijk enerzijds aan het feit dat de Vlaamse, en vervolgens de Belgische wetgever zich heeft laten inspireren door de Nederlandse regeling. Maar dat had ook anders uit kunnen pakken. Immers, de Belgische wetgever had nieuwe inzichten ten aanzien van de bestuurlijke lus mede in beschouwing kunnen nemen en zo tot een verder ontwikkelde regeling kunnen komen. Mede omdat de Belgische regeling de Nederlandse na een zeer korte periode is opgevolgd waarin nog niet zoveel ervaring met de toepassing van de Nederlandse regeling in de praktijk is opgedaan, heeft zich dit leereffect echter onzes inziens niet voorgedaan.

Wat het Duitse recht betreft is het de vraag of Nederland iets kan leren van de bijzondere positie die het Fachplanungsrecht inneemt ten opzichte van algemene bestuursrecht. De zeer grondige voorbereidingsprocedure met relatief vroegtijdige participatiemogelijkheden rechtvaardigt volgens Duitse opvattingen bepalingen die het uit die procedure komend besluit zoveel mogelijk behoeden voor vernietiging. Thans is in Nederland nog geen (wettelijk) gevolg gegeven aan de suggesties van de Commissie Elverding tot introductie van een brede,

vroegtijdige participatiemogelijkheid. Indien dat, bijvoorbeeld in het kader van de Omgevingswet, wel wordt uitgewerkt, zou erover nagedacht kunnen worden daaraan consequenties te verbinden in de rechtsbeschermingsfase. Daar pleit echter tegen dat er in het algemeen bestuursprocesrecht, onder andere door introductie van de lus, al heel veel instrumenten zijn ingevoerd die gericht zijn op het zo enigszins mogelijk in stand houden van (de rechtsgevolgen van) in detail foutieve besluiten. Of men, ook na introductie van een vroegtijdige, brede participatieprocedure, nog verder kan en zou moeten op deze weg wagen wij te betwijfelen.

Een ander aspect verdient vanuit Nederlands perspectief wellicht ook nog aandacht. Dat betreft situaties waarbij een besluit over een omvangrijk project rechten van één of enkele weinige appellanten schendt, terwijl het voor het overige rechtmatig is. Duitse rechters vatten hun taak om het voorgelegde geschil definitief te beslechten dan ruim op en gaan actief op zoek naar mogelijke aanvullende besluiten waarmee de inbreuk op de individuele rechten van betrokkenen ongedaan kan worden gemaakt (bijvoorbeeld een extra geluidsscherm, een mitigerende of compenserende maatregel etc.). De Commissie Elverding heeft voor dergelijke situaties gesuggereerd om het besluit in stand te laten en aan diegenen wiens rechten geschonden zijn slechts een schadevergoeding toe te kennen.³⁷⁶ Een dergelijke oplossing ontmoet rechtsstatelijke bezwaren. De Duitse oplossing om appellanten niet automatisch een recht op vernietiging toe te kennen van elk besluit dat in strijd met het recht is, maar hen te verwijzen naar een recht op aanvulling van het onrechtmatig besluit (zo dat mogelijk is), zou ook in Nederland kunnen worden overwogen. Deze oplossing lijkt het publiek belang op het doorgang kunnen laten vinden van na grondige voorbereiding genomen besluiten en het respecteren van individuele wettelijke rechten op een betere wijze met elkaar te verbinden dan het voorstel van de Commissie Elverding dienaangaande. Bij het verdere nadenken over dit deel van het advies van de Commissie Elverding zou goed naar de Duitse praktijk moeten worden gekeken.

8. Samenvatting van de bevindingen

In deze paragraaf worden de bevindingen van het onderzoek samengevat. Daarbij is er vanaf gezien alle feitelijkheden die uit het onderzoek komen (op hoofdlijnen) te herhalen.

8.1 Hoe vaak en waarom wordt de bestuurlijke lus wel/niet toegepast en welke verschillen zijn er tussen deze zaken?

Frequentie van toepassing

De bestuurlijke lus wordt in verhouding tot andere afdoeningsmodaliteiten, gericht op definitieve geschilbeslechting, weinig toegepast. In iets minder dan 7% van alle vernietigingen van alle onderzochte rechterlijke colleges in de onderzoeksperiode werd de lus ingezet. Daar staan ongeveer 17% van de vernietigingen tegenover waarin de rechtsgevolgen in stand werden gelaten en 20% vernietigingen waarin zelf in de zaak werd voorzien. Deze verhouding tussen de verschillende afdoeningsmodaliteiten, gericht op definitieve geschilbeslechting, is bij alle onderzochte rechterlijke colleges vergelijkbaar. Echter, er zijn

³⁷⁶ Advies Commissie Elverding 2008, p. 22.

wel grote verschillen in de frequentie waarmee men een van de instrumenten gebruikt dan wel gewoon vernietigt met een opdracht aan het bestuur om opnieuw te voorzien.

Tabel 15 Gebruik van een afdoeningsmodaliteit gericht op definitieve geschilbeslechting, over de hele onderzoeksperiode bezien³⁷⁷

	Uitspraken waarin gebrek(en) geconstateerd	Lus + zizv + rgisl	Percentage
Rb 2	2.056	1.237	60.2%
Rb 4	1.836	987	53.8%
Rb 3	1.243	467	37.6%
Rb 1	4.783	1.022	21.4%
CRvB	2.735	1.152	42.1%
ABRvS	4.561	2.130	46.7%
CBb	556	277	49.8%
<i>Totaal aantal</i>	<i>17.770</i>	<i>7.272</i>	
<i>Gew. gemiddeld</i>			<i>45.5%</i>

Toegesplitst op alleen de lus worden de verschillen nog groter; de uitersten verschillen met een factor zeven.

Tabel 16 Toepassing bestuurlijke lus ten opzichte van (alle) uitspraken waarin gebreken geconstateerd, over de hele onderzoeksperiode bezien³⁷⁸

	Uitspraken waarin gebrek(en) geconstateerd	Bestuurlijke lus	Percentage
Rb 2	2.056	239	11.6%
Rb 3	1.243	69	5.6%
Rb 1	4.783	102	2.1%
Rb 4	1.836	35	1.9%
CRvB	2.735	399	14.6%
ABRvS	4.561	327	7.2%
CBb	556	33	5.9%
<i>Totaal aantal</i>	<i>17.770</i>	<i>1.204</i>	
<i>Gew. gemiddeld</i>			<i>7%</i>

Deze verschillen zijn slechts voor een beperkt deel verklaarbaar door de aard van de geschillen die bij de verschillende rechterlijke colleges voorliggen.

³⁷⁷ Het gaat hier om de optelsom van het aantal geschillen waarin werd gelust, zelf in de zaak is voorzien of de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten, in relatie tot het totale aantal zaken waarin een gebrek werd geconstateerd.

³⁷⁸ Het gaat hier om het aantal geschillen waarin de bestuurlijke lus werd toegepast in relatie tot het totale aantal zaken waarin een gebrek werd geconstateerd.

Alle rechtscolleges samengenomen, groeide het aantal lussen van 2,3% van het totaal aantal geschillen waarin een gebrek is geconstateerd naar 9,8%. Het (relatieve) aantal lussen is in 2013 dus 4,2 keer hoger dan in 2010. Dat is onzes inziens voor een belangrijk deel te verklaren door de noodzakelijke gewenning aan dit nieuwe instrument. De sterkste groei ligt in het begin. Voor het overige is er geen duidelijke lijn in de ontwikkeling in de tijd van de aandacht die naar de lus uitgaat. De stelling dat toepassing van het instrument al over zijn top heen zou zijn is niet te onderbouwen.

Verschillen tussen de aard van de zaken en andere redenen voor het al dan niet toepassen van de lus.

De verschillen in frequentie van het gebruik van de lus zijn slechts voor een zeer beperkt deel verklaarbaar door de aard van de geschillen die bij de verschillende rechterlijke colleges voorliggen. In geschillen over rijksbelastingen wordt de in art. 8:51a Awb wettelijk geregelde bestuurlijke lus zo goed als nooit toegepast. In het vreemdelingenrecht wordt de lus in beginsel wel toegepast, maar meer dan eens wordt daarvan afgezien omdat de nodige reparatie veel tijd in beslag zou nemen, onder andere omdat een advies van het Bureau Medische Advisering (BMA-advies) gevraagd moet worden. Opvallend is dat de lus in procedures tegen besluiten over infrastructuurwerken uiterst zelden (met succes) wordt toegepast. Dat is anders dan de wetgever had verwacht.

Het belangrijkste criterium, dat door bijna alle rechters wordt genoemd, is de vraag of het resterende geschil en de noodzakelijke reparatie zijn te overzien. Bij eenvoudiger te herstellen gebreken waarbij zicht bestaat op het mogelijke reparatietraject en het uitzicht bestaat dat reparatie binnen beperkte termijn mogelijk is, wordt gelust. Is niet duidelijk wat na een tussenuitspraak zou moeten of kunnen gebeuren, of is de situatie complex, dan wordt afgezien van toepassing van de lus. Vaak maakt de rechter een afweging tussen verwachte tijdswinst en de extra energie en tijd die toepassing van de formele lus (met name de rechter) kost. Er zijn aanzienlijke verschillen tussen de rechterlijke colleges hoe deze afweging uitpakt. Voor sommige rechters staat daarbij voorop dat de tijdswinst bij complexe gebreken en een complex hersteltraject in vergelijking met een vernietiging en terugverwijzing slechts beperkt lijkt te zijn (tegenindicatie voor toepassing lus). Voor andere rechters speelt een belangrijke rol hoe belangrijk het is dat partijen zo snel mogelijk duidelijkheid krijgen over hun rechtspositie. Bij een geschil over (i.e.) planschadevergoeding of een geschil tussen grote marktpartijen is dat bijvoorbeeld minder belangrijk dan bij een geschil over een primaire inkomensvoorziening (bijstand of subsidie aan een boer). Voor weer andere rechters moet er een bijzondere rechtvaardiging zijn voor toepassing van de formele lus in vergelijking met de informele lus en is deze bijzondere rechtvaardiging slechts bij wijze van uitzondering te vinden.

Meerdere rechters geven ook aan dat een belangrijk criterium voor het al dan niet lussen samenhangt met de noodzaak of wenselijkheid dat de rechter de regie in handen houdt. Sommige bestuursorganen, zo blijkt uit de interviews met rechters, bestuursorganen en uit het 'verdiept dossieronderzoek', geven prioriteit aan een opdracht in een tussenuitspraak boven het opnieuw moeten voorzien na een vernietiging. Rechters kennen 'hun bestuursorganen' en laten dat meewegen bij de beslissing al dan niet een lus toe te passen.

Wederom anderen zijn van opvatting dat de lus niet dient te worden toegepast als, op grond van een bevoegdheidsgebrek, het bestuur zich inhoudelijk nog niet over de zaak heeft kunnen uitspreken. Deze opvatting wordt echter door sommigen expliciet weersproken. Met andere

woorden: de opvattingen waarvoor de lus volgens de wetgever is bedoeld en al dan niet de voorkeur verdient, lopen nogal uiteen. Dat verklaart voor een belangrijk deel ook de grote verschillen in de frequentie van gebruik van dit instrument.

Een aanzienlijk aantal rechters en ook een aantal bestuursorganen gaf aan dat toepassing van de informele lus nadrukkelijk hun voorkeur heeft. Er zijn echter ook tegengestelde geluiden. Bezie men de positie van de formele lus tussen de informele lus enerzijds en het vernietigen en opnieuw voorzien anderzijds, dan wordt duidelijk waarom dit instrument verhoudingsgewijs weinig wordt ingezet. Voor eenvoudig te verhelpen gebreken wordt bij voorkeur de informele lus ingezet. Worden het gebrek en het hersteltraject te complex, dan gaan de meeste rechters over tot vernietiging en terugverwijzing. De formele lus zit daartussen in en heeft dus een relatief beperkt toepassingsbereik.

8.2 *Wat zijn de gevolgen voor de werklast van rechters afgezet tegen een vernietiging?*

Wordt de bereidheid van rechters tot toepassing van de bestuurlijke lus beïnvloed door het zittingsgerichte werken, d.w.z. de huidige wijze van financiering van de gerechten?

De werklast van de individuele rechter stijgt door toepassing van de lus niet onaanzienlijk. Dat is echter op zich geen grond voor de rechters om de lus niet toe te passen. Ook de financiering van de gerechten – die is gebaseerd op einduitspraken en niet is gerelateerd aan tussenuitspraken - en het feit dat een zaak waarin de lus wordt toegepast langer duurt, maar financieel voor het gerecht niet meer oplevert dan een zaak zonder lus zijn, zo blijkt uit de interviews, geen overwegingen die de beslissing om de lus toe te passen beïnvloeden. Wel gaven verschillende rechters aan dat de noodzaak om de werkvoorraad overzichtelijk te houden een belangrijke rol speelt. Door veel en lange tijd ‘zwevende lussen’ zullen zich moeilijk te beheersen pieken in de werklast van individuele rechters voordoen. Zaken met een complex hersteltraject en een moeilijk in te schatten of lange hersteltermijn worden daarom niet of minder vaak gelust. De werklast en de organisatorische en logistieke implicaties van het lussen zijn mede bepalend voor het (niet te vaak) toepassen van de lus. Een meer indirecte invloed van financieringsaspecten kunnen we niet uitsluiten. De kaders voor financiering van de rechterlijke colleges, vertalen zich in werkdruk en strak geplande zittingsroosters en aantallen einduitspraken per rechter.

8.3 *Hoe vaak ziet de bestuursrechter daarvan af omdat er belanghebbenden in het spel zijn?*

Er konden geen cijfers worden gegenereerd over de vraag hoe vaak de rechter afziet van toepassing van de lus omdat (onbekende) belanghebbenden in het spel (kunnen) zijn. Duidelijk werd wel dat deze vraag geen prominent afwegingscriterium voor de meeste rechters is. Treffender verwoordt men dat echter anders: het aandachtspunt dat belanghebbenden door de lus niet (onevenredig) mogen worden geschaad gaat doorgaans op in het door de rechters wel in de allermeeeste gevallen toegepaste criterium dat een gebrek en het hersteltraject overzichtelijk moet zijn om voor de lus te kiezen. Daarmee vallen geschillen waarin belanghebbenden onevenredig kunnen worden benadeeld doorgaans al buiten de boot. Als de reparatie kan leiden tot benadeling van onbekende derden, dan zijn het overgebleven geschil en de reparatieroute vaak ook niet overzichtelijk.

8.4 *Op welk moment wordt de lus toegepast en welke opdracht geeft de rechter aan het bestuursorgaan mee?*

Het blijkt een heel sterk overheersende benadering te zijn dat de bestuurlijke lus wordt uitgesproken *nadat de zitting* heeft plaatsgevonden. Het toepassen van de lus voordat partijen zich ter zitting over de zaak hebben kunnen uitspreken zou ook snel rechtsstatelijk bedenkelijk kunnen gaan worden, tenzij het om gevallen gaat die zijn te scharen onder art. 8:54 Awb.

Of herstel zal moeten gebeuren door middel van een nieuw besluit of niet, wordt doorgaans aan het bestuur overgelaten.

Meer algemene en meer concrete opdrachten komen in tussenuitspraken ongeveer even vaak voor. Aanwijzingen van de rechter met betrekking tot de inhoud van de reparatie, anders en verdergaand dan zou voortvloeien uit de benoeming van het gebrek in het aangevallen besluit, hebben wij in geen van de onderzochte dossiers kunnen ontdekken. Als de procedurele aanwijzingen zo gedetailleerd worden dat daarmee een inhoudelijk oordeel wordt geïmpliceerd of de inhoudelijke ruimte van het bestuur om te beslissen wordt beperkt, dan worden wel inhoudelijke aanwijzingen gegeven en ingegrepen in de beleidsvrijheid van het bestuur. Dat moet de rechter vermijden. Wij hebben in de dossiers geen gevallen kunnen vinden waarin dergelijke vergaande (procedurele) aanwijzingen aan het bestuursorgaan werden gegeven.

8.5 *Hoe lang duurt de toepassing van de lus?*

Gemiddeld neemt de toepassing van de lus bijna 31 weken in beslag. De termijnen lopen, afgezien van enkele uitschieters, uiteen van acht tot 50 weken. Binnen deze totale termijn heeft de rechter (aanmerkelijk) langer nodig voor de beoordeling van de reparatie dan het bestuursorgaan voor de reparatie zelf nodig heeft.

8.6 *Is toepassing van de lus succesvol?*

De lus is tamelijk succesvol. In gemiddeld ongeveer 80% van de dossiers waarin wordt gelust leidt de einduitspraak tot definitieve geschilbeslechting. Tussen de rechterlijke colleges verschilt dit succes in beperkte mate. Bij sommige rechtbanken zijn 74 of 76% van de lussen succesvol, bij de Raad van State is dat 90%.

8.7 *Gaat de bestuurlijke lus sneller dan uitsluitend een vernietiging en een nieuwe procedure?*

Met de nodige voorzichtigheid op grond van het geringe aantal onderzochte dossiers waarin de rechter heeft vernietigd met een opdracht om opnieuw te voorzien kan worden geconstateerd dat de geschillen waarin de lus succesvol wordt toegepast, aanzienlijk sneller definitief beslecht zijn dan de geschillen waarin de lus niet wordt toegepast.

Daar staat echter ten eerste tegenover dat een tweetal geschillen zeer snel definitief kon worden beslecht zonder toepassing van de lus. Toepassing van de lus had hier tot vertraging geleid. Ook in die ongeveer 20% van de gevallen waarin de lus is toegepast, maar dat niet succesvol is geweest, ontstaat vaak een aanzienlijke vertraging van doorgaans meer dan een half jaar. Toepassing van de lus leidt dus niet altijd tot versnelling, maar soms tot vertraging.

Andersom: indien de lus niet wordt toegepast gaat geschilbeslechting soms beduidend sneller, maar duurt vaak beduidend langer dan met toepassing van de lus.

8.8 *Rechtspositie burgers*

“De burger” bestaat niet, ook niet ten aanzien van de bestuurlijke lus. Duidelijk is dat de lus de rechtspositie verbetert van adressanten van besluiten waartegen beroep is ingesteld. Zij komen doorgaans sneller tot een definitief besluit waaraan zij rechten kunnen ontleen. Het tegendeel is minder algemeen te zeggen. Derde-belanghebbenden die zich wenden tegen een besluit zijn soms feitelijk niet gebaat bij toepassing van de lus. Het voornaamste nadeel voor hun rechtspositie is dat toepassing van de lus het conflict vernauwt tot de vraag of het voorliggende besluit al dan niet gerepareerd kan worden, terwijl na een vernietiging van het aangevallen besluit de mogelijkheden voor het vervolgtraject veel meer open liggen. De bestuurlijke lus kan kortom leiden tot fixatie of tunnelvisie aan de zijde van het bestuursorgaan. Mogelijke andere manieren van oplossing van het conflict kunnen door de bestuurlijke lus eerder uit beeld raken. Echter, voor zover het gaat om grotere bedrijven in de positie van appellant, wordt toepassing van de lus vaak als voordelig ervaren. Deze bedrijven willen vooral rechtszekerheid. Die is door toepassing van de lus doorgaans sneller te verkrijgen.

De rechtspositie van de burger komt in gevaar voor zover het gaat om niet aan het geding deelnemende derden, die zich door een gewijzigde motivering van een verder niet veranderd en dus niet nieuw vastgesteld besluit voor het eerst bezwaard voelen. Deze burgers kunnen niet tegen het gerepareerde besluit alsnog in beroep komen (zie hierna onder 8.9).

8.9 *Knelpunten, succesfactoren en aanbevelingen*

Weinig knelpunten

Een algemene conclusie is dat de bestuurlijke lus in de praktijk haar plaats veroverd heeft in de gereedschapskist van instrumenten die kunnen worden gebruikt om geschillen sneller (dan vroeger) finaal te beslechten. Het is een instrument dat een, in vergelijking met andere afdoeningsmodaliteiten, minder ruim toepassingsterrein heeft en pas uit de kist wordt gehaald als de andere afdoeningsmodaliteiten niet inzetbaar zijn. Dan doet het echter doorgaans wat het moet doen. Bij de totstandkoming van de wettelijke regeling van de lus is een belangrijke drijfveer geweest om de besluitvorming over (grote) infrastructurele maatregelen te versnellen. Deze verwachting is niet uitgekomen. Juist bij dit soort projecten wordt de lus zeer zelden ingezet en is ze bovendien bovenproportioneel vaak niet succesvol.

Algemeen geldt dat als de lus wordt ingezet, ze in de meeste gevallen succesvol is. Dat wil zeggen dat de rechter langer nodig heeft om zijn werkstuk af te krijgen en tot een (eind)uitspraak te komen, maar dat het geschil in zijn geheel daarmee sneller definitief is beslecht.

Grote knelpunten zijn niet gebleken. Opvallend zijn wel de verschillen in frequentie van toepassing. Een uitwisseling van ervaring tussen met name rechtbanken en een discussie over nut en mogelijkheden van de bestuurlijke lus, het liefst mede aan de hand van concrete voorbeelden, zou de bereidheid van sommige rechterlijke colleges om dit instrument meer frequent toe te passen kunnen verhogen.

De onderzoekers hebben geen aanwijzingen dat de invoering en toepassing van de bestuurlijke lus heeft geleid tot bestuurlijke luiheid c.q. slordiger besluitvorming. Herhaalde lussen komen wel eens voor, maar zijn uiterst zeldzaam, zo blijkt uit het onderzoek. Wij hebben dan ook geen aanleiding dat het beeld is ontstaan dat door herhaald lussen – na een niet geheel gerepareerd gebrek nogmaals het bestuursorgaan laten repareren – het bestuursorgaan van de rechter mag blijven herkansen, welk beeld het vertrouwen in de rechter zou kunnen aantasten. Als de lus succesvol is, verdient het aanbeveling om het beroep tegen het oorspronkelijk besluit in ieder geval gegrond te verklaren en vervolgens ofwel de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten, dan wel het beroep tegen het na reparatie gewijzigde besluit ongegrond te verklaren.³⁷⁹

Rechtsstatelijke bedenkingen en de oplossing daarvoor

Deels naar aanleiding van het arrest waarin het Belgische Grondwettelijk Hof de Vlaamse regeling van de bestuurlijke lus heeft vernietigd, kunnen twee rechtsstatelijke bedenkingen tegen de thans geldende Nederlandse regeling naar voren worden gebracht. De eerste bedenking betreft het beginsel van hoor en wederhoor. Appellanten moeten zich over een besluit waartegen zij opkomen in beginsel altijd ten overstaan van de rechter kunnen uitlaten. Een uitsluitend schriftelijke afhandeling van de zaak wordt met art. 6 EVRM verenigbaar geacht voor zover het gaat om kennelijk ongegronde of gegronde zaken (art. 8:54 Awb). Wordt een besluit in het kader van een bestuurlijke lus door een nieuw besluit vervangen of van een nieuwe motivering voorzien, dan zou onzes inziens in beginsel ook ten aanzien van deze reparatiepoging moeten gelden dat appellanten zich daarover in beginsel ten overstaan van de rechter moeten kunnen uitspreken. Dat is thans niet gegeven. Integendeel, in de regel vindt, tenminste bij sommige rechterlijke colleges, na de herstelpoging geen tweede zitting plaats. Te overwegen valt om aan deze mogelijke rechtsstatelijke bedenking tegemoet te komen door partijen in de gelegenheid te stellen in beginsel altijd een tweede zitting te kunnen vragen. Daarmee zou ook de bij een enkele van de geïnterviewden bestaande indruk kunnen worden ontkracht dat het mogen indienen van zienswijzen zonder dat deze kunnen worden toegelicht een ‘wassen neus’ is (zie paragraaf 4.12.4). Is een beroep tegen het besluit in zijn herstelde vorm (inmiddels) kennelijk ongegrond dan zou, door art. 8:54 Awb van overeenkomstige toepassing te verklaren, een zitting achterwege kunnen blijven. Deze verandering zou het nut van de lus (snellere definitieve geschilbeslechting) in sommige gevallen iets doen verminderen en het animo om de lus toe te passen wellicht (nog) iets meer doen afnemen, maar ruimt wel niet onbelangrijke rechtsstatelijke bedenkingen uit de weg.

Het tweede mogelijke rechtsstatelijke manco van de lus betreft het recht tot toegang tot de rechter. Een rechtsstatelijk probleem kan zich daarbij mogelijk voordoen als derden de toegang tot de rechter wordt ontnomen voor zover zij zich door een inhoudelijk gelijkblijvende, maar anders onderbouwde en gemotiveerde beslissing voor de eerste maal bezwaard voelen. Immers, het besluit wordt dan niet nogmaals genomen en bekend gemaakt. Derden die zich eerder, vanwege de andersoortige motivering, niet bezwaard voelden, kunnen dan niet meer opkomen tegen het besluit. Indien men de opvatting volgt die het Belgische Grondwettelijk Hof terzake erop nahoudt, kan dit een ongerechtvaardigde beperking van het

³⁷⁹ Zo eerder ook al De Poorter & De Graaf 2011, p. 172 en 183.

recht op toegang tot de rechter inhouden. Deze opvatting gaat er vanuit dat ook een beroepsrecht moet bestaan als een besluit inhoudelijk niet is gewijzigd, maar wel van een andere motivering is voorzien. Te bedenken is dat ook buiten het instrument bestuurlijke lus situaties voorkomen waarin een gewijzigde motivering van een besluit niet tot gevolg heeft dat derden, die daar mogelijkwits bezwaar tegen zouden kunnen hebben alsnog een recht op bezwaar en beroep krijgen. Integendeel, vertrekpunt in het Nederlandse bestuursprocesrecht is dat men in beginsel niet in beroep kan gaan tegen een motivering van een besluit, maar slechts tegen de inhoud daarvan.³⁸⁰ Wij delen deze opvatting daarom ook niet, maar achten deze opvatting wel verdedigbaar. Een discussie daarover in Nederland zou derhalve op zijn plaats zijn. Indien men de opvatting van het Belgische Grondwettelijk Hof wel volgt, zou dat dus een herbezinning op het bredere front binnen het Nederlandse bestuursprocesrecht betekenen. Vergelijk onder meer hetgeen wij hiervoor in par. 6.6.3 opmerkten over de implicaties voor art. 6:19 Awb indien de redenering van het Grondwettelijk Hof zou worden gedeeld.

Als men deze bedenkingen onderschrijft, dan zou dit probleem in Nederland oplosbaar zijn door voor te schrijven om elke reparatie vorm te geven als een nieuw besluit. Derden die geen partij waren in het geding kunnen dan in beroep gaan tegen dit nieuwe besluit. Wij kunnen ons voorstellen dat de wetgever zou bepalen dat de bezwaarschriftprocedure niet van toepassing is op het reparatiebesluit. Weliswaar leidt ook dit, althans in sommige gevallen, tot een verzwareing van de procedure van de lus, maar het lost deze rechtsstatelijke bedenkingen tegen het instrument bestuurlijke lus op.

Om onjuiste interpretaties van art. 8:80a lid 2 Awb te voorkomen, zou overwogen kunnen worden deze bepaling te wijzigen en meer in overeenstemming te brengen met de wetsgeschiedenis en de eisen van art. 6 EVRM. In plaats van 'De tussenuitspraak vermeldt zoveel mogelijk...' zou kunnen worden bepaald: 'De rechter kan in de tussenuitspraak procedurele aanwijzingen geven op welke wijze ...'. Daarbij moet zijn opgemerkt dat wij de bestaande regeling niet in strijd met art. 6 EVRM of andere algemene rechtsbeginselen achten. 'Zoveel mogelijk' kan immers conform art. 6 EVRM geïnterpreteerd en toegepast worden. In dit kader merken wij op dat de lussende rechter er o.i. tegen moet waken te vergaande en inhoudelijke instructies te geven en daarmee op de stoel van het bestuur plaatsneemt. De bestuursrechter in Nederland lijkt zich hier goed van bewust. Een in deze zin behoedzaam opererende bestuursrechter voorkomt daarmee dat bij de burger licht de indruk rijst van een rechter die het bestuur de helpende hand biedt, hetgeen het vertrouwen van de burger in de rechter niet ten goede zou komen.

Opdracht tot het repareren van een besluit ook door de rechtbanken

Overwogen kan worden om ook de rechtbanken in staat te stellen om bestuursorganen op te dragen een gebrek te herstellen. Feitelijk zijn de verschillen tussen het in de gelegenheid stellen en het geven van een opdracht kleiner dan het lijkt. Bovendien vergt het in de gelegenheid stellen een extra procedurestap.

³⁸⁰ Zie bijvoorbeeld ABRvS 28 maart 2002, AB 2002, 132 of ABRvS 14 januari 2009, 200805149. Er zijn echter ook uitzonderingsgevallen waarin wel alleen tegen de motivering van een besluit kan worden opgekomen. Zie bijvoorbeeld CRvB 20 december 2006, LJN AZ5455 of CRvB 25 november 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP6171.

Aanloopproblemen bij nieuwe bestuursrechtelijke instrumenten

Afsluitend willen wij een, uit het onderzoek voortkomende, opmerking van meer algemene aard maken. De wettelijke regeling van een nieuw instrument als de bestuurlijke lus laat vele aspecten en vragen onbesproken, deels omdat die vragen niet te voorzien zijn. Daarover moet de rechter dan besluiten en beleid ontwikkelen. Met name uit de interviews is gebleken dat dit veel tijd en energie van het rechterlijk apparaat kost. In de gevoerde gesprekken is geenszins geopperd dat introductie van de lus daarom maar beter achterwege had kunnen blijven. De wetgever dient bij de introductie van nieuwe instrumenten echter uitdrukkelijk rekening te houden met de daarmee verbonden ‘aanloopkosten’ en een afweging te maken tussen potentiële voordelen en moeite en kosten van de introductie van nieuwe bestuursprocesrechtelijke instrumenten. Ook dient de nodige tijd te worden ingecalculeerd voordat de praktijk goed met een nieuw instrument kan werken, merkte een rechter van de Raad van State op.

Bijlage I

Onderzoeksvragen

Onderzoeksvragen zoals verwoord in de oorspronkelijke startnotitie die ten grondslag heeft gelegen aan de offerte voor het onderzoek

Veronderstelde versus feitelijke werking bestuurlijke lus?

1. Wat waren de veronderstellingen bij de invoering van de bestuurlijke lus, blijkend uit de parlementaire geschiedenis en hoe is de reactie hierop in de literatuur en hoe verhoudt een en ander zich tot de feitelijke werking?
2. Hoe vaak en waarom wordt de bestuurlijke lus wel/niet toegepast en welke verschillen zijn er tussen deze zaken?
3. Hoe vaak ziet de bestuursrechter daarvan af omdat er belanghebbenden in het spel zijn?
4. Welke opdracht geeft de rechter het bestuursorgaan bij toepassing van de bestuurlijke lus? Hoe vaak betreft het een gebrek in de motivering, de feitenvaststelling, de feitenkwalificatie of is ten onrechte door het bestuursorgaan niet aan inhoudelijke beoordeling van het besluit toegekomen?
5. Welke termijn geeft de rechter om het gebrek in het besluit te herstellen?
6. Als het bestuursorgaan niet verplicht is om het besluit te herstellen, binnen welke termijn, deelt het dan mee, dat het dit wel of niet doet?
7. Hoe herstelt het bestuursorgaan het besluit?

Leidt de bestuurlijke lus tot versnelling van de procedure en start van een project?

8. Hoeveel tijd verstrijkt in de verschillende fasen tot aan de definitieve beslechting?
9. Hoe vaak vindt er dan definitieve geschilbeslechting plaats?
Zo niet, wat is het verdere verloop van de procedure?
10. Hoe zijn de termijnen en het verloop van de procedure bij een kale vernietiging?
11. Gaat de bestuurlijke lus sneller dan een kale vernietiging en een nieuwe procedure?
Kan eerder worden gestart met de uitvoering van een complex infrastructureel project?

Werklast rechters?

12. Wat zijn de gevolgen voor de werklast van rechters afgezet tegen een vernietiging?
13. Wordt de bereidheid van rechters tot toepassing van de bestuurlijke lus beïnvloed door het zittingsgerichte werken, d.w.z. de huidige wijze van financiering van de gerechten?

Rechtspositie burgers?

14. Zijn partijen beter af met een bestuurlijke lus? Heeft de invoering van de bestuurlijke lus tot een verbetering of verslechtering van de positie van de burger geleid?

Knelpunten, succesfactoren en neveneffecten?

15. Zijn er knelpunten of mogelijkheden tot verbetering?
16. Wat zijn succesfactoren?
17. Wat zijn de neveneffecten van de toepassing van de bestuurlijke lus?

Conclusies

18. Heeft de invoering van de bestuurlijke lus geleid tot een doelmatiger en doeltreffender bestuursprocesrecht, bijvoorbeeld doordat:
- a. het geschil finaal is beslecht;
 - b. het geschil sneller finaal is beslecht,
 - c. eerder gestart kan worden met de uitvoering van een complex infrastructuurproject,
 - d. of minder vaak een nieuwe procedure nodig is?

Rechtsvergelijking

19. Wat valt er te leren van het bestuursprocesrecht in andere landen, waaronder in elk geval Duitsland, met het oog op verdere vergroting van de doelmatig- en doeltreffendheid van het Nederlandse bestuursprocesrecht in relatie tot rechtsbescherming voor de burger?

Bijlage II Methodiek en gedetailleerde resultaten kwantitatief onderzoek

Hoeveelheid gebruik bestuurlijke lus en andere instrumenten ter finale beslechting van geschillen

1. Werkwijze kwantitatief onderzoek rechtbanken

Voor het zoekwerk in Porta Iuris is telkens dezelfde werkwijze, zoals hierna uitgewerkt, gebruikt.

Zoekterm: zittingsplaats van de geselecteerde rechtbank.

Rechtsgebied: bestuursrecht

Jurisprudentie verzameling: E-archief

Instantie: naam van de rechtbank

Uitspraken van.. tot...: periode van 1 jaar (bijvoorbeeld: van 01-01-2010 tot 01-01-2011)

Vanaf dit vertrekpunt is telkens de zoekactie in Porta Iuris gestart. Voor het antwoord op de variabelen a t/m e is de volgende werkwijze gehanteerd:

Het totaal aantal uitspraken

Voor een overzicht van het totaal aantal uitspraken kon worden volstaan met de resultaten van de hierboven genoemde ‘standaard zoekopdracht’.

Het totaal aantal vernietigingen

Voor de resultaten van deze variabele is aan de ‘standaard zoekopdracht’ een verfijnde zoekterm toegepast, namelijk: “vernietigt”. De betrouwbaarheid van deze resultaten is onderzocht door middel van een steekproef met een betrouwbaarheidsniveau van 95%, met als resultaat dat in 100% van deze uitspraken de zoekterm “vernietigt” in het dictum voorkomt.³⁸¹ Voor de rechtbanken geldt dat de zoekterm “vernietigt” altijd duidt op een door de rechtbank vernietigd besluit.

Het totaal aantal toepassingen van de bestuurlijke lus

Voor de resultaten van deze variabele kon niet enkel worden volstaan met de ‘standaard zoekopdracht’ plus een verfijnde zoekterm. Zeker in de periode rond 2010 is er nog geen eenduidige lijn in de standaard bewoordingen van een uitspraak als er toepassing wordt gegeven aan de bestuurlijke lus. Er is gezocht naar een zoekterm die in het dictum voorkomt. De, voor de hand liggende, zoektermen “bestuurlijke lus” en “8:51a” komen echter zelden in het dictum voor. De zoekterm “tussenuitspraak” verwijst naar de toepassing van de bestuurlijke lus. Echter, deze zoekterm komt niet enkel in het dictum voor, maar ook in een einduitspraak waarin naar de tussenuitspraak wordt verwezen. Deze einduitspraken zijn uit de resultaten van de zoekterm “tussenuitspraak” gefilterd, met andere woorden: alle uitspraken in de periode 2010-2011 die de zoekterm “tussenuitspraak” bevat, zijn inhoudelijk bekeken waardoor de resultaten van het kwantitatief onderzoek naar de bestuurlijke lus exacte getallen zijn.³⁸²

³⁸¹ De omvang van de steekproeven is berekend aan de hand van een steekproefcalculator, welke te vinden is op www.allesovermarktonderzoek.nl.

³⁸² Indien de getallen niet exact zijn vastgesteld, wordt dit bij de betreffende rechtbank aangegeven.

Vanaf de periode 2011 is er een duidelijkere lijn te vinden in de standaard bewoording bij toepassing van de bestuurlijke lus. Deze standaard bewoording is te vinden in de rechtsmiddelenclausule: “tegen deze tussenuitspraak staat (nog) geen hoger beroep open”. Vanaf deze periode is bij een aantal rechtbanken de zoekterm “tegen deze tussenuitspraak” gebruikt.³⁸³

Het totaal aantal uitspraken waarin zelf in de zaak is voorzien

Voor de resultaten van deze variabele is aan de ‘standaard zoekopdracht’ een verfijnde zoekterm toegepast, namelijk: “in de plaats treedt”. De betrouwbaarheid van deze resultaten is onderzocht door middel van een steekproef met een betrouwbaarheidsniveau van 95%, met als resultaat dat in 100% van de uitspraken de zoekterm “in de plaats treedt” telkens in het dictum voorkomt.³⁸⁴ Voor de rechtbanken geldt dat de zoekterm “in de plaats treedt” altijd duidt een op uitspraak waarbij de rechtbank zelf in de zaak voorziet.

Het totaal aantal uitspraken waarbij de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten

Voor de resultaten van deze variabele is aan de ‘standaard zoekopdracht’ een verfijnde zoekterm toegevoegd, namelijk: “bepaalt dat de rechtsgevolgen”. De betrouwbaarheid van deze resultaten is onderzocht door middel van een steekproef met een betrouwbaarheidsniveau van 95%, met als resultaat dat in 100% van de uitspraken de zoekterm “bepaalt dat de rechtsgevolgen” telkens in het dictum voorkomt.³⁸⁵ Voor de rechtbanken geldt dat de zoekterm “bepaalt dat de rechtsgevolgen” altijd duidt op een uitspraak waarbij de rechtbank de rechtsgevolgen in stand laat.

2. Werkwijze kwantitatief onderzoek hogerberoepinstanties

Voor het onderzoek bij de hogerberoepinstanties naar de resultaten van de variabelen a t/m e zijn andere zoektermen gebruikt. Vandaar dat dit hier afzonderlijk wordt behandeld.

De hogere beroepsinstanties oordelen niet enkel over het bestreden besluit, maar oordelen ook over de uitspraak van de rechtbank die de zaak heeft behandeld. Het gevolg hiervan is dat de bewoordingen in het dictum afwijken van dat bij de rechtbanken.

De database Porta Iuris is gebruikt voor het onderzoek bij CRvB en CBb. Voor het onderzoek bij de ABRvS is, op uitdrukkelijk verzoek van de ABRvS, gebruikt gemaakt van haar eigen database, welke op de website www.raadvanstate.nl te vinden is.

Het totaal aantal uitspraken

Zie de standaard werkwijze zoals gebruikt bij de rechtbanken.

Het totaal aantal vernietigde besluiten

De zoekterm van deze variabele blijkt bij de hogerberoepinstanties niet eenduidig te zijn. Het probleem zit daarin dat appelrechters niet enkel besluiten kunnen vernietigen, maar ook uitspraken van de rechtbanken. De zoekterm “vernietigt”, zoals is gebruikt voor het onderzoek bij de rechtbanken, levert qua resultaten uitspraken op waarin een uitspraak van de rechtbank dan wel een besluit is vernietigd. Om een betrouwbaar resultaat te krijgen van de daadwerkelijk vernietigde besluiten, is per hogerberoepinstantie onderzoek gedaan naar de

³⁸³ Tenzij anders aangegeven.

³⁸⁴ Tenzij anders aangegeven.

³⁸⁵ Tenzij anders aangegeven.

verschillende formuleringen die in het dictum worden gebruikt wanneer de hogerberoepsrechter een besluit vernietigt. Dit wordt per hogere beroepsinstantie nader toegelicht.

Het totaal aantal toepassingen van de bestuurlijke lus

Voor de resultaten van deze variabele zijn ook geen eenduidige zoektermen gebruikt. Bij de bespreking van de resultaten wordt de gehanteerde werkwijze per hogerberoepsinstantie nader toegelicht.

Het totaal aantal uitspraken waarin zelf in de zaak is voorzien

Voor het onderzoek naar deze variabele geldt wederom dat er geen eenduidige zoekterm is die uitsluitend resultaten weergeeft waarin de hogerberoepsrechter zelf in de zaak heeft voorzien. De zoekterm “in de plaats treedt” levert namelijk ook resultaten op ingeval de hogerberoepsrechter in zijn uitspraak op deze manier verwijst naar het dictum van de aangevallen uitspraak. De verschillende formuleringen in het dictum bij uitspraken waarin zelf in de zaak is voorzien, zijn onderzocht. De uitkomsten hiervan worden per hogerberoepsinstantie nader toegelicht.

Het totaal aantal uitspraken waarbij de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten

De zoekterm voor deze variabele wijkt niet af van de zoekterm die is gebruikt bij de rechtbanken, namelijk: “bepaalt dat de rechtsgevolgen”. De betrouwbaarheid van deze resultaten is onderzocht door middel van een steekproef met een betrouwbaarheidsniveau van 95%, met als resultaat dat in 100% van de uitspraken de zoekterm “bepaalt dat de rechtsgevolgen” telkens in het dictum voorkomt.³⁸⁶ Ook voor de hoger beroepsinstanties geldt dat de zoekterm “bepaalt dat de rechtsgevolgen” altijd duidt op een uitspraak waarbij de hogerberoepsrechter de rechtsgevolgen in stand laat.

3. _____ Porta Iuris

Zowel voor het kwantitatieve deel van het onderzoek als voor het selecteren van de rechtbankdossiers op en rond de gekozen peildata hebben wij gebruik gemaakt van het afgeschermd – want zonder rechtbankpas niet toegankelijke – landelijke elektronische uitsprakenarchief, te raadplegen via het intranetportaal van de Raad voor de Rechtspraak: Porta Iuris.

In de aanloop naar de dossierselectie is tevens gekeken naar de door de Raad voor de Rechtspraak gehanteerde systemen Datawarehouse en Berber. Eerstgenoemd systeem is een op onderwerp georiënteerde, geïntegreerde en tijdsafhankelijke gegevensverzameling. De onderzoekers hebben echter, ondanks pogingen daartoe, geen rechtstreekse toegang kunnen krijgen tot het Datawarehouse-systeem.

Berber is een systeem waarin gegevens worden verwerkt ten behoeve van de rechtspraak bij de rechtbanken. Zij zijn daartoe verplicht vanwege de uitvoering van hun publiekrechtelijke taak. In Berber worden gegevens van procespartijen, getuigen, deskundigen, rechtshulpverleners, rechterlijke ambtenaren en gerechtsambtenaren genoteerd. Daarnaast bevat Berber een fijnmazig registratiesysteem voor de voortgang van de procedure. Wij hebben evenmin rechtstreeks toegang kunnen krijgen tot Berber. Bovendien worden niet alle

³⁸⁶ Tenzij anders aangegeven.

finaliseringsinstrumenten in Berber (en Datawarehouse) ingevoerd.³⁸⁷ Dat zou het werken met deze systemen lastig hebben gemaakt. Wij hebben naar elke rechtbank een verzoek gestuurd om ons een overzicht van het aantal bestuurlijke lussen, zoals ingevoerd in deze databases, te doen toekomen. Slechts één rechtbank heeft op ons verzoek gereageerd. Gezien het lastig is te achterhalen welke personen per rechtbank en hogerberoepinstantie toegang hebben tot deze databases en er toch enige werklast komt te liggen bij die personen, hebben wij er voor gekozen om gebruik te maken van de database Porta Iuris waar wij wel toegang tot hebben.

Algemene problemen Porta Iuris

Het invoeren van de uitspraken door de rechtbanken en hogerberoepinstanties in de database Porta Iuris is niet geheel vlekkeloos verlopen. Diverse problemen zijn gesignaleerd tijdens het kwantitatief onderzoek en de selectie van de uitspraken.

Zo blijkt dat niet alle uitspraken in Porta Iuris worden ingevoerd. Dit is zowel bij de rechtbanken als bij de hogerberoepinstanties het geval. Er bestaat namelijk geen verplichting tot het invoeren van de uitspraken in Porta Iuris. De rechtbanken en hogerberoepinstanties zijn vrij om te kiezen welke uitspraken ze al dan niet invoeren. De hoeveelheid niet ingevoerde uitspraken is niet duidelijk vast te stellen.

Daarnaast zijn er, voornamelijk bij de rechtbanken, onjuistheden ontdekt bij het invoeren zelf. Zo komt het bij sommige rechtbanken voor dat in Porta Iuris uitspraken van een andere sector onder de sector bestuursrecht zijn ingevoerd, of dat het ECLI-nummer naar een andere rechtbank verwijst dan de rechtbank die uitspraak heeft gedaan.

Voorts zijn er gevallen waarbij eenzelfde uitspraak twee of meerdere keren, onder verwijzing van een ander ECLI-nummer, in Porta Iuris is ingevoerd. Uit het overzicht van de zoekresultaten kan dit niet worden afgeleid. Of er sprake is van een dubbele invoering van eenzelfde uitspraak kan pas worden vastgesteld als het zaaknummer als zoekterm wordt ingevoerd. Het zaaknummer is echter enkel als zoekterm gebruikt bij het selecteren van de dossiers. Voor het kwantitatief onderzoek kon met dit probleem geen rekening worden gehouden.³⁸⁸

³⁸⁷ Een tussenuitspraak en vernietiging van het bestreden besluit worden als processtap ingevoerd.

³⁸⁸ Een onbekend aantal uitspraken is verkeerd ingevoerd. Op het exacte aantal is geen pijl te trekken. Hierdoor kunnen de resultaten niet worden gecorrigeerd. Per rechtbank wordt aangegeven in hoeverre de resultaten, zoals weergegeven in de tabellen, met voorzichtigheid gelezen dienen te worden.

4. Cijfermatig overzicht onderzoeksresultaten kwantitatief onderzoek

Totalen over periode 1-1-2010 tot 1-11-2013

	Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek(en) geconstateerd ³⁸⁹	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
Rb 1	15.844	4.783 (100%) = 30.19% van de e.u.	102 (2.13%)	490 (10.25%)	430 (8.99%)
Rb 2	10.250	2.056 (100%) = 20.06% van de e.u.	239 (11.63%)	673 (32.73%)	325 (15.81%)
Rb 3	8.061	1.243 (100%) = 15.42% van de e.u.	69 (5.55%)	253 (20.35)	145 (11.67%)
Rb 4	5.792	1.836 (100%) = 31.70% van de e.u.	35 (1.91%)	653 (35.57%)	299 (16.29%)
CRvB	15.787	2.735 (100%) = 17.32% van de e.u.	399 (14.59%)	336 (12.29%)	417 (15.25%)
CBb	1.910	556 (100%) = 29.11% van de e.u.	33 (5.94%)	149 (26.80%)	95 (17.09%)
ABRvS	34.426	4.561 (100%) = 13.25% van de e.u.	327 (7.17%)	876 (19.21%)	927 (20.33%)

Totalen over periode 1-1-2010 tot 1-11-2013: alle onderzochte instanties

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek(en) geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
92.070	17.770 (100%)	1.204 (6.78%)	3.430 (19.3%)	2.638 (14.85%)

Nader gespecificeerd per onderzochte instantie³⁹⁰

³⁸⁹ De kolom "Uitspraken waarin gebrek geconstateerd" omvat ook die uitspraken waarin in eerste instantie niet is vernietigd, maar de (formele) bestuurlijke lus is toegepast en waarin het besluit na toepassing van de lus alsnog is vernietigd. Deze uitspraken zouden op de cijfers in de kolom "Uitspraken waarin gebrek geconstateerd" in mindering moeten worden gebracht, omdat ze daarin dubbel zijn geteld: eenmaal als geschil waarin de bestuurlijke lus is toegepast en eenmaal als geschil dat tot een vernietiging heeft geleid. Het was echter niet mogelijk deze uitspraken vooraf uit te filteren. Het betreft relatief kleine aantallen; Zo is bij de 161 dossiers die wij hebben onderzocht in 33 uitspraken (20%) later alsnog vernietigd. (Zie Bijlage III)

³⁹⁰ De bestuursrechter maakt ook *na* toepassing van de (formele) bestuurlijke lus gebruik van afdoeningsmodaliteiten. Om te voorkomen dat bij de modaliteiten 'rechtsgevolgen instandlaten' of 'zelf in de zaak

Tabel 1: Rechtbank 1

Periode: 1-1-2010 tot 1-1-2011

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
4.526	1.284 (100%)	28 (2.2%)	119 (9.3%)	132 (10.3%)

Periode 1-1-2011 tot 1-1-2012

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
4.869	1.472 (100%)	12 (0.8%)	151 (10.3%)	131 (8.9%)

Periode 1-1-2012 tot 1-1-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
4.352	1.320 (100%)	34 (2.6%)	158 (12.0%)	139 (10.5%)

Periode 1-1-2013 tot 1-11-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
2.097	707 (100%)	28 (4.0%)	82 (11.6%)	69 (9.8%)

Totaal periode 1-1-2010 tot 1-11-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
15.844	4.783 (100%) = 30.19% van de e.u.	102 (2.13%)	490 (10.25%) ³⁹¹	430 (8.99%) ³⁹²

(Tabel 1)

Tabel 1 bevat een overzicht van de uitkomsten van het kwantitatief onderzoek bij Rb 1. Voor het onderzoek bij Rb 1 is de standaard werkwijze gevolgd,³⁹³ tenzij hierna anders aangegeven.

voorzien' ook uitspraken zouden worden meegenomen waarin pas in een einduitspraak na toepassing van de lus de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten, respectievelijk zelf is voorzien, zijn de door middel van trefwoorden in de uitspraken gegenereerde cijfers bijgesteld. De percentages van deze bijstelling berusten op een analyse van de 161 dossiers waarin is gelust. Per instantie werd geteld hoe vaak na een lus in een einduitspraak de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten of zelf is voorzien. Zie voor nadere details Bijlage III.

³⁹¹ Rb 1 heeft in 20% van de 30 onderzochte bestuurlijke lus-dossiers uiteindelijk zelf in de zaak voorzien. Zie hiervoor nader Bijlage III. Het totale aantal van 510 uitspraken met dit dictum dient dan ook te worden verminderd met 20% van het aantal door Rb 1 gewezen zaken waarin de bestuurlijke lus is toegepast. Concreet: 510 minus (20% van 102 =) 20 = 490.

³⁹² Rb 1 heeft in 40% van de 30 onderzochte bestuurlijke lus-dossiers uiteindelijk de rechtsgevolgen in stand gelaten. Zie hiervoor nader Bijlage III. Het totale aantal van 471 uitspraken met dit dictum dient dan ook te worden verminderd met 40% van het aantal door Rb 1 gewezen zaken waarin de bestuurlijke lus is toegepast. Concreet: 471 minus (40% van 102 =) 41 = 430.

In de periode van 1-1-2010 tot 1-11-2013 heeft Rb 1 15.844 einduitspraken gedaan. 30.2% van deze 15.844 uitspraken zijn uitspraken waarin de rechter een gebrek heeft geconstateerd. In 2.1% van deze uitspraken, heeft de rechter de bestuurlijke lus toegepast. Bij 10.3% van de vernietigde bestreden besluiten wordt zelf in de zaak voorzien en bij 9% kiest de rechter ervoor om de rechtsgevolgen in stand te laten.

Totaal aantal einduitspraken

Bij Rb 1 zijn geen incorrect ingevoerde uitspraken in Porta Iuris te vinden.

Bestuurlijke lus

Bij Rb 1 is het lastig om een zoekterm te vinden die het aantal toegepaste bestuurlijke lussen uit de resultaten van de zoekterm “tussenuitspraak” filtert.

Problematisch is namelijk dat de bestuursrechter in belastingzaken, die in groten getale bij Rb 1 worden beslecht, ook een zogenoemde tussenuitspraak kan doen. Dit is geen tussenuitspraak in de zin van art. 8:80a van de Awb, maar wordt als tussenuitspraak benoemd. In de uitspraak staat ook letterlijk: “tussenuitspraak als bedoeld in art. 8:29, derde lid, van de Awb in geding tussen de partijen (...)”.

De zoekterm “tegen deze tussenuitspraak” blijkt ook niet uitsluitend uitspraken op te leveren waarin de bestuurlijke lus is toegepast. Indien de bestuursrechter in belastingzaken de zitting schorst, wordt dezelfde formulering in de rechtsmiddelenclausule gebruikt.

Rb 1 verwijst in haar uitspraken waarin de bestuurlijke lus is toegepast, naar art. 8:51a van de Awb. De zoektermcombinatie “tegen deze tussenuitspraak” + “8:51a” levert uitsluitend uitspraken op waarbij de bestuurlijke lus is toegepast. Deze zoektermencombinatie is voor elke periode gebruikt.

Overige variabelen

Bij het onderzoek naar het aantal vernietigde besluiten, zelf in de zaak voorzien en in stand laten van de rechtsgevolgen hebben zich geen bijzonderheden voorgedaan. De werkwijze zoals reeds omschreven in paragraaf 3 is gevolgd.

³⁹³ Zoals omschreven in paragraaf 3.

Tabel 2: Rechtbank 2

Periode: 1-1-2010 tot 1-1-2011

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
2.348	438 (100%)	14 (3.2%)	145 (33.1%)	75 (17.1%)

Periode 1-1-2011 tot 1-1-2012

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
3.038	629 (100%)	90 (14.3%)	276 (43.9%)	101 (16.1%)

Periode 1-1-2012 tot 1-1-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
2.482	553 (100%)	90 (16.3%)	156 (28.2%)	131 (23.7%)

Periode 1-1-2013 tot 1-11-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
2.382	438 (100%)	45 (10.3%)	127 (29.0%)	97 (22.1%)

Totaal periode 1-1-2010 tot 1-11-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
10.250	2.056 (100%) = 20.06% van de e.u.	239 (11.63%)	673 (32.73%) ³⁹⁴	325 (15.81%) ³⁹⁵

(Tabel 2)

Tabel 2 bevat een overzicht van de uitkomsten van het kwantitatief onderzoek bij Rb 2. Voor het onderzoek bij Rb 2 is de standaard werkwijze gevolgd,³⁹⁶ tenzij hierna anders aangegeven.

³⁹⁴ Rb 2 heeft in 13% van de 30 onderzochte bestuurlijke lus-dossiers uiteindelijk zelf in de zaak voorzien. Zie hiervoor nader Bijlage III. Het totale aantal van 704 uitspraken met dit dictum dient dan ook te worden verminderd met 13% van het aantal door Rb 2 gewezen zaken waarin de bestuurlijke lus is toegepast. Concreet: 704 minus (13% van 239 =) 31 = 673.

³⁹⁵ Rb 2 heeft in 33% van de 30 onderzochte bestuurlijke lus-dossiers uiteindelijk de rechtsgevolgen in stand gelaten. Zie hiervoor nader Bijlage III. Het totale aantal van 404 uitspraken met dit dictum dient dan ook te worden verminderd met 33% van het aantal door Rb 2 gewezen zaken waarin de bestuurlijke lus is toegepast. Concreet: 404 minus (33% van 239 =) 79 = 325.

In de periode van 1-1-2010 tot 1-11-2013 heeft Rb 2 10.250 uitspraken gedaan. 20.1 % van deze 10.250 uitspraken zijn uitspraken waarin het bestreden besluit is vernietigd. In 11.6% van de gevallen waarbij het bestreden besluit is vernietigd, heeft de rechter de bestuurlijke lus toegepast. De andere finale geschilbeslechting-instrumenten worden vaker toegepast. Zo wordt bij 32.7% van de vernietigde bestreden besluiten zelf in de zaak voorzien en bij 15.8% kiest de rechter ervoor om de rechtsgevolgen in stand te laten.

Totaal aantal uitspraken

Bij Rb 2 zijn geen incorrect ingevoerde uitspraken in Porta Iuris aangetroffen.

Bestuurlijke lus

De bestuurlijke lus wordt in de periode 1-1-2010 tot 1-1-2011 nog vrij weinig toegepast ten opzichte van de andere periodes. Voor deze periode is de zoekterm “tussenuitspraak gebruikt”. Vanwege de geringe resultaten die de zoekterm in deze periode oplevert, zijn alle uitspraken inhoudelijk bekeken en vastgesteld op het exacte aantal toegepaste bestuurlijke lussen.

Vanaf de periode 1-1-2011 tot 1-1-2012 levert de zoekterm “tussenuitspraak” veel resultaten op. Om de uitspraken waarin de bestuurlijke lus is toegepast uit deze resultaten te filteren, is een verfijnde zoekterm gebruikt: “tussenuitspraak” + “stelt verweerder in de gelegenheid om”. Deze zoekterm, welke refereert naar het dictum, levert in alle gevallen uitspraken op waarin de bestuurlijke lus is toegepast.³⁹⁷

Overige variabelen

Bij het onderzoek naar het aantal vernietigde besluiten, zelf in de zaak voorzien en in stand laten van de rechtsgevolgen hebben zich geen bijzonderheden voorgedaan. De werkwijze zoals reeds omschreven in paragraaf 3 is gevolgd.

³⁹⁶ Zoals omschreven in paragraaf 3.

³⁹⁷ Rb 2 gebruikt, in het bijzonder, vaste formuleringen in haar dicta. Dit maakt de zoektermen die aan een formulering in het dictum refereren betrouwbaar.

Tabel 3: Rechtbank 3

Periode: 1-1-2010 tot 1-1-2011

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
2.679	312 (100%)	14 (4.5%)	54 (17.3%)	37 (11.9%)

Periode 1-1-2011 tot 1-1-2012

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
2.071	354 (100%)	27 (7.6%)	75 (21.2%)	49 (13.8%)

Periode 1-1-2012 tot 1-1-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
1.838	354 (100%)	19 (5.4%)	87 (24.6%)	53 (15.0%)

Periode 1-1-2013 tot 1-11-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
1.473	223 (100%)	9 (4.0%)	39 (17.5%)	34 (15.3%)

Totaal periode 1-1-2010 tot 1-11-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
8.061	1.243 (100%) = 15.42% van de e.u.	69 (5.55%)	253 (20.35) ³⁹⁸	145 (11.67%) ³⁹⁹

(Tabel 3)

Tabel 3 bevat een overzicht van de uitkomsten van het kwantitatief onderzoek bij Rb 3. Voor het onderzoek bij Rb 3 is de standaard werkwijze gevolgd,⁴⁰⁰ tenzij hierna anders aangegeven. In de periode van 1-1-2010 tot 1-11-2013 heeft Rb 3 8.061 uitspraken gedaan. 15.4 % van deze 8.061 uitspraken zijn uitspraken waarin het bestreden besluit is vernietigd. In 5.6% van de gevallen waarbij het bestreden besluit is vernietigd, heeft de rechter de bestuurlijke lus toegepast. Het blijkt dat de andere finale geschilbeslechting-instrumenten vaker worden toegepast. Zo wordt bij 20.4% van de vernietigde bestreden besluiten zelf in de zaak voorzien en bij 11.7% kiest de rechter ervoor om de rechtsgevolgen in stand te laten.

³⁹⁸ Rb 3 heeft in 3% van de 30 onderzochte bestuurlijke lus-dossiers uiteindelijk zelf in de zaak voorzien. Zie hiervoor nader Bijlage III. Het totale aantal van 255 uitspraken met dit dictum dient dan ook te worden verminderd met 3% van het aantal door Rb 3 gewezen zaken waarin de bestuurlijke lus is toegepast. Concreet: 255 minus (3% van 69 =) 2 = 253.

³⁹⁹ Rb 3 heeft in 40% van de 30 onderzochte bestuurlijke lus-dossiers uiteindelijk de rechtsgevolgen in stand gelaten. Zie hiervoor nader Bijlage III. Het totale aantal van 173 uitspraken met dit dictum dient dan ook te worden verminderd met 40% van het aantal door Rb 3 gewezen zaken waarin de bestuurlijke lus is toegepast. Concreet: 173 minus (40% van 69 =) 28 = 145.

⁴⁰⁰ Zoals omschreven in paragraaf 3.

Totaal aantal uitspraken

Bij Rb 3 komt het voor dat zaken uit andere rechtsgebieden, zoals Familie- en Jeugdzaken, zijn ingevoerd in het rechtsgebied Bestuursrecht. Dit is ook het geval bij het invoeren van de zittingsplaatsen. In het overzicht van de resultaten van de zoekopdracht wordt dan een (onjuiste) zittingsplaats genoemd waar, zo blijkt uit de inhoud van de uitspraak, geen uitspraak is gedaan. Wij zijn door middel van een steekproef met 95% betrouwbaarheid nagegaan hoe groot het aantal fouten ongeveer is. De onjuistheden lijken niet relevant in orde van grootte. Alleen het cijfer van het totale aantal einduitspraken in periode 1-1-2013 tot 1-11-2013 dient met enige voorzichtigheid te worden gelezen.

Vernietigde besluiten

Om de resultaten van het aantal vernietigde besluiten te krijgen, is de werkwijze zoals in paragraaf 3b omschreven gebruikt. Ook in deze resultaten zitten onjuistheden die het gevolg zijn van het niet-correct invoeren van uitspraken. Ook hier lijken de onjuistheden niet relevant in orde van grootte. Het resultaat in periode 1-1-2011 tot 1-1-2012, en daarmee ook alle daaraan gerelateerde relatieve aantallen uit dat jaar dienen echter met enige voorzichtigheid te worden gelezen.

Bestuurlijke lus

Voor elke periode is de zoekterm “tussenuitspraak” gebruikt. Vanwege de geringe resultaten die de zoekterm “tussenuitspraak” oplevert zijn alle uitspraken inhoudelijk bekeken en vastgesteld op het exacte aantal toegepaste bestuurlijke lussen.

In de periode 1-1-2013 tot 1-11-2013 is een terugslag te zien met betrekking tot het toepassen van de bestuurlijke lus. Dit heeft onder meer te maken met een vermindering in de totale aantallen in deze periode. Deze mindering zou een gevolg kunnen zijn van de Wet Herziening Gerechtelijke Kaart, die op 1 januari 2013 in werking is getreden.

Overige variabelen

Bij het onderzoek naar de aantallen waarbij zelf in de zaak is voorzien of de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten hebben zich geen bijzonderheden voorgedaan. De werkwijze van het onderzoek naar deze variabelen is in paragraaf 3d en 3e reeds aan bod gekomen.

Tabel 4: Rechtbank 4

Periode: 1-1-2010 tot 1-1-2011

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
1.706	608 (100%)	7 (1.2%)	185 (30.4%)	125 (20.6%)

Periode 1-1-2011 tot 1-1-2012

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
1.819	564 (100%)	4 (0.7%)	212 (37.6%)	87 (15.4%)

Periode 1-1-2012 tot 1-1-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
1.544	447 (100%)	14 (3.1%)	180 (40.3%)	67 (15.0%)

Periode 1-1-2013 tot 1-11-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
723	217 (100%)	10 (4.6%)	79 (36.4%)	38 (17.5%)

Totaal periode 1-1-2010 tot 1-11-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
5.792	1.836 (100%) = 31.70% van de e.u.	35 (1.91%)	653 (35.57%) ⁴⁰¹	299 (16.29%) ⁴⁰²

(Tabel 4)

Tabel 4 bevat een overzicht van de uitkomsten van het kwantitatief onderzoek bij Rb 4. Voor het onderzoek bij Rb 4 is de standaard werkwijze gevolgd,⁴⁰³ tenzij hier anders aangegeven. In de periode van 1-1-2010 tot 1-11-2013 heeft Rb 4 5.792 uitspraken gedaan. 31.7 % van deze 5.792 uitspraken zijn uitspraken waarin het bestreden besluit is vernietigd. In 1.9% van de gevallen waarbij het bestreden besluit is vernietigd, heeft de rechter de bestuurlijke lus toegepast. Het blijkt dat de andere finale geschilbeslechting-instrumenten veel vaker worden toegepast, maar hierin ook verschillen zitten. Zo wordt bij 35.6% van de vernietigde bestreden

⁴⁰¹ Rb 4 heeft in 9% van de 23 onderzochte bestuurlijke lus-dossiers uiteindelijk zelf in de zaak voorzien. Zie hiervoor nader Bijlage III. Het totale aantal van 656 uitspraken met dit dictum dient dan ook te worden verminderd met 9% van het aantal door Rb 4 gewezen zaken waarin de bestuurlijke lus is toegepast. Concreet: 656 minus (9% van 35 =) 3 = 653.

⁴⁰² Rb 4 heeft in 52% van de 23 onderzochte bestuurlijke lus-dossiers uiteindelijk de rechtsgevolgen in stand gelaten. Zie hiervoor nader Bijlage III. Het totale aantal van 317 uitspraken met dit dictum dient dan ook te worden verminderd met 52% van het aantal door Rb 4 gewezen zaken waarin de bestuurlijke lus is toegepast. Concreet: 317 minus (52% van 35 =) 18 = 299.

⁴⁰³ Zoals omschreven in paragraaf 3.

besluiten zelf in de zaak voorzien en bij 16.3% kiest de rechter ervoor om de rechtsgevolgen in stand te laten.

Totaal aantal uitspraken

Ook bij Rb 4 zijn er problemen geconstateerd omtrent het invoeren van gegevens. Er zijn ECLI-nummers die een onjuiste zittingsplaats bevatten. Zoals reeds eerder vermeld, lijken deze onjuistheden niet relevant in die orde van grootte. Er dient aldus wel rekening worden gehouden met een afwijking in de resultaten van tabel 4.⁴⁰⁴

Bestuurlijke lus

Voor elke periode is de zoekterm “tussenuitspraak” gebruikt. Vervolgens zijn alle uitspraken inhoudelijk bekeken en vastgesteld op het exacte aantal toegepaste bestuurlijke lussen.

Overige variabelen

Bij het onderzoek naar het aantal vernietigde besluiten, zelf in de zaak voorzien en in stand laten van de rechtsgevolgen hebben zich geen bijzonderheden voorgedaan. De werkwijze zoals reeds omschreven in paragraaf 3 is gevolgd.

⁴⁰⁴ Dit geldt niet voor de resultaten van het aantal toegepaste bestuurlijke lussen. Dit zijn exacte getallen.

Tabel 5: Centrale Raad van Beroep

Periode: 1-1-2010 tot 1-1-2011

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
4.277	752 (100%)	21 (2.8%)	35 (4.7%)	164 (21.8%)

Periode 1-1-2011 tot 1-1-2012

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
4.059	692 (100%)	122 (17.6%)	40 (5.8%)	137 (19.8%)

Periode 1-1-2012 tot 1-1-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
4.098	709 (100%)	139 (19.6%)	140 (19.8%)	129 (18.2%)

Periode 1-1-2013 tot 1-11-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
3.353	582 (100%)	117 (20.1%)	153 (26.3%)	119 (20.5%)

Totaal periode 1-1-2010 tot 1-11-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
15.787	2.735 (100%) = 17.32% van de e.u.	399 (14.59%)	336 (12.29%) ⁴⁰⁵	417 (15.25%) ⁴⁰⁶

(Tabel 5)

⁴⁰⁵ De CRvB heeft in 8% van de 12 onderzochte bestuurlijke lus-dossiers uiteindelijk zelf in de zaak voorzien. Zie hiervoor nader Bijlage III. Het totale aantal van 399 uitspraken met dit dictum dient dan ook te worden verminderd met 8.3% van het aantal door de CRvB gewezen zaken waarin de bestuurlijke lus is toegepast. Concreet: 368 minus (8% van 399 =) 32 = 336.

⁴⁰⁶ De CRvB heeft in 33% van de 12 onderzochte bestuurlijke lus-dossiers uiteindelijk de rechtsgevolgen in stand gelaten. Zie hiervoor nader Bijlage III. Het totale aantal van 549 uitspraken met dit dictum dient dan ook te worden verminderd met 33% van het aantal door de CRvB gewezen zaken waarin de bestuurlijke lus is toegepast. Concreet: 549 minus (33% van 399 =) 132 = 417.

Tabel 5 geeft de resultaten van het kwantitatief onderzoek bij de Centrale Raad van Beroep weer (hierna: CRvB). Voor het kwantitatief onderzoek is de werkwijze gebruikt zoals omschreven in paragraaf 4, tenzij hierna anders aangegeven.

Vernietigde besluiten

Het onderzoek naar het totaal aantal vernietigde besluiten leverde, zoals al in paragraaf 4 opgemerkt, de meeste problemen op. De oorzaak hiervan is gelegen in de omstandigheid dat een hogerberoepsrechter niet uitsluitend het bestreden besluit kan vernietigen, maar ook de aangevallen uitspraak. Dit levert problemen op bij de zoekterm “vernietigt”, omdat deze verwijst naar zowel een vernietigde uitspraak als een vernietigd besluit.

De CRvB gebruikt verschillende formuleringen in zijn dictum die wijzen op een vernietigd besluit. Daarom zijn de verschillende formuleringen die de CRvB gebruikt onderzocht. Dit heeft de volgende resultaten opgeleverd:

1-1-2010 tot 1-1-2011:	
vernietigt het besluit	301
vernietigt het bestreden besluit	96
vernietigt de besluiten	21
vernietigt de bestreden besluiten	4
vernietigt dat besluit	210
vernietigt dit besluit	47
vernietigt deze besluiten	13
vernietigt die besluiten	11
vernietigt het met een besluit gelijk..	1
vernietigt bestreden besluit (nr..)	12
vernietigt besluit (nr..)	12
vernietigt de beslissing	2
vernietigt die beslissing	1
Totaal:	731

1-1-2011 tot 1-1-2012:	
vernietigt het besluit	238
vernietigt het bestreden besluit	69
vernietigt de besluiten	32
vernietigt de bestreden besluiten	7
vernietigt dat besluit	149
vernietigt dit besluit	30
vernietigt deze besluiten	14
vernietigt die besluiten	13
vernietigt bestreden besluit (nr..)	7
vernietigt besluit (nr..)	10
vernietigt de beslissing	1
Totaal:	570

1-1-2012 tot 1-1-2013	
vernietigt het besluit	284
vernietigt het bestreden besluit	47
vernietigt de besluiten	26
vernietigt de bestreden besluiten	4
vernietigt dat besluit	130
vernietigt dit besluit	51
vernietigt deze besluiten	8
vernietigt die besluiten	10
vernietigt bestreden besluit(nr..)	3
vernietigt besluit (nr..)	5
vernietigt de beslissing	2
Totaal:	570

1-1-2013 tot 1-11-2013	
vernietigt het besluit	237
vernietigt het bestreden besluit	34
vernietigt de besluiten	11
vernietigt de bestreden besluiten	2
vernietigt dat besluit	108
vernietigt dit besluit	43
vernietigt deze besluiten	8
vernietigt die besluiten	9
vernietigt bestreden besluit (nr..)	8
vernietigt besluit (nr..)	5
Totaal:	465

Bestuurlijke lus

Voor de perioden 1-1-2010 tot 1-1-2011 en 1-1-2011 tot 1-1-2012 is de zoekterm “na verzending van de(ze) tussenuitspraak” gebruikt. Het CRvB maakt gebruik van een standaardzin in zijn dictum, waarvan de zoekterm een gedeelte is.

Vanaf de periode 1-1-2012 verwijst een “T” achter het zaaknummer naar een tussenuitspraak. Hierdoor kan in het resultatenoverzicht gemakkelijk worden vastgesteld of er al dan niet sprake is van een tussenuitspraak.

Zelf in de zaak voorzien

De zoekterm “in de plaats treedt” verwijst niet enkel naar het dictum welke door het CRvB is uitgesproken, maar verwijst ook naar het dictum van de aangevallen uitspraak. Er is gezocht naar de verschillende formuleringen in het dictum, zoals uitgesproken door het CRvB, die erop wijzen dat zelf in de zaak is voorzien. Dit heeft de volgende resultaten opgeleverd:

1-1-2010 tot 1-1-2011	
Deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt	25
Bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt	10
Totaal:	35

1-1-2011 tot 1-1-2012	
Deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt	17
Bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt	18
Uitspraak van de raad in zoverre in de plaats treedt	4
Bepaalt dat de uitspraak van de raad in de plaats	1
Totaal:	40

1-1-2012 tot 1-1-2013	
Deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt	54
Bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt	84
Bepaalt dat de uitspraak van de raad in de plaats	1
Totaal:	140

1-1-2013 tot 1-11-2013	
Deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt	52
Bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt	101
Totaal:	153

Rechtsgevolgen in stand laten

Deze zoekterm verwijst telkens naar het dictum van de uitspraak.

Tabel 6: College van Beroep voor het bedrijfsleven

Periode: 1-1-2010 tot 1-1-2011

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
424	113 (100%)	1 (0.9%)	26 (23.0%)	16 (14.2%)

Periode 1-1-2011 tot 1-1-2012

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
453	127 (100%)	6 (4.7%)	34 (26.8%)	26 (20.5%)

Periode 1-1-2012 tot 1-1-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
555	178 (100%)	12 (6.7%)	42 (23.6%)	38 (21.4%)

Periode 1-1-2013 tot 1-11-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
478	138 (100%)	14 (10.2%)	47 (34.1%)	15 (10.9%)

Totaal periode 1-1-2010 tot 1-11-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
1.910	556 (100%) = 29.11% van de e.u.	33 (5.94%)	149 (26.80%) ⁴⁰⁷	95 (17.09%) ⁴⁰⁸

(Tabel 6)

Tabel 6 bevat de resultaten van het kwantitatief onderzoek bij de College van Beroep voor het bedrijfsleven weer (hierna: CBb). Voor het kwantitatief onderzoek is de werkwijze gebruikt zoals omschreven in paragraaf 4, tenzij hierna anders aangegeven.

⁴⁰⁷ Het CBb heeft in 0% van de 6 onderzochte bestuurlijke lus-dossiers uiteindelijk zelf in de zaak voorzien. Zie hiervoor nader Bijlage III. Het totale aantal van 149 uitspraken met dit dictum heeft dan ook niet te worden bijgesteld.

⁴⁰⁸ Het CBb heeft in 0% van de 6 onderzochte bestuurlijke lus-dossiers uiteindelijk de rechtsgevolgen in stand gelaten. Zie hiervoor nader Bijlage III. Het totale aantal van 95 uitspraken met dit dictum heeft dan ook niet te worden bijgesteld.

Vernietigde besluiten

Ook het CBb gebruikt verschillende formuleringen in het dictum die wijzen op een vernietigd besluit. Hieronder een overzicht met de verschillende zoektermen die zijn gebruikt bij het onderzoek naar het totaal aantal vernietigde besluiten.

1-1-2010 tot 1-1-2011:

vernietigt het besluit	31
vernietigt het bestreden besluit	62
vernietigt de besluiten	5
vernietigt de bestreden besluiten	14
Totaal:	112

1-1-2011 tot 1-1-2012:

vernietigt het besluit	29
vernietigt het bestreden besluit	77
vernietigt de bestreden besluiten	5
vernietigt dat besluit	1
vernietigt die besluiten	1
vernietigt de beslissing:	1
vernietigt dit besluit	2
vernietigt de bestreden besluiten	5
Totaal:	121

1-1-2012 tot 1-1-2013:

vernietigt het besluit	19
vernietigt het bestreden besluit	112
vernietigt de bestreden besluiten	10
vernietigt dat besluit	2
vernietigt dit besluit	7
vernietigt de bestreden besluiten	10
vernietigt deze besluiten	1
vernietigt de besluiten	4
vernietigt besluit (nr..)	1
Totaal:	166

1-1-2013 tot 1-11-2013

vernietigt het besluit	30
vernietigt het bestreden besluit	56
vernietigt de bestreden besluiten	10
vernietigt dat besluit	5
vernietigt dit besluit	4
vernietigt de bestreden besluiten	10
vernietigt deze besluiten	2
vernietigt de besluiten	3
vernietigt het met een besluit gelijk te..	1
vernietigt de beslissing	1
vernietigt die beslissing	2
Totaal:	124

Bestuurlijke lus

Bij het onderzoek naar het aantal bestuurlijke lussen is elk resultaat die de zoekterm “tussenuitspraak” oplevert, inhoudelijk bekeken. Vanaf de periode 1-1-2011 gebruikt het CBb een standaardverwijzing die erop duidt dat de uitspraak een tussenuitspraak is, namelijk: “tussenuitspraak met toepassing van art. 19, zesde lid, van de Wet bedrijfsorganisatie.” Vanaf periode 1-1-2013 wordt in de samenvatting van de uitspraak, welke telkens in het resultatenoverzicht verschijnt, vermeld of het al dan niet gaat om een tussenuitspraak. De uitspraak hoeft niet meer inhoudelijk te worden bekeken.

Zelf in de zaak voorzien

De zoekterm “in de plaats treedt” verwijst niet enkel naar het dictum welke door het CBb is uitgesproken, maar verwijst ook naar het dictum van de aangevallen (rechtbank)uitspraak. Daarom zijn alle resultaten die de zoekterm “in de plaats treedt” oplevert inhoudelijk bekeken. De exacte aantallen zelf in de zaak voorzien zijn in tabel 6 opgenomen.

Rechtsgevolgen in stand laten

Deze zoekterm verwijst telkens naar het dictum van de uitspraak. De exacte aantallen instandlaten rechtsgevolgen zijn in tabel 6 opgenomen.

Tabel 7: Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State

Periode: 1-1-2010 tot 1-1-2011

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
10.498	1.209 (100%)	22 (1.8%)	277 (22.9%)	232 (19.2%)

Periode 1-1-2011 tot 1-1-2012

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
11.386	1.156 (100%)	51 (4.4%)	194 (16.8%)	430 (37.2%)

Periode 1-1-2012 tot 1-1-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
8.364	1.216 (100%)	156 (12.8%)	214 (17.6%)	218 (17.9%)

Periode 1-1-2013 tot 1-11-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
4.178	980 (100%)	98 (10.0%)	191 (19.5%)	168 (17.1%)

Totaal periode 1-1-2010 tot 1-11-2013

Einduitspraken	Uitspraken waarin gebrek geconstateerd	b.l.	z.i.d.z.v.	rg.i.s.l.
34.426	4.561 (100%) = 13.25% van de e.u.	327 (7.17%)	876 (19.21%) ⁴⁰⁹	927 (20.33%) ⁴¹⁰

(Tabel 7)

Tabel 7 bevat de resultaten van het kwantitatief onderzoek bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS). Voor het onderzoek bij de ABRvS is gebruikt gemaakt van haar eigen database op www.raadvanstate.nl. De werkwijze zoals omschreven in paragraaf 4 is hier gehandhaafd, tenzij hierna anders aangegeven.

⁴⁰⁹ De ABRvS heeft in 0% van de 30 onderzochte bestuurlijke lus-dossiers uiteindelijk zelf in de zaak voorzien. Zie hiervoor nader Bijlage III. Het totale aantal van 876 uitspraken met dit dictum behoeft dan ook niet te worden verminderd.

⁴¹⁰ De ABRvS heeft in 37% van de 30 onderzochte bestuurlijke lus-dossiers uiteindelijk de rechtsgevolgen in stand gelaten. Zie hiervoor nader Bijlage III. Het totale aantal van 1.048 uitspraken met dit dictum dient dan ook te worden verminderd met 37% van het aantal door de ABRvS gewezen zaken waarin de bestuurlijke lus is toegepast. Concreet: 1.048 minus (37% van 327 =) 121 = 927.

Vernietigde besluiten

De ABRvS heeft, evenals de andere hogerberoepsrechters, verschillende formuleringen in het dictum die wijzen op een door haar vernietigd besluit. Hier volgt een overzicht van de gebruikte formuleringen per periode:

1-1-2010 tot 1-1-2011	
- vernietigt het besluit	1.099
- vernietigt dat besluit	26
- vernietigt deze besluiten	1
- vernietigt het met een besluit gelijk te stellen..	28
- vernietigt de besluiten	33
Totaal:	1.187

1-1-2011 tot 1-1-2012	
- vernietigt het besluit	1.024
- vernietigt die besluiten	2
- vernietigt de besluiten	29
- vernietigt dat besluit	43
- vernietigt deze besluiten	3
- vernietigt het met een besluit gelijk te stellen..	4
Totaal:	1.105

1-1-2012 tot 1-1-2013	
- vernietigt het besluit	906
- vernietigt die besluiten	7
- vernietigt de besluiten	47
- vernietigt dat besluit	89
- vernietigt deze besluiten	5
- vernietigt het met een besluit gelijk te stellen..	6
Totaal:	1.060

1-1-2013 tot 1-11-2013	
- vernietigt het besluit	792
- vernietigt die besluiten	5
- vernietigt de besluiten	22
- vernietigt dat besluit	58
- vernietigt deze besluiten	1
- vernietigt het met een besluit gelijk te stellen..	4
Totaal:	882

Bestuurlijke lus

Voor het kwantitatief onderzoek bij de ABRvS naar de bestuurlijke lus is ook de zoekterm “tussenuitspraak” gebruikt. Het voordeel van de database van de ABRvS is dat deze in het

resultatenoverzicht tussenuitspraken met een “T” aangeeft. Indien in één zaak meerdere tussenuitspraken zijn gedaan, komt er een nummer achter de “T” te staan. Zo staat “T1” voor de eerste tussenuitspraak in een zaak waarin meerdere tussenuitspraken zijn gedaan. De resultaten van de bestuurlijke lus in tabel 7 zijn alle “T”’s, per periode opgeteld. Enkel de “T2” uitspraken zijn inhoudelijk bekeken. In de meeste gevallen duidt “T2” op een tussenuitspraak waarin de door het bestuursorgaan verzochte verlenging van de termijn al dan niet wordt toegekend. In een enkel geval duidt “T2” op de toepassing van een tweede bestuurlijke lus in één zaak.

Zelf in de zaak voorzien

Het probleem met de zoekterm “in de plaats treedt” is reeds bij de overige hogerberoepinstanties besproken. Vanwege de hoeveelheid resultaten die deze zoekterm bij de ABRvS oplevert, is het niet efficiënt deze allemaal inhoudelijk te bekijken. Er is wel gezocht naar de verschillende formuleringen die in het dictum voorkomen. Dit heeft de volgende resultaten opgeleverd:

1-1-2010 tot 1-1-2011	
Deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt	146
Bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt	131
Totaal:	277

1-1-2011 tot 1-1-2012	
Deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt	102
Bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt	92
Totaal:	194

1-1-2012 tot 1-1-2013	
Deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt	115
Bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt	99
Totaal:	214

1-1-2013 tot 1-11-2013	
Deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt	84
Bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt	107
Totaal:	191

Rechtsgevolgen in stand laten

Geen afwijking van de standaard zoekterm voor deze variabele.

Bijlage III Overzicht dicta in einduitspraken na toepassing bestuurlijke lus

Gebruikte dicta in 161 dossiers:

- a. Beroep gegrond + kale/aangeklede vernietiging (soms i.c.m. vovo)
- b. Beroep gegrond + vernietiging + zelf in zaak voorzien
- c. Beroep gegrond + vernietiging + instandlaten rechtsgevolgen
- d. Beroep ongegrond
- e. Beroep niet-ontvankelijk
- f. Beroep tegen bestreden besluit niet-ontvankelijk, beroep tegen herstelbesluit ongegrond
- g. Beroep tegen bestreden besluit niet-ontvankelijk, beroep tegen herstelbesluit gegrond + vernietiging + (2x) instandlaten rechtsgevolgen
- h. Beroep tegen bestreden besluit gegrond (vernietiging), beroep tegen herstelbesluit ongegrond
- i. Beroep tegen bestreden besluit gegrond (vern.), beroep tegen herstelbesluit gegrond + vernietiging / herroepen bip / zizv
- j. Beroep ingetrokken maar toch pkv en/of griffierechtvergoeding
- k. Totaalcijfer gebruik afdoeningsmodaliteiten (b+c+g+i(iii)).

Dicta	Aantal eind-usp	a.	b.	c.	d.	e.
Rb 1 t/m 4	113	24=21%	13=12%	44=39%	9=8%	1 ⁴¹¹ =1%
CRvB	12			4=33%		
CBb	6	2=33%				1 ⁴¹² =17%
ABRvS	30	3=10%		11=37%	3=10%	
TOTAAL	161	29	13	59	12	2
<i>Gew. gemidd.</i>		<i>17.8%</i>	<i>8.4%</i>	<i>36.7%</i>	<i>7.5%</i>	<i>1.3%</i>

Dicta	f.	g.	h.	i.	j.	k.
Rb 1 t/m 4	12=11%	3 ⁴¹³ =3%	3=3%		4=4%	60=54%
CRvB			2=17%	4=33%	2=17%	5=42%
CBb	1=17%	1=17%			1=17%	1=17%
ABRvS			13=43%			11=37%
TOTAAL	13	4	18	4	7	77
<i>Gew. gemidd.</i>	<i>8.4%</i>	<i>2.7%</i>	<i>11.4%</i>	<i>2.5%</i>	<i>4.7%</i>	<i>48%</i>

⁴¹¹ ECLI:NL:RBMNE:2013:1174; niet gepubliceerd op Rechtspraak.nl.

⁴¹² ECLI:NL:CBB:2013:35, waarin het beroep tegen besluit I n.o. was (geworden) aangezien het herstelbesluit volledig tegemoet kwam aan appellante's eisen. Dat betekende, gelet op artikel 6:19, eerste lid, Awb, dat haar beroep niet mede tegen dit besluit geacht kon worden te zijn gericht. Het CBb kwam derhalve niet toe aan een beoordeling van het herstelbesluit.

⁴¹³ Waarvan éénmaal louter vernietiging.

Dicta nader gespecificeerd (m.b.t. instantie en wijze van herstel)

- a. Beroep gegrond + kale/aangeklede vernietiging (soms i.c.m. vovo)
- b. Beroep gegrond + vernietiging + zelf in zaak voorzien
- c. Beroep gegrond + vernietiging + instandlaten rechtsgevolgen
- d. Beroep ongegrond
- e. Beroep niet-ontvankelijk
- f. Beroep tegen bestreden besluit niet-ontvankelijk, beroep tegen herstelbesluit ongegrond
- g. Beroep tegen bestreden besluit niet-ontvankelijk, beroep tegen herstelbesluit gegrond + vernietiging + (2x) instandlaten rechtsgevolgen
- h. Beroep tegen bestreden besluit gegrond (vernietiging), beroep tegen herstelbesluit ongegrond
- i. Beroep tegen bestreden besluit gegrond (vern.), beroep tegen herstelbesluit gegrond + vernietiging / herroepen bip / zizv
- j. Beroep ingetrokken maar toch pkv en/of griffierechtvergoeding
- k. Totaalcijfer gebruik afdoeningsmodaliteiten (b+c+g+i(iii)).

Dicta	Aantal eind-usp	a.	b.	c.	d.	e.
Rb 1 Herstel via besluit Herstel anderszins	30	7=23%	6=20%	12=40%	2=7%	
Rb 2 Herstel via besluit Herstel anderszins	30	5=17%	4=13%	10=33%	4=13%	1=3%
Rb 3 Herstel via besluit Herstel anderszins	30	7=23%	1=3%	12=40%	3=10%	
Rb 4 Herstel via besluit Herstel anderszins	23	5=22%	2=9%	10=42%		
CRvB Herstel via besluit Herstel anderszins	12			4=33%		
CBb Herstel via besluit Herstel anderszins	6	2=33%				1=17%
ABRvS Herstel via besluit Herstel anderszins	30	3=10%		2=7% 9=30%	2=7% 1=3%	
TOTAAL	161	29	13	59	12	2

Dicta nader gespecificeerd (m.b.t. instantie en wijze van herstel) - vervolg

- a. Beroep gegrond + kale/aangeklede vernietiging (soms i.c.m. vovo)
- b. Beroep gegrond + vernietiging + zelf in zaak voorzien
- c. Beroep gegrond + vernietiging + instandlaten rechtsgevolgen
- d. Beroep ongegrond
- e. Beroep niet-ontvankelijk
- f. Beroep tegen bestreden besluit niet-ontvankelijk, beroep tegen herstelbesluit ongegrond
- g. Beroep tegen bestreden besluit niet-ontvankelijk, beroep tegen herstelbesluit gegrond + vernietiging + (2x) instandlaten rechtsgevolgen
- h. Beroep tegen bestreden besluit gegrond (vernietiging), beroep tegen herstelbesluit ongegrond
- i. Beroep tegen bestreden besluit gegrond (vern.), beroep tegen herstelbesluit gegrond + vernietiging / herroepen bip / zizv
- j. Beroep ingetrokken maar toch pkv en/of griffierechtvergoeding
- k. Totaalcijfer gebruik afdoeningsmodaliteiten (b+c+g+i(iii)).

Dicta	f.	g.	h.	i.	j.	k.
Rb 1 Herstel via besluit Herstel anderszins	2=7%				1=3%	18=60%
Rb 2 Herstel via besluit Herstel anderszins	5=17%		1=3%			14=47%
Rb 3 Herstel via besluit Herstel anderszins	4=13%		1=3%		2=7%	13=43%
Rb 4 Herstel via besluit Herstel anderszins	1=4%	3=13%	1=4%		1=4%	15=65%
CRvB Herstel via besluit Herstel anderszins			2=17%	1+2+1= 33%	2=17%	5=42%
CBb Herstel via besluit Herstel anderszins	1=17%	1=17%			1=17%	1=17%
ABRvS Herstel via besluit Herstel anderszins			13=43%			11=37%
TOTAAL	13	4	18	4	7	77=48%

Consequenties gehanteerde dicta voor tabellen met cijfers inzake rgisl en zizv

Bovenstaande cijfers tonen dat de bestuursrechter ook *na* toepassing van de bestuurlijke lus gebruik maakt van afdoeningsmodaliteiten. Om te voorkomen dat bij de modaliteiten ‘rechtsgevolgen instandlaten’ of ‘zelf in de zaak voorzien’ ook uitspraken zouden worden meegenomen waarin pas in een einduitspraak na toepassing van de lus de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten, respectievelijk zelf is voorzien, zijn de door middel van trefwoorden in de uitspraken gegenereerde cijfers bijgesteld. De percentages van deze bijstelling berusten op een analyse van de 161 dossiers waarin is gelust. Per instantie werd geteld hoe vaak na een lus in een einduitspraak de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten of zelf is voorzien. Zie voor nadere details Bijlage III.

Voor deze bijstelling is gebruikt gemaakt van de volgende cijfers:

	Aantal eind- usp	Vernietiging kaal of aangekleed (evt. +vovo) = cat. a+(één uit) i/g	Vernietiging + rgisl = cat. c + (twee uit)g	Vernietiging + zizv = cat. b + (één uit) i
RB 1	30	7 = 23%	12 = 40%	6 = 20%
Rb 2	30	5 = 17%	10 = 33%	4 = 13%
Rb 3	30	7 = 23%	12 = 40%	1 = 3%
Rb 4	23	5+1 = 26%	10+2 = 52%	2 = 9%
CRvB	12	0+1 = 8%	4 = 33%	0+1 = 8%
CBb	6	2 = 33%	0 = 0%	0 = 0%
ABRvS	30	3 = 10%	11 = 37%	0 = 0%
Totaal	161	33	61	14
<i>Gewogen gemiddeld</i>		<i>19.1%</i>	<i>37.8%</i>	<i>8.6%</i>

Omdat de dossierselectie middels een steekproef en langs twee peildata tot stand is gekomen, achten wij deze cijfers voldoende betrouwbaar.

De bijstelling is als volgt berekend:

- bij **Rb 1** is op het percentage ‘bestuurlijke lus’ in mindering gebracht: 40% voor ‘rgisl’ en 20% voor ‘zizv’;
- bij **Rb 2** is op het percentage ‘bestuurlijke lus’ in mindering gebracht: 33% voor ‘rgisl’ en 13% voor ‘zizv’;
- bij **Rb 3** is op het percentage ‘bestuurlijke lus’ in mindering gebracht: 40% voor ‘rgisl’ en 3% voor ‘zizv’;
- bij **Rb 4** is op het percentage ‘bestuurlijke lus’ in mindering gebracht: 52% voor ‘rgisl’ en 9% voor ‘zizv’;
- bij de **CRvB** is op het percentage ‘bestuurlijke lus’ in mindering gebracht: 33% voor ‘rgisl’ en 8% voor ‘zizv’;
- bij het **CBb** is op het percentage ‘bestuurlijke lus’ *niets* in mindering gebracht;
- bij de **ABRvS** is op het percentage ‘bestuurlijke lus’ in mindering gebracht: 37% voor ‘rgisl’ en 0% voor ‘zizv’.

Bijlage IV Literatuurlijst Bestuurlijke lus onderzoek 2013/14

Albers 2014

C. Albers, *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?*, (VAR-preadvies), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Andrusevych e.a. 2011

A. Andrusevych, T. Alge & C. Konrad (red.), *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2011)*, RACSE, Lviv 2011, http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/Media/Publications/ACCC_Jurisprudence_Eco_forum_2011.pdf.

Backes e.a. 2010

Backes, Ch.W., Chevalier, E., Eliantonio, M., Jansen, A.M.L., Poortinga, M.A. & Seerden, R.J.G.H., *Snellere besluitvorming over complexe projecten vergelijkend bekeken*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Backes, Trema 2012, afl. 8, 264-269

Ch.W. Backes, 'Bestuursrechtelijke rechtsbescherming in Duitsland', *Trema 2012*, afl. 8, p. 264-269.

Berkouwer, Gst. 2010, 114

E.C. Berkouwer, 'De eerste ervaringen met de lus', *Gemeentestem 2010*, afl. 7345, p. 580-582.

Boes, RW 2012-13, afl. 29, p. 1122-1136.

M. Boes, 'De nieuwe procedureregels voor de Raad voor de Vergunningsbetwistingen', *Rechtskundig Weekblad 2012-13*, afl. 29, p. 1122-1136.

Bots, JB 2010/135

A.M.M.M. Bots, annotatie bij: ABRvS 14 april 2010, *Jurisprudentie Bestuursrecht 2010/135*.

Bortels, TBP 2013, afl. 5, p. 302-316

H. Bortels, 'De bestuurlijke lus: aanzet naar een meer oplossingsgerichte bestuursrechter?', *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht 2013*, afl. 5, p. 302-316.

Daalder & Rop, NJB 2010, 1792

E.J. Daalder & A.C. Rop, 'Kronieken van het sociaal recht', *Nederlands Juristenblad 2010*, afl. 34, p. 2199-2204.

Damen, AA 2010, afl. 4, p. 271-277.

L.J.A. Damen, annotatie bij: ABRvS 29 juli 2009 'Lijdt de bestuursrechter aan 'finalitis'?', *Ars Aequi 2010*, afl. 4, p. 271-277.

Damen e.a. 2013

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht. Deel 2*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Debersaques en Eggermont, RW 2013-14, nr. 36

G. Debersaques en F. Eggermont, 'De hervorming van de Raad van State 2014: een eerste analyse van de voornaamste nieuwigheden', *Rechtskundig Weekblad* 2013-14, nr. 36, p. 1403-1423

Eggermont 2013

F. Eggermont, 'Schending van vormvereisten in het kader van een oplossingsgerichte rechtspraak: de bestuurlijke lus bekeken vanuit een rechtsvergelijkend perspectief', *preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2013, p. 11-65

Eggermont, RW 2013-14, afl. 25, p 962.

F. Eggermont, 'De bestuurlijke lus', *Rechtskundig Weekblad* 2013-14, afl. 25 p. 962.

Van Ettekoven 2007

B.J. van Ettekoven, 'Agenda voor de bestuursrechtspraak: het einde van de eenheidsworst' in: *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme*, Verslag van de algemene Vergadering van de Vereniging voor Bestuursrecht, gehouden op 11 mei 2007, dl. 139, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 7-15.

Van Ettekoven & Klap, JBplus 2010, afl. 4, p. 182-189

B.J. van Ettekoven & A.P. Klap, 'De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2010, afl. 4, p. 182-199.

Geertsema & Groenewegen, A&MR 2011, afl. 10, p. 459-467

K. Geertsema & T. Groenewegen, 'De bestuurlijke lus in het vreemdelingenrecht', *Asiel&Migrantenrecht* 2011, afl. 10, p. 459-467.

Gerhard 2012

Gerhardt, § 113 VwGO, Kommentar, in Schoch e.a. *VwGO, Kommentar*, München: C.H. Beck 2012.

Gorlé e.a. 2007

F. Gorlé e.a., *Rechtsvergelijking*, Mechelen: Kluwer 2007.

Haan, JBplus 2014

K.E. Haan, 'De sturende rol van de bestuursrechter en onpartijdigheid – een spanningsveld', *JBplus* 2014 p. 182-193.

Hirsch Ballin, NTB 2006, 38

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De context van de bestuursrechtspraak', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2006, afl. 8, p. 259-272.

Hofman, PB 2011, afl. 1, p. 9-15

A.J.H. Hofman, 'Het huwelijk tussen finaliteit en een efficiënte procedure', *Tijdschrift voor Praktisch Bestuursrecht* 2011, afl. 1, p. 9-15.

De Jong 2004

L.O. de Jong, *Beroep op tijd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Koenraad 2010

L.M. Koenraad, 'Groeipijn van het bestuursprocesrecht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.) *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 241-261.

Koenraad, Gst. 2009, 35

L.M. Koenraad, annotatie bij: ABRvS 14 januari 2009, *Gemeentestem* 2009, afl. 7315, p. 190-194.

Koenraad, AA 2010, afl. 4, p. 235-244

L.M. Koenraad, 'De toekomst van de bestuurlijke lus', *Ars Aequi* 2010, afl. 4, p. 235-244.

Koenraad, AB 2013/58

L.M. Koenraad, annotatie bij: Rb. Rotterdam 17 januari 2013, *AB* 2013/58.

Koenraad & Brouwer, NJB 2006, 1332

L.M. Koenraad & F.F.W. Brouwer, 'Slagvaardig bestuursprocesrecht. Over bestuurlijke lus, finale geschilbeslechting en conflictoplossing', *NJB* 2006, afl. 30, p. 1678-1684.

Koenraad & Verbeek, NTB 2011, afl. 4, p. 69-80

L.M. Koenraad & J.L. Verbeek, 'Finaliseren doe je zo! De rol van de bestuursrechter bij het vaststellen van feiten na de constatering dat het bestreden besluit een gebrek kent', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2011, afl. 4, p. 69-80.

Koenraad & Verbeek, JBplus 2014, afl. 1, p. 54-70.

L.M. Koenraad & J.L. Verbeek, 'De brief van de rechter. Een beschouwing over het bekendmaken van procesbeslissingen in het bestuursprocesrecht', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2014, afl. 1, p. 54-70.

Kopp/Schenke 2007

Kopp/Schenke § 91 *VwGO Kommentar*, München: C.H. Beck 2007.

Lefranc 2012

P. Lefranc, A la recherche de la boucle administrative, *ACA-Europe, Bulletin d'Info* nr. 28, p. 5-19, ook raadpleegbaar via http://www.juradmin.eu/seminars/Brussels2012/Rapport_pdf en in *Administration Publique Trimestrielle*, 2012/2, p. 222-231.

Lefranc 2014a,

P. Lefranc, De bestuurlijke lus van de Raad voor Vergunningsbetwistingen opgedoekt, *Tijdschrift voor Milieurecht TMR* 2014, p. 440-447

Lefranc 2014b,

P. Lefranc, Heeft de bestuurlijke lus nog een toekomst in de Raad van State?, in: B.Goossens, Y. Loix, F Sebreghts, *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg*, 2014, p. 205-214.

Losseau 2013

L. Losseau, L'introduction de la boucle administrative au sein des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, *Annales de Droit de Louvain* 2013, vol. 73, nr.4.

Marseille 2010

A.T. Marseille, *Comparitie en regie in de bestuursrechtspraak*, Groningen: RUG, faculteit rechtsgeleerdheid 2010.

Marseille, AB 2013/256

A.T. Marseille, annotatie bij: CRvB 16 april 2013, AB 2013/256.

Marseille, Boekema & De Waard, NTB 2012, 19

A.T. Marseille, I.M. Boekema & B.W.N. de Waard, 'Het effect van de vernietigingsuitspraak op de nadere bestuurlijke besluitvorming', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2012, afl. 5/6, p. 126-139.

Marseille & Van der Heide, JBplus 2008, afl. 2, p. 78-92

A.T. Marseille & R.R. Van der Heide, 'De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting door de bestuursrechter', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2008, afl. 2, p. 78-92.

Marseille & Huisman, NTB 2014/19

A.T. Marseille & P.T.G. Huisman, 'Toepassing van de bestuurlijke lus door rechtbanken', *NTB* 2014/19.

Marseille & Sietses, NJB 2013, 497

B. Marseille & D. Sietses, 'De finaliseringsslag in het bestuursrecht', *Nederlands Juristenblad* 2013, afl. 10, p. 606-613.

A.Mast e.a., Overzicht van het Belgisch administratief recht, 2012

A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. VandeLanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Kluwer België 2012

De Mulder, TOO 2014, afl. 1C. De Mulder, De bestuurlijke lus: een 'catch 22'? *Tijdschrift voor Omgevingsrecht en Omgevingsbeleid* 2014, afl. 1, p. 131-135.

De Mulder, TOO 2014, afl. 2

C. De Mulder, 'Het Grondwettelijk Hof lust de lus niet', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht en Omgevingsbeleid* 2014, Nummer 2, p. 256-258

Oldenziel, NTB 2005, 11

H.A. Oldenziel, 'De bestuurlijke lus als middel voor een efficiënte geschilbeslechting. Beschouwingen naar aanleiding van de Implementatiewet EG-richtlijn handel in broeikasemissierechten', *NTB* 2005, afl. 3, p. 85-94.

Opdebeek 1992

I. Opdebeek, *Rechtsbescherming tegen stilzitten van het bestuur* (diss. Antwerpen), Brugge: Die Keure 1992.

Ortlep, *JBplus* 2012, afl. 3, p. 219-234

R. Ortlep, 'Bestuurlijke lus: terugkomen op een in een tussenuitspraak neergelegde bindende eindbeslissing', *JBplus* 2012, afl. 3, p. 219-234.

Ortlep & Willemsen 2008

R. Ortlep & P.A. Willemsen, 'De invoering van de tussenuitspraak in het bestuursprocesrecht' in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend bestuursrecht* (Ten Berge-bundel), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 427-442.

Rogier, *Sanctierecht & Compliance* 2012, afl. 5, p. 188-189

L.J.J. Rogier, 'Geen bestuurlijke lus bij de bestuurlijke boete!', *Sanctierecht & Compliance voor ondernemingen* 2012, afl. 5, p. 188-189.

Polak 2011

J.E.M. Polak, 'Waar liggen de grenzen bij finale geschilbeslechting?', in: De Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar* (Van Buuren-bundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 117-130.

Polak, *NTB* 2011, 2

J.E.M. Polak, 'Effectieve geschillenbeslechting: Bestuurlijke lus en andere instrumenten', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2011, afl. 1/2, p. 2-9.

De Poorter & De Graaf 2011

De Poorter & De Graaf, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011.

Rop e.a. 2008

A.C. Rop e.a., 'Definitieve geschilbeslechting: over schijnbelemmeringen en de grenzen van rechterlijke verantwoordelijkheid' in: *Definitieve geschilbeslechting*. Preadviezen Jonge VAR 23 november 2007, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 9-44.

Sanders, *M&M* 2012, afl. 3, p. 133-138

T.N. Sanders, 'Het CBb als wetgever: de bestuurlijke lus toegepast bij de bestuurlijke boete', *Markt & Mededinging* 2012, afl. 3, p. 133-138.

Schlössels, *NTB* 2008, 35

R.J.N. Schlössels, 'De Andere kant van de lus', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2008, afl. 8, p. 267-268.

Schlössels/Zijlstra 2010

Schlössels/Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat I*, Deventer: Kluwer 2010.

Schreuder-Vlasblom 2011

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

Schueler 1994

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.

Schueler, TBR 2008/153

B.J. Schueler, 'De lus als ontkenning van het proces', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2008/153, afl. 9, p. 786-798.

Schueler 2009

B.J. Schueler, 'Tussen te veel en te weinig. Subjectivering en finaliteit in de bestuursrechtspraak' in: B.J. Schueler, B.J. van Ettekoven & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht* (preadvies Vereniging voor Bouwrecht, nr. 37), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 3-70.

Schueler, Jbplus 2012, afl. 2, p. 101-116

B.J. Schueler, De grote verandering. Finaliteit in een nieuw bestuursprocesrecht, *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2012, afl. 2, p. 101-116.

Schueler, Drewes e.a. 2007

B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Seibert, NVwZ 2013, p. 1040 e.v.

M.J. Seibert, Verbandsklagen im Umweltrecht, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2013, p. 1040 e.v.

Statistisches Bundesamt 2012

Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.4, Wiesbaden 2012,
<https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Verwaltungsgerichte.html;jsessionid=77E29C678470A4B5FC9DC375082A1FD6.cae3>

Stijnen 2011

R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011.

Stijnen, AB 2012/224

R. Stijnen, annotatie bij: CRvB 3 augustus 2011, AB 2012/224.

Stijnen, AB 2012/225

R. Stijnen, annotatie bij: CbB 14 maart 2012, AB 2012/225.

Tak 2008-I

A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk deel I*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008.

Tak 2008-II

A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk deel II*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008.

UNECE 2014

Aarhus Convention Implementation Guide (second edition, text only version) June 2014, http://www.unece.org/env/pp/implementation_guide.html

Van der Velde, *JBplus* 2014, afl. 1, p. 71-75

R. van der Velde, 'Ook de gemachtigde van burgers is aan de slag met de Nieuwe Zaaksbehandeling (en denkt er het zijne van)', *JBplus* 2014, afl. 1, p. 71-75.

Verhoeven, *PB* 2010, afl. 1, p. 4-8

M. Verhoeven, 'De bestuurlijke lus, een jaar na dato', *Tijdschrift voor Praktisch Bestuursrecht* 2010, afl. 1, p. 4-8.

Verbist 2012

S. Verbist, 'De Raad voor de Vergunningsbetwistingen', in: A. Alen e.a. (red.), *Publiekrecht - Themis*, Brugge: Die Keure 2012, p. 111-147.

Verburg, *TC* 2013, afl. 3, p. 19-23

A. Verburg, 'De nieuwe zaaksbehandeling van de bestuursrechter', *Tijdschrift Conflicthantering* 2013, afl. 3, p. 19-23.

Willemsen 2008

P.A. Willemsen, *Een meer definitieve geschilbeslechting in het bestuursrecht in rechtsvergelijkend perspectief*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

Van Wijk/ Konijnenbelt & Van Male 2011

W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Van Wijk. Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011.

Bijlage V Begeleidingscommissie

De volgende personen maakten deel uit van de begeleidingscommissie:

Prof. Mr. R.J.N. Schlössels (Voorzitter)
RU – Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Postbus 9049
6500 KK NIJMEGEN

Mr. E.C. van Ginkel
MinVenJ – Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Dr. P.O. de Jong
De Jong beleidsadvies
Wagnerlaan 25
9402 SG ASSEN

Mr. C.A.M. van Reeken
MinVenJ – Directie Wetgeving en Juridische zaken (DWJZ)
N.12
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Mr. Y.E. Schuurmans
UL – Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Postbus 9520
2300 RA LEIDEN

Mr. M.J.H.M. Verhoeven
Rechtbank Oost-Brabant
Postbus 70584
5201 CZ 's-HERTOGENBOSCH