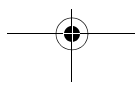
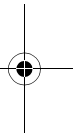
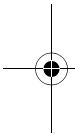




Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter



In het kader van de derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006 zijn verschenen:

Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter	ISBN 978-90-5454-797-6
Feitenvaststelling in beroep	ISBN 978-90-5454-768-6
Klagen bij bestuursorganen. Evaluatieonderzoek naar de klachtbehandeling door bestuursorganen	ISBN 978-90-5454-794-5
Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger. Stand van zaken in theorie en eerder onderzoek	ISBN 978-90-5454-788-4
De Europese agenda van de Awb	ISBN 978-90-5454-781-5
Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006	ISBN 978-90-5454-055-7

DERDE EVALUATIE VAN DE ALGEMENE WET BESTUURSRECHT 2006

**Definitieve geschilbeslechting
door de bestuursrechter**

B.J. Schueler
J.K. Drewes
F.T. Groenewegen
W.G.A. Hazewindus
A.P. Klap
V.M.Y. van 't Lam
B.K. Olivier
E.M. Vogelesang-Stoute

BJu | Boom Juridische uitgevers


UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM

Aanbevolen citeerwijze: B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter

© 2007 WODC

Dit rapport is uitgebracht ten behoeve van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (wOdc) te Den Haag.

Deze uitgave is gedrukt op chloorvrij papier.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Sib. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Sib. 471, en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-5454-797-6
NUR 823

Inhoud

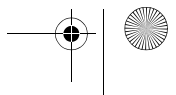
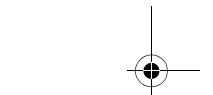
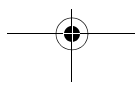
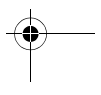
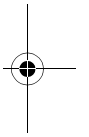
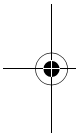
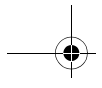
Voorwoord	xi
Dankwoord	xiii
Samenvatting	xv
1 INLEIDING	1
1.1 Aanleiding tot het onderzoek	1
1.2 Opzet en aanpak van het onderzoek	3
2 DE PROBLEEMSTELLING EN DE OPZET VAN HET ONDERZOEK	5
2.1 De probleemstelling van dit onderzoek	5
2.2 Wat verstaan wij in dit onderzoek onder definitieve geschilbeslechting?	5
2.2.1 Wat valt binnen het geschil?	5
2.2.2 Gevallen waarin het beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard	9
2.2.3 Gevallen waarin de rechter zich onbevoegd verklaart	9
2.2.4 Intrekking van het beroep en schikking	10
2.2.5 Procedures over het niet tijdig nemen van een besluit	11
2.2.6 Effecten van het hoger beroep op de bij de rechtbank bereikte geschilbeslechting	11
2.2.7 Conclusie	12
2.3 De onderzoeksvragen	12
2.4 De opzet en de methode van het onderzoek	14
2.4.1 Een kwantitatief en een kwalitatief deel van het empirische onderzoek	14
2.4.2 De opzet van het onderzoek: een overzicht	17
2.4.3 Wat is niet onderzocht?	18
2.5 Samenvatting	21
3 BESTUURSRECHTELIJKE GESCHILBESLECHTING VÓÓR DE AWB	23
3.1 Inleiding	23
3.2 Geschilbeslechting als taak van het bestuur?	24
3.2.1 Inleiding	24
3.2.2 Het bestuur als representant van het volk behartigt het algemeen belang	25
3.2.3 Het bestuur als partij in een geding	27
3.2.4 Wettenrecht en beginselen van behoorlijk bestuur	27
3.2.5 Geschilbeslechting in administratief beroep	28

3.3	Waren de oude bestuursrechters geschilbeslechtsers?	30
3.3.1	Inleiding	30
3.3.2	Bestuursrechters vóór de Awb	31
3.3.3	Toetsing, rechtsbescherming of geschilbeslechting?	32
3.3.4	Rechtspraak vanuit een toetsingsperspectief	37
3.3.5	Rechtspraak vanuit een geschilbeslechtingsperspectief	40
3.4	Samenvatting en conclusies	44
4	GESCHILBESLECHTING ONDER DE AWB	47
4.1	Inleiding	47
4.2	De doelstellingen van het bestuursproces onder de Awb	48
4.3	Subjectivering van de toetsing	48
4.4	Via subjectivering naar geschilbeslechting	49
4.5	Zelf in de zaak voorzien	50
4.5.1	Wat is zelf in de zaak voorzien?	50
4.5.2	Het criterium: 'indien na de vernietiging rechtens slechts één beslissing mogelijk is'	50
4.5.3	Overzicht van gevallen waarin wel zelf in de zaak wordt voorzien	52
4.5.3.1	Gezellen waarin het bestuur om redenen van bevoegdheid of ontvankelijkheid maar één beslissing kan nemen	52
4.5.3.2	Geschillen over besluiten op basis van een volledig gebonden bevoegdheid	53
4.5.3.3	Geschillen over besluiten op basis van een discretionaire bevoegdheid	53
4.5.4	Overzicht van gevallen waarin niet zelf in de zaak wordt voorzien	55
4.5.4.1	Rechtens meer dan één beslissing mogelijk	55
4.5.4.2	Voor een definitieve beslissing is nieuw feitenonderzoek vereist	57
4.5.4.3	Belangen van derden verzetten zich ertegen dat de rechter zelf in de zaak voorziet	58
4.5.5	Is de bestuursrechter in sommige gevallen verplicht om zelf in de zaak te voorzien?	59
4.6	In stand laten van de rechtsgevolgen	60
4.6.1	Wat is het in stand laten van de rechtsgevolgen?	60
4.6.2	In welke gevallen worden de rechtsgevolgen in stand gelaten?	60
4.6.3	Beoordeling ex nunc met inachtneming van belangen van derden	61
4.7	Nieuw: de bestuurlijke lus?	62
4.8	Passeren van vormgebreken	65
4.9	Een actieve rechter, die zoekt naar de materiële waarheid	69

4.10	Intrekken, wijzigen en alsnog nemen van besluiten hangende beroep (art. 6:18-20 Awb)	72
4.10.1	De artikelen 6:18 en 6:19 Awb	72
4.10.2	Artikel 6:20 Awb	74
4.10.3	Herstel van formele gebreken en gebreken in de motivering	75
4.10.4	Artikel 6:19 in hoger beroep	76
4.11	Vernietiging waarna het bestuur opnieuw moet voorzien	77
4.12	Opdracht om een nieuw besluit te nemen en het stellen van een termijn daarvoor	79
4.13	Samenvatting en conclusies	81
5	HOE VAAK WORDT HET GESCHIL DEFINITIEF BESLECHT DOORDAT DE RECHTER ZELF IN DE ZAAK VOORZIET OF DE RECHTSGEVOLGEN IN STAND LAAT?	87
5.1	Inleiding	87
5.2	Het aantal beroepsprocedures die op een vernietiging uitlopen	87
5.3	Het aantal zaken waarin zelf in de zaak is voorzien (art. 8:72, vierde lid Awb)	89
5.4	Het aantal zaken waarin de rechtsgevolgen van het besluit in stand zijn gelaten (art. 8:72 lid 3 Awb)	90
5.5	Hoe vaak leidt zelf in de zaak voorzien of in stand laten van de rechtsgevolgen tot definitieve beslechting van het geschil?	90
5.6	Situaties waarin zelf in de zaak voorzien of in stand laten van de rechtsgevolgen niet leidt tot definitieve beslechting van het geschil	93
5.6.1	Goedkeuring van bestemmingsplannen	93
5.6.2	Slechts voor een gedeelte zelf in de zaak voorzien of de rechtsgevolgen in stand gelaten	94
5.6.3	Meer belanghebbenden	95
5.6.4	Gevallen waarin er nog een aanvraag overblijft	95
5.6.5	Randgevallen	96
5.6.6	Andere gevallen	97
5.7	Zoekmethoden die in dit kwantitatieve deel van het onderzoek zijn gebruikt	97
5.7.1	De zoekgeschiedenis per rechterlijke instelling	98
5.7.2	Complicaties bij het gebruik van databanken en digitale verzamelingen van de uitspraken	101
5.8	Conclusies	101
6	DEFINITIEVE GESCHILBESLECHTING ONDER DE AWB: MOGELIJKHEDEN EN GRENZEN IN DE RECHTSPRAKTIJK	105
6.1	Inleiding	105
6.2	De methoden waarmee de gebruikte gegevens zijn verkregen	106
6.3	Bestuurlijke keuzevrijheid	107
6.3.1	Inleiding	107
6.3.2	Het criterium 'als er rechtens nog maar één beslissing mogelijk is'. Het onderzoek naar beslissingsalternatieven	107

6.3.3	Definitieve geschilbeslechting als er geen keuzevrijheid (meer) is	110
6.3.4	Definitieve geschilbeslechting als er nog wel bestuurlijke keuzevrijheid is	113
6.3.5	Conclusie	116
6.4	Feitenonderzoek en bewijs	117
6.4.1	Inleiding	117
6.4.2	Motieven om het bestuur primair verantwoordelijk achten	117
6.4.3	Nader onderzoek en nader bewijs	120
6.5	Betrokkenheid van derden	121
6.6	Belemmeringen van formeel-procedurele aard	123
6.6.1	Passeren van formele gebreken	123
6.6.2	Kiezen tussen materiële en formele vernietigingsgronden	124
6.6.3	Zelf in de zaak voorzien bij vernietiging wegens formele gebreken	124
6.6.4	Onbevoegd genomen besluiten	125
6.7	Nadere invulling en vormgeving van een besluit waarvan de strekking al wel vaststaat	125
6.7.1	Wat de rechter niet doet	126
6.7.2	Wat de rechter wel doet	127
6.8	Doorlooptijden en budgetten	128
6.9	Methoden om de geschilbeslechting verder te verbeteren	129
6.9.1	Methoden die in de huidige rechtspraktijk al worden gebruikt	129
6.9.1.1	Nadere standpunten van partijen tijdens het proces	129
6.9.1.2	'Nagenoeg definitief beslechten'	132
6.9.1.3	Geschillen beslechten met behulp van artikel 6:19 Awb	133
6.9.2	Nieuwe methoden ter verbetering van de geschilbeslechting	135
6.9.2.1	De bestuurlijke lus	135
6.9.2.2	Judiciële lus	136
6.9.2.3	Bewijslastverdeling	136
6.9.2.4	Comparities	138
6.10	Samenvatting en conclusies	139
6.10.1	Factoren die de definitieve geschilbeslechting bemoeilijken	139
6.10.2	Mogelijkheden voor meer definitieve geschilbeslechting	142
6.10.2.1	Methoden die in de huidige rechtspraktijk al worden gebruikt	142
6.10.2.2	Nieuwe methoden ter verbetering van de geschilbeslechting	143

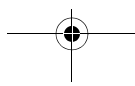
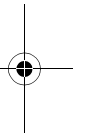
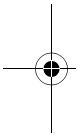
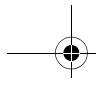
7 DE INVLOED VAN DE RECHTER OP HET GESCHIL NA DE VERNIETIGING	147
7.1 Inleiding	147
7.2 Op welke manier probeert de rechter, indien hij het geschil niet zelf definitief beslecht, te voorkomen dat het geschil na vernietiging voortleeft?	148
7.3 Doordringen tot de kern van het geschil	149
7.3.1 De 17 zaken waarin de rechter tot de kern van het geschil was doorgedrongen	150
7.3.2 De andere acht zaken, waarin de rechter niet tot de kern doordrong	155
7.4 Conclusie uit de 25 dossierstudies	158
8 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN	159
8.1 Gebruik bevoegdheden (zelf voorzien, in stand laten rechtsgevolgen en passeren van gebreken)	159
8.2 Als de bestuursrechter van deze bevoegdheden gebruik maakt, in hoeverre worden geschillen er dan ook definitief door beslecht?	161
8.3 Voorzover de bestuursrechter geschillen niet definitief beslecht, wat zijn daarvan dan de redenen?	162
8.4 Als de rechter het geschil niet definitief beslecht, wat doet hij dan wel om de beëindiging van het geschil te bevorderen?	165
8.5 Welke oplossingsrichtingen zijn reeds gesuggereerd in de literatuur en welke zijn overigens denkbaar om definitieve geschilbeslechting te optimaliseren?	166
8.6 Aanbevelingen	169
SUMMARY	173
LITERATUUR	179
BIJLAGE 1 Stroomdiagrammen	187
BIJLAGE 2 Vragenlijst rechters	191
BIJLAGE 3 Coderingsschema	195
BIJLAGE 4 Checklist dossieronderzoek	197
BIJLAGE 5 Vragenlijst expert meeting	199
BIJLAGE 6 Samenstelling begeleidingscommissie	203



Voorwoord

Dit rapport behandelt het onderwerp 'definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter' en maakt deel uit van een vijftal onderzoeken die samen de derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) vormen. Volgens de wettelijke evaluatiebepaling dienen de Ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken drie jaar na de inwerkingtreding en vervolgens om de vijf jaar een evaluatie van de wet aan de Tweede Kamer toe te zenden. De eerste evaluatie vond plaats drie jaar na inwerkingtreding van de wet, in 1996 en vijf jaar later, in 2001, de tweede. De onderwerpen uit deze evaluatieronde zijn voor een belangrijk deel het resultaat van een 'open inschrijving'. In een aantal vakbladen zijn mensen uitgenodigd om aandachtspunten op te geven voor de evaluatie. Naast definitieve geschilbeslechting worden in deze evaluatie de volgende onderwerpen behandeld: feitenvaststelling, de burger en de Awb, intern klachtrecht en Europa en de Awb. Ik spreek de hoop uit dat de evaluatiecommissie onder leiding van mr. J.W. IJssink (lid van de Hoge Raad) door de uitkomsten van de onderzoeken goed geïnformeerd en ook geïnspireerd wordt om tot een advies te komen over een eventuele aanpassing of toepassing van de wet.

Prof. dr. Frans Leeuw
Directeur WODC

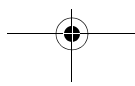
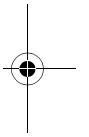
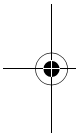
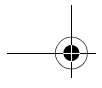


Dankwoord

Aan de totstandkoming van dit rapport is door velen medewerking verleend. De onderzoekers danken de rechters, die tijd en aandacht hebben besteed aan de interviews en de expert meeting, alsmede al diegenen die vanuit de verschillende bij het onderzoek betrokken rechterlijke instellingen hun medewerking hebben verleend door het verstrekken van cijfermateriaal, uitspraken en andere gegevens. De leden van de begeleidingscommissie, onder voorzitterschap van prof. dr. B.W.N. de Waard, en medewerkers van het WODC, in het bijzonder mr. E.C. van Ginkel en drs. F. Willemsen, hebben met hun constructieve commentaar en coöperatieve opstelling een belangrijke bijdrage geleverd.

Voor de door hen verleende adviezen over diverse aspecten van het onderzoek komt dank toe aan dr. R.G.F. Winkels (Leipniz Instituut, Universiteit van Amsterdam), dr. C.L.B. Kocken (Afdeling Algemene Rechtsleer, Universiteit van Amsterdam), H. Pot (rechtbank Amsterdam), prof. dr. R. Uylenburg en dr. M.V.C. Aalders (Centrum voor Milieurecht, Universiteit van Amsterdam).

Bij de verzameling en verwerking van gegevens is een belangrijke inhoudelijke bijdrage geleverd door student-assistenten F. Yeh en J. de Boer (Afdeling Publiekrecht Universiteit van Amsterdam). De secretariële ondersteuning was in handen van C.M. van Stralen-Mulders.



Samenvatting

Dit rapport behandelt het onderwerp 'definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter' en maakt deel uit van een vijftal onderzoeken die samen de derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) vormen. Het onderzoek is erop gericht duidelijk te maken of de mogelijkheden voor de bestuursrechter om besluiten te toetsen dan wel zelf een beslissing in de zaak te nemen uit de Awb in de praktijk voldoen en te bezien of nadere regelgeving gewenst is, teneinde de materiële geschilbeslechting te verbeteren.

Daartoe is allereerst bekeken in hoeverre de bestuursrechter gebruikmaakt van de bevoegdheden die de Awb hem aanreikt, en in hoeverre hij daarmee de geschillen inderdaad definitief beslecht. Voorzover dat niet het geval is, zijn de redenen daarvan onderzocht. Voorts is onderzocht op welke wijze het geschilbeslechtend vermogen van de rechter vergroot kan worden. Voor een beter begrip van deze materie is niet alleen theoretisch onderzoek verricht, maar is ook een kwantitatief jurisprudentieonderzoek verricht, zijn twaalf rechters geïnterviewd, zijn 25 dossierstudies verricht en is een expert meeting gehouden.

Dat de bestuursrechter niet altijd tot een beslechting van het geschil kan komen heeft deels te maken met de verhouding tussen rechter en bestuur en in verband daarmee weer met de wijze waarop de bestuursrechter te werk gaat. Als een besluit aan de rechter wordt voorgelegd en hij constateert dat het besluit onrechtmatig is, zal hij dat besluit (vrijwel altijd) vernietigen, maar hij zal meestal niet aan het bestuursorgaan voorschrijven wat de inhoud van het nieuwe besluit moet zijn. Dat komt omdat het bestuursorgaan meestal nog discretionaire ruimte heeft en er dus na de vernietiging door de rechter voor het bestuursorgaan ruimte is voor meerdere beslissingen. De rechter vult die discretionaire ruimte niet zelf in, omdat dat ongewenst zou zijn met het oog op de machtenscheiding. Als hij die ruimte wel zou invullen, zou hij zich immers een taak van het bestuur toe-eigenen. Een andere reden dat de rechter terughoudend is, is dat het hem soms aan deskundigheid en tijd ontbreekt. Een nieuw besluit vergt soms nieuw onderzoek. Vaak is het bestuursorgaan beter toegerust om dat onderzoek te verrichten dan de rechter. Vaak ook vergt het nemen van een nieuw besluit een technisch onderzoek. De rechter heeft meestal echter niet de expertise om dat type onderzoek te verrichten, het bestuursorgaan wel. Daarom moet in de meeste gevallen na de vernietiging door de rechter het besluit door het bestuursorgaan opnieuw genomen worden. In die gevallen is het geschil vaak niet definitief door de rechter beslecht, omdat tegen het nieuwe besluit ook weer beroep mogelijk is.

Wij spreken in de volgende gevallen van definitieve geschilbeslechting. Om te beginnen als het beroep ongegrond is verklaard. Het (juridische) geschil is dan voorbij, ook al heeft de burger niet gekregen wat hij wilde. In dit onderzoek is er

ook van uitgegaan dat het geschil is beslecht indien de rechter het beroep niet-ontvankelijk verklaart of zichzelf onbevoegd verklaart. Het geschil is eveneens beslecht als het besluit door de rechter is vernietigd, terwijl er na de vernietiging geen verplichting voor het bestuursorgaan is om een nieuw besluit te nemen. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als het bestuur het vernietigde besluit niet op aanvraag, maar ambtshalve genomen heeft. Ten slotte kan het geschil door de rechter definitief beslecht worden als hij gebruikmaakt van de mogelijkheden die artikel 8:72, derde en vierde lid Awb hem biedt: het in stand laten van de rechtsgevolgen en het zelf in de zaak voorzien.

Op grond van artikel 8:72, vierde lid, Awb kan de rechter bepalen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit. Als hij dat doet voorziet hij zelf in de zaak; hij neemt feitelijk zelf het nieuwe besluit en niet het bestuursorgaan. Omdat de rechter de keuzevrijheid van het bestuursorgaan niet wil doorkruisen, maakt hij van deze bevoegdheid terughoudend gebruik. Hij zal deze bevoegdheid niet gebruiken als het bestuursorgaan nog keuzevrijheid heeft, tenzij tijdens het proces duidelijk is geworden hoe het bestuursorgaan deze vrijheid wilde invullen. Als het bestuursorgaan geen keuzevrijheid meer heeft, of als duidelijk is hoe het dat wil gaan invullen, kan de rechter, zelf in de zaak voorzien, een vervangende beslissing nemen.

Artikel 8:72, derde lid, Awb geeft de rechter de bevoegdheid de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten. De rechter vernietigt dan het besluit omdat het onrechtmatig is, maar laat de werking daarvan in stand. Net als bij het zelf in de zaak voorzien kan het bestuursorgaan nog keuzevrijheid hebben. De rechter zal deze bevoegdheid niet gebruiken als het bestuursorgaan nog keuzevrijheid heeft, tenzij tijdens het proces duidelijk is geworden hoe het bestuursorgaan deze vrijheid wilde invullen.

Ook artikel 6:22 Awb beoogt de geschilbeslechting te bevorderen. Dat artikel regelt dat als bij het nemen van een besluit slechts een vormvoorschrift geschonden is, de rechter het besluit in stand kan laten als daardoor niemand wordt benadeeld. De bedoeling van dit artikel is zinloze vernietigingen te voorkomen. Men noemt dat het passeren van vormgebreken.

Inmiddels is er ook een concept-wetsvoorstel waarin de zogenoemde bestuurlijke lus geïntroduceerd wordt. Van een bestuurlijke lus is sprake als de rechter constateert dat het besluit onrechtmatig is en hij vervolgens het bestuursorgaan vraagt welk besluit het ter vervanging wil nemen. De rechter kan dan vervolgens het geschil beslechten zonder de bestuurlijke vrijheid te doorkruisen. Het concept-wetsvoorstel beoogt te gaan regelen dat de rechter, als hij het beroep gegrond wil verklaren, een tussenuitspraak doet, waarbij hij het bestuursorgaan in de gelegenheid stelt de geconstateerde gebreken weg te nemen. Als er geen hoger beroep mogelijk is, is het bestuursorgaan verplicht hieraan mee te werken. De bestuurlijke lus kan echter niet toegepast worden als belanghebbenden die niet bij de procedure betrokken zijn daardoor onevenredig benadeeld kunnen worden. De figuur van de bestuurlijke lus heeft als voordeel dat de rechter op die manier het geschil definitief kan beslechten.

Om wat preciezer uitspraken over het geschilbeslechtend vermogen van de rechter te kunnen doen, is een kwantitatief onderzoek verricht. Daaruit blijkt dat de rechter niet heel vaak gebruikmaakt van zijn bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien of om de rechtsgevolgen in stand te laten. Dat is ook niet vreemd, gezien de hierboven vermelde redenen voor de rechter om terughoudend met deze bevoegdheden om te gaan.

Over 2005 is in 18% van de gevallen waarin de rechter een besluit vernietigde zelf in de zaak voorzien. In 9% van de gevallen waarin vernietigd werd zijn de rechtsgevolgen in stand gelaten. Het geschil wordt echter niet in alle gevallen waarin de rechter deze bevoegdheden gebruikt beslecht. Daar kunnen verschillende oorzaken voor zijn, die in het rapport zijn beschreven. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat slechts voor een gedeelte zelf in de zaak is voorzien. In ieder geval is het zo dat in 22% van de gevallen waarin een besluit vernietigd is, het geschil definitief beslecht is door het zelf in de zaak voorzien of het in stand laten van de rechtsgevolgen.

Dat betekent natuurlijk niet dat in alle andere gevallen het geschil door de rechter niet wordt beslecht. Het geschil kan ook op andere wijzen beslecht worden, bijvoorbeeld door het beroep ongegrond of niet-ontvankelijk te verklaren. Alleen de zaken waarin vernietigd wordt, maar waarbij niet zelf in de zaak wordt voorzien en waarbij de rechtsgevolgen niet in stand worden gelaten, zijn zaken waarin het geschil niet definitief beslecht is (op een klein aantal uitzonderingen na). Aangezien in de meeste zaken niet vernietigd wordt, worden dus veruit de meeste geschillen door de bestuursrechter definitief beslecht.

Op basis van de in het onderzoeksjaar 2005 aangetroffen uitspraken waarin de rechter zelf in de zaak voorziet of de rechtsgevolgen in stand laat en op basis van interviews met rechters, is onderzocht welke factoren voor de rechter van belang zijn bij de afweging om van deze bevoegdheden gebruik te maken. De bevoegdheid wordt vooral gebruikt als er geen keuzevrijheid meer is voor het bestuursorgaan, maar direct uit het recht af te leiden is hoe het nieuwe besluit na de vernietiging eruit moet zien. In die gevallen is er ook geen gevaar dat de rechter de keuzevrijheid van het bestuur doorkruist. Soms echter worden de bevoegdheden om zelf in de zaak te voorzien of om de rechtsgevolgen in stand te laten aangewend als er nog wel keuzevrijheid is voor het bestuursorgaan. Maar ook dat gebeurt eigenlijk alleen maar als daarbij niet de keuzevrijheid van het bestuursorgaan *doorkruist* wordt. De rechter kan bijvoorbeeld een motiveringsgebrek constateren: als het bestuursorgaan dan tijdens de procedure een nadere motivering kenbaar heeft gemaakt, kan de rechter vernietigen maar toch de rechtsgevolgen in stand laten. Dan is het geschil door de rechter beëindigd, maar de rechter heeft de keuzevrijheid van het bestuur gerespecteerd.

Er is een aantal factoren dat de geschilbeslechting bemoeilijkt.

Eén van de redenen voor rechters om terughoudend te zijn met definitieve geschilbeslechting is dat vaak nog niet duidelijk is voor welk beslissingsalternatief het bestuursorgaan na vernietiging zal kiezen. Die keuze kan met name

afhangen van de te nemen beleidsmatige beslissing of van een nader onderzoek naar de feiten en de kwalificatie daarvan.

De wet biedt de rechter een aantal mogelijkheden voor het verrichten van feitenonderzoek, met name in het vooronderzoek, dat aan het onderzoek ter zitting voorafgaat. Maar ook na de zitting kan er nog onderzoek worden verricht, want de rechter kan overgaan tot het schorsen van het onderzoek ter zitting of het heropenen van het onderzoek. Deze mogelijkheden worden echter relatief weinig benut. De bestuursrechtters streven ernaar hun onderzoek zoveel mogelijk te concentreren op het bestuderen van het dossier en de behandeling ter zitting ('zittingsgericht werken'). Daarbij speelt vooral het streven naar kortere doorlooptijden een rol. Dit maakt het moeilijk om tot definitieve geschilbeslechting te komen in die gevallen waarin het besluit vernietigd wordt. De beslissing om het besluit te vernietigen valt meestal pas na de zitting. Dan is het onderzoek echter al gesloten. Alhoewel heropening van het onderzoek op grond van de wet mogelijk is, wordt deze mogelijkheid bij voorkeur weinig gebruikt.

Rechters streven intussen wel vaak naar definitieve geschilbeslechting. Zij proberen zo veel mogelijk te vermijden dat een besluit enkel op een formeel gebrek vernietigd wordt, terwijl niet naar de inhoudelijke kant gekeken wordt. Vaak wordt immers na de vernietiging in verband met een formeel gebrek, inhoudelijk hetzelfde besluit genomen. Dan schiet niemand iets met die vernietiging op. Opvallend genoeg gebruiken rechters hierbij nauwelijks artikel 6:22 Awb, dat er speciaal voor geschreven is. Zij proberen dit resultaat vaker te bereiken op een minder formele wijze, bijvoorbeeld door op de zitting te vragen aan de belanghebbende of hij een bezwaar tegen een bepaald formeel gebrek, dat toch geen invloed zal hebben op de uiteindelijke uitkomst, wil laten vallen. Belanghebbenden zijn daartoe regelmatig bereid als blijkt dat handhaving van het bezwaar alleen maar tijdverlies zal opleveren.

Bestuursrechtters gebruiken een aantal methoden om definitieve geschilbeslechting te bevorderen.

Nadere standpunten van partijen tijdens het proces

Als de rechter een gebrek in het bestreden besluit constateert, kan hij het bestuursorgaan vragen om aan te geven hoe het dit gebrek zou herstellen. Hij kan verzoeken om nadere gegevens te verstrekken of nader feitenonderzoek te doen. Hij kan een partij vragen om bewijs te leveren ten aanzien van bepaalde stellingen die deze partij heeft gedaan. Hierdoor krijgt de rechter meer grip op de zaak en kan hij in een deel van de gevallen voorkomen dat hij moet volstaan met vernietiging wegens gebrek aan feitelijke onderbouwing van het bestreden besluit.

'Nagenoeg definitief beslechten'

In gevallen waarin de rechter volstaat met een vernietiging, wordt de kern van het geschil soms zozeer opgelost, dat de rechter in redelijkheid ervan uit kan gaan dat het geschil met zijn uitspraak is beslecht. In dit soort gevallen zijn er vaak prakti-

sche of technische redenen (technische formulering van een besluit, het maken van een benodigde berekening) om toch niet zelf in de zaak te voorzien.

Geschillen beslechten met behulp van art. 6:19 Awb (bij tussentijdse intrekking of wijziging van het besluit door het bestuursorgaan)

De regeling van art. 6:19 Awb past goed in de ontwikkeling naar geschilbeslechting als functie van de bestuursrechtspraak. In de praktijk blijkt zij daarvoor ook te worden benut, maar tevens blijkt dat er beperkingen zijn aan de bruikbaarheid van dit instrument. Een van die beperkingen is, dat het bestuursorgaan niet verplicht is om een nieuw besluit te nemen, ook al wordt daar door de rechter om gevraagd.

Het onderzoek maakt voorts aannemelijk dat een aantal methoden er in de toekomst aan zou kunnen bijdragen dat meer geschillen definitief worden beslecht.

Een expliciete bewijslastverdeling tussen partijen

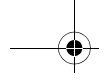
Het werken met een expliciete en tijdige bewijslastverdeling zou de geschilbeslechting kunnen bevorderen. Een voordeel ervan zou zijn dat de rechter minder snel zou aanlopen tegen de belemmeringen die hem er nu vaak toe brengen om het feitenonderzoek en de feitenvaststelling over te laten aan de bestuurlijke besluitvormingsfase na de vernietiging. Het bestuursorgaan zou het feitenonderzoek, dat nu vaak na de vernietiging wordt verricht, in veel gevallen ook vóór de rechterlijke uitspraak kunnen verrichten. De burger-partij kan de bewijslast krijgen ten aanzien van de feiten die in zijn bewijsdomein vallen. Maar dan moet hij wel tijdig vernemen dat de rechter van plan is om te gaan vernietigen en op welke gronden.

Comparities

In het bestuursrecht zou meer gebruik kunnen worden gemaakt van de mogelijkheden van een comparitie. Dat zou de rechter en partijen in staat stellen om in een vroeg stadium van de beroepsprocedure na te gaan of partijen nadere standpunten naar voren kunnen brengen die een oplossing voor het geschil dichterbij zouden kunnen brengen. De rechter kan op basis van hetgeen in de comparitie naar voren is gekomen een bewijslastverdeling tussen partijen opstellen of beslissen om zelf de feiten aan te vullen.

Bestuurlijke lus

Van een bestuurlijke lus is sprake als de rechter constateert dat het besluit onrechtmatig is en hij vervolgens het bestuursorgaan vraagt welk besluit het ter vervanging wil nemen. De rechter kan dan vervolgens het geschil beslechten zonder de bestuurlijke vrijheid te doorkruisen. Een concept-wetsvoorstel regelt dat de rechter, als hij het beroep gegrond wil verklaren, een tussenuitspraak doet, waarbij hij het bestuursorgaan in de gelegenheid stelt de geconstateerde gebreken weg te nemen. Als er geen hoger beroep mogelijk is, is het bestuursorgaan verplicht hieraan mee te werken. De bestuurlijke lus kan echter niet toegepast worden als belanghebbenden die niet bij de procedure betrokken zijn daardoor onevenredig

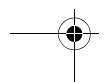
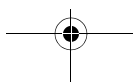
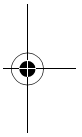
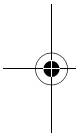


benadeeld kunnen worden (Concept-wetsvoorstel *Aanpassing bestuursprocesrecht*, te vinden op minjus.nl).

Judiciële lus?

De proceseconomie zou gediend zijn met een wetswijziging op grond waarvan de hogerberoepsrechter kan bepalen dat tegen het nieuwe besluit, dat na een door hem uitgesproken vernietiging wordt genomen, direct beroep bij hem zelf open staat. De route via de rechtbank wordt dan overgeslagen.

Het onderzoek leidt tot een aantal aanbevelingen (paragraaf 8.7).



1 Inleiding

1.1 AANLEIDING TOT HET ONDERZOEK

De positie van de bestuursrechter als geschilbeslechter laat zich niet altijd gemakkelijk bepalen. Dat komt doordat niet altijd duidelijk is tot hoever de bestuursrechter bij zijn toetsing van bestuurlijk handelen mag gaan. Bestuursorganen handelen vaak op basis van bevoegdheden die hun een zekere vrijheid ten opzichte van de rechter toekennen. Zo kan een bestuursorgaan vrij zijn gelaten bij de vraag of al dan niet van een bevoegdheid gebruik zal worden gemaakt. In dat geval is sprake van beleidsvrijheid. Ook kan een bestuursorgaan vrij zijn gelaten bij het beoordelen of aan de voorwaarden voor de bevoegdheidsuitoefening is voldaan. In dat geval is sprake van beoordelingsvrijheid. In dit rapport worden beleids- en beoordelingsvrijheid beide gevat onder de term 'bestuurlijke keuzevrijheid.'

Het bestaan van bestuurlijke keuzevrijheid staat er niet aan in de weg dat de bestuursrechter een bestreden besluit aan normen uit de toepasselijke bijzondere wet, aan de Awb of aan beginselen van behoorlijk bestuur kan toetsen. Maar de bestuursrechter mag zich niet als 'plaatsvervangend bestuursorgaan' opstellen. Het is het bestuursorgaan dat op basis van een geattribueerde of gedelegeerde bevoegdheid besluiten neemt en daarvoor verantwoordelijk is, terwijl de bestuursrechter zich volgens de klassieke opvattingen omtrent zijn taak behoort te beperken tot toetsing van deze besluiten op hun rechtmatigheid.

De taakverdeling tussen rechter en bestuur die hiermee gegeven is, komt tot uitdrukking in het procesrechtelijke model waarmee de bestuursrechter werkt. Indien een besluit door de bestuursrechter is vernietigd, is het in beginsel het bestuursorgaan dat een nieuw (vervangend) besluit dient te nemen. Het is dus het bestuursorgaan dat na vernietiging van een besluit in beginsel 'opnieuw in de zaak moet voorzien.' Dit model wordt het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien genoemd. Omdat de rechter steeds het laatste woord moet hebben over de rechtmatigheid van het bestuurshandelen, staat tegen het vervangende besluit, dat na de vernietiging wordt genomen, opnieuw beroep open bij de bestuursrechter.

Bij het nemen van het nieuwe besluit na de vernietiging moet de rechterlijke uitspraak, waarbij het oude besluit is vernietigd, in acht worden genomen. Het gebrek dat voor de rechter aanleiding was tot vernietiging van het oude besluit, moet bij het nieuwe besluit worden hersteld. De rechterlijke uitspraak bevat wel vaak aanwijzingen voor de inhoud van het nieuwe besluit of voor de wijze waarop dat moet worden genomen, maar de rechter bepaalt meestal niet exact en uitputtend wat de inhoud van het nieuwe besluit moet worden.

Dit stelsel roept uit een oogpunt van tijdige en effectieve rechtsbescherming de nodige vragen op. Het kwam vóór de Awb (met name onder het regime van de Wet Arob) regelmatig voor dat een besluit door de rechter werd getoetst en vernietigd, zonder dat de rechter bepaalde of de inhoud van het besluit rechtmatig was. Ook nu, onder de Awb, komt dat nog voor. Een dergelijke vernietiging kan tot gevolg hebben dat het vernietigde besluit wordt vervangen door een besluit dat het geconstateerde gebrek weliswaar herstelt, maar inhoudelijk overeenstemt met het vernietigde besluit. Dat nieuwe besluit kan weer onderwerp worden van een nieuw geschil, dat weer kan leiden tot een nieuwe uitspraak van de bestuursrechter.

Met de inwerkingtreding van de Awb in 1994 heeft de rechter de beschikking gekregen over een aantal bevoegdheden om geschillen effectiever te kunnen beslechten. Het meest in het oog springend zijn de bevoegdheid om zelf een beslissing te nemen die in de plaats treedt van het vernietigde besluit (art. 8:72, vierde lid Awb) en de bevoegdheid om de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand te laten (art. 8:72, derde lid Awb). Beide bevoegdheden beogen te bewerkstelligen dat er door het bestuursorgaan geen nieuw besluit hoeft te worden genomen om de geconstateerde onrechtmatigheid te herstellen of op te heffen. Naast deze twee uitspraakbevoegdheden is er de bevoegdheid om een besluit, ondanks schending van een vormvoorschrift, in stand te laten. Daarvan mag de rechter volgens de wet gebruikmaken indien blijkt dat de belanghebbenden door de schending niet zijn benadeeld (art. 6:22 Awb).

De bestuursrechter komt lang niet altijd toe aan het gebruik van deze wettelijke mogelijkheden om het geschil definitief te beslechten. Het bestaan van bestuurlijke keuzevrijheid verzet zich vaak tegen het gebruik ervan. De rechter mag geen keuzes maken die het bestuur op basis van zijn eigen verantwoordelijkheid behoort te maken. De rechter past alleen het recht toe en als daaruit niet voortvloeit wat de inhoud van het besluit uiteindelijk moet zijn, moet het bestuur daar zelf een beslissing over nemen. Bij die nieuwe beslissing moet het bestuur uiteraard wel de rechterlijke uitspraak in acht nemen.

De machtenscheiding tussen rechter en bestuur belemmert dus de definitieve geschilbeslechting. Maar dat is niet het enige. Uit het nu voorliggende rapport zal blijken dat er ook nog andere factoren zijn die de rechter beletten om het geschil definitief te beslechten. Deze factoren komen in hoofdstuk 6 aan de orde.

Dat de Awb-wetgever in 1994 het stelsel van rechtsbescherming uitdrukkelijk in de sleutel van een definitieve geschilbeslechting heeft willen zetten blijkt uit de MvT:

‘Bij het opstellen van deze afdeling heeft ons voor ogen gestaan dat de rechtbank een breed scala aan bevoegdheden ter beschikking moeten staan om de aan haar voorgelegde rechtsstrijd effectief te kunnen beslechten. Daarbij heeft vooral een rol gespeeld dat moet worden vermeden dat onnodig veel tijd verloren gaat met het voeren van bestuursrechtelijke procedures. (...) Het is zowel in het belang van de justitiabele als van het bestuur dat de gevoerde procedure een definitief resultaat oplevert’.

Inmiddels, ruim twaalf jaar later, is het tijd om te onderzoeken of de hierboven weergegeven uitdrukkelijke bedoeling van de Awb-wetgever is uitgekomen. Te meer, omdat in de tussenliggende jaren steeds meer is gehamerd op de noodzaak van definitieve geschilbeslechting, ook vaak 'finale geschilbeslechting' genoemd. Het wordt steeds meer als onacceptabel ervaren als rechterlijke uitspraken niet binnen redelijke termijn leiden tot beslechting van de voorgelegde geschillen. Daarbij dient te worden bedacht dat de redelijke termijn waarbinnen de burger ingevolge artikel 6 EVRM een definitief oordeel over zijn rechtsbetrekking met het bestuursorgaan moet krijgen, waarschijnlijk ook de 'bestuurlijke nafase' omvat, dat wil zeggen de periode waarin het bestuursorgaan na een rechterlijke vernietiging opnieuw in de zaak moet voorzien.

1.2 OPZET EN AANPAK VAN HET ONDERZOEK

In hoofdstuk 2 zal de probleemstelling worden weergegeven en toegelicht en worden omschreven wat in het kader van dit onderzoek onder 'definitieve geschilbeslechting' wordt verstaan. De gebruikte onderzoeksmethoden zullen in dat hoofdstuk worden beschreven en toegelicht.

In hoofdstuk 3 zal vervolgens de rechtsbescherming, zoals die in de periode vóór de inwerkingtreding van de Awb tot ontwikkeling is gekomen en gestalte heeft gekregen, worden beschreven. Dit is nodig, omdat het procesrechtelijke stelsel van de Awb voortbouwt op oudere stelsels.

In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op het huidige procesrechtelijke stelsel. Bekeken wordt wat de wetgever voor ogen heeft gestaan bij de inrichting van het bestuursproces. Hoe heeft de wetgever bedoeld de geschilbeslechting te bevorderen en welke instrumenten heeft hij daartoe in de Awb opgenomen? Hoofdpunten uit de jurisprudentie en de literatuur worden behandeld voorzover zij relevant zijn voor de vraagstelling van dit onderzoek.

In hoofdstuk 5 wordt verslag gedaan van het kwantitatieve onderzoek naar het gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien (art. 8:72, vierde lid Awb) en de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten (art. 8:72, derde lid Awb). Daarbij wordt tevens ingegaan op de vraag in hoeverre het gebruik van deze bevoegdheden ook daadwerkelijk tot een beslechting van het geschil heeft geleid.

In hoofdstuk 6 wordt bekeken tegen welke belemmeringen de rechter aanloopt indien hij streeft naar definitieve beslechting van het geschil. Waardoor wordt bepaald of hij erin slaagt het geschil definitief te beslechten? En op welke manieren proberen bestuursrechters de geschilbeslechting verder te verbeteren?

In hoofdstuk 7 staat de vraag centraal hoe de rechter de beëindiging van het geschil kan bevorderen in de gevallen waarin hij bij zijn uitspraak volstaat met vernietiging van het bestreden besluit. In beginsel moet het bestuursorgaan

daarna een nieuw besluit nemen (uitzonderingen daargelaten). Soms is dat eenvoudig een kwestie van uitvoeren van de rechterlijke uitspraak, waarna het probleem is opgelost. Maar het geschil zet zich in een deel van de zaken voort over de vraag of het nieuwe besluit wel rechtmatig is. Op welke manier probeert de rechter, indien hij het geschil niet zelf definitief beslecht, te voorkomen dat het geschil na vernietiging voortleeft? En in hoeverre slaagt de rechter daarin?

In hoofdstuk 8 worden ten slotte conclusies getrokken en aanbevelingen gedaan. De aanbevelingen worden zowel aan de wetgever als aan de rechter en aan het bestuur gedaan. Tot de aanbevelingen aan de Awb-wetgever behoort onder meer de introductie van de bestuurlijke lus, zoals voorgesteld in het concept-wetsvoorstel Aanpassing van de bestuursrechtspraak (juni 2006).

2 De probleemstelling en de opzet van het onderzoek

2.1 DE PROBLEEMSTELLING VAN DIT ONDERZOEK

De probleemstelling van dit onderzoek is door de opdrachtgever als volgt omschreven:

‘Het onderzoek dient om duidelijk te maken of de mogelijkheden voor de bestuursrechter om besluiten te toetsen dan wel zelf een beslissing in de zaak te nemen uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in de praktijk voldoen en te bezien of nadere regelgeving gewenst is, teneinde de materiële geschilbeslechting te verbeteren.’

De probleemstelling is dus toegespitst op de vraag of de Awb in voldoende gevallen definitieve geschilbeslechting mogelijk maakt. Zijn er manieren om de geschilbeslechting te verbeteren en hoe kan de wetgever daar door wijziging van de Awb aan bijdragen?

2.2 WAT VERSTAAN WIJ IN DIT ONDERZOEK ONDER DEFINITIEVE GESCHILBESLECHTING?

Voordat wij uitspraken kunnen gaan doen over definitieve geschilbeslechting, moet eerst worden bepaald wat wij daaronder verstaan. Zelfs een uitwerking van de probleemstelling is niet mogelijk zonder omschrijving van het begrip definitieve geschilbeslechting.

2.2.1 *Wat valt binnen het geschil?*

In het bestuursprocesrecht is ‘het geschil’ lastiger te definiëren dan in veel andere systemen van geschilbeslechting, zoals de civiele procedure of de mediation. Typerend voor het bestuursproces is namelijk dat de partijen niet vrij zijn om zelf hun geschil te definiëren. De eiser gaat in beroep tegen een besluit en de rechter beoordeelt of dat besluit rechtmatig is. Maar de strijd tussen partijen omvat vaak veel meer dan dat. Hoe moeten we daarmee omgaan in dit evaluatieonderzoek?

Hoezeer het geschil in het bestuursrecht wordt beperkt, blijkt duidelijk als men kijkt naar gevallen waarin het beroep *ongegrond* wordt verklaard. Dan blijft het bestreden besluit in stand. Het blijft gelden en wordt onaantastbaar. In de grote groep van zaken waarin dat gebeurt, wordt het juridische geschil beslecht met de uitspraak van de rechter, voorzover het gaat om de vraag of het besluit rechtmatig is en zijn rechtskracht mag behouden. Dat hoeft niet te betekenen dat alle pro-

blemen die partijen verdeeld houden door de rechter zijn opgelost, zelfs niet dat hun bestuursrechtelijke punten van geschil allemaal zijn beslecht. Zo is het heel goed mogelijk dat partijen, nadat een beroep tegen een verleende vergunning ongegrond is verklaard, een geschil hebben over de vraag of de vergunninghouder zich wel houdt aan zijn vergunningvoorschriften en of tegen overtreding ervan met een bestuurlijke sanctie moet worden opgetreden. Maar in het bestuursprocesrecht valt het geschil over de handhaving van de vergunningvoorschriften niet binnen het geschil over de verlening van de vergunning. Het is een geschil met een ander object, namelijk een besluit over het al dan niet handhaven door middel van een bestuurlijke sanctie.

In de hoofdstructuur van het procesrecht van de Awb gaan geschillen bij de bestuursrechter over de rechtmatigheid van besluiten. Deze hoofdstructuur is in dit onderzoek als een gegeven vooropgesteld. Dat impliceert een beperking, want een onderzoek naar geschilbeslechting in het bestuursrecht zou ook verder kunnen gaan door te onderzoeken of een rechterlijke uitspraak over de rechtmatigheid van een besluit, wel een oplossing biedt voor de problemen die partijen verdeeld houden. Partijen kunnen na de rechterlijke uitspraak nog doorgaan met hun strijd over allerlei zaken die hen weliswaar verdeeld houden, maar waar de procedure bij de bestuursrechter geen betrekking op had. De strijd tussen partijen omvat vaak veel meer dan het aan de bestuursrechter voorgelegde besluit. Een geschil over een bouwvergunning of een planologisch besluit kan deel uitmaken van bijvoorbeeld een meeromvattend conflict over het leefklimaat in een buurt. Een geschil over een besluit van een economisch toezichthouder kan deel uitmaken van een concurrentiestrijd tussen marktdeelnemers, waar de toezichthouder vanuit zijn eigen rol bij betrokken wordt. Zouden wij een ruim, meer rechtssociologisch getint begrip geschilbeslechting hanteren, dan zouden wij pas over beslechting spreken als partijen niet meer twisten over de onderwerpen die hen verdeeld houden. Daarvoor is in dit evaluatieonderzoek niet gekozen, omdat een uitgebreid empirisch onderzoek nodig zou zijn om uitspraken te kunnen doen over deze geschilbeslechting in ruime zin.

Dat neemt niet weg dat wij het belang inzien van bestuursrechtelijke theorieën waarin wordt gepleit voor de invoering van andere procesvormen, zoals de verzoekschriftprocedure.¹ Maar in de paar maanden die er voor dit evaluatieonderzoek beschikbaar waren, kon niet de wenselijkheid worden onderzocht van een procesrecht waarin het object van geschil wezenlijk meer omvat dan een besluit. Gegeven het bestaande stelsel, moet men ervoor oppassen dat men de bestuursrechter niet overvraagt. Hij moet zich uitspreken over het bestreden besluit en zo mogelijk ook over het nieuwe besluit, maar hij behoeft geen vrede te stichten tussen partijen. Om de genoemde redenen is in dit onderzoek het geschil beperkt tot het geschil over de vraag of het besluit rechtmatig is.

Als het beroep niet ongegrond, maar *gegrond* wordt verklaard, wordt het besluit vernietigd en moet er (in de meeste gevallen) een nieuw besluit worden genomen

1. VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004; Schlössels 2003; Van Ettehoven/Schueler 1998 en 2000.

door het bestuursorgaan, ter vervanging van het vernietigde besluit. Het geschil is dan niet definitief beslecht door de rechter. Dit betekent nog niet dat de rechter in geval van vernietiging niet aan geschilbeslechting doet, maar alleen dat die geschilbeslechting niet definitief was.

Hier past een aantal nuanceringen, want er zijn gevallen van gegrondverklaring waarin de rechter het geschil wel definitief beslecht. In een deel van deze gevallen laat de rechter de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand (art. 8:72 lid 3 Awb) of voorziet hij zelf in de zaak (art. 8:72 lid 4 Awb).

Voorts zijn er gevallen waarin uit de uitspraak van de rechter exact blijkt waartoe het bestuursorgaan moet beslissen. Dan heeft het bestuursorgaan, afgaande op de rechterlijke uitspraak, geen keuzeruimte meer. Denk aan het geval waarin de rechter oordeelt dat een ambtenaar door het bestuursorgaan moet worden geplaatst in de door haar geëiste salarisschaal. Het besluit daartoe moet na de vernietiging nog worden genomen, maar het geschil daarover is door de rechter eigenlijk beslecht. Ten slotte zijn er gevallen waarin met de enkele vernietiging van het bestreden besluit het probleem is opgelost en er geen reden meer is om nog een nieuw besluit te nemen. Denk aan het geval waarin de rechter een besluit tot intrekking van een milieuvergunning heeft vernietigd omdat vaststond dat die vergunning niet mocht worden ingetrokken.

Na de vernietiging van een besluit moet er dus vaak nog wat gebeuren, waarover partijen kunnen strijden zodat het geschil voortleeft. Dat is een reden om te zeggen dat het geschil dus niet definitief is beslecht. Maar is die constatering wel juist? Men zou het vervolg op de rechterlijke uitspraak kunnen zien als een nieuw geschil over een nieuw besluit. Dat zou impliceren dat het geschil bij de bestuursrechter beperkt blijft tot de vraag of het bestreden besluit, waartegen het beroep zich richt, genomen had mogen worden. De rechter zou zich dan beperken tot een toetsing van wat het bestuursorgaan heeft gedaan en zich niet uitspreken over de vraag wat het bestuursorgaan na de vernietiging moet gaan doen.

Met andere woorden: kijkt de bestuursrechter alleen achterom of kijkt hij ook vooruit? Als het beroep ongegrond moet worden verklaard, blijft het oordeel van de rechter uiteraard beperkt tot het bestreden besluit want dat blijft dan in stand. Maar als het beroep gegrond is, zal het bestreden besluit moeten worden vernietigd en rijst de vraag welk besluit daarvoor in de plaats komt. Behoort dat nieuwe besluit ook tot het geschil dat door de bestuursrechter moet worden beslecht? In de gevallen waarin de rechter bij de vernietiging tevens zelf in de zaak voorziet of de rechtsgevolgen in stand laat, heeft hij het geschil duidelijk zo ruim opgevat dat ook de vervangende beslissing ertoe behoort. Maar als de rechter volstaat met vernietiging van het bestreden besluit, is het minder duidelijk hoe ruim hij de grenzen van het geschil heeft getrokken. Vaak ziet men dat rechters zich bij de vernietiging wel hebben afgevraagd hoe het bestuursorgaan opnieuw in de zaak moet gaan voorzien. In de overwegingen die de rechter ter motivering van de vernietiging geeft, biedt de rechterlijke uitspraak dan wel enig houvast voor het bestuursorgaan. Deze praktijk wijst erop dat veel rechters het nieuwe besluit tot op zekere hoogte wel bij hun beoordeling van het geschil betrekken. Maar dat wil nog niet zeggen dat de rechter over dat nieuwe besluit een finaal oordeel geeft. In het stel-

sel van vernietigen en opnieuw voorzien is er rekening mee gehouden dat het bestuursorgaan vaak zelf nog keuzes moet maken voordat het een nieuw besluit neemt. Dat kunnen beleidskeuzes zijn of keuzes over het te onderzoeken feiten-substraat. Omdat de rechter deze bestuurlijke keuzevrijheid respecteert, geeft hij het geschil met de vernietiging opnieuw in handen van het bestuursorgaan.

Het geschil kan de rechterlijke uitspraak dus overleven. De omvang van het geschil na de vernietiging wordt ten dele bepaald door de inhoud van de rechterlijke uitspraak. Maar men kan niet eenvoudig stellen dat het geschil na de vernietiging beter kan worden beëindigd naarmate de rechter vollediger is geweest in zijn beoordeling van het oude besluit. Want het nieuwe besluit kan aanleiding geven tot nieuwe twistpunten die niet samenvallen met de twistpunten waarover de rechter oordeelde toen hij het oude besluit toetste.² Een keuze die het bestuursorgaan na de vernietiging maakt bij het voorbereiden of het nemen van het nieuwe besluit, roept gemakkelijk rechtsvragen op waar de rechter zich nog niet over heeft uitgelaten. Dat komt natuurlijk in de eerste plaats doordat die keuze na de rechterlijke uitspraak pas wordt gemaakt, zodat de rechter zich nog niet heeft uitgelaten over de vraag of die keuze de rechtmatigheidstoetsing kan doorstaan. Bovendien is er sinds het nemen van het oude besluit tijd verstreken (bijvoorbeeld een jaar), waarin de feitelijke omstandigheden kunnen zijn gewijzigd, het geldend recht kan zijn veranderd of het beleid van het bestuur kan zijn gewijzigd. En wat nog wel eens over het hoofd wordt gezien: de interpretatie van de rechterlijke uitspraak zelf kan ook onderwerp van geschil zijn. Heeft de rechter bijvoorbeeld de motivering van een besluit afgekeurd, dan zullen de rechterlijke overwegingen die op het motiveringsgebrek betrekking hebben onder de loep worden genomen door partijen. Iedere partij probeert de uitspraak in haar voordeel te interpreteren en zo wordt de rechterlijke uitspraak zelf object van het geschil.

Probeert men in deze complexe wisselwerking tussen bestuurlijke besluitvorming en rechterlijke toetsing een bruikbare invulling te geven aan het begrip definitieve geschilbeslechting, dan moet men twee geschillen onderscheiden: het geschil over het oude besluit en, in geval van vernietiging, het geschil over de vraag welk nieuwe besluit daarvoor in de plaats zal komen. In dit onderzoek worden beide geschillen beschouwd als object van het geschil. Het gaat partijen immers niet alleen om de vraag of het oude besluit rechtmatig was, maar ook om de vraag welk besluit daarvoor in de plaats komt in geval van vernietiging. Daar komt nog een juridisch argument bij. Uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt afgeleid dat de hervatte besluitvorming na een vernietiging moet worden betrokken bij de bepaling van de 'redelijke termijn' waarbinnen een zaak moet worden behandeld (zie paragraaf 4.11).

In deze paragraaf ging het over uitspraken strekkende tot ongegrondverklaring of gegrondverklaring van het beroep. Daarnaast kent het bestuursprocesrecht ook de dicta niet-ontvankelijkheid van het beroep en onbevoegdheid van de rechter (art. 8:70 Awb). In hoeverre wordt het geschil beslecht door een uitspraak met zo'n dictum?

2. Schueler 1994.

2.2.2 *Gevallen waarin het beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard*

Het beroep wordt niet-ontvankelijk verklaard indien het wel bij de bevoegde rechter is ingediend, maar deze om bijzondere redenen geen inhoudelijk oordeel mag vellen. Zo'n bijzondere reden is met name dat het beroep is ingediend door de verkeerde persoon, op het verkeerde moment of op de verkeerde manier. Een verkeerde persoon is iemand die niet beroepsbevoegd is, bijvoorbeeld omdat hij geen belanghebbende is. Het beroep is op het verkeerde moment gekomen indien het te vroeg of te laat is ingesteld, dus vóór aanvang of na afloop van de beroepstermijn (zie art. 6:8, eerste lid, en art. 6:7 Awb). In beginsel wordt het dan niet-ontvankelijk verklaard. Een beroep is op een verkeerde manier ingesteld wanneer bijvoorbeeld aan het beroepschrift gebreken kleven die niet tijdig zijn hersteld (art. 6:5 en 6:6 Awb). Een andere reden voor niet-ontvankelijkheid is het niet-tijdig betalen van griffierecht (art. 8:41 Awb). Indien de indiener van het beroepschrift tijdens de procedure zijn belang verliest door wijziging van de omstandigheden, verliest hij zijn *procesbelang*. Het procesbelang kan bijvoorbeeld vervallen door de wijziging van een wettelijk voorschrift, die ertoe leidt dat de vergunningplicht vervalt zodat een besluit over vergunningverlening niet meer behoeft te worden getoetst.³ Ook gaat het procesbelang verloren indien de betrokkene tijdens de procedure zijn hoedanigheid van belanghebbende (in de zin van art. 1:2 Awb) verliest. Zo kan een omwonende als gevolg van een verhuizing ophouden belanghebbende te zijn, zodat hij zijn procesbelang verliest.⁴

Uitspraken waarbij het beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard, worden in dit onderzoek bestempeld tot vormen van definitieve geschilbeslechting. Na zo'n uitspraak staat de rechtsgeldigheid van het bestreden besluit vast en behoeft er geen nieuw besluit te worden genomen. Het geschil is beslecht doordat het besluit voor de indiener van het beroep onaantastbaar is geworden.

2.2.3 *Gevallen waarin de rechter zich onbevoegd verklaart*

De rechter verklaart zich onbevoegd indien hij volgens de wet niet bevoegd is om een oordeel te geven over de aan hem voorgelegde bestuurshandeling. Dit is onder meer het geval wanneer het beroep is gericht tegen een beslissing die niet kan worden aangemerkt als een voor beroep vatbaar besluit. In dergelijke gevallen is de burger soms voor zijn rechtsbescherming aangewezen op de burgerlijke rechter, die immers een 'vangnet'-functie vervult. Op grond van artikel 8:71 Awb moet de bestuursrechter dit in zijn uitspraak vermelden, zodat de burger weet waar hij heen moet. De burgerlijke rechter is aan deze verwijzingsbeslissing gebonden, zodat de burger niet van het kastje naar de muur wordt gestuurd. Ook kan het zijn dat er wel een voor beroep vatbaar besluit voorligt, maar dat een *andere* bestuursrechter bevoegd is. In dat geval zendt de benaderde onbevoegde rechter het beroepschrift zo spoedig mogelijk door aan de bevoegde rechter (art. 6:15 Awb).

3. ABRvS 27 mei 1999, JB 1999, 152.

4. Voorbeelden: ARRvS 4 november 1988, AB 1989, 217 m.nt. Van Buuren; AGRvS 19 juni 1989, AB 1990, 418.

Dit doorzenden is mogelijk zonder dat eerst een uitspraak tot onbevoegdverklaring wordt gedaan.

Van de onbevoegdverklaring is niet zonder meer te zeggen of het geschil over het besluit erdoor wordt beslecht. Het kan zijn dat de benaderde rechter onbevoegd is, maar dat een andere rechter wel bevoegd is om van het geschil kennis te nemen. Toch worden in dit onderzoek alle uitspraken waarbij de rechter zich onbevoegd verklaart op één lijn gesteld met een definitieve beslechting van het geschil. De burgerlijke rechter of een andere bestuursrechter kan wellicht nog oordelen over hetzelfde geschil, maar voor de onbevoegde bestuursrechter is de zaak definitief afgedaan. Hij kan er verder niets mee.

Met de onbevoegdverklaring is de rol van de benaderde bestuursrechter uitgespeeld en het geschil kan niet meer bij hem terugkeren. Dat is het essentiële verschil met gevallen waarin het beroep gegrond is verklaard en het besluit is vernietigd, want in die gevallen kan hetzelfde geschil vaak bij dezelfde rechterlijke instantie terugkeren nadat het bestuursorgaan opnieuw in de zaak heeft voorzien. Er is in dit onderzoek voor gekozen om de bestaande bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende rechters als een gegeven te beschouwen en binnen dat kader te onderzoeken wat de rechter kan doen om het geschil te beslechten. Als de rechter dan constateert dat hij niet bevoegd is om van het geschil kennis te nemen, kan hij niets anders doen dan zich onbevoegd verklaren. Bij de wel bevoegde rechter kan het geschil een heel nieuw leven gaan leiden, maar daar heeft de onbevoegde rechter niets tegen kunnen doen. Wie dit soort complicaties wil vermijden, moet kiezen voor een systeem met één bevoegde rechter voor alle soorten geschillen.⁵ De vraag of dit zou moeten veranderen en, zo ja, hoe, zou dit onderzoek veel te uitgebreid maken. Er zou een afzonderlijk evaluatieonderzoek aan gewijd moeten worden. Bij de onderhavige evaluatie is geen onderzoek gedaan naar de manier waarop de bestuursrechters omgaan met het instrument van onbevoegdverklaring en is ook niet onderzocht wat er na een onbevoegdverklaring met een geschil kan gebeuren.

2.2.4 Intrekking van het beroep en schikking

Na intrekking van het beroep staat de rechtsgeldigheid van het bestreden besluit vast en behoeft er geen nieuw besluit te worden genomen. Intrekking van het beroep leidt ook tot beëindiging van het geschil over het besluit. Dit kan een gevolg zijn van geschilbeslechtend handelen van de rechter, bijvoorbeeld wanneer ter zitting wordt duidelijk gemaakt dat het beroep geen zin meer heeft of wanneer de rechter partijen (ter zitting of na comparitie) tot een schikking weet te bewegen. Maar men kan zeker niet alle intrekkingen als geschilbeslechting door de rechter kwalificeren. Een partij kan immers ook om allerlei uiteenlopende redenen tot intrekking zijn overgegaan.

5. Men stuit dan altijd nog op de relatieve competentieverdeling tussen de verschillende rechtbanken.

2.2.5 *Procedures over het niet-tijdig nemen van een besluit*

Het bestuursprocesrecht kent ook beroepen tegen het niet-tijdig nemen of weigeren van een besluit (art. 6:2 Awb). Indien een belanghebbende meent dat een termijn voor het nemen van een besluit op zijn aanvraag of bezwaarschrift is verstreken, kan hij beroep instellen teneinde een oordeel van de bestuursrechter te verkrijgen over de vraag of het besluit genomen had moeten worden. Hetzelfde geldt indien het bestuursorgaan schriftelijk weigert een besluit te nemen. Volgens de jurisprudentie gaan de beroepsprocedures van deze soort uitsluitend over de vraag of het besluit genomen had moeten worden en hebben zij geen betrekking op de inhoud van het te nemen besluit.⁶ Deze geschillen zijn dus zeer beperkt van omvang en strikt procedureel van aard. Uitgaande van die opvatting, is de ongegrondverklaring van een beroep tegen het niet-tijdig nemen of weigeren van een besluit een definitieve beslechting van het geschil, want het is een ontkennende beantwoording van de vraag die in dat geschil centraal stond. Ook de gegrondverklaring van een beroep tegen het niet-tijdig nemen of weigeren van een besluit is een definitieve beslechting van het beperkte geschil waarop zo'n uitspraak betrekking heeft. De eiser krijgt te horen dat inderdaad niet-tijdig een besluit is genomen en dat is het enige waar het geschil over ging. Daarmee is uiteraard nog niets gezegd over het reële besluit dat moet worden genomen. De jurisprudentie biedt nog wel ruimte voor een uitzondering, omdat de rechter naar aanleiding van het beroep tegen het niet-tijdig beslissen soms zelf in de zaak voorziet indien het evident is welk besluit rechtens genomen moet worden.

Uit een oogpunt van geschilbeslechting kleven aan deze jurisprudentie nadelen, want de procedure gaat, behoudens uitzondering, alleen over de termijnoverschrijding en niet over de inhoud. Uit een oogpunt van geschilbeslechting is het goed dat artikel 6:20 Awb er is. Indien het reële besluit is genomen, wordt het beroep geacht mede daartegen te zijn gericht, tenzij dat besluit aan het beroep geheel tegemoetkomt. Het geschil over het niet-tijdig beslissen wordt dan beslecht, indien de indiener van het beroep daar nog belang bij heeft (art. 6:20, zesde lid Awb). En de procedure wordt zo nodig voortgezet ter beslechting van het geschil over het inmiddels genomen reële besluit (art. 6:20, vierde lid Awb).

2.2.6 *Effecten van het hoger beroep op de bij de rechtbank bereikte geschilbeslechting*

Als de rechtbank het geschil beslecht, kan dat door hoger beroep weer ongedaan worden gemaakt. Het instellen van hoger beroep heeft dus, gezien door de ogen van partijen, tot gevolg dat het geschil door de rechtbank niet definitief is beslecht.

In dit evaluatieonderzoek hebben wij rechtspraak in twee instanties als een gegeven aanvaard. Dit impliceert dat het gebruik van instrumenten om geschillen te

6. Deze lijn is ingezet door ABRvS 3 december 1998, AB 1999, 107 m.nt. FM. Voordien was het anders en werd het niet-tijdig beslissen opgevat als een 'fictieve weigering'. Zie daarover Schreuder-Vlasblom 2006, p. 80.

beslechten in hoger beroep weer ongedaan kan worden gemaakt. Dat is alleen te veranderen door de mogelijkheid van hoger beroep af te schaffen of te beperken. De beantwoording van de vraag of dat wenselijk is, zou een afzonderlijk onderzoek vergen.

2.2.7 Conclusie

Men kan in het bestuursrecht op uiteenlopende manieren invulling geven aan het begrip 'definitieve geschilbeslechting'. In dit onderzoek hebben wij een aantal kenmerken van het bestuursprocesrecht onder de Awb als een gegeven aangenomen: het besluitmodel, de bevoegdheidsverdeling tussen verschillende rechters, de vaak bestaande mogelijkheid van hoger beroep. Daarvan uitgaande, spreken wij in dit onderzoek van definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter in de volgende gevallen:

- a het beroep is ongegrond verklaard zodat het besluit blijft gelden (inclusief gevallen waarin gebreken zijn gepasseerd, zoals met behulp van art. 6:22 Awb);
- b het beroep is niet-ontvankelijk verklaard;
- c de rechter heeft zich onbevoegd verklaard;
- d de rechter heeft zelf in de zaak voorzien (art. 8:72 lid 4 Awb) zodat er geen nieuw besluit meer behoeft te worden genomen;
- e de rechter heeft de rechtsgevolgen in stand gelaten (art. 8:72 lid 3 Awb) zodat er geen nieuw besluit meer behoeft te worden genomen;
- f de rechter heeft het oude besluit vernietigd en ter uitvoering van de uitspraak behoeft geen nieuw besluit meer te worden genomen.

2.3 DE ONDERZOEKSVRAGEN

De in paragraaf 2.1 weergegeven probleemstelling is uitgewerkt in vijf onderzoeksvragen. Deze moeten uiteraard worden gelezen met inachtneming van de in paragraaf 2.2 gegeven begripsomschrijving van 'definitieve geschilbeslechting.'

- 1 In hoeverre maakt de bestuursrechter gebruik van de in de Awb toegekende bevoegdheden om het geschil definitief te beslechten (zelf in de zaak voorzien, in stand laten van de rechtsgevolgen en passeren van formele gebreken)?

Voorop staat de vraag in hoeverre de bestuursrechter gebruikmaakt van de bevoegdheden tot definitieve geschilbeslechting, zoals die nu in de Awb zijn opgenomen. Het gaat hier om het gebruik van artikel 8:72 lid 3 (in stand laten van de rechtsgevolgen), lid 4 (zelf in de zaak voorzien) en artikel 6:22 van de Awb.

- 2 Als de bestuursrechter van deze bevoegdheden gebruikmaakt, in hoeverre worden geschillen er dan ook definitief door beslecht?

Met de beantwoording van vraag a is nog niet duidelijk of de bestaande wettelijke bevoegdheden voldoen, want het is denkbaar dat het geschil na het gebruik van

zo'n bevoegdheid nog voortleeft. Daarom is de tweede onderzoeksvraag erop gericht te achterhalen in hoeverre geschillen definitief worden beslecht indien de bestuursrechter van een wettelijke bevoegdheid tot definitieve geschilbeslechting gebruikmaakt.

- 3 Voorzover de bestuursrechter geschillen niet definitief beslecht, wat zijn daarvan dan de redenen?

Indien een geschil niet definitief wordt beslecht, zijn daarvoor uiteenlopende redenen denkbaar. Het heeft volgens de bestuursrechtelijke theorie te maken met de verdeling van taken en verantwoordelijkheden tussen de rechterlijke macht en het openbaar bestuur (kort gezegd: de machtenscheiding). De derde onderzoeksvraag is bedoeld om na te gaan in hoeverre inderdaad de machtenscheiding de reden is waarom de bestuursrechter niet alle geschillen definitief beslecht en om voorts na te gaan of er nog andere redenen zijn.

- 4 Als de rechter het geschil niet definitief beslecht, wat doet hij dan wel om de beëindiging van het geschil te bevorderen?

Ook als hij een geschil niet definitief beslecht, kan de rechter bijdragen aan de geschilbeslechting. In gevallen waarin hij volstaat met vernietiging van het bestreden besluit en het bestuursorgaan opdraagt een nieuw besluit te nemen, kan hij in zijn uitspraak overwegingen opnemen die de beëindiging van het geschil naderbij kunnen brengen. De vierde onderzoeksvraag ziet op deze rol van de rechter in geschillen die hij niet definitief beslecht.

- 5 Welke oplossingsrichtingen zijn reeds gesuggereerd in de literatuur en welke zijn overigens denkbaar om definitieve geschilbeslechting te optimaliseren?

In de literatuur is al de nodige aandacht geweest voor definitieve geschilbeslechting in het bestuursrecht. Ook zijn er al voorstellen gedaan ter bevordering van de geschilbeslechting, zoals bijvoorbeeld de 'bestuurlijke lus'.⁷ Die voorstellen zijn in het onderzoek betrokken. Bovendien is onderzocht of er onder bestuursrechters nog andere ideeën leven over de verbetering van de geschilbeslechting. Hoewel er verschillende varianten zijn voorgesteld en de terminologie hier en daar verschilt, komt de figuur van de bestuurlijke lus in essentie steeds op het volgende neer. De rechter kan, als hij constateert dat het besluit voor vernietiging in aanmerking komt, het bestuursorgaan vragen een nieuwe beslissing te nemen of voor te stellen, op basis waarvan de rechter zelf het geschil kan beslechten. Hij kan dat dan doen zonder op de stoel van het bestuur te gaan zitten. Een voorontwerp van wet met die strekking is onlangs openbaar gemaakt (zie paragraaf 4.7).⁸

7. Punt 1975, Schueler 1994; de Commissie-Van Kemenade 1997; Neerhof 1999; Polak 2000 en Van Ettehoven 2001.
8. En bij de Implementatiewet EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten is onlangs de figuur van de bestuurlijke lus in de Wet milieubeheer opgenomen. Zie daarover Oldenziel 2005, p. 85-94.

2.4 DE OPZET EN DE METHODE VAN HET ONDERZOEK

2.4.1 Een kwantitatief en een kwalitatief deel van het empirische onderzoek

In de eerste fase van het onderzoek is een kwantitatieve verkenning verricht van het aantal gevallen waarin de rechter zelf in de zaak voorziet (art. 8:72 lid 4 Awb) of de rechtsgevolgen in stand laat (art. 8:72 lid 3 Awb). Dit is onderzocht voor het jaar 2005. Dat jaar is gekozen omdat dat het eerste jaar is waarover de openbare databanken, waar de rechterlijke uitspraken in opgezocht moesten worden, volledig genoeg zijn. Onderzocht zijn de uitspraken van de Afdeling bestuursrecht-spraak, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en twee rechtbanken. Zo kon een kwantitatief beeld ontstaan van het gebruik van deze twee bevoegdheden. Er is van uitgegaan dat een integrale weergave van het gebruik van de twee bevoegdheden over een heel jaar, een voldoende betrouwbaar beeld verschaft. Het is weliswaar goed mogelijk dat bepaalde soorten geschillen zich in een bepaald jaar vaker voordoen dan in een ander jaar, hetgeen van invloed kan zijn op het aantal zaken waarin de bevoegdheid tot zelf voorzien of in stand laten van de rechtsgevolgen is gebruikt. In een ander jaar kan zich datzelfde verschijnsel voordoen ten aanzien van andere soorten besluiten. Het gebruik van deze bevoegdheden kan in de loop van de tijd toenemen of afnemen. Die ontwikkeling in de tijd is dus niet onderzocht. De keuze om het jaar 2005 als onderzoeksjaar te nemen, zorgt ervoor dat het onderzoek de meest actuele situatie weergeeft.

Vervolgens konden de kenmerken van die uitspraken in beeld worden gebracht door middel van een kwalitatieve analyse van de gevonden uitspraken. Zo is duidelijk geworden *hoe vaak* bestuursrechters zelf in de zaak voorzien of de rechtsgevolgen in stand laten en ook *in welke type zaken* zij dat plegen te doen. Het *kwantitatieve* onderzoek strekt zich niet uit tot andere activiteiten van bestuursrechters, zoals pogingen om partijen tot een schikking te bewegen, het opnemen van vingerwijzingen in de overwegingen of het toevoegen van overwegingen ten overvloede. Die activiteiten kunnen wel degelijk bijdragen aan de geschilbeslechting, maar zij konden niet in het kwantitatieve onderzoek worden betrokken. Dat heeft te maken met de relatief geringe omvang van het empirisch onderzoek, dat binnen twee en een halve maand moest kunnen worden uitgevoerd. Om uitspraken te kunnen doen over de geschilbeslechting bij vernietiging, heeft een onderzoeker meer dossierkennis nodig dan alleen de rechterlijke uitspraak. In ieder geval moet hij weten welke twistpunten er tussen partijen bestonden vóór en ná de rechterlijke uitspraak en in hoeverre die twistpunten door de rechter zijn beantwoord. Dat kan een onderzoeker niet afleiden uit alleen de rechterlijke uitspraak. Het onderzoek naar de beslechting van een geschil kan niet eindigen bij de rechterlijke uitspraak indien daarna nog een nieuw besluit moet worden genomen door het bestuursorgaan. Uit een rechterlijke uitspraak kan men niet afleiden welke invloed zij heeft gehad op het nieuwe besluit. En uit de rechterlijke uitspraak alleen kan men ook niet afleiden of met het nieuwe besluit na de vernietiging het geschil is beëindigd.

In gevallen waarin een besluit is vernietigd en het bestuursorgaan opnieuw in de zaak moet voorzien, moet de onderzoeker van partijen vernemen in hoeverre de rechter het geschil heeft beslecht. Dat kan door middel van interviews en/of dossierstudies. De dossiers moeten dan verkregen worden van partijen, want alleen uit hun dossiers valt af te leiden hoe het geschil na de vernietiging is verlopen. Dergelijk dossieronderzoek is zeer tijdrovend en daarom is in dit evaluatieonderzoek gekozen voor een *kwalitatief* onderzoek aan de hand van 25 dossiers van zaken waarin de rechter het besluit had vernietigd zonder zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten.

Daarnaast zijn interviews gehouden met twaalf bestuursrechters van zes verschillende rechterlijke colleges (de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en drie verschillende rechtbanken). Deze interviews gingen over zelf in de zaak voorzien en het in stand laten van de rechtsgevolgen, maar zij hadden ook betrekking op andere activiteiten van bestuursrechters die kunnen bijdragen aan de geschilbeslechting.

Het gebruik van de bevoegdheid van artikel 6:22 Awb (het passeren van vormfouten) is niet in het kwantitatieve onderzoek betrokken. Reden hiervoor is dat de frequentie waarmee van deze bevoegdheid gebruik wordt gemaakt in de jurisprudentie vrijwel niet te achterhalen valt. Ten eerste wordt artikel 6:22 Awb bij toepassing vaak niet genoemd. Ten tweede is er ook geen sprake van een vaste terminologie waaruit blijkt dat van deze bevoegdheid gebruik is gemaakt. Ten derde is uit onze interviews gebleken dat formele gebreken vaak op een andere manier worden afgehandeld dan is voorzien in artikel 6:22. Zo blijkt een deel van de rechters motiveringsgebreken stilzwijgend te passeren als het herstel van het gebrek niet tot een andere uitkomst zal leiden. En hoorgebreken worden wel gepasseerd door ter zitting de eiser ervan te overtuigen dat vernietiging en alsnog horen wel vertraging, maar niet een beter resultaat zullen opleveren. Dat leidt er vaak toe dat de desbetreffende beroepsgrond wordt ingetrokken.

Het tellen van de uitspraken waarin artikel 6:22 wordt genoemd zou dus een totaal vertekend beeld opleveren. Ook het tellen van uitspraken waarin op een andere manier tot uitdrukking wordt gebracht dat er vormfouten zijn gepasseerd, zou een vertekend beeld geven. Want rechters hebben in interviews aangegeven dat zij in hun uitspraken vaak geen melding maken van het passeren van een vormfout.

In het kwalitatieve deel van het onderzoek is wel aandacht besteed aan het passeren van vormgebreken en wel tijdens de interviews met rechters (fase 2).

Ook het gebruik van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb is betrokken in het kwalitatieve deel van onderzoek, maar niet in het kwantitatieve deel. Deze bepalingen gaan over wijziging of intrekking van het bestreden besluit hangende het beroep. Als het bestuursorgaan daartoe overgaat, rijst de vraag of de rechter naast het oude besluit ook het nieuwe besluit (waarbij het oude is gewijzigd of ingetrokken) kan beoordelen. De Awb regelt dat nu al in artikel 6:19 Awb. In dit evaluatieonderzoek moet aandacht worden besteed aan de vraag in hoeverre deze bepalingen

gen de rechter in staat stellen om het geschil definitief te beslechten. In de interviews met de rechters is daarnaar gevraagd. Gezien het beperkte tijdsbestek van dit onderzoek is er niet voor gekozen om een kwantitatief beeld te geven van de gevallen waarin artikel 6:18 en 6:19 Awb aan definitieve geschilbeslechting hebben bijgedragen.

Tot slot van deze paragraaf maken wij een opmerking over de keuze om niet de methode van een aselechte steekproef te gebruiken. Daarvoor is niet gekozen, hoewel een aselechte steekproef in beeld zou kunnen brengen op welke manieren de rechter probeert geschillen te beslechten en in hoeverre hij daarin slaagt in gevallen waarin hij het besluit vernietigt. Door middel van zo'n steekproef zou bovendien een beeld kunnen worden verkregen van de betekenis van andere manieren waarop een geschil kan eindigen, zoals intrekking van het beroep, schikking of mediation. Maar een dergelijk onderzoek was niet mogelijk omdat de opdracht slechts een onderzoek van geringe omvang betrof.

Hierbij moet men bedenken dat er vaak veel moet worden gedaan voordat een onderzoeker kan concluderen dat een geschil is beslecht. Neem bijvoorbeeld een geval waarin uit de uitspraak blijkt dat een verleende vergunning had moeten worden geweigerd. Het is dan misschien verleidelijk om te zeggen dat het geschil definitief is beslecht. Het lijkt toch duidelijk dat de vergunning nu moet worden geweigerd? Toch kan men uit zo'n uitspraak niet afleiden of het geschil definitief is beslecht, omdat er na de vernietiging allerlei nieuwe punten van geschil kunnen rijzen. Dat kan het gevolg zijn van wijziging van feiten of regelgeving, van nieuwe bezwaren tegen het nieuwe besluit of van problemen bij de interpretatie van de rechterlijke uitspraak. Om daar achter te komen moet het vervolg van de zaak na de vernietiging worden onderzocht. Daarom is het niet verantwoord om door middel van het lezen van rechterlijke uitspraken, waarbij de rechter heeft volstaan met een vernietiging, te onderzoeken hoe vaak met een enkele vernietiging het geschil nagenoeg is beslecht. Verder zijn er natuurlijk veel gevallen waarin wel globaal maar niet exact duidelijk is hoe er moet worden beslist. Denk aan een geval waarin de weigering van een vergunning is vernietigd omdat er verleend had moeten worden. Dat zegt nog niets over de modaliteiten van de vergunning, zodat het geschil zich daar na de vernietiging op kan gaan toespitsen.

Het onderzoek moest in ieder geval een goed beeld geven van het gebruik van de bevoegdheden van artikel 8:72 lid 3 (rechtsgevolgen in stand laten) en lid 4 Awb (zelf in de zaak voorzien). Deze bevoegdheden worden slechts in een zeer klein deel van de zaken gebruikt. Om een goed beeld te krijgen van het gebruik ervan zou daarom een steekproef van honderden zaken moeten worden genomen. Ook andere methoden van geschilbeslechting bij vernietiging doen zich weinig voor in verhouding tot het totale aantal uitspraken van bestuursrechters. Men zal bijvoorbeeld een groot aantal zaken moeten bestuderen om een beeld te krijgen van de gevallen waarin met de enkele vernietiging van een besluit het geschil nagenoeg is beslecht (bijvoorbeeld omdat er over de consequenties voor het nieuwe besluit geen enkele discussie meer mogelijk is). Op het geheel van alle zaken vormen deze gevallen een kleine groep, waarbinnen bovendien allerlei verschillende typen zaken voorkomen. En ook hier geldt weer dat het verloop van de zaak na de

vernietiging zou moeten worden onderzocht, bijvoorbeeld door middel van dossierstudie, voordat kan worden geconstateerd dat het geschil met de enkele vernietiging van het bestreden besluit nagenoeg was beslecht.

In het halve jaar waarbinnen dit Awb-evaluatieonderzoek moest worden verricht, geanalyseerd en verslagen, was het onmogelijk om zo'n grootschalig onderzoek te verrichten. Om daarvan een indruk te geven: de benodigde dossiers moesten worden verkregen van bestuursorganen, waarbij men moet bedenken dat voor een dossieronderzoek vrijwel altijd toestemming nodig is van meer dan één persoon of instantie (zoals van ambtenaren of rechters, hun superieuren, burgerpartijen, rechterlijke instanties, toezichthouders, sectorvoorzitters, afdelingshoofden, advocaten en eventuele anderen die het eens moeten zijn met het ter beschikking stellen van gegevens aan een onderzoeker). Alleen al het verkrijgen van al die toestemmingen vergt bij een onderzoek van geringe omvang enkele maanden. Voor omvangrijk evaluatieonderzoek zou daarom veel meer tijd beschikbaar moeten worden gesteld.

2.4.2 De opzet van het onderzoek: een overzicht

Het onderzoek is opgezet in vier fasen.

Fase 1

Er is een kwantitatieve verkenning verricht van het aantal gevallen waarin de rechter zelf in de zaak voorziet (art. 8:72 lid 4 Awb) of de rechtsgevolgen in stand laat (art. 8:72 lid 3 Awb). Dit is onderzocht voor het jaar 2005. Onderzocht zijn de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en twee rechtbanken. Deze verkenning heeft een groot aantal uitspraken opgeleverd. Deze uitspraken zijn aan een kwalitatieve analyse onderworpen met het oog op het labelen van gezamenlijke kenmerken. Daartoe zijn deze uitspraken gecodeerd aan de hand van de lijst die is opgenomen in Bijlage 3 bij dit rapport.

In fase 1 is ook de relevante literatuur en jurisprudentie onderzocht, alsmede de relevante wetgeving.

Fase 2

In de interviews met twaalf bestuursrechters is onderzocht hoe zij omgaan met de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten. Daarbij konden de onderzoekers voortbouwen op de resultaten die in fase 1 verkregen waren.

In deze interviews is vervolgens ook gevraagd naar het rechterlijke beleid en de praktijk met betrekking tot het passeren van vormfouten, het feitenonderzoek, het vooronderzoek, comparities, het onderzoek ter zitting en andere activiteiten die van belang zijn voor de geschilbeslechting. Gepoogd is zicht te krijgen op de wijze waarop de rechter het geschil tracht te beslechten. De interviews zijn gehouden bij zes verschillende rechterlijke colleges: de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en drie verschillende rechtbanken. Per college zijn twee rechters geïnter-

viewd. Bij ieder interview waren één rechter en twee onderzoekers aanwezig. De gebruikte vragenlijst is opgenomen als Bijlage 2 bij dit onderzoeksrapport.

Fase 3

In 25 dossierstudies is kwalitatief onderzoek gedaan naar het verloop van het geschil na een vernietiging. In deze gevallen is het dossier onderzocht tot en met het definitieve besluit van het bestuursorgaan (als dat werd genomen). Indien tegen het nieuwe besluit na de vernietiging weer een nieuw beroep was ingesteld, is ook het verloop van de daaropvolgende procedure in de dossierstudie betrokken. De dossiers zijn opgevraagd bij de betrokken bestuursorganen, want ook de fase na de rechterlijke uitspraak moest worden onderzocht. Bij de selectie van deze gevallen is gezorgd voor spreiding over soorten besluiten (vergunningen, handhaving, uitkeringen, bestrijdingsmiddelen, telecommunicatie) en soorten vernietigingsgronden (formeel of materieel). In zes van de onderzochte gevallen zijn de betrokken ambtenaren en de burgerpartijen (of hun procesvertegenwoordiger) geïnterviewd met het oog op aanvullende informatie over de afloop van de zaak. De checklist die is gebruikt bij het bestuderen van de dossiers, is opgenomen in Bijlage 4.

Fase 4

De resultaten die uit de interviews en de gevalstudies werden afgeleid, zijn ten slotte aan een expert meeting van tien ervaren bestuursrechters voorgelegd (twee rechters van de Afdeling bestuursrechtspraak, twee van de Centrale Raad van Beroep, twee van het College van Beroep voor het bedrijfsleven en van twee verschillende rechtbanken twee rechters). De vragenlijst die is gebruikt bij deze expert meeting, is opgenomen in Bijlage 5.

2.4.3 Wat is niet onderzocht?

Niet alles wat het onderzoeken waard is, kon in het onderzoek worden betrokken. Vrijwel alles wat een bestuursrechter doet, heeft direct of indirect te maken met geschilbeslechting. De relatief geringe omvang van dit evaluatieonderzoek maakte daarom een aantal belangrijke beperkingen noodzakelijk.

Belastingrechtspraak en vreemdelingenrecht

De opdrachtgever heeft een belangrijke beperking aangebracht door het belastingrecht en het asiel- en vreemdelingenrecht buiten dit evaluatieonderzoek te houden. Beide rechtsgebieden kennen een aanpak van geschillen die wezenlijk verschilt van de aanpak die in het reguliere bestuursrecht gebruikelijk is. De belastingrechter moest, voordat artikel 8:72 Awb in het fiscale procesrecht gold, altijd zelf in de zaak voorzien. Vernietigen en terugwijzen was verboden. Dat is nu veranderd, maar het uitgangspunt dat de belastingrechter het geschil in beginsel steeds zelf definitief beslecht, is gebleven.⁹ Het asiel- en vreemdelingenrecht kent verschillende afwijkingen van het reguliere procesrecht, die er onder meer

9. Happé/Van Loon/Slijpen 2005.

op gericht zijn procedures zo finaal mogelijk te beslechten. Beide terreinen zijn door de opdrachtgever geheel buiten het onderzoek gelaten.

Intrekking van het beroep

Intrekking van het beroep door de eiser is soms het gevolg van geschilbeslechtend handelen van de rechter, bijvoorbeeld een schikkingspoging ter zitting. Ook is het mogelijk dat het beroep wordt ingetrokken omdat uit een rapport, opgesteld door een door de rechter benoemde deskundige, blijkt dat het beroep (hoogstwaarschijnlijk) ongegrond zal worden verklaard.¹⁰

Gevallen waarin het beroep wordt ingetrokken, vormen een substantieel deel van de bestuursrechtelijke geschillen. Marseille heeft in een onderzoek naar het verloop van zaken over arbeidsongeschiktheid en over bouwvergunningen geteld en hij constateerde dat 17% van de beroepen die bij de door hem onderzochte rechtbanken waren ingediend, werden ingetrokken.¹¹ Op basis van de door hem onderzochte dossiers (die hij had verkregen bij de rechtbanken) kon hij uiteraard geen antwoord geven op de vraag in hoeveel van die gevallen de intrekking een gevolg was van geschilbeslechtend handelen van de rechter. Van intrekkingen die kunnen worden toegeschreven aan geschilbeslechtend handelen van de rechter, zou een kwantitatief beeld kunnen worden gegeven. Maar daarvoor is meer nodig dan het onderzoeken van dossiers van zaken waarin het beroep is ingetrokken. In een flink deel van de gevallen zal een interview met de eiser die zijn beroep introk, nodig zijn om achter zijn motieven te komen.

Binnen het bestek van dit evaluatieonderzoek kon een dergelijk onderzoek niet worden verricht. Daarom is ervoor gekozen om gevallen waarin het beroep wordt ingetrokken geheel buiten het onderzoek te laten. Het onderzoek is beperkt tot gevallen waarin de rechter uitspraak heeft gedaan in de hoofdzaak.

Schikkingen

Comparities en zittingen worden soms benut om partijen te bewegen tot een schikking. Het is op andere rechtsgebieden, zoals het civiele recht, niet ongebruikelijk dat de rechter partijen probeert te bewegen tot een schikking. In het bestuursrecht gebeurt dat (buiten het belastingrecht) maar zelden en, als de rechter het probeert, mislukt het ook nog vaak. Daar zijn verschillende verklaringen voor gegeven: het bestuursrecht bestaat voor een groot deel uit bindend recht, vertegenwoordigers van bestuursorganen hebben ter zitting of in een comparitie doorgaans nauwelijks onderhandelingsruimte, wat er te schikken valt, is vaak al in de bezwaarfase geschikt, belangen van derden kunnen zich tegen een schikking verzetten, het hele beleid van het bestuursorgaan en zelfs dat van andere bestuursorganen kan ermee gemoeid zijn. De mogelijkheid die artikel 8:44 Awb biedt voor het houden van een schikkingscomparitie wordt in de praktijk nauwelijks gebruikt.¹²

10. De Graaf 2004; Allewijn 2005; Marseille 2004.

11. Marseille 2004 (paragraaf 8.3).

12. De Graaf 2004 en 2005; Allewijn 2005; Marseille 2004; Ten Berge e.a. 1996.

Hoewel het belang van nader onderzoek naar schikkingen in het bestuursrecht wordt erkend, is de figuur van de schikking niet in dit evaluatieonderzoek betrokken. De redenen daarvoor zijn, dat schikkingen in de praktijk tot op heden nauwelijks een plaats hebben veroverd in het bestuursproces en dat bij de verklaring daarvoor zeer uiteenlopende factoren een rol spelen. Daarom zou een intensief en (binnen dit bestek: te) tijdrovend onderzoek naar de problemen en mogelijkheden van de schikking noodzakelijk zijn, voordat deze figuur in de bredere context van de definitieve geschilbeslechting zou kunnen worden geplaatst.

Hoger beroep

Het hoger beroep heeft een grote invloed op de geschilbeslechting, wanneer men de procedures bekijkt vanuit het perspectief van de partijen. Als de rechtbank het geschil beslecht, kan dat door hoger beroep weer ongedaan worden gemaakt.

In het kwantitatieve onderzoek is deze invloed van het hoger beroep buiten beschouwing gelaten. Als de rechtbank zelf in de zaak heeft voorzien, is dat megeteld als een geval van definitieve geschilbeslechting, ongeacht of er hoger beroep tegen is ingesteld of niet. Hetzelfde geldt voor de andere vormen van definitieve geschilbeslechting (rechtsgevolgen in stand laten, ongegrondverklaring, niet-ontvankelijkverklaring, onbevoegdverklaring).

Voor deze beperking waren twee redenen. De eerste reden is dat uit de uitspraken van de rechtbanken die in het kwantitatieve deel van het onderzoek zijn gebruikt, niet is af te leiden of er hoger beroep is ingesteld. De tweede reden is dat er in deze wetsevaluatie voor is gekozen rechtspraak in twee instanties als gegeven te beschouwen. Dit impliceert dat het gebruik van instrumenten om geschillen te beslechten in hoger beroep weer ongedaan kan worden gemaakt. Het is zeker dat in veel gevallen de definitieve beslechting van het geschil wordt uitgesteld door hoger beroep, of zelfs geheel ongedaan wordt gemaakt. Maar dat is alleen te veranderen door het hoger beroep af te schaffen of te beperken. De beantwoording van de vraag in hoeverre daar redenen voor zijn, zou een afzonderlijk onderzoek vergen.

Uiteraard zijn in het kwantitatieve onderzoek en bij de codering van uitspraken de gevallen waarin de appelrechter zelf in de zaak voorziet of de rechtsgevolgen in stand laat, gewoon als zodanig meegenomen, ongeacht of de rechtbank al gebruik had gemaakt van een bevoegdheid tot definitieve geschilbeslechting.

Voorlopige voorzieningen

De voorzieningenrechter treft in de praktijk veel voorlopige voorzieningen als bedoeld in artikel 8:81 Awb en daarmee levert hij ook een belangrijke bijdrage aan de beslechting van geschillen. In het systeem van de Awb is de voorlopige voorziening niet gericht op definitieve beslechting van het geschil. Dat laat onverlet dat een uitspraak, inhoudende een voorlopige voorziening, wel dat feitelijke gevolg kan hebben. De praktijk leert dat de interventie van een voorzieningenrechter, die vaak oordeelt in een relatief vroeg stadium van het geschil, kan helpen bij het vinden van een oplossing. Denk bijvoorbeeld aan gevallen waarin de voorzieningenrechter uitspraak doet in de fase waarin het bestuursorgaan zelf nog niet heeft beslist op een aanhangig bezwaarschrift. De voorzieningenrechter

kan dan in zijn voorlopigevoorzieningsuitspraak invloed uitoefenen op de beslissing die het bestuursorgaan op het bezwaar gaat nemen.

Ook ten aanzien van dit onderdeel van het rechterswerk noopte de geringe omvang van het onderzoek tot beperkingen. De voorlopige voorzieningen zijn buiten het onderzoek gelaten. Wel zijn de gevallen in het onderzoek betrokken waarin de voorzieningenrechter onmiddellijk uitspraak doet in de hoofdzaak (art. 8:86 Awb), want dan gaat het om een uitspraak die gelijkgesteld moet worden met de overige uitspraken in de hoofdzaak, die alle binnen het onderzoek vallen. Tijdens de onderzoeksperiode verschenen over de voorlopige voorziening drie preadviezen voor de Vereniging voor bestuursrecht, de VAR. In het preadvies van de hand van Marseille wordt verslag gedaan van empirisch onderzoek naar de praktijk van de voorlopige voorzieningen.¹³

2.5 SAMENVATTING

De probleemstelling van dit onderzoek is door de opdrachtgever gegeven. Het onderzoek dient om duidelijk te maken of de mogelijkheden voor de bestuursrechter om besluiten te toetsen dan wel zelf een beslissing in de zaak te nemen uit de Awb in de praktijk voldoen en te bezien of nadere regelgeving gewenst is, teneinde de materiële geschilbeslechting te verbeteren.

In dit onderzoek is een aantal kenmerken van het bestuursprocesrecht onder de Awb als een gegeven aangenomen: het besluitmodel, de bevoegdheidsverdeling tussen verschillende rechters, de vaak bestaande mogelijkheid van hoger beroep. Uitgaande van dat kader, spreken wij in dit onderzoek van definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter in de volgende gevallen:

- a het beroep is ongegrond verklaard zodat het besluit blijft gelden (inclusief gevallen waarin gebreken zijn gepasseerd, zoals met behulp van art. 6:22 Awb);
- b het beroep is niet-ontvankelijk verklaard;
- c de rechter heeft zich onbevoegd verklaard;
- d de rechter heeft zelf in de zaak voorzien (art. 8:72 lid 4 Awb) zodat er geen nieuw besluit meer hoeft te worden genomen;
- e de rechter heeft de rechtsgevolgen in stand gelaten (art. 8:72 lid 3 Awb) zodat er geen nieuw besluit meer hoeft te worden genomen;
- f de rechter heeft het oude besluit vernietigd en ter uitvoering van de uitspraak hoeft geen nieuw besluit meer te worden genomen.

De probleemstelling is uitgewerkt in vijf onderzoeksvragen. Deze moeten uiteraard worden gelezen met inachtneming van de gegeven omschrijving van het begrip 'definitieve geschilbeslechting'.

13. Simons/Marseille/De Waard 2006.

De onderzoeksvragen zijn de volgende.

- 1 In hoeverre maakt de bestuursrechter gebruik van de in de Awb toegekende bevoegdheden om het geschil definitief te beslechten?
- 2 Als de bestuursrechter van deze bevoegdheden gebruikmaakt, in hoeverre worden geschillen er dan ook definitief door beslecht?
- 3 Voorzover de bestuursrechter geschillen niet definitief beslecht, wat zijn daarvan dan de redenen?
- 4 Als de rechter het geschil niet definitief beslecht, wat doet hij dan wel om de beëindiging van het geschil te bevorderen?
- 5 Welke oplossingsrichtingen zijn reeds gesuggereerd in de literatuur en welke zijn overigens denkbaar om definitieve geschilbeslechting te optimaliseren?

Het onderzoek is deels kwantitatief van aard en deels kwalitatief. Er is een kwantitatieve verkenning verricht van het aantal gevallen waarin de rechter zelf in de zaak voorziet (art. 8:72 lid 4 Awb) of de rechtsgevolgen in stand laat (art. 8:72 lid 3 Awb). Dit is onderzocht voor het jaar 2005. Onderzocht zijn de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en twee rechtbanken.

Deze gevonden uitspraken zijn aan een kwalitatieve analyse onderworpen met het oog op het labelen van gezamenlijke kenmerken. In interviews met twaalf bestuursrechters is onderzocht hoe zij omgaan met de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten. In deze interviews is vervolgens gepoogd om zicht te krijgen op de wijze waarop de rechter geschillen tracht te beslechten. De interviews zijn gehouden bij zes verschillende rechterlijke colleges: de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en drie verschillende rechtbanken. Per college zijn twee rechters geïnterviewd.

In 25 dossierstudies is kwalitatief onderzoek gedaan naar het verloop van het geschil na een vernietiging. In deze gevallen is het dossier onderzocht tot en met het definitieve besluit van het bestuursorgaan (als dat werd genomen). De resultaten die uit de interviews en de gevalstudies werden afgeleid, zijn ten slotte aan een expert meeting van tien ervaren bestuursrechters voorgelegd.

3 Bestuursrechtelijke geschilbeslechting vóór de Awb

3.1 INLEIDING

In dit derde hoofdstuk wordt een aanloop naar de Awb genomen. In de Awb heeft de wetgever ervoor gekozen de bestuursrechter een rol als geschilbeslechter te geven. Vóór de Awb was de rol van bestuursrechters vaak een andere. Beslechting van geschillen tussen burgers en bestuursorganen werd lange tijd gezien als een taak die niet, althans niet in alle gevallen, aan een rechter kon worden opgedragen.

Op veel terreinen achtte men het bestuur beter dan de rechter in staat geschillen te beslechten. Het administratieve beroep, waaronder het Kroonberoep, was daarom gedurende het grootste deel van de twintigste eeuw een zelfstandige vorm van bestuursrechtelijke geschilbeslechting. Deze geschiedenis, voorzover relevant voor dit onderzoek, wordt in paragraaf 3.2 geschetst.

Naast het administratieve beroep was er in de vorige eeuw ook bestuursrechtspraak. Daarvan is sprake als uitspraak wordt gedaan door een onafhankelijk, bij de wet ingesteld orgaan, dat met (administratieve) rechtspraak is belast. Aanvankelijk ging het om gespecialiseerde rechters, werkzaam op een bepaald, zorgvuldig afgebakend terrein, zoals het belastingrecht, het ambtenarenrecht of de sociale zekerheid. Vanaf 1976 (bij de Wet Arob) bestond er in Nederland een bestuursrechter met een algemeen geformuleerde competentie ter zake van beschikkingen van de overheid.

Dit historische hoofdstuk is bedoeld om de achtergrond te schetsen van de ambigue positie waarin de Nederlandse bestuursrechter zich onder de Awb bevindt. Enerzijds heeft hij van de wetgever de opdracht gekregen om geschillen zoveel mogelijk definitief te beslechten. Anderzijds moet hij zijn werk verrichten binnen de kaders van een procesrecht dat nog voor een groot deel voortbouwt op oudere stelsels, waarin de rechter niet primair de taak had geschillen definitief te beslechten maar zich veeleer moest beperken tot het toetsen van besluiten aan het recht.

In paragraaf 3.2 wordt in vogelvlucht geschetst hoe in Nederland in de twintigste eeuw het administratieve beroep, een vorm van geschilbeslechting binnen het openbaar bestuur zelf, als een ideale vorm van geschilbeslechting werd beschouwd op terreinen waar het bestuur over discretionaire bevoegdheden beschikte. Het administratieve beroep heeft al vóór de inwerkingtreding van de Awb grotendeels plaats moeten maken voor de bestuursrechtspraak. Daarmee werd beantwoord aan de gegroeide behoefte aan onafhankelijke rechtsbescherming. Maar beantwoordde de bestuursrechtspraak ook aan de behoefte aan

geschilbeslechting? Deze vraag staat centraal in paragraaf 3.3. In paragraaf 3.4 wordt een samenvatting van dit hoofdstuk gegeven en worden enkele conclusies getrokken die voor de hierna volgende hoofdstukken van belang zijn.

3.2 GESCHILBESLECHTING ALS TAAK VAN HET BESTUUR?

3.2.1 Inleiding

Gedurende het grootste deel van de twintigste eeuw heeft in Nederland de gedachte geheerst dat de beslechting van geschillen over het openbaar bestuur een taak was van de administratie zelf. Veel invloed had de visie waarin het bestuur in staat werd geacht zijn eigen problemen op te lossen zonder rechterlijke bemoeienis.

De discussie over het al dan niet invoeren van algemene bestuursrechtspraak vangt aan op 17 februari 1905 met de indiening van drie wetsontwerpen tot 'regeling der administratieve rechtspraak' door de toenmalige Minister van Justitie, Loeff. Het lag in zijn bedoeling algemene bestuursrechtspraak voor geschillen tussen de administratie en burgers in het leven te roepen. Maar een richtingsstrijd was het gevolg, en het heeft nog geduurd tot 1976, toen er met de Wet Arob zoiets als een algemeen bevoegde bestuursrechter kwam en tot 1994, toen de Awb iets bracht wat echt op de ontwerpen van Loeff begon te lijken.

Bekend is de felle aanval die A.A.H. Struycken, hoogleraar aan de Gemeentelijke Universiteit van Amsterdam, op deze ontwerpen uitoefende in zijn in 1910 gepubliceerde brochure *Administratie of rechter, beschouwingen over de moderne rechtsstaatsgedachte naar aanleiding van de aanhangige ontwerpen tot regeling der administratieve rechtspraak*. Zijn betoog sabelde het idee van algemene bestuursrechtspraak neer met een pleidooi voor geschilbeslechting binnen het openbaar bestuur zelf, en heeft een belangrijke bijdrage geleverd aan de lange bloeitijd van het administratieve beroep in Nederland. In de twintigste eeuw stond op veel deelgebieden van het bestuursrecht deze voorziening open in de plaats van beroep op de rechter. Vaak werd in hoogste instantie beslist door de Kroon.

Het betoog van Struycken staat in de bestuursrechtelijke overlevering symbool voor de traditie die zich tegen rechterlijke geschilbeslechting verzette. Enkele van zijn opvattingen worden daarom hieronder gebruikt in een korte schets van die traditie. De geschiedenis van de bestuursrechtelijke geschilbeslechting wordt hier niet uitvoerig beschreven, omdat daarover voortreffelijke literatuur voorhanden is, onder andere van Van der Hoeven, Schreuder-Vlasblom en Donner.¹⁴ Wel worden enkele aspecten van deze geschiedenis besproken die van grote betekenis zijn voor een goed begrip van de problemen die de bestuursrechtelijke geschilbeslechting, zoals die onder de Awb gestalte heeft gekregen, heeft geërfd van het verleden.

14. Van der Hoeven 1991; Schreuder-Vlasblom 1987; Donner 1987.

3.2.2 *Het bestuur als representant van het volk behartigt het algemeen belang*

Essentieel in de opvatting van Struycken is dat de uitoefening van discretionaire bevoegdheden door het bestuur geen ‘rechtstoepassing door wetsuitleg’ is, maar ‘rechtschepping krachtens de wet’. Deze rechtscheppende taak komt in zijn visie vanwege de zogenoemde ‘terugtrek van de wetgever’ in toenemende mate toe aan het bestuur. Met de opkomst van de moderne verzorgingsstaat bevatte de wet immers steeds vaker niet meer dan een algemene of zelfs blanco titel op grond waarvan in het concrete geval door het bestuur moest worden gehandeld.¹⁵ Dat het bestuur bij de rechtschepping een steeds prominentere plaats innam, hangt ook samen met Struyckens opvatting dat het bestuur op basis van de hem toegekende wettelijke bevoegdheden handelt als vertegenwoordiger van het volk. Het ligt in die opvatting niet voor de hand dat geschillen tussen burger en bestuur over de uitvoering van deze bevoegdheden door een rechter worden beslecht. Temeer niet, omdat toetsing van het bestuurlijk handelen door de rechter aan de wet, bij het ontbreken van inhoudelijke criteria, ofwel zou neerkomen op het overdoen van dit bestuurlijk handelen ofwel weinig betekenis had. Daar komt nog bij dat de rechter naast een gebrek aan democratische legitimatie volgens Struycken ook in sociaal en technisch opzicht onvoldoende deskundig moest worden geacht. Daarom diende in de moderne rechtsstaat een wetmatigheidstoetsing te worden vervangen door een behoorlijkheidstoetsing, en deze toetsing zou niet bij de rechter, maar bij het bestuur zelf thuishoren. Om deze behoorlijkheidstoetsing te realiseren moesten binnen het bestuur zelf de nodige waarborgen worden aangebracht, waaronder waarborgen voor een goede omgang met geschillen. Die waarborgen moesten volgens Struycken worden gezocht in vormen van bestuurlijk toezicht, in de verantwoordelijkheid van het bestuur aan de vertegenwoordigende lichamen en in het administratieve beroep.¹⁶

Tegen deze oude opvatting, waarin geschillen over het openbaar bestuur door het bestuur zelf moeten worden beslecht, is met de kennis en ervaring van nu het nodige in te brengen. Zo werd in de oude opvatting onvoldoende onderscheid gemaakt tussen micro- en macrobestuur. Van der Hoeven heeft daarop gewezen.¹⁷ De mogelijkheden van volksvertegenwoordigers om toezicht uit te oefenen werden overschat, zeker waar het zaken van microbestuur betrof. En als het bestuur in dergelijke zaken zelf het geschil beslecht, zonder dat de volksvertegenwoordiging daarop effectieve controle uitoefent, dan wordt het bestuur te veel ‘rechter in eigen zaak.’

Een ander argument tegen de oude opvatting raakt de basis waarop zij berust. Struycken meende dat de rechter niet mocht oordelen over geschillen over de bestuurlijke bevoegdheidsuitoefening, omdat het bestuur optreedt en oordeelt als representant van het volk. Maar die representatie is geen reden om het beroep op de rechter uit te sluiten, want ze zou ook kunnen worden aangevoerd als reden

15. Struycken 1910, p. 17.

16. Op p. 46-47 (onder de titel ‘Het onhistorische der ontwerpen’) noemt Struycken nog vele andere interne waarborgen voor een behoorlijke administratie, zoals openbaarheid en de collegiale vorm van organen.

17. Van der Hoeven 1991, p. 138.

om juist beroep op een onafhankelijke rechter open te stellen. Daar waar rechten van individuele burgers of minderheden worden geschonden met een beroep op de wil van de meerderheid, mag de meerderheid niet het laatste woord hebben. Struycken ontkende dat de macht van de meerderheid de belangen van minderheden of individuen op onaanvaardbare wijze zou schaden. Volgens hem was het een misvatting om te menen dat het bestuur de in een zaak betrokken belangen uitsluitend vanuit het standpunt van het gemeenschapsbelang zou beoordelen. Het bestuur is, net als de rechter, tot een behoorlijke waardering van algemeen en individueel belang geroepen.¹⁸ Die stellingname overtuigt niet. Als de meerderheid een individu of een minderheid wegdrukt, moeten die voor hun bescherming niet zijn aangewezen op de representanten van diezelfde meerderheid.

Tegenwoordig komt men de formulering dat 'het bestuur het volk representeert' niet veel meer tegen. Maar min of meer verwant daaraan is de nog altijd gangbare formulering dat het bestuur het algemeen belang behartigt en beslist en handelt in het belang van de gemeenschap. Ook nu nog wordt deze bestuurlijke taak genoemd als het belangrijkste argument voor beperking van de rechterlijke bemoeienis met de bestuurlijke besluitvorming.

Het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien, zoals wij dat onder de Awb ook nog kennen, is in belangrijke mate terug te voeren op deze taakverdeling tussen rechter en bestuur. Dit is onlangs nog treffend verwoord door Schreuder-Vlasblom in haar handboek over het bestuursprocesrecht. De rechter kan volgens haar 'fatale gebreken onderkennen, maar zelden een vervangend besluit nemen. Dat immers moet de uitkomst zijn van een hernieuwde, volledige afweging en beoordeling (...).'¹⁹ Het gaat in het bestuursprocesrecht immers niet om een geschil tussen twee partijen die voor hun individuele belangen opkomen: 'Het bestuur staat *steeds* voor meer, vaak vele, belangen die in rechte niet genegeerd kunnen worden, enkel omdat ze daar slechts verwoord en behartigd kunnen worden door het bestuur. Bovendien kan dit belangencomplex niet als monoliet ("het belang van het bestuur") worden voorgesteld zonder de kern van het materiële bestuursrecht geweld aan te doen.'²⁰ Aldus Schreuder-Vlasblom en zij verwoordt daarmee een breed gedragen visie op de relatie tussen bestuur en rechter. Het oordeel van de rechter wordt begrensd door wat de indiener van het beroepschrift naar voren brengt in de procedure. Het blikveld van het bestuur is ruimer, omdat het niet alleen de belangen en rechten van de in de procedure betrokken burger moet afwegen, maar ook vele andere (zowel collectieve als individuele) belangen. Het bestuur moet dus over meer facetten van de zaak oordelen dan de rechter en het moet bovendien de zaak plaatsen in het bredere perspectief van een stelselmatig en doelmatig overheidsbeleid. Hierin wordt een reden gezien om de uitspraakbevoegdheden van de rechter te beperken. De rechter kan gebreken in een bestuurlijk besluit constateren en het besluit vernietigen, maar hij kan slechts zelden een vervangend besluit nemen. Dat vervangende besluit moet immers berusten op een brede bestuurlijke afweging van algemene en individuele belangen.

18. Struycken 1910, p. 34-35.

19. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 9.

20. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 9.

3.2.3 *Het bestuur als partij in een geding*

De bedenkingen die lange tijd bestonden tegen bestuursrechtspraak kwamen ook voort uit het besef dat goed bestuur kan worden bemoeilijkt door van het bestuur een verwerende partij in een geschil te maken.²¹ Een verwerende partij handelt immers vaak defensief, terwijl goed bestuur juist proactief, anticiperend en (soms) risicovol handelen vereist. De vrees voor een defensief bestuur gaat gepaard met een vrees voor partijdig bestuur: het bestuur kiest partij voor zichzelf.

Zo kan een ambtenaar of bestuurder zich bij de voorbereiding, de vormgeving, inrichting en motivering van een besluit lang niet altijd distantiëren van zijn strategische positie ten opzichte van de (potentiële) tegenpartij. In (dreigende) geschilsituaties kan de besluitvorming dan ook worden beïnvloed door de wens tot verzwakking van de positie van de tegenpartij. Bij de vorige Awb-evaluatie bleek dat bestuursorganen en hun ambtenaren vaak defensief anticiperen op dreigende rechtszaken. Er bestaat een neiging tot het buitensluiten of op achterstand stellen van burgers die mogelijk dwars kunnen gaan liggen. Vooral derdebelanghebbenden hebben daardoor vaak een zwakke processuele positie.²²

Een defensieve houding bij de besluitvorming kan ook voortkomen uit de angst voor aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid van de overheid voor schade ten gevolge van vernietigde besluiten, beïnvloedt de bestuurlijke besluitvorming vaak al in een vroeg stadium. Bij het weigeren of verlenen van vergunningen wordt het aansprakelijkheidsrisico meegewogen. Bij het al dan niet effectueren van bestuurlijke sancties speelt de kans op aansprakelijkheid een rol. Zelfs de aansprakelijkheidsverzekeraars van gemeenten en provincies hebben invloed op beslissingen over handhaving.

Met de ervaringen die wij inmiddels hebben, kan niemand ontkennen dat defensief en risicomijdend bestuur voorkomt en dat dit mede wordt gevoed door de dreiging van bestuursrechtelijke procedures. Maar dezelfde effecten kunnen optreden als er administratief beroep openstaat tegen een besluit.²³ Uiteindelijk is dit dus geen sterk argument voor de opvatting dat de bestuursrechtelijke geschilbeslechting moet worden uitgeoefend door het bestuur zelf.

3.2.4 *Wettenrecht en beginselen van behoorlijk bestuur*

De opvatting dat de beslechting van geschillen over het openbaar bestuur een taak is van het bestuur zelf, is ontstaan in een tijd waarin wet en recht min of meer als synoniem werden beschouwd en er buiten de wettelijke normen dus eigenlijk geen sprake was van rechtsnormen. Toegespitst op het bestuursrecht betekent dit dat het bestuursrecht toentertijd min of meer samenviel met datgene wat in de bestuursrechtelijke wet- en regelgeving aan normen was geformuleerd.

21. Bijvoorbeeld: Struycken 1912, p. 548.

22. Zie het evaluatierapport van de Universiteit van Amsterdam, Aalders, Boeve e.a. 2001.

23. Ook procedures binnen het overheidsapparaat kunnen defensieve reacties van ambtenaren oproepen. Dat ziet men ook aan de interne reacties op bezwaarschriftprocedures, waarover bijvoorbeeld Ippel 1989.

Ervan uitgaande dat de rechter zich tot een toetsing van de rechtmatigheid (in de zin van wetmatigheid) van het bestuurlijk handelen dient te beperken, is de behoorlijkheid van het bestuur in die opvatting niet of nauwelijks gegarandeerd. Naarmate de wet minder inhoudelijke criteria bevat, levert een toetsing daaraan immers weinig op. Tegenstanders van algemene administratieve rechtspraak ging het er niet, of niet alleen, om het bestuur af te schermen voor 'lastige' burgers. Als argument werd juist ook aangevoerd dat er voor een volwaardige bescherming van de burgers meer nodig was dan alleen rechtmatigheidstoetsing. Het bestuur moet worden aangesproken zowel op de naleving van de wet alsook op een 'behoorlijke administratie'. Dat omvat meer dan wetmatig bestuur. Struycken dacht daarbij echter niet aan ongeschreven *rechtsnormen* voor het openbaar bestuur, zoals die tegenwoordig zijn vervat in de beginselen van behoorlijk bestuur. Die bestonden toen nog niet. Wel heeft hij het over de rechtsstaat 'in sociaal-ethischen zin'.

In de loop van de twintigste eeuw is gebleken dat een bestuursrechter meer kan doen dan toetsen aan de wet. Ook is gebleken dat dit niet ten koste hoeft te gaan van de discretionaire ruimte die de wet laat aan het bestuur. Krabbe wees in 1911 al op de mogelijkheden die het ongeschreven recht de rechter bij het toetsen van bestuurshandelen zou bieden.²⁴ De beginselen van behoorlijk bestuur zijn vooral in de tweede helft van de eeuw tot ontwikkeling gekomen. Zij hebben het de rechter mogelijk gemaakt over de 'behoorlijkheid' van het bestuur te oordelen, ook waar de wet het bestuur ten opzichte van de rechter beleids- en/of beoordelingsvrijheid toekende.²⁵

3.2.5 *Geschilbeslechting in administratief beroep*

Administratief beroep is een voorziening tegen een besluit bij een ander bestuursorgaan dan het orgaan dat dit besluit heeft genomen. De mogelijkheid van administratief beroep wordt in een wettelijk voorschrift geopend en heeft steeds betrekking op bepaalde, nader aangeduide, soorten besluiten. Tot aan 1985 was de beslechting van geschillen tussen burgers en bestuur op veel terreinen opgedragen aan het bestuur zelf, zonder dat een rechter zich over die geschillen uitsprak. Vaak werd in hoogste instantie beslist door de Kroon.

De opvatting dat bestuursrechtelijke geschilbeslechting behoort tot de taak van het bestuur, is achteraf bezien wellicht verdacht. Men krijgt de indruk dat het dogma van de taakafbakening tussen rechter en bestuur werd gebruikt om het openbaar bestuur te vrijwaren van rechterlijke bemoeienis, die als lastig en belemmerend kon worden ervaren. In werkelijkheid lag het genuanceerder omdat de voorstanders van de administratieve geschilbeslechting vreesden dat de rechter niet meer dan een zeer beperkte bescherming zou kunnen bieden. Omdat de rechter de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur moet ontzien en zich moet beperken tot rechtmatigheidstoetsing (die bovendien lange tijd geacht werd samen te vallen met toetsing aan de wet), werd hij voor de rol van

24. Krabbe 1911, p. 391 e.v.; daarover Schreuder-Vlasblom 1987, p. 150.

25. Wiarda 1952, 1990.

geschilbeslechter minder geschikt geacht op terreinen waar veel beleidsvrijheid aan het bestuur toekomt.

De voorkeur voor het administratieve beroep op een hoger bestuursorgaan kwam (ten minste mede) voort uit de overtuiging dat daarvan een vollediger en doeltreffender geschilbeslechting te verwachten was. Een hoger bestuursorgaan behoeft zijn oordeel immers niet te beperken tot rechtmatigheid en kan bij vernietiging steeds zelf in de zaak voorzien.

En hoewel het uiteraard deel uitmaakt van de uitvoerende macht, kan een hoger bestuursorgaan oordelen met een zekere distantie ten opzichte van de zaak, zo meenden de voorstanders van deze vorm van geschilbeslechting. Deze distantie werd in de procedure van het Kroonberoep nog bevorderd doordat de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State advies uitbracht na een in de wet geregelde contradictoire procedure. Van dit advies kon weliswaar worden afgeweken, maar dat gebeurde in de praktijk zelden. Wel kwam het voor dat een zaak opnieuw aanhangig werd gemaakt na een onwelgevallig advies van de Afdeling. Op die manier werd dan toch bestuurlijke invloed uitgeoefend op de beoordeling.

In het rapport *Kroonberoep en Arob-beroep*, dat Van Buuren, Bolt en Scheltema in 1981 schreven, werd het administratieve beroep op de Kroon vergeleken met de bestuursrechtspraak van de Arob-rechter. Het rapport concludeerde dat het te simpel zou zijn om te stellen dat de Kroon een verdergaande toetsing verrichtte dan de Arob-rechter. Wel bleek dat de Kroon en de rechter vanuit verschillende invalshoeken toetsten en dat dit kon leiden tot verschillende uitkomsten. Bij de Kroon stond de inhoud van de bestreden beslissing centraal. De inhoudelijke toetsing door de Arob-rechter was beperkter. Maar daar stond tegenover dat de Arob-rechter toetste aan een aantal andere criteria die bij de Kroon niet aan de orde kwamen, zoals de zorgvuldigheid van de voorbereiding en de motivering van besluiten. Dit leidde tot de conclusie dat de rechter bij zijn toetsing vaak aspecten betrok die in het Kroonberoep niet aan de orde kwamen, en beschikkingen ook regelmatig daarop vernietigde. Voor zover het om de rechtmatigheid van het bestuurlijk handelen ging, leverde een rechterlijke toetsing volgens dit rapport vaak meer op dan het Kroonberoep. Een belangrijke relativering wordt in het rapport wel gemaakt: de bestuursrechter kan verdergaand toetsen indien het bestuur een beleid voert, want dat biedt de rechter houvast als toetsingskader voor de inhoud van het bestreden besluit. In geschillen met een incidenteel of een complex karakter, waarin beleid onvoldoende houvast biedt, zijn de toetsingsmogelijkheden van de bestuursrechter beperkt. Per saldo viel de vergelijking uit in het voordeel van de bestuursrechtspraak.

Aan rechtsbescherming bij een onafhankelijke rechter werd in de loop van de tijd steeds vaker de voorkeur gegeven boven administratief beroep bij een (doorgaans hoger) bestuursorgaan. Het bekende arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) uit 1985 in de zaak Benthem heeft de Nederlandse wetgever er vervolgens toe gedwongen het administratief beroep als eindpunt van de rechtsbescherming op te geven. Uit artikel 6 EVRM werd afgeleid dat in veel bestuursrechtelijke geschillen de toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig

gerecht diende open te staan.²⁶ Dit oordeel van het EHRM markeert het einde van de bloeitijd van het Kroonberoep. In 1987 kwam de Tijdelijke wet Kroongeschillen tot stand, waarbij geschillen over beschikkingen die voorheen waren opgedragen aan de Kroon, werden behandeld door de Afdeling geschillen van bestuur, oordelend als onafhankelijke bestuursrechter. Deze situatie bleef bestaan tot aan de inwerkingtreding van de Awb in 1994. Bij de inwerkingtreding van de Awb werd als uitgangspunt aangenomen dat administratief beroep, voor zover dit reeds bestond of nog open werd gesteld, altijd moest kunnen worden gevolgd door beroep op een onafhankelijke en onpartijdige rechter.

De afschaffing van het Kroonberoep kwam vooral voort uit de opvatting dat een bestuursorgaan in administratief beroep te veel 'rechter in eigen zaak' was. In 1910 meende Struycken dat het meestal juist goed was dat het bestuur rechter in eigen zaak was, namelijk in al die gevallen waarin de burgers erop mogen vertrouwen dat binnen het overheidsapparaat procedurele wegen naar een onpartijdig oordeel mogelijk zijn. Hij was ervan overtuigd dat dit vertrouwen meestal gerechtvaardigd was. Misschien was dat vertrouwen vroeger groter dan nu, maar, wat daar ook van zij, in 1985 werd het officieel 'opgezegd'.

3.3 WAREN DE OUDE BESTUURSRECHTERS GESCHILBESLECHTERS?

3.3.1 Inleiding

In de vorige paragraaf is beschreven hoe het administratieve beroep als methode van geschilbeslechting plaats heeft moeten maken voor bestuursrechtspraak. Daarmee werd beantwoord aan de behoefte aan onafhankelijke rechtsbescherming. Maar werd met de bestuursrechtspraak ook beantwoord aan de behoefte aan geschilbeslechting? Goed bestuur is meer dan louter rechtmatig bestuur. Het bestuur moet zich ook door andere waarden dan het recht laten leiden. Dat geldt ook in geschilsituaties, want daarin zijn sociale en economische waarden en politieke opvattingen of psychologische inzichten belangrijk, in veel gevallen zelfs belangrijker dan het recht. Het besef dat het recht niet de enige waarde is waardoor het bestuur zich moet laten leiden klonk duidelijk door in het in de jaren negentig opgelaaide protest van bestuurders, die de juridisering een halt wilden toeroepen. Dat protest was een teken van herwaardering van politieke, economische en morele waarden, waarbij het belang van rechtsregels soms vergaand werd gerelativeerd.²⁷

Bij de grotere invloed die het recht en juristen in de loop van de vorige eeuw op het openbaar bestuur zijn gaan uitoefenen, moesten de andere waarden, waar het openbaar bestuur zich ook door laat leiden, niet te zeer in gevaar komen. In geschillen tussen bestuur en burger moest het respect voor de niet-juridische kanten van het openbaar bestuur worden gerespecteerd. Daar moest het proces-

26. EHRM 23 oktober 1985, *ECHR, series A*, 97 (NJ 1986, 102, AB 1986, 1).

27. Het boek van Marc Hertogh, *De levende rechtsstaat. Een ander perspectief op recht en openbaar bestuur*, Utrecht 2002, beschrijft de discussie over het rapport *Bestuur in geding* (provincie Noord-Holland, Haarlem, 1997) van de commissie-Van Kemenade.

recht op ingericht zijn. Voor zover de geschilbeslechting was opgedragen aan het bestuur zelf, zoals in het administratieve beroep, was er ruimte voor een benadering van het geschil vanuit andere gezichtspunten dan de rechtmatigheidstoetsing. Maar voor de gevallen waarin de geschilbeslechting werd opgedragen aan een bestuursrechter, moest er voor het proces een vorm worden gevonden waarin de rechter het laatste woord had over de toetsing aan het recht en het bestuur het laatste woord had over de aspecten die binnen zijn eigen competentiesfeer vielen. Die aspecten betroffen vooral de in het geschil betrokken politieke en economische waarden. De processuele vorm die werd gevonden, was het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien, waarin de bestuursrechter een door het bestuur genomen besluit toetst aan het recht, waarna het bestuur zo nodig zelf een nieuw besluit moet nemen. Zo werd het besluitvormingsprimaat van het bestuur in stand gelaten.

3.3.2 *Bestuursrechters vóór de Awb*

Hoewel de Grondwet van 1887 al de mogelijkheid tot invoering van administratieve rechtspraak opende en er ook in een vroeg stadium al voorstanders van geschilbeslechting door bestuursrechters waren, heeft het lang geduurd voor er sprake was van een min of meer algemeen stelsel van bestuursrechtspraak. Wel is op een aantal deelterreinen gespecialiseerde bestuursrechtspraak tot stand gekomen:

- belastingrechtspraak (na verloop van tijd bij de hoven en de Hoge Raad);
- rechtspraak over sociale zekerheid bij de raden van beroep en de Centrale Raad van Beroep (CRvB);
- ambtenarenrechtspraak bij de ambtenarengerechten en de CRvB;
- rechtspraak op het gebied van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie en een deel van het economisch bestuursrecht werd opgedragen aan het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb).

De aanvaarding van deze gespecialiseerde bestuursrechtspraak in een land waar bestuursrechtelijke geschilbeslechting aanvankelijk als een taak van het bestuur werd beschouwd, is verklaarbaar uit uiteenlopende historische omstandigheden. Zo was in het ambtenarenrecht de positie van de overheid in relatie tot haar werknemers van belang. En de bestuursrechtspraak in het economisch bestuursrecht lag in het verlengde van goede ervaringen met privaatrechtelijke constructies die daaraan voorafgingen.²⁸

In het kader van dit onderzoek naar geschilbeslechting door de bestuursrechter is vooral belangrijk dat bij de aanvaarding van bestuursrechtspraak een rol speelde dat het bestuur op een aantal terreinen (zoals dat van de belastingen en de sociale zekerheid) in sterke mate was gebonden aan wettelijke normen. Bij geschillen over de uitoefening van gebonden bevoegdheden, waar de te nemen beslissing min of meer uit de wet voortvloeit, ligt het voor de hand de rechter het geschil te

28. Daarover Van der Hoeven 1991; Schreuder-Vlasblom 1987, Donner 1987.

laten beslechten. Angst voor rechterlijke bemoeizucht is dan ongegrond. Maar bovendien is dan duidelijk dat de rechter ook daadwerkelijk geschillen kan beslechten, want het toepassen van de wet op de feiten werd (en wordt) als een rechterlijke bevoegdheid erkend. Op terreinen waar de bestuurlijke bevoegdheidsuitoefening minder door wettelijke regels was gebonden, zoals in het omgevingsrecht of bij de handhaving van de openbare orde, was de neiging groot om vast te houden aan de oude opvatting dat de geschilbeslechting beter kan worden opgedragen aan het bestuur zelf. Dat moet zelf de voor de besluitvorming noodzakelijke afweging van collectieve en individuele belangen verrichten en zonder die afweging is definitieve geschilbeslechting op die terreinen niet mogelijk.

De fragmentarische opbouw van de bestuursrechtelijke geschilbeslechting werd geleidelijk aan een steeds groter probleem, vooral omdat er hiaten waren. In gevallen waarin geen bestuursrechtelijke voorziening open stond, kon weliswaar de burgerlijke rechter worden benaderd (die de functie van 'vangnet' vervulde), maar deze mogelijkheid werd niet als volwaardig alternatief beschouwd. Men vond het voeren van een civiele procedure een zware belasting voor de rechtzoekende burger. En de burgerlijke rechter toetste niet steeds aan dezelfde normen als de bestuursrechters. De behoefte aan een algemene toegang tot een bestuursrechter werd dan ook allengs groter. Dit leidde – na een tussenvorm in de Wet beroep administratieve beschikkingen (Wet BAB 1963) – tot de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet Arob), die in 1976 in werking trad. Die bracht algemene aanvullende bestuursrechtspraak. De Afdeling rechtspraak van de Raad van State werd (kort gezegd) bevoegd te oordelen over beroepen tegen beschikkingen waarover geen gespecialiseerde bestuursrechter mocht oordelen en waartegen geen Kroonberoep open stond.

3.3.3 *Toetsing, rechtsbescherming of geschilbeslechting?*

Wij richten ons nu op de bestuursrechters die er waren vlak voordat de Awb in 1994 in werking trad. Waren zij geschilbeslechtsers? In de voorafgaande paragrafen is al weergegeven dat in de loop van de vorige eeuw het geloof is doorgebroken dat de rechtsbescherming van de burger beter gediend was met bestuursrechtspraak dan met administratief beroep. De toetsing die de Arob-rechter bood, bleek op een aantal punten, met name de voorbereiding en motivering van besluiten, verder te gaan dan de toetsing van de Kroon. Telt men daarbij op dat een rechter onafhankelijk is, dan lijkt de rechtsbescherming van de burger inderdaad meer gediend met rechtspraak. Maar rechtsbescherming is niet hetzelfde als geschilbeslechting. Het recht van een burger kan worden beschermd ('uw belang moet alsnog worden meegewogen') zonder dat het geschil daardoor is beslecht ('welk gewicht komt nu toe aan mijn belang?').

Van rechtsbescherming is al sprake als de rechter een besluit vernietigt omdat er een fout is gemaakt. Hij kan zich daarbij beperken tot een oordeel over vragen die voorafgaan aan de definitieve inhoud van de beslissing. Bij de beoordeling van dergelijke prealabele vragen doet de rechter nog steeds aan rechtsbescherming. Van definitieve geschilbeslechting kan echter pas worden gesproken als er een

einde komt aan de strijd van partijen over de inhoud van het bestreden besluit, en in geval van een vernietiging daarvan, over de inhoud van het besluit dat na de vernietiging moet worden genomen. Daarvoor is een enkele vernietiging van het oude besluit doorgaans niet voldoende.

Het komt er dus op neer dat een rechter die alleen rechtsbescherming als zijn taak ziet, zich kan beperken tot toetsing van het bestreden besluit aan het recht. Een rechter die zich geschilbeslechting tot taak stelt, moet meer doen. Het is daarom heel goed mogelijk dat de geschilbeslechting is verschaald toen de rechter haar overnam van het bestuur.

Al vóór de Awb was er discussie over de vraag wat de primaire functie is van de bestuursrechtspraak: objectieve rechtmatigheidscontrole of subjectieve rechtsbescherming. Men spreekt wel van het objectieve en het subjectieve model. Deze theoretische discussie over de functie van de bestuursrechtspraak is van belang voor de beantwoording van de vraag in hoeverre de bestuursrechter een geschilbeslechter is. Want in het objectieve model is dat niet zijn primaire taak. Daar is hij veeleer een toetser. In het subjectieve model daarentegen kan de bestuursrechter zich ontpoppen als een geschilbeslechter, maar kan hij ook een toetser blijven.

Het objectieve model

Volgens het objectieve model dient de bestuursrechtspraak primair de rechtmatigheid van het bestuuroptreden te verzekeren. De bestuursrechtspraak is een waarborg voor de handhaving van het objectieve recht. Het bestuur neemt besluiten en stelt daarmee objectief recht vast. De rechter controleert en corrigeert deze bestuurlijke besluitvorming. Na een correctie moet het bestuur opnieuw een besluit nemen, dus opnieuw recht scheppen, waarna de rechter zo nodig weer controleert en corrigeert.

Het objectieve model gaat uit van een rechter met een toetsingsperspectief: hij toetst of het besluit in overeenstemming is met het recht. Het maakt daarbij geen principieel verschil of rechtmatigheidsgebreken, die de rechter constateert, door de indiener van het beroepschrift zijn aangevoerd en zelfs niet of deze gebreken de belangen van de indiener raken. Elke fout maakt het besluit vernietigbaar.

Het subjectieve model

In het subjectieve model staan de rechten en belangen van de eisende partij, de indiener van het beroepschrift, centraal. De bestuursrechtspraak dient in dit model primair de individuele eiser te beschermen. Dat heeft in grote lijnen twee gevolgen die dit model doen verschillen van het objectieve.

Het eerste gevolg is dat de rechter in een subjectief model niet alleen kan oordelen over de rechtmatigheid van besluiten, maar ook kan worden belast met de beoordeling van vorderingen of verzoekschriften.²⁹ Daarop gaan wij in dit onder-

29. In het rapport van de VAR-Commissie rechtsbescherming (2004) wordt op dit punt uitvoerig ingegaan en voorgesteld om voor bepaalde soorten geschillen, zoals vermogensrechtelijke, verzoekschriftprocedures in het bestuursprocesrecht te introduceren. Zie ook Schlössels 2003.

zoeksrapport niet verder in, omdat in dit onderzoek het besluitmodel niet wordt geëvalueerd, maar als een gegeven kader wordt beschouwd (zie paragraaf 2.2).

Het tweede gevolg is dat de rechter niet de onbegrensde ambitie heeft om het bestreden besluit te onderwerpen aan een volledige toetsing aan alle toepasselijke rechtsnormen. Deze ambitie heeft hij in het objectieve model wel, omdat hij daar een controleurstaak heeft, maar in de praktijk kan hij die ambitie natuurlijk niet waarmaken, ook niet in een objectief model, omdat veel bestuursrechters te maken hebben met omvangrijke, uiteenlopende en vaak complexe besluiten. Voor sommige auteurs is het feit dat deze ambitie onhaalbaar is, een van de redenen om te kiezen voor het subjectieve model of voor een gedifferentieerd model, dat zowel objectieve als subjectieve elementen bevat.³⁰

In het subjectieve model spitst de rechter zijn oordeel toe op de door de eiser aangevoerde bezwaren tegen het besluit. Het object van geschil bij de rechter wordt in dit model begrensd door partijen. Het bestuursorgaan trekt met zijn besluit de buitengrenzen, waarbinnen de eiser met zijn bezwaren de punten van geschil bepaalt. Daarover moet de rechter oordelen. Hij kan zich daarbij als toetsers opstellen of als geschilbeslechter. Beide rollen passen in het subjectieve model en zij sluiten elkaar niet uit. Neemt de rechter de rol van toetsers aan, dan kan hij zich in veel gevallen beperken tot de toetsing van het bestreden besluit en het corrigeren van geconstateerde fouten door vernietiging, waarna het bestuursorgaan opnieuw beslist. Neemt hij de rol van geschilbeslechter aan, dan moet zijn oordeel in geval van vernietiging meer omvatten, want dan strekt het zich ook uit tot het te nemen nieuwe besluit.

In het kort komt het hierop neer. In het objectieve model kan de rechter volstaan met een toetsingsperspectief. In het subjectieve model daarentegen ligt een geschilbeslechtingsperspectief meer voor de hand dan een toetsingsperspectief, omdat het uitgaat van een geding waarin de partijen bepalen op welke punten de rechter een oordeel moet geven. Maar het subjectieve model is ook bruikbaar voor een rechter die zich beperkt tot een oordeel over de vraag of het bestreden besluit moet worden vernietigd op door de eisende partij aangevoerde gronden, zonder in te gaan op wat er daarna eventueel moet gebeuren. Het subjectieve model stelt de rechten en belangen van de eisende partij centraal, maar het garandeert geen definitieve geschilbeslechting. De aanvaarding van het subjectieve model is wel een stap in de richting van definitieve geschilbeslechting.

De twee modellen dienen als ideaaltypische modellen bij de analyse van het bestuursprocesrecht. De bestuursrechtspraak, zoals die in de praktijk voorkomt, is vrijwel steeds een mengvorm van beide modellen. Het objectieve model biedt een verklaring voor het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien, dat wij nu onder de Awb kennen. Maar de bestuursrechtspraak heeft steeds ook subjectieve elementen van individuele rechtsbescherming gekend, ook in de tijd dat het objectieve model voorop stond.³¹

30. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 25; VAR-Commissie rechtsbescherming 2004, p. 77 en Schueler 2006.

Het subjectieve model heeft in de loop van de tijd wel steeds meer invloed gekregen op het bestaande stelsel van bestuursrechtspraak. Die ontwikkeling is al vóór de inwerkingtreding van de Awb in gang gezet. Want onder de gespecialiseerde bestuursrechters, waarvan sommige al in het begin van de vorige eeuw in het leven waren geroepen, waren er die werkten vanuit een typisch toetsingsperspectief volgens een objectief model, maar er waren er ook die werkten volgens een meer subjectief model. Er waren er zelfs die typische geschilbeslechtsers waren.

- De *belastingrechter* was voor bestuursrechtelijke begrippen al heel lang een geschilbeslechtsers bij uitstek. Hij was verplicht om zelf in de zaak te voorzien en mocht niet volstaan met vernietigen en terugwijzen. Hierbij is van belang dat de belastingrechter te maken heeft met sterk gebonden bevoegdheden. Op verzoek van de opdrachtgever voor deze evaluatie valt de belastingrechter buiten ons onderzoek, maar hij mag als super-geschilbeslechtsers niet onvermeld blijven.
- De *ambtenarenrechter* toetste besluiten en oordeelde ook over ‘andere handelingen’ die ten aanzien van ambtenaren waren verricht. Het ambtenarenrecht, waarin de relatie tussen een werkgever en een werknemer centraal staat, sluit naar zijn aard beter aan bij een subjectief model. Maar daar stond tegenover dat de ambtenarenrechter alleen zelf in de zaak kon voorzien indien het om geldelijke aanspraken ging.³² Ging het niet om geldelijke aanspraken, dan had hij die bevoegdheid niet maar kon hij bepalen wat het bestuursorgaan na de rechterlijke uitspraak moest doen of besluiten. De ambtenarenrechter kon wel om redenen van algemeen belang de nietigheid ‘voor gedekt verklaren’, hetgeen wil zeggen de rechtsgevolgen in stand laten.
- Ook het werkterrein van de *socialezekerheidsrechter*, die oordeelde over geschillen waarin vaak (niet altijd) de relatie tussen een verzekerde en een verzekeraar centraal staat, sluit naar zijn aard beter aan bij een subjectief model. Bovendien oordeelde deze rechter veelal over sterk gebonden besluiten. Daardoor kon hij zich geschilbeslechting ten doel stellen zonder op al te veel praktische en principiële bezwaren te stuiten. De wetgever had aan deze rechter de bevoegdheid toegekend om zelf in de zaak te voorzien.
- De *Arob-rechter* was daarentegen een typische objectieve toetsers. Natuurlijk had zijn toetsing tot gevolg dat de rechten en belangen van burgers werden beschermd. Aan de rechtspraak van de Arob-rechter lagen twee doelstellingen ten grondslag: rechtmatigheidscontrole en rechtsbescherming. Het procesrechtelijke model waarmee hij werkte, was erop gericht het objectieve recht te handhaven, met als gevolg dat onder meer de rechten van de indiener van het beroepsschrift werden beschermd. De taak van de Arob-rechter was dus

31. VAR-Commissie rechtsbescherming 2004, p. 38-45; Banda 1987; Schreuder-Vlasblom 2006, p. 21-31.
32. Art. 47 Ambtenarenwet (oud).

meeromvattend. Hij vernietigde ook als dat de indiener van het beroepschrift niet – of niet echt veel – verder hielp. De Arob-rechter kon bijvoorbeeld een besluit vernietigen wegens een materieel of een formeel gebrek waar niemand over geklaagd had. In een ander opzicht was zijn taak beperkt, want hij behoefde het geschil niet definitief te beslechten. Indien hij constateerde dat aan een besluit een rechtmatigheidsgebrek kleefde, moest hij volstaan met vernietiging.³³ De motivering van een vernietigingsuitspraak beperkte zich in principe tot een oordeel over een of meer gebreken in het bestreden besluit en ging meestal niet expliciet in op wat het bestuursorgaan na de vernietiging moest gaan doen.

- De praktijk van het *College van Beroep voor het bedrijfsleven* (CBb) van vóór de Awb is moeilijk op te hangen aan het subjectieve of het objectieve model. De wetgever had bepaald dat het CBb bevoegd was ‘de gevolgen van de vernietiging te regelen’ (art. 58 Wet Arob-oud). Maar het was omstreden of dit ook de bevoegdheid impliceerde om zelf in de zaak te voorzien.³⁴ Maar het CBb kon in zijn relatief lange bestaan vóór de Awb niet worden gekwalificeerd als een echte objectieve toetsers. Zo heeft het een pioniersfunctie vervuld bij de toetsing aan en verdere ontwikkeling van beginselen van behoorlijk bestuur.³⁵ In de motivering van zijn uitspraken ging het CBb vaak verder dan een afstandelijke objectieve toetsers zou doen, waardoor het waarschijnlijk is dat deze uitspraken meer inhoudelijke invloed hadden op het verloop van het geschil.
- De Tijdelijke wet Kroongeschillen bracht de *TwK-rechter*, die naar aanleiding van de afschaffing van het Kroonberoep van 1988 tot 1994 als onafhankelijke rechter oordeelde. Deze bestuursrechter werkte ogenschijnlijk met een objectief model, maar hij had niet volledig afstand hoeven doen van de voordelen van het geschilbeslechtingsperspectief, dat zo kenmerkend was voor het Kroonberoep. Hij voorzag regelmatig zelf in de zaak en maakte gebruik van ambtsberichten, hetgeen hem in staat stelde tot meer definitieve geschilbeslechting te komen.³⁶

Toen de Awb in werking trad, waren er grote verschillen tussen de bestaande bestuursrechters, die er verschillende werkwijzen op nahielden. Welbeschouwd waren de bestaande varianten van bestuursprocesrecht niet in een hok van het objectieve of het subjectieve model te drukken. Zoals gezegd, gaat het om ideaal-

33. Kort voordat de Wet Arob werd vervangen door de Awb kreeg de Arob-rechter alsnog de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien, maar daarvan is weinig gebruikgemaakt: Jaarverslag Raad van State 1992, p. 66.

34. Zie B.C. Punt, *Administratieve rechtsgangen*, CBb 6.7.3.1 en 6.7.3.4 en de in een andere richting wijzende wetsgeschiedenis Kamerstukken II, 1951/52, 2493, MvT, p. 1-7. Punt was in par. 6.7.3.4 zeer stellig in zijn opmerking dat het CBb nimmer in de zaak voorzag. Hij illustreerde dit door erop te wijzen dat het CBb geen vergunning, ontheffing of toeslag verleende en evenmin bestrijdingsmiddelen toeliet. Zelfs als sprake was van volledig gebonden bevoegdheden, voorzag het CBb volgens Punt nog niet zelf in de zaak.

35. Nicolai 1990.

36. Daarover Widderhoven/Jurgens/Van Buuren/Addink 1991.

typische modellen, die een analytische functie hebben. In de praktijk van de bestuursrechtspraak kwam het erop neer dat iedere bestuursrechter, binnen de door de wet gegeven kaders, moest kiezen hoe hij zich zou opstellen. En het is wel zeker dat er verschillende keuzes werden gemaakt, zelfs dat één rechter voor verschillende typen zaken verschillende perspectieven koos. In de volgende paragraaf wordt het toetsingsperspectief besproken; in de daarop volgende paragraaf het geschilbeslechtingsperspectief.

3.3.4 *Rechtspraak vanuit een toetsingsperspectief*

De Arob-rechter als typische toetsers

De Arob-rechter werkte met een overwegend objectief model, waarbij een toetsingsperspectief het beste paste. Maar dat nam niet weg dat hij bevoegdheden had om soms de rechtspositie van partijen te bepalen. De Arob-rechter kon bijvoorbeeld de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand laten en hij kon een verzoek om schadevergoeding toewijzen. Deze bevoegdheden werden echter relatief weinig gebruikt in een overigens objectief toetsingsmodel.

Centraal stond voor de Arob-rechter de vraag of het besluit in enig opzicht onrechtmatig was, niet de vraag welke inhoudelijke beslissing uiteindelijk genomen zou moeten worden. Deze rechtmatigheidstoetsing had natuurlijk ook bescherming van de rechten van burgers tot gevolg. De bewering dat het objectieve model niet met rechtsbescherming gepaard gaat, zou dan ook onhoudbaar zijn. Rechtsbescherming biedt een objectief toetsende rechter wel degelijk, maar geschilbeslechting is iets anders. Wel kan men zeggen dat het objectieve model ontoereikend is voor een rechter die een geschilbeslechtingsperspectief hanteert. Enkele voorbeelden kunnen dat verduidelijken.

- Als een aanvraag voor een vergunning of een subsidie is afgewezen en de rechter oordeelt dat deze afwijzing niet goed is onderbouwd (feitenonderzoek, motivering), dan is dat uit een oogpunt van rechtsbescherming wellicht bevredigend. Het bestuursorgaan moet alsnog een besluit nemen dat het geconstateerde gebrek wegneemt of opheft. Maar het geschil is daarmee nog niet beslecht. Er ligt nog een aanvraag (of een bezwaarschrift) waarop moet worden beslist. De uitspraak dat een besluit onrechtmatig is, houdt dus op zich nog geen beslechting van het geschil in.
- Als partijen in het vorige voorbeeld niet alleen strijden over het feitenonderzoek en de motivering van het besluit, maar ook over de hoogte van de subsidie of de omvang van de vergunning, dan is het geschil ruimer. Heeft de rechter alleen vernietigd omdat de afwijzing niet goed is onderbouwd (feitenonderzoek, motivering), dan is dat uit een oogpunt van rechtsbescherming wellicht bevredigend. Wellicht kon men op het moment waarop de rechter uitspraak deed ook niet veel meer verwachten. Eerst moest nog worden vastgesteld of er überhaupt een subsidie of een vergunning zou worden verleend. Het doel van rechtsbescherming wordt hier wel gehaald, maar het geschil is daarmee nog niet beslecht.

- Stel dat de rechter naar aanleiding van het beroep van een derde-belanghebbende oordeelt dat een verleende bouwvergunning in strijd met het bestemmingsplan is. Na de vernietiging kan het bouwwerk worden gelegaliseerd door middel van een vrijstelling die de strijd met het bestemmingsplan opheft (de art. 15 tot en met 19 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening maken in allerlei gevallen zo'n vrijstelling mogelijk). Van rechtsbescherming is wel sprake, maar van definitieve geschilbeslechting niet.

Voor rechtsbescherming is voldoende dat de rechter toetst aan het recht en, bij constatering van een onrechtmatigheid, vernietigt. Daarna moet het bestuursorgaan het eigenlijke geschil beslechten. Als het zo loopt, is de geschilbeslechting dus nog steeds primair en overwegend de taak van het bestuur. De burger is voor de afloop van het geschil nog steeds afhankelijk van het bestuur. Daarnaast is de rechtsbescherming gekomen, niet ter vervanging maar ter aanvulling van het bestaande. De rechter toetst slechts of het bestuur zijn taak als geschilbeslechter rechtmatig uitoefent.³⁷

Dat in het objectieve model de rechterlijke toetsing niet primair op geschilbeslechting is gericht, blijkt duidelijk uit de manier waarop de Arob-rechter het geschil over de feiten beoordeelde. De Arob-rechter placht het feitenonderzoek als een primaire taak van het bestuur te beschouwen. De rechter zag toe op de wetmatigheid en de zorgvuldigheid van het bestuurlijke feitenonderzoek. Onduidelijkheden of onjuistheden in de feitelijke onderbouwing van het besluit leidden tot vernietiging wegens onzorgvuldige voorbereiding of gebrekkige motivering, waarna het bestuur opnieuw de feiten moest onderzoeken en vaststellen.³⁸

Het bestuur houdt een belangrijke taak als geschilbeslechter

De keuze voor rechtspraak boven administratief beroep is, achteraf gezien, ook een impliciete keuze geweest voor rechtsbescherming boven geschilbeslechting. In het rapport *Kroonberoep of Arob-beroep*, dat in paragraaf 3.2.5 al aan de orde kwam, wordt dat min of meer op de koop toe genomen. Neem bijvoorbeeld het geschil over de feiten. Het rapport constateerde wel dat de Kroon en de Arob-rechter beiden een degelijke controle uitoefenden op de correcte vaststelling en interpretatie van de feiten. Maar de Arob-rechter was meer geneigd om het bij een negatief oordeel daarover te laten en het bestuur op te dragen nader onderzoek te doen. De Kroon deed dat nadere onderzoek echter doorgaans zelf en stelde in de regel exact vast hoe de feiten lagen. Dat lag natuurlijk ook wel voor de hand, omdat de specifieke deskundigheid die daarvoor veelal vereist is, wel bij het bestuur, maar niet bij de rechter voorhanden is.

De burger heeft er dus in de loop van de tijd wel iets bij gekregen, namelijk rechtsbescherming, maar hij is nog steeds aangewezen op het bestuursorgaan als het gaat om geschilbeslechting. Sinds de afschaffing van het Kroonberoep na het Benthem-arrest uit 1985 is zowel in de doctrine als in de praktijk de aandacht

37. Daalder/Schreuder-Vlasblom 2000, p. 214-221.

38. Schreuder-Vlasblom 1991; Ten Berge/Widdershoven 1993; Pieters 1994; Schueler 1994, p. 127-136; Wulffraat-van Dijk 1995.

voor geschilbeslechting binnen het bestuur verslapt. Maar de *behoefte* daaraan is niet verdwenen, ook al wordt de burger nu rechtsbescherming geboden bij de rechter. Voor definitieve geschilbeslechting is de burger nu, in de gevallen waarin het besluit wordt vernietigd, meestal aangewezen op het nieuwe besluit dat het bestuursorgaan na de vernietiging moet nemen. Vernietiging heeft dus tot gevolg dat de burger weer is aangewezen op zijn tegenpartij.

Toetsing aan beginselen van behoorlijk bestuur

Een belangrijk argument voor het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien was, dat de rechter de bestuurlijke beleids- en beoordelingsvrijheid moet ontzien. Dat stelsel beperkt de mogelijkheden voor geschilbeslechting. Maar verschillende auteurs waren in de jaren tachtig van de vorige eeuw nog heel optimistisch over wat de rechter ook in dat stelsel kon bereiken via de toetsing van het bestreden besluit op rechtmatigheid. De rechter kon indringend toetsen aan beginselen van behoorlijk bestuur en dat zou zelfs kunnen leiden tot een '*Ermessensreduzierung auf Null*'.³⁹ De rechter kon door middel van toetsing van een besluit aan de wet en aan de beginselen van behoorlijk bestuur vaak verder gaan dan men op het eerste gezicht zou denken. Deze toetsing kon soms uitmonden in het oordeel dat er welbeschouwd nog maar één rechtmatig besluit genomen kan worden, bijvoorbeeld omdat er een toezegging is gedaan. Dan kan het geschil definitief worden beslecht. Maar tegen het einde van het Arob-tijdperk werd de toetsing aan beginselen van behoorlijk bestuur steeds vaker als een teleurstelling ervaren. Men begon zich af te vragen of de toetsing van het bestuurshandelen aan de wet en aan beginselen van behoorlijk bestuur wel toereikend is voor een beslechting van geschillen over vrije bestuursbevoegdheden. De toetsing aan beginselen van behoorlijk bestuur door de Arob-rechter beperkte zich meestal tot een formeel-procedurele toetsing van voorbereiding, feitelijke onderbouwing en motivering van het besluit. Daarbij kwamen natuurlijk wel inhoudelijke aspecten van de belangenwaardering aan de orde, maar voor zover de wet en regelgeving geen materiële normen bevatten, viel de rechter bij de formulering van zijn uiteindelijke oordeel terug op een formeel-logische beoordeling van de motivering en de volledigheid van het verrichte onderzoek.⁴⁰ Constateerde hij dan gebreken in het bestreden besluit, dan nam *het bestuur* een nieuw besluit. De toetsing aan het ongeschreven recht kwam daarom meestal neer op de regel: 'de rechter toetst en het bestuur beslecht het geschil.'

Zo werd zichtbaar wat er gebeurt bij de instelling van algemene bestuursrecht-spraak. Je rukt uiteen wat tot dan toe verenigd is geweest: de rechtmatigheid wordt in eindeloos veel gevallen gescheiden van de inhoudelijke waardering van belangen.⁴¹ Natuurlijk waren er ook de iets meer materieelrechtelijke beginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, maar hoe vaak die ook werden ingeroepen, ze werden (en worden nog

39. Hirsch Ballin 1986, p. 176-197; Hutten (e.a.) 1989. Ook in het rapport *Kroonberoep en Arob-beroep* (1981) werd op de vergaande mogelijkheden van de beginselen van behoorlijk bestuur de aandacht gevestigd.

40. Ten Berge en Widdershoven, 1993; Pieters 1994, p. 117-125; Schueler 1994, hoofdstuk 4.

41. Hierop vestigt ook Donner de aandacht, naar aanleiding van de gang van zaken rond de ontwerpen van Loeff: Donner 1987, p. 315.

steeds) maar zelden gebruikt als grond voor vernietiging van een besluit. Het evenredigheidsbeginsel, dat tegenwoordig is vastgelegd in artikel 3:4 lid 2 Awb, is daarvan een goed voorbeeld. Het biedt de rechter de mogelijkheid om het bestuur een verantwoording te vragen voor de bij het besluit gemaakte keuzen, maar uit deze bepaling zelf kan de rechter vrijwel nooit criteria afleiden waaraan hij die verantwoording kan toetsen. Artikel 3:4 lid 2 Awb biedt wel mogelijkheden om in sommige gevallen door te dringen tot de waardering van belangen. In de eerste plaats als het gaat om de proportionaliteit van punitieve sancties, want de beoordeling daarvan beschouwt de rechter als zijn eigen verantwoordelijkheid, net als in het strafrecht. In de tweede plaats wordt in het proportionaliteitsbeginsel een mogelijkheid gevonden om de subsidiariteit van een besluit te toetsen. Een besluit wordt daarbij als disproportioneel aangemerkt indien hetzelfde resultaat kan worden bereikt met minder ingrijpende nadelige gevolgen.⁴² Voor het overige is het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb in de jurisprudentie gereduceerd tot een verbod van willekeur. Bij de toetsing op willekeur wordt de rechter geacht slechts te beoordelen of het bestuur 'in redelijkheid tot de bestreden beslissing heeft kunnen komen'. De redelijkheid op zich normeert nauwelijks de inhoud van de bestuurlijke besluitvorming, en een rechter die twijfelt aan de redelijkheid van een besluit, zal daarom al snel zijn oordeel baseren op een van de (meer) formeel getinte beginselen van behoorlijk bestuur.

Op de terughoudende, formeel georiënteerde toetsing aan beginselen van behoorlijk bestuur is wel kritiek geleverd, maar die kritiek gaat er doorgaans aan voorbij dat de beginselen van behoorlijk bestuur weinig of niets zeggen over de inhoud van de besluiten die het bestuur moet nemen. De rechterlijke toetsing kan er gemakkelijk toe leiden dat vage beginselen worden gebruikt als dekmantel van niet in het recht gefundeerde oordelen. Omdat de rechter dat wil voorkomen, trekt hij zich vaak terug in formele oordelen. Een vernietiging op grond van artikel 3:4 lid 2 Awb komt in verhouding tot het totale aantal bestuursrechtelijke zaken dan ook vrijwel niet voor.⁴³

3.3.5 *Rechtspraak vanuit een geschilbeslechtingsperspectief*

In de vorige paragraaf ging het vooral over de Arob-rechter. Het Arob-procesrecht heeft grote invloed gehad op het procesrecht van de Awb. Maar er waren vóór de Awb ook andere bestuursrechters, en hun procesrecht heeft ook invloed gehad op het procesrecht dat wij nu kennen onder de Awb. Daarom wordt nu ingegaan op de vraag in hoeverre een aantal andere bestuursrechters van vóór de Awb konden worden aangemerkt als echte geschilbeslechtsers: de belastingrechter, de socialezekerheidsrechter en de TwK-rechter. Deze paragraaf is bedoeld om te laten zien dat er ook vóór de Awb al bestuursrechters waren die vanuit een meer op geschilbeslechting gericht perspectief werkten.⁴⁴

42. Nieuwenhuis/Zoethout/Schueler 2005.

43. A.Q.C. Tak maakt zich daar boos over, maar hij miskent dat art. 3:4 lid 2 Awb zelf geen materiële rechtsnorm bevat: Tak 2002.

44. De paragraaf bedoelt dus niet een volledig overzicht te geven. Op de werkwijze van de ambtenarenrechter en het CBb wordt in deze paragraaf niet ingegaan.

De belastingrechter was al ver vóór de inwerkingtreding van de Awb het duidelijkst te kwalificeren als een geschilbeslechter. Bij gegrondverklaring van het beroep moest hij zelf in de zaak voorzien. Veelal bestond die beslissing uit een vermindering van de aanslag, maar het kon ook gebeuren dat de belanghebbende alsnog niet-ontvankelijk werd verklaard in zijn bezwaar tegen de aanslag. Men spreekt in het belastingrecht van de 'devolutieve werking' van het beroep. Argumenten voor deze leer zijn dat de verschuldigde belasting rechtstreeks uit de wet voortvloeit en dat partijen baat hebben bij een finale beslissing. Ook wordt er wel op gewezen dat in het belastingrecht derde-belanghebbenden, die op andere terreinen een belemmering voor de geschilbeslechting vormen, ontbreken.⁴⁵ Toen in 1999 artikel 8:72 Awb ging gelden in het belastingrecht kwam er ruimte voor vernietiging met terugwijzing. Er had dus een koerswijziging in het belastingrecht kunnen optreden, maar dat is niet gebeurd.⁴⁶ Het belastingrecht valt zoals gezegd buiten onze onderzoeksopdracht, maar wij veroorloven ons op deze plaats een korte opmerking over de geschilbeslechting door de belastingrechter. De devolutieve werking van het beroep gaat in het belastingrecht niet zover dat de rechter zelf uitrekent tot welk bedrag een aanslag moet worden verminderd. Hij kan volstaan met de vaststelling van de heffingsgrondslag. Waar het om gaat, is dat zijn dictum twijfel moet uitsluiten.⁴⁷ De inspecteur moet vervolgens het verschuldigde bedrag berekenen. Men komt deze werkwijze ook tegen op andere terreinen dan het belastingrecht. Zie daarover paragraaf 6.7.

De raden van beroep en de Centrale Raad van Beroep oordeelden sinds 1903 in geschillen over sociale zekerheid en ambtenarenrecht. De socialezekerheidsrechter was al ver vóór de Awb uitgerust met de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien.⁴⁸ Vóór 1955 bestond voor een deel van de socialezekerheidswetten zelfs de verplichting om, in geval van gegrondverklaring van het beroep, een uitspraak te geven die in de plaats trad van de bestreden beslissing. Ten aanzien van andere socialezekerheidswetten gold die verplichting niet. Zo werd bij de toepassing van de ongevallenwetten het bedrag van de uitkering door de rechter berekend, maar beperkte de rechter zich bij de toepassing van de Ziektewet tot een antwoord op de vraag of er recht op ziekengeld bestond en werd het vaststellen van het bedrag aan het bestuursorgaan overgelaten. In de jaren vijftig werd de verplichting, waar zij bestond, vervangen door een bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien. In de Beroepswet kwam toen te staan dat de rechter bij gegrondheid van het beroep zelf in de zaak kon voorzien of het bestuursorgaan kon opdragen een nieuwe beslissing te nemen met inachtneming van de uitspraak. De reden daarvoor was, dat zelf in de zaak voorzien tot vertraging leidde in de procedure bij de rechter. Vóór deze wetwijziging was het in veel gevallen gebruikelijk om bij gegrondverklaring de uitspraak zo in te richten, dat deze in de plaats trad van de bestreden beslissing (dus zelf in de zaak te voorzien). Na de wetwijziging gebeurde dat aanzien-

45. Happé/Van Loon/Slijpen 2005, p. 252-254; Ilsink in: Allewijn e.a. 1999, p. 200.

46. Happé/Van Loon/Slijpen 2005, p. 252-254; Van Amersfoort 2005; Widdershoven 2005.

47. HR 28 mei 1919, B. 2298 en HR 29 augustus 1997, BNB 1998, 5.

48. Artikel 70 van de Beroepswet (oud). Een afzonderlijke bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten kende deze wet niet.

lijk minder.⁴⁹ In de jaren tachtig werd geconstateerd dat de socialezekerheidsrechter 'in veruit de meeste gevallen' niet zelf in de zaak voorzag.⁵⁰ In de literatuur werd de aandacht gevraagd voor de opvatting dat de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien vaker zou kunnen worden gebruikt.⁵¹ Toch wordt de socialezekerheidsrechter vaak gezien als een rechter die, meer dan de Arob-rechter, gericht was op een beslechting van het geschil. Hoe is dat te verklaren, gegeven het feit dat de socialezekerheidsrechter slechts terughoudend gebruikmaakte van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien? Daar zijn ten minste twee verklaringen voor. De eerste is, dat de socialezekerheidsrechter, net als de belastingrechter, oordeelde over zaken waarin vaak *gebonden bevoegdheden van het bestuur* aan de orde waren. Het is in zulke zaken beter mogelijk om, ook zonder zelf in de zaak te voorzien, in de overwegingen van de uitspraak aan te geven hoe het geschil moet worden opgelost. Dat gaat beter dan in zaken waarin het bestuur nog beleidskeuzes moet maken. De tweede verklaring is dat bij de raden van beroep een traditie van uitvoerig *onderzoek naar de relevante feiten* bestond. Tijdens het vooronderzoek, dus vóór de zitting, werd aan de hand van het dossier onderzocht welke feitelijke vragen de definitieve beslechting van het geschil verhinderden. Aan partijen (en soms aan derden) werden regelmatig nadere inlichtingen gevraagd en er werden vaak deskundigen ingeschakeld door de rechter, met name medische deskundigen en arbeidskundigen.⁵² De opheldering van de relevante feiten die daarvan het gevolg was, maakte het voor de rechter mogelijk om dichterbij een eindbeslissing te komen dan wanneer hij de zaak wegens gebreken in het feitenonderzoek of in de onderbouwing van het besluit zou hebben teruggestuurd naar het bestuursorgaan, zoals de Arob-rechter vaak deed.

De laatstgenoemde verklaring, het onderzoek naar de feiten, kon ook worden gegeven voor de werkwijze van de TwK-rechter, die van 1988 tot 1994 geschillen beoordeelde op een aantal gebieden, met name het milieurecht. De ambtsberichten, afkomstig van onder meer de toenmalige Adviseur Beroepen Milieubeheer, verschaften deze rechter informatie over de feiten die relevant waren voor de beoordeling van het geschil. Dat kon gaan om eenvoudig vast te stellen feiten, maar het ging ook vaak om feiten voor de vaststelling waarvan technische kennis nodig was. Dat is belangrijk, omdat de rechter zelf die kennis niet heeft. Omdat feitelijke vragen vaak bepalend zijn voor de afloop van het geschil, hielp deze werkwijze de TwK-rechter bij het beslechten van geschillen. In het rapport 'Bestuursrechtspraak in milieugeschillen' werd geconstateerd dat het ambtsbericht bijna altijd het centrale document ter zitting was. Aan deze werkwijze kleefden nadelen in verband met de onafhankelijkheid van de geschilbeslechting, omdat de toenmalige adviseurs, die de ambtsberichten opstelden, deel uitmaakten van het apparaat van de uitvoerende macht. Maar het uitgebreide en deskun-

-
49. Aldus Faber in zijn geschiedschrijving over de raden van beroep en de ambtenarengerechten (Faber 1991, p. 145).
50. Rapport van de Commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht 1984, p. 449 (J.H. van der Veen).
51. Hirsch Ballin 1986.
52. Faber 1991; Ten Berge/De Waard/Widdershoven 1996, p. 103 e.v.

dige feitenonderzoek droeg ertoe bij dat de TwK-rechter inhoudelijk-indringend kon toetsen, zich actief kon opstellen en ten slotte op vergaande wijze zelf in de zaak kon voorzien.⁵³

Voor de TwK-rechter gaat de andere verklaring, het gebonden karakter van de bestuurlijke bevoegdheden, niet zonder meer op. Werd de TwK-rechter bij de geschilbeslechting niet belemmerd door de bestuurlijke keuzevrijheid? Uit onderzoek naar de werkwijze van de TwK-rechter is gebleken dat deze rechter geneigd was om in geschillen over milieuvergunningen zelf te beoordelen of een vergunning behoorde te worden verleend of geweigerd in het belang van het milieu en zelf te beoordelen over de vergunningvoorschriften die nodig waren. Daarbij speelden de ambtsberichten een belangrijke rol, zonder welke de TwK-rechter zich waarschijnlijk terughoudender had moeten opstellen. Hoewel de TwK-rechter wel oordeelde over geschillen waarin het bestuur op het eerste gezicht leek te beschikken over keuzeruimte, werd die keuzeruimte door de manier waarop de TwK-rechter toetste zozeer ingeperkt, dat er nauwelijks nog gesproken werd over echte beoordelingsvrijheid. De geschiedenis van de TwK-rechter laat nog iets interessants zien: op terreinen waar het bestuur zijn keuzevrijheid op grote schaal heeft ingevuld door het opstellen van beleidsregels en richtlijnen, kan de rechter verder gaan met het definitief beslechten van geschillen. De rechter kan immers toetsen of het bestuur zich in een concrete zaak heeft gehouden aan zijn eigen beleid of aan de richtlijn. Hoewel die binding zwakker is dan de binding aan wettelijke voorschriften, biedt zij de rechter wel degelijk een belangrijk houvast bij een inhoudelijk-indringende beoordeling van het geschil. Pas na de inwerkingtreding van de Awb is de bestuursrechter in geschillen over milieuvergunningen overgegaan op een terughoudender toetsing.⁵⁴

Die indringend-inhoudelijke toetsing werd mede mogelijk gemaakt doordat de TwK-rechter beschikte over deskundige adviezen in de vorm van ambtsberichten, waarin de feiten en de technische aspecten van de zaak op een voor de rechter bruikbare manier werden aangereikt. Toch liep ook de TwK-rechter tegen een principiële grens aan, die inherent lijkt te zijn aan het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien: de ex tunc-toetsing. Feiten, beleid en voorschriften die dateren van na het bestreden besluit, blijven in beginsel buiten het geding bij de rechter. De TwK-rechter probeerde wel om de scherpe kantjes van dit principe af te slijpen (door middel van 'retrospectieve ex tunc-toetsing'). Maar het zou moeilijk met het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien in overeenstemming te brengen zijn, als de rechter een besluit zou vernietigen dat rechtmatig was toen het werd genomen, alleen omdat het onrechtmatig zou zijn geweest indien het in een later stadium zou zijn genomen.

53. Widdershoven/Jurgens/Van Buuren/Addink 1991. Een samenvatting van de bevindingen staat op p. 296-298.

54. Widdershoven/Jurgens/Van Buuren/Addink 1991. Na de inwerkingtreding van de Awb is de bestuursrechter ook in milieugeschillen op een meer terughoudende toetsing overgegaan: ABRvS 21 april 1998, AB 1998, m.nt. Jurgens, Rechtspraak bestuursrecht 1997-1998: de annotaties, nr. 9 (A.P. Klap).

3.4 SAMENVATTING EN CONCLUSIES

In paragraaf 3.2 is geschetst hoe in Nederland in de twintigste eeuw het administratieve beroep, een vorm van geschilbeslechting binnen het openbaar bestuur zelf, als een ideale vorm van geschilbeslechting werd beschouwd, althans op terreinen waar het bestuur over discretionaire bevoegdheden beschikte. Deze voorkeur voor het administratieve beroep kwam voort uit de opvatting dat de beslechting van geschillen over het openbaar bestuur tot de taak van dat bestuur zelf behoorde. De rechter werd in deze opvatting minder goed in staat geacht bestuursrechtelijke geschillen te beslechten: hij miste de democratische legitimatie, de technische deskundigheid en de sociaal-bestuurlijke ervaring en deskundigheid. Als men vanuit het heden terugkijkt op deze oude opvatting, dan moet erbij worden bedacht dat zij is ontstaan in een tijd waarin wet en recht min of meer als synoniemen werden beschouwd. Een rechterlijk oordeel over het bestuursoptreden kon in de oude opvatting niet veel meer zijn dan een wetmatigheidsoordeel. Daarom verwachtte men van de rechter geen oordeel over 'behoorlijk bestuur' in de ruimere betekenis van het woord. Met de opkomst van de beginselen van behoorlijk bestuur, in de tweede helft van de vorige eeuw, zijn de mogelijkheden van rechterlijke toetsing veel ruimer geworden.

De oude opvatting had ertoe bijgedragen dat de geschilbeslechting slechts op bepaalde terreinen van het overheidsbestuur werd opgedragen aan bestuursrechters. Daarbij speelde een rol dat het bestuur op een aantal terreinen (zoals dat van de belastingen en de sociale zekerheid) in sterke mate was gebonden aan wettelijke normen. Bij geschillen over de uitoefening van gebonden bevoegdheden, waar de te nemen beslissing min of meer uit de wet voortvloeit, ligt het voor de hand de rechter het geschil te laten beslechten. Op die terreinen kon men verwachten dat de rechter daadwerkelijk geschillen kon beslechten, want het toepassen van de wet op de feiten is een typisch rechterlijke bevoegdheid. Op terreinen waar het bestuur over ruimere keuzevrijheid beschikte (zoals in het omgevingsrecht) was de neiging groot om vast te houden aan de opvatting dat de geschilbeslechting beter kan worden opgedragen aan het bestuur zelf.

Na 1976, toen algemene bestuursrechtspraak werd ingevoerd bij de Wet Arob, werd het Kroonberoep verdrongen door het beroep op een onafhankelijke bestuursrechter. De onafhankelijkheid van de geschilbeslechting kwam op de voorgrond te staan. De bedenkingen tegen bestuursrechtspraak schoven naar de achtergrond. Het vertrouwen in de bestuursrechter was groot, vooral omdat hij onafhankelijke rechtsbescherming bood. Bovendien verwachtte men dat hij zich zou ontwikkelen tot een goede geschilbeslechter, ook op terreinen waar het bestuur over ruime keuzevrijheid beschikte omdat de rechter toetste aan beginselen van behoorlijk bestuur en bovendien houvast kon vinden in het door het bestuur zelf ontwikkelde beleid.

In paragraaf 3.3 is de vraag besproken in hoeverre de bestuursrechters van vóór de Awb konden worden aangemerkt als geschilbeslechters. Vóór de invoering van de Awb waren er verschillende soorten bestuursrechters. Hun bevoegdheden bij

het doen van uitspraken verschilden. Ook waren er verschillen in de wijze waarop zij met het geschil omgingen.

In de theorie worden twee modellen onderscheiden: het objectieve model en het subjectieve model. In het objectieve model staat de vraag centraal of het bestuur een rechtmatig besluit heeft genomen. In het subjectieve model staat de vraag centraal of de rechten van de eisende partij beschermd moeten worden. In het objectieve model kan de rechter volstaan met een toetsingsperspectief. In het subjectieve model ligt een geschilbeslechtingsperspectief meer voor de hand dan een toetsingsperspectief. Deze twee theoretische modellen bieden geen antwoord op de vraag in hoeverre de oude bestuursrechters geschilbeslechters waren. Zij kunnen wel dienen als ideaaltypische modellen bij de analyse van het bestuursprocesrecht. De praktijk van het bestuursprocesrecht vertoont steeds kenmerken van beide modellen.

De bestuursrechters van vóór de Awb werkten vanuit verschillende perspectieven. De Arob-rechter hanteerde vooral een toetsingsperspectief, de belastingrechter een geschilbeslechtingsperspectief. Bij de overige bestuursrechters was het beeld gevarieerder, zowel wat betreft de uitspraakbevoegdheden als wat betreft de feitelijke werkwijze van deze rechters.

Bij de keuze tussen een toetsingsperspectief en een geschilbeslechtingsperspectief kan de rechter worden geholpen door de wetgever, want uitspraakbevoegdheden, zoals die tot zelf voorzien of in stand laten van de rechtsgevolgen, kunnen het hem mogelijk maken een definitieve beslissing in het geschil te nemen. Maar in hoeverre de rechter van die bevoegdheden gebruikmaakt, hangt af van zijn feitelijke werkwijze. Die werkwijze lijkt sterk te worden beïnvloed door de aard van het rechtsgebied.

Een belangrijke factor is de discretionaire ruimte die het bestuur toekomt. Op terreinen waar de rechter oordeelt over de uitoefening van gebonden bevoegdheden, zoals in het socialezekerheidsrecht en het belastingrecht, treedt de rechter meer op als definitieve geschilbeslechter. Op terreinen waar het bestuur beschikt over ruime keuzevrijheid, zoals bij de Arob-rechter het geval was, is definitieve geschilbeslechting door de rechter moeilijker te realiseren. De keuzevrijheid van het bestuur is minder een belemmering op terreinen waar het bestuur gebonden is aan beleidsregels die het zelf heeft opgesteld. De rechter kan immers toetsen of het bestuur zich in een concrete zaak heeft gehouden aan zijn eigen beleid.

De bestuurlijke keuzevrijheid is niet de enige relevante factor. Daarnaast is van belang in hoeverre de rechter weet door te dringen tot de achtergronden en met name de feiten van het geschil. Sommige bestuursrechters kenden een traditie van uitvoerig onderzoek naar de relevante feiten. De opheldering van de relevante feiten die daarvan het gevolg was, maakte het voor de rechter mogelijk om dichter bij een eindbeslissing te komen dan wanneer hij de zaak wegens gebreken in het feitenonderzoek of in de onderbouwing van het besluit zou hebben teruggestuurd naar het bestuursorgaan.

Er bestond bij verschillende rechters (in ieder geval de socialezekerheidsrechter, de belastingrechter en de TwK-rechter) een verband tussen feitenonderzoek en bestuurlijke keuzevrijheid. Naar mate er minder keuzevrijheid is voor het bestuur, ligt het meer voor de hand dat de rechter de feiten onderzoekt (of laat

onderzoeken) en daar de toepasselijke voorschriften op toepast, zodat het geschil definitief kan worden beslecht. Omgekeerd heeft grondig feitenonderzoek tot gevolg dat de rechter meer inhoudelijk-indringend kan toetsen, waardoor de bestuurlijke keuzevrijheid, in relatie tot de rechterlijke toetsingsruimte, wordt beperkt.

Op grond van dit historische hoofdstuk kunnen drie constatering worden gedaan die voor het vervolg van dit onderzoeksrapport van belang zijn.

Het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien

Het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien stelt de rechter in staat te oordelen over onrechtmatige besluiten van het bestuur zonder het bestuurlijke besluitvormingsprimaat aan te tasten. Dit stelsel splitst het geschil tussen bestuur en burger op door het juridische geschil eruit te lichten en aan de rechter voor te leggen. Deze opsplitsing heeft de geschilbeslechting in het bestuursrecht bemoeilijkt.

Bestuurlijke keuzevrijheid

Op terreinen waar het bestuur sterk is gebonden aan wet- en regelgeving heeft de bestuursrechter al (ver) vóór de Awb kunnen werken met een geschilbeslechtingsperspectief. Op terreinen met veel bestuurlijke keuzevrijheid werd de bestuurlijke invalshoek onmisbaar geacht voor het realiseren van definitieve geschilbeslechting. De bestuursrechter heeft zich ook op deze terreinen, al vóór de inwerkingtreding van de Awb, ontwikkeld tot een onafhankelijke rechtsbeschermmer. Maar daarmee was hij nog geen geschilbeslechter. Naarmate het bestuur meer vrijheid had, was het voor de bestuursrechter moeilijker om geschillen definitief te beslechten. Daarbij moet wel worden bedacht dat het bestuur de door hemzelf gemaakte keuzes kon vastleggen: naarmate het bestuur meer beleid had ontwikkeld, kon de rechter vaak beter doordringen tot de te beslechten punten van geschil.

Het belang van de feiten

Al vóór de inwerkingtreding van de Awb waren er verschillen tussen de manieren waarop bestuursrechters op verschillende deelreinen van het bestuursrecht omgingen met de voor een geschil relevante feiten. Op terreinen waar het bestuur meer is gebonden door wet- en regelgeving ligt het meer voor de hand dat de rechter de feiten onderzoekt en daar de toepasselijke voorschriften op toepast, zodat het geschil definitief kan worden beslecht. Op terreinen waar het bestuur over veel keuzevrijheid beschikte, had de rechter meer de neiging om het feitenonderzoek als een primaire taak van het bestuur te beschouwen. De rechter zag toe op de wetmatigheid en de zorgvuldigheid van het bestuurlijke feitenonderzoek.

4 Geschilbeslechting onder de Awb

4.1 INLEIDING

In dit vierde hoofdstuk wordt de rol van de bestuursrechter onder de Awb beschreven. In hoeverre is hij een geschilbeslechter? De wetgever heeft ervoor gekozen de subjectieve rechtsbescherming als primaire functie van de bestuursrechtspraak voorop te stellen en niet de objectieve rechtmatigheidscontrole. De subjectivering van de bestuursrechtspraak kreeg daardoor een sterke impuls (paragraaf 4.2 en 4.3).

Die subjectivering impliceert nog geen keuze voor geschilbeslechting als doel van het bestuursproces. In hoofdstuk 3 zijn rechtmatigheidstoetsing, rechtsbescherming en geschilbeslechting als drie verschillende doelstellingen onderscheiden. Tussen objectieve rechtmatigheidstoetsing, subjectieve rechtsbescherming en geschilbeslechting wordt theoretisch duidelijk onderscheid gemaakt, maar in de Awb worden deze drie doelen tegelijk gediend. Wat dat betreft heeft de wetgever met de Awb geen echte keuze gemaakt. Onder anderen Tak heeft op het ontbreken van die keuze kritiek geleverd.⁵⁵ Binnen het kader van een stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien, dat typerend is voor het objectieve model, wordt de rechter opgedragen om rechtsbescherming te bieden en geschillen zoveel mogelijk definitief te beslechten. Daartoe zijn aan het stelsel specifieke instrumenten toegevoegd, die bij de geschilbeslechting kunnen helpen: zelf in de zaak voorzien, in stand laten van de rechtsgevolgen, passeren van vormgebreken, een actief-onderzoekende rol van de rechter in het proces, een regeling voor intrekking en wijziging hangende beroep, het stellen van een termijn waarbinnen een nieuw besluit moet worden genomen. In dit hoofdstuk worden die instrumenten achtereenvolgens behandeld. Daarbij wordt besproken hoe de wetgever heeft bedoeld de geschilbeslechting te bevorderen en wordt ook een beeld gegeven van de ervaringen in de rechtspraak. Hoofdpunten uit de discussies in de literatuur worden behandeld voorzover zij relevant zijn voor de vraagstelling van dit onderzoek. In paragraaf 4.7 wordt alvast op de rechtsontwikkeling vooruitgelopen, want daar wordt de 'bestuurlijke lus' besproken, zoals die in een recent voorontwerp van wet is voorgesteld. Hoewel dat voorontwerp thans nog geen wet is en er kan nog van alles aan veranderen, is het voor het onderwerp van dit evaluatieonderzoek zo wezenlijk, dat het in dit hoofdstuk als een toekomstige ontwikkeling wordt meegenomen.

55. Tak 1992 en Tak 2005.

4.2 DE DOELSTELLINGEN VAN HET BESTUURSPROCES ONDER DE AWB

In de memorie van toelichting bij de Awb (tweede tranche) is een uiteenzetting gegeven over de doelstellingen van het bestuursproces. Gesteld is daar dat het proces twee doelstellingen heeft: handhaving van het objectieve recht en het bieden van rechtsbescherming aan de burger tegen het eenzijdige optreden van de overheid. De doelstellingen, zoals zij in deze inmiddels overbekende passage uit de wetsgeschiedenis zijn verwoord, vertonen gelijkenis met het objectieve en het subjectieve model, zoals die in dit rapport in paragraaf 3.3.3 zijn onderscheiden.

In hoofdstuk 3 is al gebleken dat de bestuursrechtspraak in Nederland vóór de Awb voor een belangrijk deel sterk objectief van aard was, maar ook subjectieve varianten kende. In de memorie van toelichting bij de Awb werd geconstateerd dat er in de jaren die aan de Awb voorafgingen een principiële accentverschuiving gaande was.⁵⁶ Het primaat van de functie van het handhaven van het objectieve recht zou plaats hebben gemaakt voor het primaat van de rechtsbeschermingsfunctie. Of er vóór de Awb inderdaad zo'n accentverschuiving gaande was, moet worden betwijfeld. De Arob-rechter, ingesteld in 1976, paste beter in het objectieve model en de sociaizekerheidsrechter, de ambtenarenrechter en de belastingrechter, die al veel langer bestonden, pasten redelijk tot zeer goed in het subjectieve model. Maar toen de memorie van toelichting bij de Awb eenmaal had verklaard dat het bestuursprocesrecht een ontwikkeling van subjectivering doormaakte, was dat een zichzelf vervullende voorspelling. De wetgever trof in de Awb een aantal voorzieningen om deze ontwikkeling kracht bij te zetten en in de rechtspraak zijn die voorzieningen opgepakt en heeft de subjectivering zich voor een groot deel voltrokken.

4.3 SUBJECTIVERING VAN DE TOETSING

Artikel 8:69, eerste lid, van de Awb bedoelt vast te leggen dat de rechter zijn toetsing in beginsel moet beperken tot de punten van geschil die partijen aan hem voorleggen. Zo moet deze bepaling volgens de memorie van toelichting worden uitgelegd en hoewel deze interpretatie met geen mogelijkheid uit de wetstekst zelf is af te leiden, heeft de jurisprudentie zich sinds 1994 bij deze interpretatie neergelegd. Gevolg hiervan waren de afschaffing van het 'ultra petita gaan' (de uit het objectieve model stammende ambtshalve toetsing buiten de bezwaren van de eiser om) en de afschaffing van de 'reformatio in peius' (het brengen van de benadeelde in een slechtere positie dan waarin hij zonder beroep zou hebben verkeerd). Alleen aan regels van openbare orde wordt nog getoetst buiten de door de eiser aangevoerde bezwaren om. Onder die regels van openbare orde worden ingevolge de jurisprudentie alleen nog regels van bevoegdheid en ontvankelijkheid begrepen. Kort door de bocht geformuleerd: rechtmatigheidscontrole geschiedt niet meer buiten de twistpunten van partijen om, behalve als het gaat om ontvankelijkheid of bevoegdheid.

56. PG Awb II, p. 174.

De rechter is wel verplicht gebleven om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen (art. 8:69, tweede lid Awb), maar die verplichting geldt alleen voor rechtsgronden die betrekking hebben op de punten van geschil die partijen aan de rechter hebben voorgelegd. De rechter vertaalt zo nodig de bezwaren van de eiser in juridische termen en past daarop het geldende recht toe. Daarnaast is de rechter bevoegd om ambtshalve de feiten aan te vullen (dat wil meestal zeggen: te onderzoeken), voorzover het gaat om feiten die relevant zijn voor de beoordeling van de door de partijen aangevoerde punten van geschil. Kortom: partijen bepalen de omvang en de grenzen van het geding; de rechter zoekt binnen die grenzen naar de materiële waarheid omtrent de feiten en past daarop het geldende recht toe.⁵⁷

4.4 VIA SUBJECTIVERING NAAR GESCHILBESLECHTING

De keuze voor rechtsbescherming als primaire functie van het bestuursproces impliceert nog geen keuze voor geschilbeslechting als doel van dat proces. Maar in de memorie van toelichting werden deze twee functies soms min of meer met elkaar vereenzelvigd:

‘In overeenstemming met en als consequentie van de (...) geschetste ontwikkeling kiezen wij voor de rechtsbeschermingsfunctie (...) als primaire doelstelling van het bestuursprocesrecht. Het bestuursprocesrecht dient derhalve een adequaat kader te bieden voor het bindend beslechten van een rechtsgeschil in de verhouding tussen burger en bestuursorgaan.’⁵⁸

Hieruit mag men niet afleiden dat het objectieve model geheel is verlaten. Als eerste kenmerk van het bestuursproces van de Awb staat nog steeds de rechtmatigheidstoetsing *ex tunc* van een besluit voorop en het procesrecht van de Awb is gebouwd op het uitgangspunt dat na vernietiging van een besluit het bestuur opnieuw moet beslissen. De kern van het proces is daardoor die van het objectieve model. Daar is bewust voor gekozen.⁵⁹

Maar ook al zijn de rechtmatigheidstoetsing *ex tunc* en het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien kenmerkend voor het objectieve model, dat sluit niet uit dat zij een goede functie kunnen vervullen in een procesrecht dat op geschilbeslechting is gericht. De VAR-Commissie Rechtsbescherming benadrukte dit in haar rapport van 2004. In veel gevallen is de vernietiging van een besluit een goede en effectieve manier om rechtsbescherming te bieden en het geschil te beslechten. De Commissie noemt als voorbeelden de vernietiging van een bouwvergunning die niet verleend had mogen worden en de vernietiging van een bestuurlijke boete die niet opgelegd had mogen worden.

Bij de totstandkoming van de Awb (en ook in het zojuist genoemde rapport van 2004) werd erkend dat aan het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien nadelen kleven uit een oogpunt van geschilbeslechting. De memorie van toelichting

57. Een recente beschouwing daarover is te vinden bij Brugman 2005.

58. PG Awb II, p. 174.

59. PG Awb II, p. 175.

stelde dat het nodig was om de nadelige consequenties van het stelsel te beperken. Daartoe zijn enkele voorzieningen in de wet getroffen teneinde de rechter 'alle ruimte' te bieden 'om te komen tot een materiële oplossing van het geschil'. In de hierna volgende paragrafen worden deze wettelijke voorzieningen besproken.

4.5 ZELF IN DE ZAAK VOORZIEN

4.5.1 *Wat is zelf in de zaak voorzien?*

Ingevolge de laatste zinsnede van artikel 8:72, vierde lid, Awb kan de rechter bepalen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit. Daarmee 'voorziet de rechter zelf in de zaak'. Het is dan niet meer nodig dat het bestuursorgaan nog een nieuw besluit neemt ter vervanging van het vernietigde besluit. De rechterlijke uitspraak kan daarmee een einde maken aan de discussie over de vraag welk besluit voor de toekomst moet gelden.

Vaak is aan de procedure bij de bestuursrechter een bezwaarschriftprocedure voorafgegaan. Het bestreden besluit bij de rechter is dan het besluit dat op het bezwaarschrift is genomen, niet het primaire besluit, waartegen het bezwaarschrift was gericht. Als de rechter tot vernietiging overgaat, vernietigt hij dus het besluit op bezwaar. Voorziet hij daarbij zelf in de zaak, dan neemt hij zelf een beslissing op het bezwaarschrift.⁶⁰ Daarbij kan hij het primaire besluit herroepen.⁶¹ Doet hij dat, dan moet hij in het systeem van de Awb (voorzover nodig) een nieuw besluit daarvoor in de plaats stellen (art. 7:11, tweede lid, Awb jo. 8:72, vierde lid, Awb). Uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak blijkt dat de rechter alleen op deze wijze zelf in de zaak mag voorzien indien daardoor na de uitspraak geen nieuw besluit meer nodig is. De rechter mag dus niet het primaire besluit herroepen en bepalen dat het bestuursorgaan een nieuw primair besluit moet nemen.⁶²

4.5.2 *Het criterium: 'indien na de vernietiging rechtens slechts één beslissing mogelijk is'*

Aan het gebruik van deze bevoegdheid is meteen al in de memorie van toelichting een enorme beperking gesteld. De rechter is bevoegd om 'waar dat mogelijk is, zelf in de zaak te voorzien'. En daarmee wordt bedoeld dat hij in beginsel slechts zelf in de zaak mag voorzien 'indien na de vernietiging rechtens slechts één beslissing mogelijk is'.⁶³ In dat geval heeft het bestuur immers geen keuzevrijheid (meer) en is een rechterlijk eindoordeel in overeenstemming met de bevoegdheidsverdeling tussen rechter en bestuur.⁶⁴

De memorie van toelichting gebruikt hier nadrukkelijk de woorden 'in beginsel.' De regering wilde de ruimte laten voor gevallen waarin partijen de rechter vragen

60. De Waard 1987 (b).

61. ABRvS 13 mei 1996, AB Kort 1996, 370; ABRvS 22 februari 1996, NJB-katern 1996, p. 649, nr. 25.

62. ABRvS 1 april 1996, AB 1996, 321 m.nt. Van Buuren.

63. PG Awb II, p. 460.

64. ABRvS 6 februari 2001, AB 2001, 149. Zie onder meer Boukema 1994, p. 12-14; Leyten-de Wijkersloot de Weerdesteyn 1994, p. 136; Heldeweg 1993; Stroink 1995.

om het geschil definitief te beslechten, ook als er nog discretionaire ruimte voor het bestuur over is. De wens om een einde aan het geschil te maken kan dat rechtvaardigen. Daar moet de rechter onder omstandigheden aan tegemoet kunnen komen, onder de voorwaarde dat daardoor geen ontoelaatbaar nadeel wordt toegebracht aan de rechtspositie van derden.

Het is dus niet uitgesloten dat de rechter zelf in de zaak voorziet in gevallen waarin hij constateert dat er nog bestuurlijke keuzevrijheid bestaat. De rechter mag de keuzevrijheid van het bestuur niet *doorkruisen*. In gevallen waarin het bestuur nog keuzevrijheid heeft, wordt die vrijheid niet per definitie doorkruist doordat de rechter zelf in de zaak voorziet. Het komt wel voor dat een rechter een vervangende beslissing neemt overeenkomstig de inzichten van het bestuursorgaan, zoals die tijdens de procedure duidelijk zijn geworden. Daarmee wordt de keuzevrijheid niet doorkruist.⁶⁵

Het bestuursorgaan kan ook zich conformeren aan het oordeel van de rechter. In de memorie van toelichting werd al geschreven dat partijen de rechter kunnen verzoeken om zelf in de zaak te voorzien. In het algemeen neemt men aan dat het bestuursorgaan zijn keuzevrijheid vrijwillig kan prijsgeven door de beslissingsmacht in handen van de rechter te stellen. De reden daarachter kan zijn dat partijen hun geschil zo snel als mogelijk willen afronden.⁶⁶ De rechter is niet verplicht om aan dit verzoek van partijen tegemoet te komen. Hij zal in zo'n geval bovendien niet voorbij mogen gaan aan de belangen van derden die geen partij zijn in het geding.

De VAR-Commissie gaat tien jaar na de inwerkingtreding van de Awb, in haar rapport over de toekomst van de rechtsbescherming, een stap verder door te concluderen dat er behoefte bestaat aan een bestuursrechter die 'in zijn uitspraak het geschil zo enigszins mogelijk definitief beslecht.'⁶⁷ Dat vraagt volgens de Commissie om een eenvoudig procesrecht met weinig processuele drempels en voldoende rechterlijke bevoegdheden om geschillen definitief te beslechten. Welke bevoegdheden dat zouden moeten zijn, vermeldt het rapport niet. Over de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien en de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten, beschikken alle rechters al. Maar van die bevoegdheden wordt, zo constateert de Commissie, 'slechts bij uitzondering' gebruikgemaakt. Er zijn nog meer voorstanders van een ruimer gebruik van de rechterlijke bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien.⁶⁸ Ook zij maken het voorbehoud dat de rechter niet zelf in de zaak mag voorzien zolang het bestuur nog keuzevrijheid heeft, maar zij wijzen erop dat die keuzevrijheid vaak vergaand kan worden ingeperkt door de rechterlijke beoordeling van het vernietigde besluit (zie daarover

-
65. Zie bijvoorbeeld: CRvB 23 maart 1995, JB 1995, 121; ABRvS 21 april 1995, JB 1995, 146; Pres. Rb. Zutphen 1 februari 1995, JB 1995, 71.
66. Dat vond men ook al vóór de Awb, ten tijde van de TwK. Zie Widdershoven/Jurgens/Van Buuren/Addink 1991, p. 248-254.
67. VAR-Commissie rechtsbescherming 2004, p. 69.
68. Zie onder meer Hirsch Ballin 1986, p. 176-197; Ter Brugge e.a. 1990, p. 162-170; Ten Berge/Widdershoven 1993; Brenninkmeijer 1994, p. 13-32; Hutten 1992; Schueler 1994; Neerhof 1999; Polak 2000; Barkhuysen/Van Emmerik/Loof 2000; Van Ettekovens 2001 en 2001 (b); Polak e.a. 2002.

ook hierboven, paragraaf 3.3.4, waar onder andere sprake was van *Ermessensreduziering auf Null*). Vaak is in de loop van het geschil de keuzevrijheid van het bestuursorgaan vergaand beperkt. Zo kunnen gewekte verwachtingen het bestuursorgaan tot het nemen van een bepaald besluit verplichten. En aan de hand van de eis van een consistent beleid kan het bestuursorgaan soms gedwongen worden om een bepaald besluit te nemen, omdat het dit in andere gevallen ook heeft gedaan. Heeft het bestuursorgaan beleidsregels vastgesteld, dan kan de rechter het bestuursorgaan daaraan in beginsel gebonden achten.⁶⁹

Er zijn ook tegenstanders van het zelf in de zaak voorzien. Van hen moet vooral Tak worden genoemd. In diens opvatting mag de rechter helemaal nooit een bestuursbesluit nemen, maar moet hij altijd de rechtspositie van de rechtzoekende burger vaststellen. De vraag zou volgens hem moeten zijn, in hoeverre de rechter aan het bestuur mag dicteren wat dit bestuur tot inhoud van diens besluit moet maken. Het antwoord is dan relatief eenvoudig: de rechter moet dat steeds doen, voor zover de beantwoording van rechtsvragen daartoe leidt.⁷⁰ Tak betoogt dat deze alternatieve structuur voor het bestuursproces het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien overbodig zou maken en bovendien zou helpen bij de bestrijding van wat hij noemt 'formulierenjurisprudentie' in een 'mechanische mierenmaatschappij'.

4.5.3 Overzicht van gevallen waarin wel zelf in de zaak wordt voorzien

Nu de achtergronden van het zelf in de zaak voorzien zijn beschreven, kan het volgende overzicht worden gegeven van gevallen waarin wel, of juist niet zelf in de zaak wordt voorzien. Het overzicht bouwt voort op eerder door Polak, Van Lessen Kloeke en Van der Mersch verricht onderzoek naar de jurisprudentie over de periode 1994-2001. Onderstaand overzicht bestrijkt ook de periode daarna en het gebruikt een iets andere indeling.⁷¹

4.5.3.1 *Gevalen waarin het bestuur om redenen van bevoegdheid of ontvankelijkheid maar één beslissing kan nemen*

Er zijn zaken waarin de rechter niet aan een inhoudelijke beoordeling van het besluit toekomt en daar ook niet aan toe behoort te komen. Een veel voorkomend geval is dat waarin het beroep is gericht tegen een besluit waarbij het bestuursorgaan een bezwaarschrift inhoudelijk heeft beoordeeld terwijl het bezwaar-

69. Zie over het beleidsaspect reeds Kroonberoep en Arob-beroep 1981; Widdershoven e.a. 1991, m.n. hoofdstuk 10; Ter Brugge e.a. 1991; Polak e.a. 2002; Allewijn 1994, p. 114-115 (de laatste met kritische opmerkingen over de 'beleidsoriëntatie' van de bestuursrechter: die bevordert het besef van precedentwerking en daardoor de bureaucratie).

70. Tak 2005, p. 892-898 en Tak 1990 en 1992. Op terughoudendheid wordt bijvoorbeeld ook aangedrongen door Stroink (1995).

71. Polak e.a. 2002. Zij onderzochten de in de AB en de JB gepubliceerde jurisprudentie in de periode van 1994 tot en met augustus 2001.

schrift niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard. De rechter voorziet dan zelf in de zaak door het bezwaarschrift alsnog niet-ontvankelijk te verklaren.⁷²

Tot deze categorie behoren ook de gevallen waarin het bestuursorgaan een besluit heeft genomen terwijl het niet beschikte over de daartoe strekkende wettelijke bevoegdheid. De rechter kan dan het besluit op bezwaar vernietigen en, zelf in de zaak voorzien, het onbevoegd genomen primaire besluit herroepen.⁷³

4.5.3.2 *Geschillen over besluiten op basis van een volledig gebonden bevoegdheid*

Indien het beroep is gericht tegen een besluit dat stoelt op een volledig gebonden bevoegdheid, waarbij het bestuursorgaan geen enkele beleids- of beoordelingsruimte toekomt, kan de rechter gebruikmaken van zijn bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien. Het gaat hier om zaken waarin de rechter wel toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van het besluit en de wettelijke regeling bindend voorschrijft hoe het besluit had moeten luiden.⁷⁴ Dergelijke gebonden bevoegdheden heeft het bestuur met name op het terrein van de sociale zekerheid en het belastingrecht, maar soms ook daarbuiten.

4.5.3.3 *Geschillen over besluiten op basis van een discretionaire bevoegdheid*

Is het beroep gericht tegen een besluit dat stoelt op een discretionaire bevoegdheid, waarbij het bestuursorgaan wel beleids- of beoordelingsruimte toekomt, dan is de terughoudendheid bij het gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien groot. Maar er zijn drie categorieën van gevallen waarin de rechter toch zelf in de zaak kan voorzien.

- a Tot de eerste categorie behoren de gevallen waarin uit de toepassing van *beginselen van behoorlijk bestuur* volgt dat het bestuursorgaan nog maar één beslissing kan nemen. De keuzevrijheid van het bestuur is dan door deze beginselen tot nul gereduceerd. Polak c.s. leiden uit de gepubliceerde jurisprudentie af dat de rechter in zulke gevallen ‘veelvuldig’ zelf in de zaak voorziet.

Indien bij toetsing van een besluit aan artikel 3:4, tweede lid, van de Awb (het evenredigheidsbeginsel) blijkt dat het primaire besluit om inhoudelijke redenen niet genomen had mogen worden, kan de rechter het besluit op bezwaar vernietigen en, opnieuw in de zaak voorzien, het primaire besluit herroepen. Dat ziet men bijvoorbeeld bij de toetsing van sanctiebesluiten wel gebeuren. Ook komt het soms voor dat de rechter een vergunningvoorschrift onevenredig belastend vindt en zelf een nieuw voorschrift formuleert. In sommige gevallen beroept de rechter zich bij het zelf in de zaak voorzien op het zorgvuldigheidsbeginsel.⁷⁵

72. Polak e.a. 2002, p. 5, noemen een reeks voorbeelden. Verder: ABRvS 18 mei 2005, JB 2005, 193; ABRvS 6 juli 2005, AB 2005, 278; CRvB 7 april 2005, TAR 2005, 88.

73. CRvB 24 augustus 2000, AB 2000, 420 m.nt. HH; ABRvS 16 oktober 2000, JB 2000, 344; ABRvS 14 november 2001, Gst. 2001, 7161, 3; ABRvS 26 november 2003, JB 2004, 43; CBB 7 oktober 1998, AB 1999, 20 m.nt. JHvdV.

74. Polak e.a. 2002, p. 6, noemen een reeks voorbeelden. Verder: CRvB 19 april 2005, RSV 2005, 195; ABRvS 24 december 2002, ABkort 2003, 36.

Het is niet uitgesloten dat de rechter uit een toetsing aan het motiveringsbeginsel afleidt welke inhoudelijke beslissing uiteindelijk in de zaak moet worden genomen.⁷⁶ Men ziet dit in de gepubliceerde jurisprudentie maar zeer zelden gebeuren. Het gaat dan om gevallen waarin de rechter van oordeel is dat het motiveringsgebrek na de vernietiging niet meer herstelbaar is.⁷⁷

Het komt blijkens de gepubliceerde jurisprudentie niet vaak voor dat de rechter op basis van de toetsing aan het rechtszekerheidsbeginsel bepaalt wat de inhoud van het bestreden besluit moet zijn.⁷⁸ Ook het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel stellen de rechter maar zelden in staat tot het doen van een uitspraak waarbij zelf in de zaak wordt voorzien.⁷⁹

- b) Zoals hierboven al bleek, kan de keuzevrijheid van het bestuursorgaan worden beperkt doordat er *beleidsregels* zijn vastgesteld. Ook in paragraaf 3.3.5 is daar al op gewezen. Uit de beleidsregel kan voortvloeien welke beslissing in het concrete geval moet worden genomen, zodat de rechter zelf in de zaak kan voorzien.⁸⁰ Heeft het bestuursorgaan beleidsregels vastgesteld, dan kan de rechter het bestuursorgaan daaraan in beginsel gebonden achten.⁸¹ Daarbij is toch ook weer een zekere terughoudendheid noodzakelijk, omdat het bestuur soms van een beleidsregel moet afwijken in verband met bijzondere omstandigheden (art. 4:84 Awb).
- c) Soms voorziet de rechter zelf in de zaak op *verzoek van een of meer partijen*. Zoals hierboven al bleek, is dat in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever. Een argument om op zo'n verzoek welwillend in te gaan kan gelegen zijn in redenen van proceseconomie, met name als de procedure al lang geduurd heeft.⁸² De rechter moet uiteraard wel ergens houvast in vinden, wil hij in deze gevallen zelf in de zaak kunnen voorzien. Als er alleen om wordt verzocht, maar er nog te veel beslissingsalternatieven mogelijk zijn, kan dat

75. Polak c.s. tellen zeven voorbeelden hiervan. Daarvan is er één niet overtuigend: daarin werd weliswaar vernietigd wegens onzorgvuldigheid, maar het opnieuw voorzien geschiedde op basis van een 'niet onredelijke' alternatieve beslissing, die het bestuursorgaan in zijn verweerschrift had voorgesteld. De finale beslissing vloeit dan niet voort uit het zorgvuldigheidsbeginsel, maar uit een (marginaal getoetst) beslissingsalternatief van het bestuursorgaan.

76. Polak c.s. 2002, p. 7 (noot 25) telden over de periode 1994-2001 tien Awb-gevallen (en één TwK-geval), waarvan er evenwel vijf niet overtuigen. In één geval werd zelf in de zaak voorzien op basis van een door het bestuursorgaan ter zitting voorgesteld alternatief. In vier gevallen werd een onderdeel van een bestemmingsplan in strijd geacht met het rechtszekerheidsbeginsel en werd de goedkeuring van dat onderdeel door de rechter onthouden (ABRvS 17 juli 2000, AB 2001, 98; ABRvS 10 juli 1997, AB 1998, 30; ABRvS 30 mei 1997, AB 1997, 363; ABRvS 16 maart 1996, AB 1996, 252). Dat is weliswaar een toepassing van artikel 8:72, vierde lid, van de Awb, omdat de rechter doet wat gedeputeerde staten hadden moeten doen (gedeputeerde staten kunnen alleen goedkeuring verlenen of onthouden). Maar zo'n uitspraak heeft tot gevolg dat de gemeenteraad een nieuw bestemmingsplan moet vaststellen ingevolge artikel 30 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening. Over de inhoud daarvan had de rechter geen finaal oordeel gegeven. De Afdeling bestuursrechtspraak voorziet dan zelf in de zaak om te voorkomen dat een zinloze procedurele tussenstap bij gedeputeerde staten moet worden gezet, niet omdat uit een beginsel van behoorlijk bestuur voortvloeit wat de inhoudelijke beslissing van de gemeenteraad zou moeten zijn.

77. Voorbeelden zijn CRvB 2 april 1998, JB 1998, 118; CBb 21 februari 1996, AB 1997, 11.

tot afwijzing van het verzoek leiden.⁸³ Houvast heeft de rechter wel indien het bestuursorgaan tijdens de procedure (ter zitting of in een schriftelijk stuk) aangeeft op welke wijze het gebruik zou willen maken van de resterende keuzevrijheid. Ook komt het voor dat het bestuursorgaan van gedachten is veranderd en aangeeft een ander standpunt aan te hangen dan ten tijde van het nemen van het nieuwe besluit. De rechter kan op basis daarvan zelf in de zaak voorzien, hetzij omdat de wederpartij met het alternatief van het bestuursorgaan instemt, hetzij omdat de rechter het alternatief van het bestuursorgaan rechtens aanvaardbaar acht.⁸⁴ De rechter dient er dan op toe te zien dat belangen van derden, die vaak zelf geen partij zijn in het geding, niet kunnen worden geschaad door de rechterlijke uitspraak.

4.5.4 Overzicht van gevallen waarin niet zelf in de zaak wordt voorzien

Op basis van eerder jurisprudentieonderzoek kunnen de volgende soorten gevallen worden onderscheiden waarin de rechter niet zelf in de zaak voorziet. Het gaat er in deze gevallen uiteraard om dat de rechter het besluitvormingsprimaat van het bestuur wil beschermen.

4.5.4.1 *Rechtens meer dan één beslissing mogelijk*

Deze gevallen vormen de keerzijde van de al vaak genoemde regel dat de rechter alleen zelf in de zaak mag voorzien indien er rechtens nog slechts één beslissing mogelijk is. In gevallen waarin rechtbanken in de ogen van de appelrechters 'te ver' gingen door zelf in de zaak te voorzien als er nog bestuurlijke keuzevrijheid resteerde, werden zij in hoger beroep gecorrigeerd.⁸⁵

-
78. Polak c.s. 2002 telden weliswaar zeven uitspraken waarin zelf in de zaak werd voorzien terwijl werd vernietigd op grond van het rechtszekerheidsbeginsel. Maar slechts drie van die uitspraken zijn overtuigende voorbeelden. In één van de overige gevallen stemden partijen in met een alternatieve inhoud van het besluit, zodat de reden om zelf in de zaak te voorzien moet worden gevonden in die instemming (ABRvS 8 juni 2001, JB 2001, 192). In drie andere gevallen werd een onderdeel van een bestemmingsplan in strijd geacht met het rechtszekerheidsbeginsel en werd de goedkeuring van dat onderdeel door de rechter onthouden (ABRvS 19 mei 2000, AB 2000, 466; ABRvS 6 augustus 1998, AB 1998, 413; ABRvS 16 januari 1996, AB 1996, 188). Daarvoor geldt wat hierboven in noot 76 is gezegd.
79. Over de periode 1994-2001 vonden Polak c.s. slechts twee voorbeelden: CRvB 6 september 2000, AB 2001, 48 (gelijkheid) en ABRvS 13 augustus 1996, AB 1996, 427 (vertrouwen).
80. Polak c.s. 2002, p. 7 (noot 30) telden hiervan acht voorbeelden in de jaren 1994-2001.
81. Zie over het beleidsaspect reeds Kroonberoep en Arob-beroep 1981; Widdershoven e.a. 1991, m.n. hoofdstuk 10; Ter Brugge e.a. 1991; Polak e.a. 2002; Allewijn 1994, p. 114-115 (de laatste met kritische opmerkingen over de 'beleidsoriëntatie' van de bestuursrechter: die bevordert het besef van precedentwerking en daardoor de bureaucratie).
82. Voorbeeld: CBb 22 mei 2002, ABkort 2002, 440.
83. ABRvS 24 november 1998, AB 1999, 79 m.nt. dG.
84. Voorbeelden ABRvS 16 november 2000, JB 2001, 5 m.nt. PvdB; ABRvS 21 april 1995, JB 1995, 146 m.nt. FAMS. CRvB 21 maart 2002, TAR 2002, 110. Zie verder voor de periode 1994-2001 Polak c.s. 2002 p. 7-8.
85. Voorbeelden: ABRvS 1 april 1996, AB 1996, 321 m.nt. PvB; ABRvS 21 oktober 1996, JB 1996, 259 m.nt. FAMS.; CRvB 7 oktober 1997, JB 1997, 256; ABRvS 15 september 2004, AB 2004, 456 m.nt. TN.

Keuzevrijheid kan na de vernietiging van een besluit door de rechter nog in ruime mate bestaan. Dit komt doordat de rechter ter onderbouwing van de vernietiging kan volstaan met het noemen van één of enkele fouten in de besluitvorming, zonder dat hij zich daarbij uitlaat over de vraag welk nieuw besluit voor het vernietigde besluit in de plaats zou mogen of moeten komen. Men moet een onderscheid maken tussen de gronden voor vernietiging van het oude besluit en de gronden voor het nemen van een nieuw besluit. Het rechterlijk oordeel over de rechtmatigheid van het vernietigde besluit vormt niet het laatste woord over de toelaatbaarheid van andere gronden voor het nieuwe besluit. Keuzevrijheid na een vernietiging kan bijvoorbeeld bestaan indien een besluit is vernietigd wegens gebreken in de motivering. Daarna kan de motivering worden verbeterd, zodat een hersteld besluit met dezelfde inhoudelijke strekking kan worden genomen, of een ander besluit met andere gevolgen. De keuze is aan het bestuursorgaan. Ook kan men denken aan gevallen waarin een aanvraag is afgewezen op de ene weigeringsgrond, terwijl de wettelijke regeling ook nog andere weigeringsgronden bevat. Bij toewijzingsgronden kan zich hetzelfde voordoen.⁸⁶

De keuzevrijheid na de vernietiging kan er ook uit bestaan dat het bestuursorgaan na de vernietiging, voordat het opnieuw in de zaak voorziet, eerst nog een ander besluit neemt, waardoor de bestaande situatie wordt 'gered'. Het kan dan gaan om een legaliserend besluit waardoor een bestaande overtreding wordt opgeheven of over een legaliserende vrijstelling waardoor een reeds verleende bouwvergunning wordt 'gered'. Het kan ook gaan om een nieuw voorbereidingsbesluit (art. 21 WRO) waardoor een planologische vrijstelling (art. 19 WRO) kan worden 'gered'.⁸⁷

Aan de regel dat keuzevrijheid in de weg staat aan zelf in de zaak voorzien, wordt in de jurisprudentie vaak strak de hand gehouden. Ook als een zaak al lang loopt en er al meer dan eens een vernietiging in dezelfde zaak is uitgesproken, houdt de Afdeling bestuursrechtspraak vast aan de regel. Veelzeggend is de volgende overweging in een uitspraak uit 2004. 'De duur van het geschil, noch de omstandigheid dat het college reeds tweemaal eerder door de rechter in de gelegenheid is gesteld het motiveringsgebrek te herstellen – en dat heeft nagelaten – rechtvaardigt een ruimere toepassing van art. 8:72 lid 4 Awb.'⁸⁸

De rechter lijkt evenwel meer ruimte te nemen indien hij om zelf in de zaak te kunnen voorzien (alleen) een oordeel hoeft te geven over aspecten ten aanzien waarvan hij een primaire taak heeft.⁸⁹ Hierbij moet men allereerst denken aan de toetsing van punitieve sancties.⁹⁰ De vaststelling van de hoogte van een boete is goed verenigbaar met de taak van de rechter, aangezien de bestuursrechter dan in wezen een met de strafrechter vergelijkbare taak vervult. De bestuursrechter moet een besluit tot oplegging van een punitieve sanctie volledig toetsen aan met name het evenredigheidsbeginsel, zodat hij zich niet kan beperken tot een terug-

86. Schueler 1994, p. 186-195. Voorbeeld: ABRvS 15 juni 2005, AB 2005, 259 m.nt. PJS.

87. Voorbeelden: Vz ABRvS 1 mei 1995, AB 1995, 485 m.nt. PvB; ABRvS 21 augustus 2002, AB 2003, 29 m.nt. TN. Zie ook Schueler 1994, paragraaf 3.2 en 3.3.2.

88. ABRvS 6 oktober 2004, AB 2004, 390 m.nt. TN.

89. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 246

90. CRvB 23 januari 1997, RSV 1997, 108.

houdende toetsing van door het bestuur gemaakte keuzes.⁹¹ In het wetsvoorstel voor de Vierde tranche Awb wordt een nieuw artikel 8:72a opgenomen, waarbij zal worden bepaald dat de rechter verplicht is om zelf in de zaak te voorzien indien hij een boetebesluit vernietigt.⁹² Hij moet dan bepalen of een boete mag worden opgelegd en, zo ja, wat de hoogte van die boete is. De memorie van toelichting baseert deze verplichting tot zelf in de zaak voorzien vooral op het recht op een effectieve rechtsbescherming binnen een redelijke termijn, dat de burger kan ontlenen aan artikel 6 EVRM.

Ook lijkt de rechter meer ruimte te nemen bij de vaststelling van het recht op schadevergoeding wegens onrechtmatige daad.⁹³ Daar zou het uitgangspunt eigenlijk ook moeten zijn dat de rechter in beginsel altijd zelf in de zaak voorziet, want de verplichting tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad vloeit rechtstreeks voort uit de wet. Terughoudendheid is daar geheel niet op haar plaats.⁹⁴ De beoordeling van besluiten over schadevergoeding bij rechtmatige daad kan men in dit opzicht niet op één lijn stellen met geschillen over onrechtmatige daad. Bij rechtmatige daad komt het bestuursorgaan volgens sommigen een zekere beleids- of beoordelingsruimte toe.⁹⁵ Maar ook bij nadeelcompensatie en planschadevergoeding neemt de rechter meer ruimte om zelf een eindbeslissing te kunnen nemen, mits daarvoor een basis is te vinden in de voorhanden zijnde feitenonderzoeken en adviezen.⁹⁶

4.5.4.2 Voor een definitieve beslissing is nieuw feitenonderzoek vereist

De beslissing waarmee de rechter zelf in de zaak voorziet, moet kunnen steunen op een volledig en actueel inzicht in de feiten. Bestuursrechters beschouwen het onderzoek naar de feiten vaak primair als een taak van het bestuursorgaan. Als de bestuursrechter constateert dat het bestuursorgaan de feiten niet goed heeft onderzocht of vastgesteld, kan hij het besluit vernietigen wegens gebreken in de voorbereiding van het besluit (met name schending van art. 3:2 Awb) of soms wegens schending van de motiveringsplicht. Daarna moet het bestuursorgaan opnieuw de feiten onderzoeken en vaststellen. Het besluitvormingsprimaat van het bestuur blijft zo behouden, terwijl de rechter zich toch over de feiten kan uitlaten.

De Awb biedt de rechter de ruimte om zelf de feiten te onderzoeken en op basis van de uitkomst daarvan een eindbeslissing te nemen. Hij kan daartoe bijvoorbeeld het onderzoek heropenen en nadere inlichtingen van partijen vragen of zelf een deskundige benoemen.⁹⁷ Maar naarmate de rechter het besluitvormingspri-

-
91. ABRvS 4 juni 1996, JB 1996, 172; ABRvS 17 april 2002, JB 2002, 164; CRvB 1 november 2001, JB 2001, 329; CRvB 13 juni 2001, RSV 2001, 242; CRvB 5 november 2004, JB 2005, 47 m.nt. Albers. Literatuur: Albers 2002, p. 237 en Albers/Schlössels 2002.
92. Wetsvoorstel vierde tranche Awb Kamerstukken II, 29 702, nr. 1-3 (art. 8:72a).
93. CRvB 7 augustus 2003, TAR 2003, 189; CRvB 9 december 2004, TAR 2005, 34; CRvB 25 januari 2001, JB 2001, 77 m.nt. RJNS; Rechtbank Groningen 30 april 1996, JB 1996, 194 m.nt. FAMS.
94. Aldus ook Polak e.a. 2002.
95. Schueler 2005, p. 201-202 en daar genoemde literatuur en jurisprudentie.
96. ABRvS 28 mei 2001, AB 2002, 43; ABRvS 28 november 2001, AB 2002, 99 m.nt. AvH; ABRvS 12 januari 2005, NJB 2005, 107; ABRvS 12 november 2003, AB 2004, 244 m.nt. BJS (zie de daarbij opgenomen uitspraak van de Rechtbank Breda).

maat van het bestuur meer vooropstelt, is hij minder geneigd de feiten zelf te onderzoeken.⁹⁸ Bovendien oordeelt de rechter soms dat het nog te onzeker is waartoe een nieuw feitenonderzoek zou (kunnen) leiden. Zo overwoog de Afdeling in 2005 bijvoorbeeld het volgende in het geval waarin een medische expertise nodig was. ‘Ook indien de rechtbank met toepassing van artikel 8:47 van de Awb zelf een medische expertise had ingewonnen, was op voorhand verre van zeker dat die zodanig stellig uitsluitsel zou bieden, dat voldaan zou zijn aan de voorwaarde waaronder zij met toepassing van 8:72, vierde lid, van de Awb zelf in de zaak kon voorzien, te weten dat (...) nog slechts één beslissing denkbaar zou zijn.’⁹⁹

Omdat de feiten kunnen zijn gewijzigd na het moment waarop het vernietigde besluit is genomen, zal de rechter zich in de consequenties van die wijzigingen moeten verdiepen.¹⁰⁰ Verlangende deze wijzigingen een nieuw onderzoek, dan kan dat voor de rechter aanleiding zijn om niet zelf de feiten te onderzoeken (en dus ook niet zelf in de zaak te voorzien), maar de zaak weer aan het bestuur over te laten.¹⁰¹ Daartoe zullen rechters die het feitenonderzoek primair als een taak van het bestuur zien, eerder overgaan dan rechters die het feitenonderzoek evenzeer als een taak van de rechter beschouwen.

Aan het besluitvormingsprimaat van het bestuur komt extra gewicht toe indien voor het feitenonderzoek specialistische kennis vereist is, die bij het bestuursorgaan aanwezig is en bij de rechter niet.¹⁰²

4.5.4.3 *Belangen van derden verzetten zich ertegen dat de rechter zelf in de zaak voorziet*

De rechter mag bij het zelf in de zaak voorzien niet voorbijgaan aan de belangen van derden.¹⁰³ Is bijvoorbeeld een vergunning aanvankelijk geweigerd, en wil de rechter haar verlenen door zelf in de zaak te voorzien, dan kan een onderzoek nodig zijn naar de belangen van derden. Bovendien zijn er veel situaties waarin derden recht hebben op participatie in de bestuurlijke besluitvorming. Deze overwegingen zullen vaak aanleiding zijn voor de rechter om te volstaan met vernietiging zodat in de nieuwe bestuurlijke besluitvorming de belangen van derden kunnen worden betrokken.¹⁰⁴

-
97. Daarop wijst de Afdeling een rechtbank in een geschil over nadeelcompensatie: ABRvS 30 november 1998, JB 1999, 12 m.nt. RJNS.
98. Een goed voorbeeld is ABRvS 22 december 2000, AB 2001, 70 m.nt. FM, waarin de rechter het primair op de weg van het bestuur vindt liggen om te onderzoeken of er aanspraak op schadevergoeding ex artikel 15.20 Wm bestaat.
99. ABRvS 5 oktober 2005, nr. 200501974 (raadvanstate.nl), gesignaleerd door Schreuder-Vlasblom 2006, p. 491.
100. Schreuder-Vlasblom 2005, p. 246.
101. PG Awb II, p. 470-471.
102. ABRvS 8 juli 1996, AB 1996, 344 m.nt. PvB (bouwvergunning Amsterdam Muiderkerk); deze terughoudendheid is ook zichtbaar in CBb 29 augustus 1996, AB 1997, 82 m.nt. GC (telecommunicatie); ABRvS 12 augustus 1999, AB 1999, 392 m.nt. MSV (Deltaschadewet).
103. ABRvS 11 mei 2001, AB 2001, 293.
104. Voorbeelden CBb 27 december 1995, AB 1996, 162 m.nt. Van der Veen; ABRvS 21 augustus 1995, AB 1995, 510 m.nt. AvH.

4.5.5 *Is de bestuursrechter in sommige gevallen verplicht om zelf in de zaak te voorzien?*

Uit het bovenstaande overzicht blijkt vooral wanneer de bestuursrechter zich bevoegd acht om zelf in de zaak te voorzien. Maar in hoeverre is de rechter verplicht om van deze bevoegdheid gebruik te maken indien er rechtens nog maar één beslissing mogelijk is? De wettekst legt de rechter geen verplichting op. De memorie van toelichting bij hoofdstuk 8 van de Awb is gesteld in termen die wijzen op een bevoegdheid van de rechter. De toelichting bij artikel 8:72, vierde lid, lijkt vooral bedoeld om de indruk weg te nemen dat deze bevoegdheid de macht van de rechter te ver zou oprekken. Weliswaar staat de memorie van toelichting in het teken van de rechtsbescherming en de verbetering van de geschilbeslechting, maar een verplichting om in bepaalde gevallen zelf in de zaak te voorzien kan er niet uit worden afgeleid.

De jurisprudentie heeft dezelfde teneur. Men treft vooral overwegingen aan waarin de rechter zich verantwoordt voor het gebruik van de bevoegdheid en overwegingen waarin hij aangeeft waarom de bevoegdheid in het voorliggende geval mocht worden gebruikt. Maar overwegingen waarin de rechter verplicht wordt geacht om van de bevoegdheid gebruik te maken komt men zeer zelden tegen.¹⁰⁵ Een voorbeeld biedt een uitspraak uit 1995, waarin de Afdeling het volgende overwoog. 'Nu een inhoudelijke beoordeling van de bezwaren rechtens tot geen andere uitkomst zou hebben kunnen leiden dan tot het ongedaan maken van het primaire besluit, is de Afdeling evenwel van oordeel dat de rechtbank ten onrechte heeft nagelaten om zelf in de zaak te voorzien door het primaire besluit te herroepen.'¹⁰⁶ Het zou te ver voeren om uit een incidentele overweging af te leiden dat de rechter verplicht is om zelf in de zaak te voorzien indien er rechtens nog maar één beslissing mogelijk is.

Maar er zijn wel gevallen waarin de bestuursrechters steevast zelf in de zaak voorzien en dit zo consequent doen, dat de veronderstelling gerechtvaardigd is, dat zij zich ertoe verplicht achten. Hierbij denken wij met name aan de gevallen genoemd in paragraaf 4.5.3.1, waarin om redenen van bevoegdheid of ontvanke-lijkheid het bestuursorgaan nog maar één beslissing kan nemen. De rechter komt in die gevallen niet aan een inhoudelijke beoordeling van het besluit toe en het bestuur ook niet. Een verplichting om het geschil dan definitief te beslechten, is dan een goed uitgangspunt.

Maar in het algemeen komt het er blijkens de jurisprudentie veeleer op neer dat de rechter zich moet verantwoorden voor het gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien en niet voor het ongebruikt laten ervan.

105. Men komt nog wel eens tegen dat een appelrechter 'doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen' het bestreden besluit vernietigt en daarbij zelf in de zaak voorziet. De aangehaalde woorden verwijzen naar de wetsbepalingen waardoor de uitspraakbevoegdheden van de rechtbank in beginsel naar de appelrechter overgaan (art. 42 Wet op de RvS, art. 24 Beroepswet en art. 26 Wbb). Het zou ons inziens te ver voeren om daaruit af te leiden dat er een algemene verplichting bestaat om zelf in de zaak te voorzien indien er rechtens nog maar één beslissing mogelijk is.

106. ABRvS 4 juli 1995, JB 1995, 226.

4.6 IN STAND LATEN VAN DE RECHTSGEVOLGEN

4.6.1 *Wat is het in stand laten van de rechtsgevolgen?*

Ingevolge het derde lid van art. 8:72 Awb kan de rechter bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand blijven. Zo wordt mogelijk gemaakt dat de rechter tegelijkertijd uitspreekt dat het bestreden besluit onrechtmatig is en wordt vernietigd, maar toch zijn rechtsgevolgen behoudt. Het in stand laten van de rechtsgevolgen wordt soms 'gedekt verklaren' genoemd.

4.6.2 *In welke gevallen worden de rechtsgevolgen in stand gelaten?*

Respect voor de keuzevrijheid van het bestuur

De rechter moet bij het gebruik van deze bevoegdheid voorkomen dat hij de keuzevrijheid van het bestuur doorkruist. In situaties waarin na de vernietiging voor het bestuur nog beslissingsalternatieven bestaan die andere rechtsgevolgen teweeg zouden kunnen brengen, zou de rechter de keuzevrijheid van het bestuur doorkruisen met een uitspraak die ertoe strekt de gevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten. Daarom wordt deze bevoegdheid met terughoudendheid toegepast.¹⁰⁷

Een nieuw besluit zou dezelfde rechtsgevolgen teweegbrengen

De bevoegdheid wordt gebruikt in gevallen waarin de vernietiging zal worden gevolgd door een besluit met dezelfde rechtsgevolgen als het vernietigde besluit.¹⁰⁸ In 2005 overwoog de Afdeling: 'Voor toepassing van artikel 8:72, derde lid, van de Awb is slechts plaats indien na vernietiging van een besluit nog slechts één besluit rechtens mogelijk is en wel een besluit van dezelfde strekking als het vernietigde besluit.'¹⁰⁹

Te denken valt allereerst aan gevallen waarin een besluit wordt vernietigd omdat het op de verkeerde wettelijke grondslag is gebaseerd, terwijl een beslissing op de juiste wettelijke grondslag tot hetzelfde resultaat zou leiden.¹¹⁰ Ook hier stelt het besluitvormingsprimaat van het bestuur grenzen aan wat de rechter vermag. Zo mag de rechter niet de rechtsgevolgen in stand laten met gebruikmaking van een bevoegdheid waar het bestuursorgaan van heeft afgezien.¹¹¹

Voorts zijn er vernietigingen op formeel-procedurele gronden, waarna een formeel verbeterd besluit met inhoudelijk identieke gevolgen kan worden genomen.¹¹² Indien het voor de rechter voldoende duidelijk is geworden dat het

107. ABRvS 4 juni 1999, JB 1999, 169 m.nt. FAMS en bijvoorbeeld ABRvS 7 juni 2001, JB 2001, 191: in een geval waarin verschillende wettelijke regelingen naast elkaar van toepassing zijn en voor de betrokkene onduidelijkheid kan bestaan over de overtreden voorschriften, kan geen 'gedektverklaring' plaatsvinden.

108. Voorbeeld: ABRvS 12 april 2002, AB 2002, 252 m.nt. Sew.

109. ABRvS 22 juni 2005, 200409537 (raadvanstate.nl), gesignaleerd door Schreuder-Vlasblom 2006, p. 485.

110. CRvB 11 juni 2002, RSV 2002, 201; CRvB 5 oktober 2004, RSV 2004, 358.

111. CRvB 30 september 2003, RSV 2003, 293; CRvB 17 maart 2005, TAR 2005, 83.

112. CRvB 4 november 2003, RSV 2004, 21; ABRvS 28 april 2004, AB 2004, 305; CbB 19 juli 2001, JB 2001, 237.

bestuur een besluit met dezelfde rechtsgevolgen zal nemen, kan de rechter het geschil meteen beslechten door de gevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten. De rechter kan dit ook doen in gevallen waarin het bestuursorgaan nog wel keuzevrijheid heeft om een besluit met andere rechtsgevolgen te nemen, als in de procedure maar duidelijk is geworden dat het bestuursorgaan die keuzevrijheid daar niet voor zal gebruiken. Dat kan zich voordoen indien het besluit wordt vernietigd wegens motiveringsgebreken en het bestuursorgaan tijdens de procedure alsnog een draagkrachtige motivering heeft gegeven.¹¹³ Ook kan het in stand laten van de rechtsgevolgen gepast zijn als een aanvankelijk gebrek in de advisering inmiddels is hersteld en het bestreden besluit daarin voldoende draagvlak vindt.¹¹⁴

Uiteraard kan de rechter niet tot de slotsom komen dat een nieuw besluit dezelfde rechtsgevolgen zou hebben als het oude besluit indien er nog nader onderzoek nodig is naar de feiten. Net als bij het zelf in de zaak voorzien, ligt hier dus een grens aan het gebruik van de bevoegdheid.¹¹⁵

4.6.3 *Beoordeling ex nunc met inachtneming van belangen van derden*

Net als bij het zelf in de zaak voorzien mag de rechter de rechtsgevolgen alleen in stand laten indien voldaan is aan voorwaarden voor het nemen van de beslissing die het bestuur ook in acht zou moeten nemen. Dat betekent dat de beslissing moet kunnen steunen op een volledig en actueel inzicht in de feiten en de regelgeving op het moment van de uitspraak. Het betekent ook dat de rechter moet voorkomen dat eventuele belangen van derden worden geschaad.

Omdat de feiten kunnen zijn gewijzigd na het moment waarop het vernietigde besluit is genomen, zal de rechter zich in de consequenties van die wijzigingen moeten verdiepen en zo nodig van het gebruik van deze bevoegdheid moeten afzien.¹¹⁶

Een wijziging van feiten of regelgeving kan ook juist een aanleiding zijn om de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten. De wijziging van de situatie kan immers tot gevolg hebben dat het bestuursorgaan, als het opnieuw in de zaak zou voorzien, geen voor de eiser gunstiger besluit zou nemen.¹¹⁷ Een voorbeeld uit het ambtenarenrecht biedt het geval waarin een ontslagbesluit is vernietigd, maar de ten onrechte ontslagen ambtenaar feitelijk niet in zijn oude functie kan terugkeren. Vroeger kwam het ook regelmatig voor dat een besluit over een verleende bouwvergunning werd vernietigd, maar de rechtsgevolgen in stand werden gelaten omdat het bouwwerk er al stond, en de rechter van oordeel was dat, alle belangen afgewogen, het niet redelijk was om afbraak te verlangen.¹¹⁸

113. ABRvS 25 oktober 1999 AB 2000, 4 wijdt een overweging aan die mogelijkheid. Deze constructie werd toegepast in CRvB 24 februari 1998, ABkort 1998, 213 en in ABRvS 8 augustus 2001, ABkort 2001, 513.

114. CRvB 27 mei 2005, RSV 2005, 239 en ABRvS 18 augustus 2000, Gst. 2000, 7129, 7.

115. ABRvS 21 november 2001, BR 2002, p. 698 m.nt. P. van der Ree.

116. CRvB 20 februari 1997, TAR 1997, 62; ABRvS 22 augustus 2003, AB 2003, 454.

117. Voorbeeld: ABRvS 20 oktober 2004, JB 2004, 389.

118. Zie daarover Schueler 1994, p. 61-70.

Tegenwoordig wordt dat laatste niet meer gedaan. De rechter laat de vraag of afbraak gevegd kan worden in eerste instantie over aan het bestuursorgaan. De vraag of een bouwwerk moet worden afgebroken wegens het wegvallen van de bouwvergunning, is in de eerste plaats een beleidsmatige vraag. Deze moet door het bestuur worden beantwoord in een besluit over het al dan niet optreden met bestuursdwang of met een last onder dwangsom. In een aparte procedure over bestuursdwang of een dwangsom kan daarover worden geprocedeerd.

4.7 NIEUW: DE BESTUURLIJKE LUS?

In de literatuur zijn voorstellen gedaan om nog een stap verder te kunnen gaan dan nu in artikel 8:72, derde en vierde lid Awb, wordt mogelijk gemaakt, zonder de keuzevrijheid van het bestuur te doorkruisen.¹¹⁹ De rechter zou zich volgens deze voorstellen, ook in gevallen waarin er nog keuzevrijheid aan het bestuur toekomt, kunnen verdiepen in de vraag welke beslissing voor het vernietigde besluit in de plaats mag komen. Hij zou te ver gaan indien hij zelf beleidsoordelen zou geven. Het respect voor bestuurlijke vrijheden kan hij echter in stand laten door aan het betrokken bestuursorgaan te vragen welke beslissing het ter vervanging van het vernietigde besluit wil nemen. Hij kan de behandeling van de zaak aanhouden totdat het bestuursorgaan (binnen een daartoe gestelde termijn) een voorstel voor een vervangende beslissing heeft voorgedragen. Aan de hand van die voordracht kan de rechter zelf in de zaak voorzien zonder de bestuurlijke keuzevrijheid te doorkruisen. In andere gevallen zal hij wellicht de rechtsgevolgen in stand kunnen laten, omdat hij erachter is gekomen dat het bestuursorgaan, als het opnieuw in de zaak zou moeten voorzien, een besluit met dezelfde rechtsgevolgen zou nemen en daartoe ook gerechtigd zou zijn. In een deel van de literatuur wordt ook nog ingegaan op een iets andere variant, waarin de rechter het bestuursorgaan in de gelegenheid stelt (of verplicht) tot het nemen van een nieuw besluit, dat vervolgens door de rechter in een einduitspraak kan worden beoordeeld. Men noemt deze methode (in de verschillende varianten) wel de 'bestuurlijke lus', een term die gelanceerd is door de Werkgroep-Van Kemenade.¹²⁰ De werkgroep zag in deze bestuurlijke lus een mogelijkheid om de juridiserende effecten van overbodige vernietigingen te vermijden.

Deze methode van de bestuurlijke lus verlangt in zoverre een wetswijziging, dat in het huidige procesrecht van de Awb de rechter het bestuur niet kan dwingen om een voordracht voor een vervangende beslissing te doen nog tijdens de behandeling van het beroep dat tot vernietiging leidt.

Een (eerste) stap van de wetgever in deze richting is al gezet in artikel 20.5a lid 2 Wm in verband met emissierechten. Daar is de methode inmiddels al een keer toegepast en met succes.¹²¹

119. Schueler 1994; Schlössels 1997; Neerhof 1999; Polak 2000; Van Ettekovén 2001.

120. Bestuur in geding 1997, par. I-4.2.3 en II-2.2.

121. Zie daarover ABRvS 8 april 2005, AB 2005, 161, JB 2005, 129 en ABRvS 9 september 2005, JB 2005, 291 m.nt. MP; hierover: Oldenziel 2005.

De Werkgroep-Van Kemenade zag in de bestuurlijke lus klaarblijkelijk vooral een manier om het aantal vernietigingen van besluiten te beperken. Want de gedachte was dat de rechter niet zou vernietigen als het gebrek kon worden hersteld. Het lijkt evenwel zuiverder om ervan uit te gaan dat een gebrek, dat niet zo licht is dat het kan worden gepasseerd met toepassing van artikel 6:22 Awb, tot gegrondverklaring van het beroep moet leiden. De bestuurlijke lus zou er dan toe kunnen leiden dat de rechtsgevolgen in stand zouden worden gelaten of zelf in de zaak zou worden voorzien. Voor zover het gaat om de vaststelling van de onrechtmatigheid van het oude besluit, is dat zuiverder, te meer omdat de gegrondverklaring en vernietiging volgens de jurisprudentie voorwaarden zijn voor schadevergoeding uit onrechtmatige daad.¹²²

Onlangs hebben de Ministers van Justitie en van BZK een concept-voorstel tot wijziging van de Awb het licht doen zien, waarin de bestuurlijke lus geregeld wordt. Het voorontwerp draagt de titel Wet aanpassing bestuursprocesrecht. En een van de onderdelen heet Naar een slagvaardiger bestuursprocesrecht.¹²³ In de memorie van toelichting wordt de wenselijkheid uitgesproken van de constructie, waarbij het besluitvormingsprimaat bij het bestuur blijft, maar de rechter beter tot materiële geschilbeslechting kan komen. De bestuurlijke lus kan een middel zijn om de procedure te bekorten. In het voorstel wordt gekozen voor een regeling die in belangrijke mate is ontleend aan de voorstellen die Van Ettekoven daartoe heeft gedaan in zijn VAR-preadvies uit 2001.

De voorgestelde regeling bevat de volgende kernelementen.

- Indien de bestuursrechter het beroep gegrond verklaart, kan hij bij tussenuitspraak het bestuursorgaan in de gelegenheid stellen de aangeduide gebreken weg te nemen (art. 8:80a).
- Dit gebeurt niet als belanghebbenden die niet als partij deelnemen 'daardoor onevenredig kunnen worden benadeeld.'
- Het bestuursorgaan kan ervoor kiezen om van de gelegenheid al dan niet gebruik te maken, indien de zaak zich bevindt in een fase waarna nog hoger beroep kan worden ingesteld. In een procedure waarin de rechter in hoogste aanleg oordeelt, kan de bestuurlijke lus ook worden toegepast, maar dan kan de rechter het bestuursorgaan opdragen om eraan mee te werken.
- De tussenuitspraak vermeldt in hoeverre het bestreden besluit in strijd met het recht is genomen en welke rechtsnorm is geschonden. Daardoor weet het bestuursorgaan wat het te doen staat als het de gebreken wil herstellen.
- De tussenuitspraak vermeldt de termijn binnen welke het bestuursorgaan moet aangeven of het van de geboden gelegenheid gebruik wil maken alsmede de termijn binnen welke de gebreken moeten zijn weggenomen (art. 8:80b).

122. Terecht wijst Van Ettekoven erop dat gegrondverklaring van het beroep op zich al voldoende zou moeten zijn voor het aannemen van onrechtmatigheid. De koppeling van gegrondverklaring en vernietiging in artikel 8:72, eerste lid, zou minder dwingend mogen zijn.

123. Concept-voorstel van 27 april 2006 (te vinden op de website minjus.nl).

- Het bestuursorgaan stelt de bestuursrechter schriftelijk in kennis van de wijze waarop de gebreken zijn weggenomen, waarna de andere partijen daarop kunnen reageren binnen een bepaalde termijn.
- De bestuursrechter doet binnen twaalf weken nadat het de kennisgeving van het bestuursorgaan heeft ontvangen uitspraak, tenzij hij nader onderzoek nodig acht. Zonodig volgt er nog een onderzoek ter zitting.
- Het bestuursorgaan kan ervoor kiezen om aan de bestuurlijke lus toepassing te geven door het nemen van een nieuw besluit als bedoeld in artikel 6:18 Awb, dat vervolgens ingevolge artikel 6:19 in de rechterlijke toetsing kan worden betrokken. Het bestuursorgaan kan er ook voor kiezen te volstaan met een schriftelijk stuk, waarbij het aangeeft in hoeverre de gebreken kunnen worden hersteld.¹²⁴

De rechter is niet verplicht om de bestuurlijke lus te gebruiken. Zoals nog zal blijken in hoofdstuk 6 van dit onderzoeksrapport, is dat een juiste keuze van de opstellers van het concept-wetsvoorstel, omdat er vrij veel gevallen zijn waarin de procedure veel te ingewikkeld zou worden als er een bestuurlijke lus zou worden toegepast.

Daar komt nog bij dat het bestuursorgaan al meteen kan aangeven dat het in hoger beroep zal gaan tegen de einduitspraak, omdat het het niet eens is met het oordeel over de onrechtmatigheid van het bestreden besluit. Dan acht het concept-wetsvoorstel het beter om geen bestuurlijke lus toe te passen. Als de rechter wel gelegenheid biedt voor een bestuurlijke lus, maar het bestuursorgaan beslist om, ongeacht de afloop van de bestuurlijke lus, in hoger beroep te gaan, kan de bestuurlijke lus achterwege blijven. Daarom krijgt het bestuursorgaan in eerste aanleg de keuze om van het gebruik van de bestuurlijke lus af te zien.¹²⁵ In hoger beroep heeft het bestuursorgaan die keuze niet en in eerste en enige aanleg ook niet.

De tussenuitspraak is niet afzonderlijk vatbaar voor hoger beroep. Er kan tegen geappelleerd worden door in hoger beroep te gaan tegen de einduitspraak (zie het voorgestelde art. 8:89, derde lid). Maar de tussenuitspraak bevat wel materiële eindbeslissingen. Er wordt in overwogen welke rechtsnormen bij het bestreden besluit zijn geschonden. Zo weet het bestuursorgaan wat het moet doen tijdens de bestuurlijke lus. De rechter kan op die overwegingen niet terugkomen bij zijn einduitspraak, zo stelt de memorie van toelichting. Dit komt overeen met de opvatting van Van Ettekoven, die ervan uitging dat de rechter de rechtsstrijd op onderdelen in de tussenuitspraak kan beslechten. Daarom moet hij bij zijn einduitspraak gebonden zijn aan hetgeen in de tussenuitspraak is overwogen.¹²⁶ Dat lijkt ons een goed uitgangspunt, want als het niet zou gelden, zou de rechtsstrijd na de bestuurlijke lus gewoon door kunnen gaan over de vraag of er vernietigd moet worden en, zo ja, op welke gronden.

124. Zie de memorie van toelichting bij het voorgestelde nieuwe vierde lid van art. 8:72.

125. Zie Van Ettekoven 2001.

126. Van Ettekoven 2001, p. 66.

Dat lijkt verstandig met het oog op de processuele positie van partijen. Maar het kan ook verstarrend werken. Misschien moet dit zo worden gelezen dat de rechter niet ten nadele van een of meer van de partijen terug mag komen op de overwegingen die in de tussenuitspraak ten grondslag zijn gelegd aan het oordeel dat het bestreden besluit onrechtmatig was.

Bij de afronding van dit evaluatierapport was er in de literatuur nog niet gereageerd op het concept-wetsvoorstel voor de bestuurlijke lus. Wij zullen in paragraaf 6.9.2.1 op deze processuele figuur terugkomen naar aanleiding van de gehouden interviews en expert meeting. Op deze plaats volstaan wij met twee vragen die het concept-wetsvoorstel oproept.

De eerste vraag betreft het toetsingsmoment van de rechter. De bestuursrechter beoordeelt het bestreden besluit op basis van de feiten en het toepasselijke recht, zoals die waren op het moment waarop het bestreden besluit werd genomen (*ex tunc*). De voorgestelde regeling bevat daar geen bepaling over en dat is verklaarbaar omdat de Awb nergens uitdrukkelijk bepaalt dat de rechter *ex tunc* moet oordelen. Het ligt voor de hand dat de rechter er vaak van af zal zien om de bestuurlijke lus te gebruiken in gevallen waarin de feiten of de toepasselijke voorschriften ingrijpend (kunnen) zijn gewijzigd. Maar de regeling sluit niet uit dat hij de lus in zulke gevallen wel gebruikt. Daar is principieel niets tegen, omdat het besluitvormingsprimaat van het bestuur behouden blijft.

De tweede vraag betreft het verband met artikel 6:19 Awb. Het bestuursorgaan kan er volgens de voorgestelde regeling voor kiezen om aan de bestuurlijke lus toepassing te geven door het nemen van een nieuw besluit als bedoeld in artikel 6:18 Awb, dat vervolgens ingevolge artikel 6:19 in de rechterlijke toetsing kan worden betrokken. De regeling bepaalt daarbij niet uitdrukkelijk in hoeverre de beperkingen, die de regeling van artikel 6:18 en 6:19 in normale gevallen bevat, ook gelden voor de bestuurlijke lus. Ten minste in één opzicht zouden die beperkingen moeten vervallen bij toepassing van de bestuurlijke lus. Artikel 6:18 bepaalt dat een besluit alleen mag worden gewijzigd of ingetrokken als dat ook zou kunnen zonder dat er een beroep aanhangig is. Dat betekent dat besluiten die normaal niet kunnen worden ingetrokken of gewijzigd, ook niet tijdens een beroepsprocedure kunnen worden ingetrokken of gewijzigd. Van Ettekoven heeft er terecht op gewezen dat deze beperking natuurlijk moet vervallen als deze bepalingen worden toegepast in het kader van een bestuurlijke lus. Daartoe zou in de Awb kunnen worden bepaald dat een besluit waartegen bezwaar of beroep aanhangig is, in ieder geval kan worden ingetrokken of gewijzigd voor zover de bestuursrechter bij tussenuitspraak heeft geoordeeld dat het vernietigbaar is.¹²⁷

4.8 PASSEREN VAN VORMGEBREKEN

Ook artikel 6:22 is in de Awb opgenomen met een beroep op de geschilbeslechting als doel van het proces. Een vernietiging waar partijen niets mee opschieten, dient te worden vermeden. Als slechts een vormvoorschrift is geschonden en

127. Van Ettekoven 2001, p. 77.

belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld, kan vernietiging van het besluit achterwege worden gelaten.

Uit het recht volgt in veel gevallen niet welk besluit moet worden genomen, maar alleen aan welke formeel-procedurele eisen een door het bestuur te nemen besluit moet voldoen. Een vernietiging om formele of procedurele redenen leidt vaak tot een nieuw besluit met dezelfde inhoud en strekking als het vernietigde besluit. Dat brengt de definitieve geschilbeslechting niet dichterbij. Na de vernietiging kan het geschil voortleven, nu over het nieuwe besluit en de consequenties van de rechterlijke uitspraak. Het geschil kan na de vernietiging ook nieuw leven worden ingeblazen als gevolg van gewijzigde feiten of nieuwe regelgeving. Dat moet worden vermeden indien de reden voor vernietiging alleen de vorm en niet de inhoud van het oorspronkelijke besluit raakte.

De rechter heeft daarom in artikel 6:22 van de Awb een bevoegdheid gekregen waarmee hij een dergelijke zinloze vernietiging kan vermijden. Het artikel kent een bevoegdheid toe, niet een verplichting.

Voor het passeren van vormfouten is vereist dat de belanghebbende niet is benadeeld door de schending van het vormvoorschrift. Een voorbeeld van een geval dat zich leent voor toepassing van artikel 6:22 Awb is dat waarin het geschonden voorschrift processuele belangen beoogt veilig te stellen die de belanghebbende, ondanks de schending, zelf heeft weten te behartigen. De memorie van toelichting zegt het als volgt: 'Was zonder de schending van een vormvoorschrift een andere uitkomst van de besluitvorming mogelijk geweest, dan zal deze fout wel tot vernietiging c.q. heroverweging ten gronde nopen.'¹²⁸ Daarnaast wordt gewezen op een bijzondere reden om te vernietigen op grond van schending van een vormvoorschrift: de rechter zou kunnen blijken dat het bestuursorgaan bepaalde vormvoorschriften bewust negeert.

Blijkens de jurisprudentie kan artikel 6:22 Awb niet worden toegepast als er over de benadeling nog twijfel bestaat. Als, gelet op de door de belanghebbende tegen het besluit aangevoerde grieven, niet valt uit te sluiten dat de belanghebbende door de schending van een vormvoorschrift is benadeeld, kan aan artikel 6:22 Awb geen toepassing worden gegeven.

Bij de vraag naar de benadeling moet worden bedacht dat de afwegingsruimte in de bestuurlijke fase groter is dan in de rechterlijke fase. In de bestuurlijke fase kunnen immers ook beleidsargumenten meewegen. Als bijvoorbeeld een belanghebbende in bezwaar ten onrechte niet is gehoord, kan dat gebrek niet worden gepasseerd met als argument dat hij bij de rechter aan het woord is gekomen. Bij het bestuur spelen immers meer argumenten een rol dan bij de rechter, zodat een belanghebbende benadeeld kan zijn door het achterwege blijven van een hoorzitting over zijn bezwaar. Dat ligt anders indien het bestreden besluit een strikt gebonden beschikking is, waarbij geen ruimte bestaat voor een beleidsmatige afweging¹²⁹

Niet alleen belangen van partijen moeten in de beantwoording van de benadelingsvraag worden betrokken. Ook de mogelijke schending van belangen van der-

128. PG Awb I, p. 313-314.

129. CRvB 23 december 1996, AB 1997, 239 m.nt. Bröring, JB 1997, 29, RAwb 1997, 85 m.a. De Waard.

den, die geen partij zijn in het geding, moet worden betrokken in de beantwoording van de vraag of de schending van vormvoorschriften kan worden gepasseerd.¹³⁰ Deze derden kunnen bijvoorbeeld worden benadeeld door een schending van regels voor de bekendmaking en mededeling van (ontwerp-) besluiten, omdat zij daardoor mogelijk niet op tijd van het besluit hebben kennisgenomen.¹³¹ Schreuder-Vlasblom wijst op de beperkte toepassingsmogelijkheden van artikel 6:22 Awb in zaken over besluiten, die veel belanghebbenden kunnen raken.¹³²

Literatuur en jurisprudentie hebben zich vooral gebogen over wat nu wel en niet een vormvoorschrift is. In het concept-wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht wordt voorgesteld om het woord 'vormvoorschrift' te vervangen door 'voorschrift.' Zoals Van Waterschoot in 2002 schreef, behoort in een procesrecht dat gericht is op materiële en zo mogelijk definitieve geschilbeslechting, de problematiek van het passeren van gebreken niet te worden benaderd vanuit de invalshoek van de aard van de voorschriften.¹³³ In de toekomst zal de rechter dus waarschijnlijk ook materiële gebreken kunnen passeren indien belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. Vaak zal die benadeling er bij materiële gebreken wel zijn, maar dat hoeft natuurlijk niet steeds zo te zijn. Verder zou deze wetswijziging consequenties hebben voor voorschriften die niet rechtstreeks over de inhoud van besluiten gaan, maar toch ook weer niet als vormvoorschrift in de zin van artikel 6:22 Awb worden aangemerkt, zoals bevoegdheidsvoorschriften. Zolang het concept nog geen wet is, blijft de vraag relevant wat een 'vormvoorschrift' in de zin van artikel 6:22 Awb is. Daarover het volgende.

Voorschriften over het verloop van de procedure

Van veel regels is meteen duidelijk dat zij de vorm of de procedure betreffen: bepalingen over beslistermijnen, het overleggen of ter inzage leggen van stukken of een hoorplicht. Ook adviesverplichtingen worden wel als vormvoorschriften aangemerkt.¹³⁴

Regels over de motivering van besluiten

Twijfel over de reikwijdte van het begrip vormvoorschrift rijst bij regels over de onderbouwing van besluiten. Deze regels hebben betrekking op de wijze waarop het besluit totstandkomt en vorm krijgt, maar ze gaan ook over de inhoudelijke gronden waarop het besluit rust. De regels over de *kenbaarheid* van de motivering (art. 3:47, 3:48, 3:49, 3:50 en 7:12 Awb) kunnen worden aangemerkt als vormvoor-

130. ABRvS 21 juli 2004, JB 2004, 311.

131. ABRvS 27 juni 1995, AB 1996, 107 m.nt. Van der Vlies; Vz. ABRvS 9-5-1996, AB 1996, 407.

132. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 231 en 479 noemt als voorbeeld van toepassing in een meerpartijengeding ABRvS 31 augustus 2005, NJB 2005, 477.

133. Van Waterschoot 2002.

134. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 231 noemt voorbeelden uit de jurisprudentie. Wat betreft adviezen: CRvB 17-januari-1995, AB 1996, 4; ABRvS 18 april 1996, AB 1996, 361 m.nt. Backes; CBb 23 mei 1995, AB 1995, 455 m.nt. Van der Veen en ABRvS 14 november 2001, Gst. 2001, 7160, 8.

schrift.¹³⁵ Maar de regel dat een besluit dient te berusten op een *deugdelijke* motivering (art. 3:46 en 7:12 Awb), ziet op de inhoud van het besluit.¹³⁶

Formeel-logische gebreken in de motivering maken deze wel ondeugdelijk, maar behoeven niet de inhoudelijke strekking van het besluit te raken. Ondanks inconsistentie in de motivering, kunnen toch de inhoudelijke argumenten voldoende blijken te zijn. Dat komt wel voor bij lacunes in de argumentatie die tot weerlegging van bezwaren of zienswijzen hebben geleid. Hoewel dergelijke gebreken in de motivering de inhoud van het besluit raken, is soms een gebrek toch slechts formeel van aard, bijvoorbeeld omdat de belanghebbende uit andere stukken de gronden voor het bestreden besluit kende.¹³⁷

Bestuursorganen proberen regelmatig motiveringsgebreken die aan het bestreden besluit kleefden, in de beroepsprocedure te 'herstellen' door met een betere motivering te komen. Daaruit kan blijken dat de oorspronkelijke motivering van het besluit bij nader inzien wel deugde, maar wat onduidelijk of lacuneus geformuleerd was. Dan leidt het motiveringsgebrek doorgaans niet tot vernietiging en artikel 6:22 Awb zou voor dat passeren gebruikt kunnen worden. Het gebruik van die bepaling wordt evenwel meestal achterwege gelaten (zie daarover ook paragraaf 6.6.1). Zolang de nadere argumentatie kan worden aangemerkt als een verdediging van de genomen beslissing, en niet in strijd komt met de oorspronkelijke motivering van het besluit, zou het erg omslachtig zijn om artikel 6:22 Awb toe te passen. Het gaat dan immers veeleer om een partij die haar standpunten verdedigt en voor het honoreren daarvan is artikel 6:22 Awb niet bedoeld. Die benadering gaat niet meer op als de nadere argumentatie niet meer kan worden geïnterpreteerd als een explicatie van de oorspronkelijke motivering.¹³⁸ Maar in die gevallen gaat het al snel om een gebrek in de inhoudelijke draagkracht van de motivering, zodat het niet meer om de schending van een vormvoorschrift gaat en artikel 6:22 Awb dus ook niets te bieden heeft.

Bevoegdheidsgebreken

Deze worden in de regel niet gepasseerd met toepassing van artikel 6:22 Awb. Maar een bekrachtiging van een met mandaatsgebrek genomen besluit kan wel aanleiding zijn om de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten met toepassing van artikel 8:72, derde lid Awb. Bekrachtiging wil zeggen dat het bevoegde orgaan verklaart het omstreden besluit voor zijn rekening te nemen. Toch zijn er wel gevallen waarin mandaatsgebreken worden gepasseerd met toepassing van artikel 6:22 Awb.¹³⁹

Het passeren van formele gebreken is alleen mogelijk als vaststaat dat het gebrek niet de inhoud van het besluit aanvechtbaar maakt en dat belanghebbenden niet

135. CRvB 27 juni 1997, AB 1997, 377, JB 1997, 177 m.nt. Seerden.

136. CRvB 26 juni 1998, RSV 1998, 303.

137. Voorbeeld: CRvB 1 april 1996, AB 1996, 446.

138. Schreuder-Vlasblom noemt het voorbeeld ABRvS 12 juli 2004, JV 2004, 350. Dit verschijnsel van de losgezongen nadere motivering komt uiteraard wel vaker voor.

139. De rechtspraak hierover is nogal verdeeld. Zie Schreuder-Vlasblom 2006, p. 232 en Van Waterschoot 2002.

zijn benadeeld. Of aan deze twee voorwaarden is voldaan, komt vaak pas vast te staan als de gebreken en hun consequenties in de procedure ter sprake zijn gekomen. De rechter kan daarom pas optimaal gebruikmaken van de mogelijkheid om gebreken te passeren als in de procedure de vraag aan de orde komt op welke wijze het geconstateerde gebrek zou kunnen worden hersteld. De irrelevantie van een formeel gebrek kan bijvoorbeeld blijken uit het verweerschrift of uit het verhandelde ter zitting. De irrelevantie van het gebrek kan in veel gevallen nog niet worden vastgesteld, zolang het bestuursorgaan nog keuzevrijheid heeft bij het nemen van een nieuw besluit en de rechter niet weet hoe het bestuur die vrijheid wil gaan gebruiken. Voor een optimaal gebruik van artikel 6:22 Awb is daarom nodig dat de beslissingalternatieven waaruit het bestuur zou kunnen kiezen na een vernietiging, in de procedure bij de rechter aan de orde komen.

4.9 EEN ACTIEVE RECHTER, DIE ZOEKT NAAR DE MATERIËLE WAARHEID

De Awb gaat blijkens de memorie van toelichting uit van de veronderstelling dat de bestuursrechter een actieve rechter is, die op zoek gaat naar de materiële waarheid achter het geschil. De verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen en de bevoegdheid om de feiten aan te vullen (art. 8:69, tweede en derde lid Awb) zijn daar de wettelijke neerslag van. Een actieve houding kan de geschilbeslechting bevorderen. Hoe eerder en beter de materiële waarheid aan het licht komt, des te eerder en beter kan de rechter beoordelen hoe het geschil moet worden opgelost.

De wetgever heeft een belangrijke consequentie verbonden aan de actieve houding ten aanzien van de feiten. Hij heeft ervan afgezien om regels van materieel bewijsrecht in de wet op te nemen.¹⁴⁰ Op dit punt zijn de bedoelingen achter de Awb niet erg helder te noemen. Heeft de actieve houding van de rechter tot gevolg dat er geen behoefte meer is aan regels over bijvoorbeeld stelplicht en bewijslast? Dat heeft men in het verleden wel aangenomen.¹⁴¹ Het ontbreken van die regels wordt in de literatuur wel gezien als een lacune in het bestuursprocesrecht.¹⁴²

De vrije bewijsleer

Het is de vraag of geschilbeslechting niet zou zijn gediend met meer duidelijkheid over bewijslastverdeling dan thans in de praktijk wordt geboden. Daarop komen wij in hoofdstuk 6 nog terug. In de memorie van toelichting werd het belang van de stelplicht en bewijslast wel erkend. Het ontbreken van materieel bewijsrecht, zo luidde het,

‘neemt niet weg dat de rechter, afhankelijk van onder meer de verhouding tussen partijen, de aard van het geschil en de in het geding zijnde feiten, naar redelijkheid en billijkheid stelplicht en bewijslast over de partijen heeft te verdelen.’¹⁴³

140. PG Awb II, p. 175.

141. Zie met name Van Galen/Van Maarseveen 1978.

142. Schuurmans 2006; Schueler 2004, p. 180 en p. 204; De Bock 2000, p. 66-77; De Bock 2001, p. 33-46; De Bock 2004.

143. PG Awb II, p. 175.

De rechter moet dus zelf actief de materiële waarheid zoeken, maar hij kan daarbij het instrument van de verdeling van stelplicht en bewijslast gebruiken. De Awb bepaalt evenwel niet op welk moment in de procedure die verdeling moet plaatsvinden.

Tussenuitspraken over stelplicht en bewijslast komt men in het bestuursprocesrecht vrijwel niet tegen, vermoedelijk omdat daar in de Awb niets over is bepaald en het bestuursprocesrecht uitgaat van het uniteitsbeginsel. Het proces wordt behandeld als een eenheid en leidt tot één uitspraak.¹⁴⁴ Ook de memorie van toelichting bij hoofdstuk 8 van de Awb ging daarvan uit, vooral omdat voorkomen moest worden dat tegen tussenuitspraken van de rechtbank afzonderlijk hoger beroep zou open staan.

Wel worden onder de Awb regelmatig schriftelijke inlichtingen van partijen gevraagd. Die helpen de rechter bij het zoeken naar de materiële waarheid. Maar het vragen van inlichtingen kan niet zomaar op één lijn worden gesteld met het verdelen van stelplicht en bewijslast. Daarvoor is immers nodig dat de rechter duidelijk maakt wie het risico draagt als bepaalde feiten niet komen vast te staan. In veel gevallen wordt de informatie mondeling gevraagd ter zitting. Dan wordt het helemaal moeilijk om nog te spreken van een bewijslastverdeling. Als een partij ter zitting pas verneemt dat hij iets moet stellen of bewijzen, is het vaak eenvoudig te laat om daar nog aan te kunnen voldoen. Voor het indienen van nieuwe schriftelijke stukken werpt artikel 8:58 Awb een barrière op. Daarin is bepaald dat schriftelijke stukken tot tien dagen voor de zitting kunnen worden ingebracht. De rechter kan daarvan afwijken en ter zitting een leespauze inlassen, het onderzoek ter zitting schorsen en een tijdstip voor een nadere zitting bepalen (art. 8:64 Awb). De goede procesorde en de behoefte om tot een uitspraak te komen kunnen de rechter daarvan weerhouden. Een partij die gebruik wil maken van de mogelijkheden van schriftelijk bewijs, getuigenverhoor of een deskundigenrapport is doorgaans te laat als hij dat ter zitting aankondigt. Hij zou dus vóór de zitting moeten weten wie de bewijslast draagt.

Al ver voor de Awb is er, onder anderen door Dommering, gepleit voor een verbetering van het bestuursrechtelijke bewijsrecht. Hij gaf al in 1978 een pleidooi voor tussenuitspraken over bewijslast. Hij wees er ook op dat het meenemen van getuigen naar de zitting niet goed werkt, omdat partijen tot dat moment vaak nog niet zeker weten hoe de bewijslast zal zijn.¹⁴⁵

Al met al komt het erop neer dat een partij in een bestuursrechtelijke procedure pas verneemt dat zij een bewijslast draagt als het te laat is om daar nog aan te kunnen voldoen. Dat was natuurlijk niet de bedoeling van de vrije bewijsleer en de actieve rechter.

Vooronderzoek

De wetgever heeft de bestuursrechter uitgerust met het instrumentarium van het vooronderzoek. De rechter kan in het vooronderzoek getuigen oproepen (art. 8:46, eerste lid, Awb), deskundigen inschakelen (art. 8:47 Awb) of een tolk

¹⁴⁴. Van Galen/Van Maarseveen 1978, p. 38.

¹⁴⁵. E. Dommering, interventie tijdens de VAR-vergadering van 1978, p. 66.

benoemen (art. 8:49 Awb). De rechter kan partijen en anderen verzoeken om mondeling of schriftelijk inlichtingen te geven en stukken in te zenden (art. 8:44, 8:45 Awb). Ook kan hij een onderzoek ter plaatse instellen (art. 8:50 Awb) of daartoe opdracht geven aan een gerechtsauditeur of aan de griffier (art. 8:51 Awb). De rechter heeft in het vooronderzoek een actieve rol. Hij is naar de bedoeling van de wetgever niet lijdelijk, maar behoort actief te zoeken naar de materiële waarheid achter het geschil.

Hoe het onderzoek in feite verloopt, wordt in belangrijke mate bepaald door de rechter. Zijn bevoegdheden zijn geformuleerd als discretionaire bevoegdheden: de rechter 'kan' tot de genoemde beslissingen overgaan. Partijen kunnen om toepassing van deze bevoegdheden verzoeken. Het is echter aan de rechter om deze processuele beslissingen te nemen. Hij zal daarbij op de een of andere manier beleid moeten voeren teneinde inconsistenties te vermijden of althans te beperken.¹⁴⁶ De rechter kan dus zelf bepalen in hoeverre hij gebruikmaakt van het vooronderzoek. Hij kan zelfs tot beleid verheffen dat hij in normale gevallen geen vooronderzoek verricht. Dan streeft hij ernaar de zaak zo spoedig mogelijk op zitting te brengen en beperkt hij zijn onderzoek tot dossierstudie en het onderzoek ter zitting. In de tijd die ligt tussen het verweerschrift en de zitting wordt het dossier bestudeerd en de zaak geïnstrueerd. Dan volgt een zitting en daarna een uitspraak. Bij die manier van werken, die wel als 'zittingsgericht werken' wordt aangeduid, wordt zelden gebruikgemaakt van het vooronderzoek.¹⁴⁷

Comparities of 'regiezittingen'

Pennarts vestigde al vlak vóór de inwerkingtreding van de Awb de aandacht op de mogelijkheden die art. 8:44 zou gaan bieden voor het houden van comparities. Hij wees er meteen al op dat comparities in het bestuursrecht waarschijnlijk geen al te hoge vlucht zouden gaan maken. Hij wees er met name op dat de belangen van derden, indien zij geen partij zijn, zich tegen het houden van een comparitie kunnen verzetten.¹⁴⁸ Schikkingscomparities stuiten vaak af op een scala aan bestuursrechtelijke obstakels.¹⁴⁹

In de literatuur is de aandacht gevraagd voor het gebruik van comparities in een vroeg stadium van de procedure. Daarmee zou bevorderd kunnen worden dat de punten van geschil in een vroeg stadium duidelijk worden, zodat aan het eind van de procedure het werk verricht is dat gedaan moet zijn voordat het geschil kan worden beslecht. Naast comparities kan men ook denken aan 'regiezittingen'.¹⁵⁰ Met een regiezitting is bedoeld een in een vroeg stadium gehouden zitting, waarop wordt onderzocht wat er nog moet gebeuren om tot een uitspraak te kunnen komen. Als er na de regiezitting geen onderzoek, bewijs of nadere zitting meer nodig is, kan uitspraak worden gedaan. In andere gevallen wordt de procedure voortgezet en heeft de regiezitting opgeleverd dat het geschil is verhelderd

146. Wulffraat-van Dijk 1992 en 1995.

147. Van Ettekoven 2001.

148. Pennarts 1993.

149. In dit evaluatieonderzoek was geen ruimte om de mogelijkheden van schikkingen te onderzoeken. Zie daarover paragraaf 2.4.3.

150. Van Ettekoven 2001.

en zo mogelijk toegespitst op nader omschreven twistpunten. Een comparitie of regiezitting kan ertoe bijdragen dat tijdig komt vast te staan welke feiten nog omstreden of onduidelijk zijn.¹⁵¹ De feiten kunnen dan worden onderzocht of bewezen, zodat de rechter niet hoeft te volstaan met een vernietiging op grond van onzorgvuldig onderzoek of onvolledige motivering. Een comparitie of regiezitting kan ook licht werpen op de belangen die in het geschil betrokken zijn. De belangentegenstelling kan dan in een relatief vroeg stadium duidelijk worden. Daar kunnen partijen en de rechter zo nodig mee aan de slag. De belangenafweging kan door het bestuursorgaan worden toegelicht of verbeterd en de andere partijen kunnen daarop reageren. Als dit gebeurt voordat de rechter uitspraak doet, kan de rechter beter tot een materiële beoordeling van het geschil komen zonder dat hij de keuzevrijheid van het bestuur doorkruist.

4.10 INTREKKEN, WIJZIGEN EN ALSNOG NEMEN VAN BESLUITEN HANGENDE BEROEP (ART. 6:18-20 Awb)

4.10.1 De artikelen 6:18 en 6:19 Awb

Het komt voor dat bestuursorganen en burgers er behoefte aan hebben dat het bestreden besluit wordt gewijzigd of ingetrokken, terwijl er nog beroep tegen aanhangig is. Daarmee kan een gehele of gedeeltelijke oplossing van het geschil worden bereikt, zonder dat de afloop van de aanhangige procedure hoeft te worden afgewacht. Het bestuursorgaan kan bij nader inzien tot de conclusie komen dat het bestreden besluit een fout bevat, die kan worden hersteld door het besluit te wijzigen of in te trekken. De aanleiding daartoe kan gelegen zijn in wat de indiener tijdens de procedure naar voren brengt. Zo kan het bijvoorbeeld gebeuren dat tijdens de procedure tegen een besluit over een arbeidsongeschiktheidsuitkering een nieuw medisch rapport wordt opgesteld waaruit een ander beeld van de gezondheidstoestand van de belanghebbende naar voren komt. Als dit naar het oordeel van het bestuursorgaan tot een wijziging van het bestreden besluit zou moeten leiden, is het niet nodig om daarmee te wachten tot de aanhangige procedure is afgerond.

Wijziging en intrekking van het bestreden besluit kunnen tot complicaties in de procedure leiden. Deze complicaties hebben in het verleden voeding gegeven aan de gedachte dat het een bestuursorgaan niet (of slechts in uitzonderlijke omstandigheden) zou zijn toegestaan om het besluit hangende bezwaar of beroep in te trekken of te wijzigen. Door zo'n verbod zou evenwel de besluitvorming gedurende de procedure worden bevroren. Dit zou vaak onnodige nadelige effecten hebben voor de door het bestuur te behartigen algemeen belang of voor de belangen van burgers die baat zouden hebben bij de wijziging of intrekking van het besluit. De wet bevat daarom een procedurele regeling in de artikelen 6:18 en 6:19 Awb, waarmee is beoogd te bereiken dat de beoordeling van het oude besluit en de beoordeling van het nieuwe besluit zoveel mogelijk in dezelfde beroeps-

151. Allewijn 1998 en 2005; Van Ettekovén 2001, p. 32-33; Brenninkmeijer 1997; Pront-van Bommel 2002.

procedure worden verricht. Een enigszins vergelijkbare situatie als bij wijziging of intrekking van een besluit doet zich voor als een besluit wordt genomen nadat beroep is ingesteld tegen het niet tijdig nemen van een besluit (art. 6:20 Awb).

De wettelijke regeling gaat ervan uit dat een besluit tijdens de procedure kan worden ingetrokken of gewijzigd, indien dat ook zou hebben gekund als er geen procedure aanhangig zou zijn. Deze regeling creëert dus geen afzonderlijke bevoegdheid tot het intrekken of wijzigen van besluiten, maar beoogt slechts te voorkomen dat een bestaande bevoegdheid wordt weggenomen als bezwaar wordt gemaakt of beroep wordt ingesteld. Een voorbeeld is het geval waarin een last onder dwangsom is opgelegd. Hangende het beroep komen het bestuursorgaan en de overtreder tot de conclusie dat het geschil op een voor beide partijen acceptabele manier kan worden opgelost door de begunstigingstermijn (waarbinnen de overtreding ongedaan moet worden gemaakt om aan de dwangsom te ontkomen) met drie maanden te verlengen. Omdat het bestuursorgaan in het algemeen (dus los van het bezwaar of beroep) bevoegd is om deze wijziging aan te brengen, heeft het die bevoegdheid ook tijdens de beroepsprocedure.

De regeling van de artikelen 6:18 en 6:19 bedoelt te voorkomen dat er meerdere procedures naast elkaar gaan lopen over wat in wezen dezelfde beslissing is. Ingevolge artikel 6:19, eerste lid, Awb is het beroep tegen het oude besluit van rechtswege tevens gericht tegen het nieuwe besluit, tenzij het nieuwe besluit aan de bezwaren van de indiener geheel tegemoetkomt. Zo wordt voorkomen dat de indiener van het beroepschrift een aparte procedure moet starten indien hij bescherming wenst tegen het nieuwe besluit. Het oude en het nieuwe besluit hangen zo nauw samen, dat zij in het belang van een efficiënte en tijdige geschilbeslechting in dezelfde procedure moeten kunnen worden beoordeeld.

Na intrekking of wijziging rijst de vraag of het nog wel zin heeft om het oude besluit te beoordelen. Artikel 6:19, derde lid, Awb bepaalt dat de intrekking van het bestreden besluit niet in de weg staat aan de vernietiging van dat besluit indien de indiener van het beroepschrift daarbij nog een belang heeft. Met de vernietiging of herroeping van het oude besluit komt vast te staan dat het bestuursorgaan onrechtmatig heeft gehandeld door dat besluit te nemen. Voor de indiener kan dat oordeel van doorslaggevend belang zijn wanneer hij schadevergoeding wil eisen op grond van onrechtmatige daad. Daarom kan in zo'n geval de indiener nog een belang behouden bij een oordeel over het ingetrokken besluit. In veel gevallen zal dat belang echter ontbreken doordat het bestuursorgaan bij de intrekking (of wijziging) vaak erkent dat het onrechtmatig heeft gehandeld door het oude besluit te nemen. Sinds de invoering van artikel 8:73a Awb kan in zo'n geval de bestuursrechter een afzonderlijke uitspraak over de schadevergoeding doen, ook al wordt het beroep tegen het oude besluit, waardoor de schade is ontstaan, ingetrokken.¹⁵²

De regeling van de artikelen 6:18 en 6:19 kan een belangrijke bijdrage leveren aan de definitieve beslechting van geschillen, indien bestuursorganen er gebruik van maken zodra duidelijk is dat het besluit zal worden vernietigd. Soms is dat al

152. Schueler 2005, p. 22-28.

in een vrij vroeg stadium duidelijk, bijvoorbeeld doordat het bestuursorgaan zijn eigen fout ontdekt en toegeeft. Ook kan een onderzoeksrapport, dat tijdens de procedure is opgesteld, het bestuursorgaan op andere gedachten brengen. Verder is het ook mogelijk dat de standpunten die de burger naar voren heeft gebracht in de procedure, het bestuursorgaan tot andere inzichten hebben gebracht. Kiest het eieren voor zijn geld, dan kan het een besluit tot intrekking of wijziging van het bestreden besluit nemen.

4.10.2 Artikel 6:20 Awb

Indien het beroep is gericht tegen het niet tijdig nemen van een besluit (art. 6:2, onder b, Awb), blijft het bestuursorgaan verplicht een besluit op de aanvraag te nemen (art. 6:20, eerste lid, Awb). Verder bevat artikel 6:20 Awb in het vierde lid een procedurele voorziening die vergelijkbaar is met artikel 6:19 Awb: het beroep wordt geacht mede te zijn gericht tegen het alsnog genomen besluit, tenzij dat aan het beroep geheel tegemoetkomt. Het bezwaar of beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit ligt er dan ook nog. Dat kan alsnog gegrond worden verklaard indien de indiener daarbij belang heeft (art. 6:20, zesde lid, Awb). Bij dat belang werd door de opstellers van deze regeling vooral gedacht aan de mogelijkheid van schadevergoeding wegens onrechtmatige daad. Door de vertraging in de besluitvorming kan schade zijn ontstaan. Ten tijde van de totstandkoming van de Awb en in de jaren daarna gold de regel dat het niet tijdig nemen van een besluit geacht werd rechtmatig te zijn, indien daartegen geen bezwaar- of beroepschrift was ingediend. Maar de jurisprudentie hierover is veranderd sinds 2001.¹⁵³ De onrechtmatigheid van het niet tijdig nemen van een besluit kan nog worden beoordeeld door de rechter die over de schadevergoeding oordeelt, ook al is een bezwaar of beroep tegen het uitblijven van een besluit niet doorgezet. Deze nieuwe jurisprudentie zal doorgaans een reden zijn om aan te nemen dat de indiener geen belang meer heeft als bedoeld in artikel 6:20, zesde lid, Awb als inmiddels een reëel besluit is genomen.

De regeling van artikel 6:20 Awb staat op gespannen voet met de interpretatie die in de jurisprudentie is gegeven aan artikel 6:2 Awb, waarin het beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit is geregeld. Indien een belanghebbende meent dat een termijn voor het nemen van een besluit op zijn aanvraag of bezwaarschrift is verstreken, kan hij beroep instellen teneinde een oordeel van de bestuursrechter te verkrijgen over de vraag of het besluit genomen had moeten worden. Hetzelfde geldt indien het bestuursorgaan schriftelijk weigert een besluit te nemen. Volgens de jurisprudentie gaan de beroepsprocedures van deze soort uitsluitend over de vraag of het besluit genomen had moeten worden en hebben zij geen betrekking op de inhoud van het te nemen besluit.¹⁵⁴ Deze

153. ABRvS 21 november 2001, AB 2002, 183 m.nt. Jansen, JB 2002, 21 m.nt. Keinemans; CRvB 28 juni 2002, USZ 2002, 251; HR 25 oktober 2002, JB 2002, 349, AB 2003, 421 m.nt. Van Buuren, NJ 2003, 171 m.nt. Scheltema (Heeze-Leende/Lammers).

154. Deze lijn is ingezet door ABRvS 3 december 1998, AB 1999, 107 m.nt. FM. Voordien was het anders en werd het niet-tijdig beslissen opgevat als een 'fictieve weigering'. Zie daarover Schreuder-Vlasblom 2006, p. 80.

geschillen zijn dus zeer beperkt van omvang en strikt procedureel van aard. Volgens artikel 6:20 Awb, vierde lid, wordt in de procedure over het niet-tijdig nemen van een besluit dus ook het geschil over een alsnog genomen besluit betrokken. Dit staat op gespannen voet met het uitgangspunt dat het beroep alleen een procedureel doel (tijdig beslissen) diende. Zodra er een reëel besluit is genomen, verandert het ingestelde beroep van aard. Het wordt van een procedureel middel een inhoudelijk middel. Om die reden was in het Voorontwerp van Wet beroep bij niet tijdig beslissen (maart 2002) voorgesteld om het vierde lid van artikel 6:20 Awb te laten vervallen. Maar bij het wetsvoorstel wordt het vierde lid toch gehandhaafd, dit naar aanleiding van ontvangen adviezen vanuit de rechterlijke macht, waarin werd aangegeven dat deze bepaling voor de rechtspraak nuttig is. Het vierde lid maakt het immers mogelijk om een hangende het beroep alsnog genomen besluit in de beoordeling te betrekken. Uit een oogpunt van geschilbeslechting wordt deze bepaling dus positief gewaardeerd.¹⁵⁵

4.10.3 Herstel van formele gebreken en gebreken in de motivering

Bijzondere aandacht in het kader van de geschilbeslechting verdient nog het derde lid van artikel 6:18 Awb. Een bestuursorgaan kan proberen de uitoefening van de beroepsbevoegdheid van de burger te frustreren door na de intrekking of wijziging van het bestreden besluit een nieuw besluit te nemen met dezelfde inhoud of strekking. De wetgever heeft willen voorkomen dat de burger in zo'n geval telkens opnieuw moet beginnen met een nieuw bezwaar- of beroepschrift tegen het nieuwe besluit. Daaruit is artikel 6:18, derde lid, Awb voortgekomen. Na de intrekking of wijziging van het bestreden besluit mag het bestuursorgaan, zolang het beroep aanhangig blijft, geen besluit nemen waarvan de inhoud of strekking met het oorspronkelijke besluit overeenstemt. Op dit verbod wordt in de wet een uitzondering gemaakt indien gewijzigde omstandigheden dat rechtvaardigen en het bestuursorgaan ook los van het beroep bevoegd zou zijn tot herstel van het besluit.

Een ruime uitleg van dit verbod zou tot gevolg hebben dat het bestuursorgaan hangende het bezwaar of beroep wel inhoudelijke wijzigingen zou mogen aanbrengen in het bestreden besluit, maar geen formele gebreken en motiveringsgebreken zou mogen herstellen. Deze interpretatie zou een efficiënte geschilbeslechting in de weg staan. Voor die beperking is ook eigenlijk geen goede reden, omdat de indiener doorgaans wordt beschermd door artikel 6:19 Awb, waarin immers is geregeld dat het aanhangige bezwaar of beroep zich van rechtswege richt tegen zowel het oude als het nieuwe besluit. Daarom heeft Schreuder-Vlasblom verdedigd dat artikel 6:18, derde lid, Awb restrictief en overeenkomstig de intentie van de wetgever moet worden toegepast: een nieuw besluit met dezelfde inhoud of strekking mag wel worden genomen indien duidelijk is dat daarmee niet is bedoeld de uitoefening van het bezwaar- of beroepsrecht te belemmeren en artikel 6:19 Awb voldoende bescherming biedt. Inmiddels lijkt dat in de jurisprudentie te zijn aanvaard.¹⁵⁶ In het concept-wetsvoorstel Aanpassing bestuurs-

155. Kamerstukken II, 30 435, nr. 1-3, aangeboden aan de Tweede Kamer op 23 januari 2006.

procesrecht wordt voorgesteld om het derde lid en het daarmee samenhangende vierde lid van artikel 6:18 Awb te schrappen.

4.10.4 Artikel 6:19 in hoger beroep

Het bestuursrechtelijk hoger beroep heeft geen schorsende werking (art. 6:16 Awb jo. 6:24 Awb). Het bestuursorgaan is verplicht om hangende het hoger beroep een nieuw besluit te nemen dat in de plaats komt van het vernietigde besluit. Er kunnen immers algemene belangen en concrete belangen van derden bij dat besluit betrokken zijn die schorsende werking onwenselijk maken. Op sommige terreinen, zoals delen van het socialezekerheidsrecht en het belastingrecht, geldt bij wijze van uitzondering het omgekeerde.¹⁵⁷

Wel kan het bestuursorgaan proberen om aan de verplichting tot het nemen van een nieuw besluit, althans voorlopig, te ontkomen door een verzoek om voorlopige voorziening in te dienen bij de president of voorzitter van het appelcollege (art. 8:81 Awb jo. art. 39 Wet RvS c.a.). Die voorlopige voorziening kan erop neerkomen dat het bestuursorgaan, hangende het hoger beroep, geen gevolg hoeft te geven aan de uitspraak van de rechtbank.

Het ontbreken van schorsende werking heeft als belangrijk nadeel dat een nieuwe procedure van beroep (en eventueel ook hoger beroep) zou kunnen ontstaan, nu gericht tegen het nieuwe besluit dat het bestuursorgaan heeft genomen na de vernietiging in eerste instantie. In de wet was daar bij de invoering van de Awb nog niet echt een oplossing voor gevonden. In de jurisprudentie is de oplossing gevonden in een overeenkomstige toepassing van artikel 6:19 Awb. Het nieuwe besluit, dat het bestuursorgaan neemt ter vervanging van het door de rechtbank vernietigde besluit, wordt aangemerkt als een besluit als bedoeld in artikel 6:18 Awb: intrekking of wijziging van het bestreden besluit. Het object van geding in hoger beroep omvat dan tevens het nieuwe besluit. Zo kan het worden getoetst door de appelrechter, die dan (met overslaan van de rechtbank als eerste instantie) het nieuwe besluit op rechtmatigheid beoordeelt.¹⁵⁸ We zien hier dat de procedure in hoger beroep wordt benut voor de beantwoording van de vraag of het bestuursorgaan op juiste wijze gevolg heeft gegeven aan een door de rechtbank uitgesproken vernietiging. Deze in de jurisprudentie uitgevonden constructie wordt, als het concept-wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht wordt gevolgd, in de wet vastgelegd (art. 8:95 van het concept).

156. Schreuder-Vlasblom 1995 en 2006, p. 187; ABRvS 9 januari 2002, BR 2002, p. 881 en ABRvS 7 juni 2002, AB 2003, 36; CRvB 14 februari 2002, AB 2003, 224; ABRvS 8 december 2004, AB 2005, 44.

157. Artikel 19 en Bijlage C, onder 1 tot en met 24, bij de Beroepswet.

158. Artikel 6:19 Awb wordt ook toegepast als een bestuursorgaan in hoger beroep is gegaan tegen de vernietiging van zijn eigen besluit. Heeft het bestuursorgaan, hangende het hoger beroep, een nieuw besluit genomen ter vervanging van het vernietigde besluit, dan wordt het hoger beroep geacht van rechtswege ook te zijn gericht tegen dit nieuwe besluit. Dit levert de fictie op dat het hoger beroep van het bestuursorgaan geacht wordt mede te zijn gericht tegen een besluit van ditzelfde bestuursorgaan. CRvB 24 juni 1997, AB 1998, 136 m.nt. Pennings.

Dit gebruik van artikel 6:19 Awb in hoger beroep komt regelmatig voor. Maar er kan zeker niet altijd gebruik van worden gemaakt. Volgens de tellingen van Marseille bij een aantal rechtbanken deed zich slechts in 4% van de door hem onderzochte dossiers de situatie voor dat hoger beroep was ingesteld terwijl een vervangend besluit moest worden genomen ter nakoming van de uitspraak van de rechtbank.¹⁵⁹ Daarbij moet men bedenken dat er veel gevallen zijn waarin het hoger beroep bij wijze van uitzondering schorsende werking heeft (vooral op het terrein van de CRvB).

Maar ook als het hoger beroep geen schorsende werking heeft, voorziet het bestuursorgaan vaak niet zelf in de zaak. Als hoger beroep is ingesteld tegen de vernietiging van een besluit, heeft het bestuursorgaan vaak de neiging om te wachten met het nemen van een nieuw besluit. Het is immers nog maar de vraag of de vernietiging zal standhouden in hoger beroep. In het laatste geval is er sprake van het niet-tijdig nemen van een besluit als bedoeld in artikel 6:2 Awb. Dat wordt volgens die bepaling voor de toepassing van de wettelijke voorschriften over bezwaar en beroep gelijkgesteld met een besluit. Zo komt de jurisprudentie ertoe om artikel 6:19 Awb ook toe te passen op het niet-tijdig nemen van een nieuw besluit hangende het hoger beroep tegen een vernietiging. In hoger beroep wordt dan mede beoordeeld of het niet-tijdig nemen van het nieuwe besluit in strijd was met het recht.¹⁶⁰

4.11 VERNIETIGING WAARNA HET BESTUUR OPNIEUW MOET VOORZIEN

In de meerderheid van de zaken waarin een besluit wordt vernietigd, voorziet de rechter niet zelf in de zaak en laat hij ook de rechtsgevolgen niet in stand. Het zijn deze zaken die al vanaf de tijd van de Wet Arob tot op de dag van vandaag aanleiding geven tot kritiek op het bestuursproces. Het geschilbeslechtend vermogen van de bestuursrechter wordt in de literatuur doorlopend in twijfel getrokken.¹⁶¹

De VAR-Commissie Rechtsbescherming concludeerde in 2004 dat er behoefte bestaat aan een rechter die, ingeval een definitieve beslechting niet mogelijk blijkt, in heldere taal duidelijk maakt waarom dat niet kan en hoe het verder moet. Hiermee doelde de Commissie op de mate waarin de rechter in zijn overwegingen duidelijk maakt tot hoever hij met de beoordeling van de zaak is gekomen en wat er moet gebeuren om de beslechting van het geschil op een rechtens aanvaardbare wijze af te ronden in de hernieuwde bestuurlijke besluitvorming die gaat volgen. Dat is een aspect van de rechterlijke geschilbeslechting dat in de Awb geheel ongeregeld is gebleven. De rechter heeft alle bevoegdheden gekregen, maar er is niet bij bepaald in hoeverre hij verplicht is om ervan gebruik te maken. De aandacht was vooral gericht op het voorkomen van te vergaande vor-

159. Marseille 2004, p. 158. Zie zijn tabel 9.9.

160. ABRvS 24 oktober 2000, Gst. (2001) 7136.7 m.nt. Teunissen. Zie over deze jurisprudentie Schreuder-Vlasblom 2006, p. 317-323.

161. Zie achtereenvolgens Pieters 1994; Brenninkmeijer 1994-a en 1994-b; Schueler 1994; Neerhof 1999; Polak 2000; Van Ettehoven 2001; Koeman 2001; Pront-Van Bommel 2002; VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004; Drion 2006.

men van rechterlijke bemoeienis. In hoofdstuk 3 is al beschreven dat tot aan de totstandkoming van de Awb de bevoegdheid tot zelf in de zaak voorzien omstreden was, omdat het gevaar bestond dat de rechter op de stoel van de administratie zou gaan zitten door beslissingen te nemen die volgens de machtscheiding aan het bestuur zijn voorbehouden. In de literatuur en tijdens de totstandkoming van de Awb werd vooral gediscussieerd over de vraag in hoeverre de rechter tot definitieve geschilbeslechting *bevoegd* was. De vraag wanneer hij ertoe *verplicht* zou kunnen zijn, kwam nauwelijks aan de orde (afgezien van het belastingrecht, waar die verplichting al heel lang bestond). Zo is een procesrecht ontstaan waarin de rechter zich eerder moet verantwoorden voor het gebruik van de bevoegdheid om het geschil definitief te beslechten dan voor het ongebruikt laten ervan.

Daardoor ontbreekt voor de rechter de noodzaak om zich in zijn uitspraak te verantwoorden over het feit dat hij het geschil niet definitief heeft beslecht. Zou de rechter zich daar wel over moeten verantwoorden, dan zou dat effecten hebben, waarvan partijen zouden kunnen profiteren bij de beëindiging van hun geschil na de vernietiging. Als de rechter verplicht zou zijn om het geschil zoveel mogelijk te beslechten en zich in zijn uitspraak te verantwoorden voor een niet-definitieve beslechting, zou hij twee stappen moeten zetten:

- a De rechter zou in zijn uitspraak moeten aangeven welke voorvragen nog moeten worden beantwoord voordat het geschil kan worden beslecht. Er moeten bijvoorbeeld nog belangen van derden worden meegewogen of er moeten nog feiten worden onderzocht.
- b Hij zou in zijn uitspraak moeten aangeven waarom hij die voorvragen niet zelf kan beantwoorden. Er is bijvoorbeeld nog beleidsvrijheid of de rechter mist de technische deskundigheid.

Door de Awb wordt de rechter, in geval hij van oordeel is dat een definitieve geschilbeslechting niet mogelijk is, niet gedwongen om dat oordeel te onderbouwen. Hij wordt ook niet gedwongen om het geschil zoveel mogelijk te beslechten. De Awb laat het aan de rechter over zelf te bepalen in hoeverre hij het geschil beslecht. Er is een zwaarwegend argument voor een koerswijziging in het bestuursprocesrecht. In het licht van het in artikel 6 EVRM neergelegde vereiste van berechting binnen een redelijke termijn heeft de burger recht op een zo spoedig mogelijk definitief oordeel over zijn rechtsbetrekking met het bestuursorgaan. Over de redelijke termijn in het bestuursrecht schreef Jansen een uitvoerige studie.¹⁶² Hij leidt uit de jurisprudentie van het EHRM af dat de 'bestuurlijke nafase' waarin het bestuursorgaan opnieuw in de zaak voorziet, moet worden meegerekend bij het bepalen van de periode die gebruikt is om definitieve zekerheid te verschaffen omtrent de rechtspositie van de burger.¹⁶³ De ECRM oordeelde ten aanzien van Nederland al in dezelfde richting in de zaak Baakman.¹⁶⁴ De CRvB hangt dezelfde opvatting over de redelijke termijn aan.¹⁶⁵ In de memo-

¹⁶². Jansen 2000.

¹⁶³. EHRM 19 maart 1997, JB 1997, 98 m.nt. AWH, SEW 1997, p. 339 m.nt. Lawson; bevestigd in EHRM 22 mei 2003, Kyrtatos t. Griekenland, EHRC 2003/57 m.nt. Jansen; AB 2004, 172 m.nt. TB.

rie van toelichting bij het concept-wetsvoorstel *Aanpassing bestuursprocesrecht* van april 2006 wordt onderkend dat deze ontwikkeling rondom de redelijke termijn een extra argument is voor een procesrecht waarin het geschil zo spoedig mogelijk definitief wordt beslecht.

In het concept-wetsvoorstel *Aanpassing bestuursprocesrecht* wordt voorgesteld om het eerste lid van art. 8:72 Awb opnieuw te formuleren: 'Indien de bestuursrechter het beroep gegrond verklaart, vernietigt hij het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk en neemt het bestuursorgaan met inachtneming van zijn aanwijzingen een nieuw besluit.'¹⁶⁶ Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat de rechter in zijn overwegingen aanwijzingen kan geven omtrent de inhoud van het na de vernietiging te nemen nieuwe besluit. Uiteraard moet de rechter zich hierbij beperken tot aanwijzingen die uit het toepasselijke recht voortvloeien en moet hij de discretionaire ruimte van het bestuur onaangetast laten. Ook dit zou de geschilbeslechting verder kunnen helpen. Maar men moet er niet te veel verwachtingen van hebben. Na de vernietiging kunnen immers nieuwe fouten worden gemaakt, die tijdens de rechterlijke beoordeling helemaal niet aan de orde zijn geweest. Dat kan komen doordat de nieuwe fouten verband houden met gewijzigde feiten of gewijzigde regelgeving. Het kan ook komen doordat het bestuursorgaan bij het herstellen van de oude fout, een andere, nieuwe fout maakt.¹⁶⁷ Daarom dient naar onze mening het uitgangspunt te zijn dat de rechter in zijn uitspraak een zo finaal mogelijk oordeel geeft.

4.12 OPDRACHT OM EEN NIEUW BESLUIT TE NEMEN EN HET STELLEN VAN EEN TERMIJN DAARVOOR

Het bestuursorgaan is na een vernietiging meestal van rechtswege verplicht om opnieuw in de zaak te voorzien. Als het vernietigde besluit was genomen op een bezwaarschrift, moet na de vernietiging een nieuw besluit worden genomen op dat bezwaarschrift. Dat is een consequentie van de terugwerkende kracht van de vernietiging: die heeft tot gevolg dat er opnieuw een bezwaarschrift voorligt dat nog moet worden beantwoord met een besluit. Hetzelfde effect heeft de vernietiging van een besluit dat is genomen op een aanvraag of in een voorafgaande procedure van administratief beroep. De verplichting om opnieuw in de zaak te voorzien ontstaat dus meestal van rechtswege, ook als de rechterlijke uitspraak niet uitdrukkelijk een opdracht daartoe bevat.

Maar de rechter kan in zijn uitspraak een uitdrukkelijke opdracht tot het nemen van een nieuw besluit geven (art. 8:72, vierde lid Awb). Dat schept duidelijkheid in gevallen waarin een of meer partijen wellicht in de veronderstelling kunnen verkeren dat er na de vernietiging niets meer behoeft te gebeuren.

164. ECRM 9 juli 1991 en 14 mei 1992, Gst. 6927, nr. 11 m.nt. Teunissen. De zaak werd door het Comité afgedaan: Yearbook ECRM, 1993, 285.

165. CRvB 17 maart 1999, USZ 1999, 134.

166. Versie van 25 april 2006 (minjus.nl).

167. Daarover Schueler 1994 die er ook voorbeelden van geeft aan de hand van in een veldwerk verrichte gevalstudies.

In het concept-wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht wordt voorgesteld om artikel 8:72 Awb opnieuw te formuleren.¹⁶⁸ Een van de voorgestelde wijzigingen is een nieuw eerste lid: 'Indien de bestuursrechter het beroep gegrond verklaart, vernietigt hij het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk en neemt het bestuursorgaan met inachtneming van zijn aanwijzingen een nieuw besluit.' Deze voorgestelde bepaling zou de verplichting, die nu in de meeste gevallen al van rechtswege bestaat, in de wet vastleggen. In het voorgestelde nieuwe derde lid wordt een uitzondering geformuleerd: 'De bestuursrechter kan in afwijking van het eerste lid bepalen: (...) dat het bestuursorgaan geen nieuw besluit behoeft te nemen.' Deze uitzondering is nodig voor gevallen waarin het door wijziging van de omstandigheden geen zin meer heeft om opnieuw in de zaak te voorzien, bijvoorbeeld omdat het achterliggende probleem door partijen op een andere manier wordt opgelost. En de toelichting bij het voorstel noemt het geval waarin tot weigering van een kapvergunning zou moeten worden beslist terwijl de boom al is gekapt.¹⁶⁹ Met de voorgestelde wijziging wordt gevolg gegeven aan een aanbeveling van de Commissie Evaluatie Awb II (Commissie-Boukema).¹⁷⁰ Het voorstel heeft het voordeel dat het uit de wet duidelijker wordt dat na een vernietiging in beginsel opnieuw in de zaak moet worden voorzien.

Het voorstel kan niet voorkomen dat in een kleine groep van zaken onduidelijkheid blijft bestaan. Dat zijn de zaken waarin het bestuursorgaan zelf discretionaire ruimte heeft om al dan niet een nieuw besluit te nemen. Men moet dan denken aan gevallen waarin geen procedure van bezwaar of administratief beroep is doorlopen en er ook geen aanvraag is gedaan (bijvoorbeeld een besluit tot ambtshalve wijziging van een vergunning, genomen na toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure). Dan blijft er na de vernietiging niets meer over: geen besluit, geen aanvraag en geen beroep- of bezwaarschrift. Het bestuursorgaan mag onder omstandigheden nog wel ambtshalve een nieuw besluit nemen, maar is daartoe niet verplicht. Wat moet de rechter dan bepalen? De memorie van toelichting stelt voor dat de rechter in zo'n geval 'in het midden kan laten of er een nieuw besluit moet komen.'

De rechter kan bij de vernietigingsuitspraak het bestuursorgaan een termijn stellen, waarbinnen het nieuwe besluit moet worden genomen. Deze bevoegdheid is opgenomen om spoedige geschilbeslechting te bevorderen. Daaraan kan ook een dwangsom worden verbonden (art. 8:72, vijfde en zevende lid Awb).¹⁷¹ Als deze bevoegdheid tot sanctionering van de verplichting om opnieuw in de zaak te voor-

168. Versie van 25 april 2006 (minjus.nl).

169. Bij het lezen van de memorie van toelichting krijgt men de indruk dat de opstellers eraan voorbijgaan dat er in de meeste gevallen na de vernietiging nog wel een bezwaarschrift ligt. Als bijvoorbeeld een bestuurlijke boete is opgelegd, het bezwaar daartegen ongegrond is verklaard en die ongegrondverklaring is vernietigd, dan geldt het besluit tot oplegging van de boete nog steeds, ook al heeft de rechter geoordeeld dat de overtreding niet is bewezen. Het primaire besluit moet óf door het bestuursorgaan worden herroepen bij een nieuw besluit op bezwaar, óf door de rechter worden herroepen in een uitspraak waarbij zelf in de zaak wordt voorzien.

170. Commissie Evaluatie Awb II (Commissie-Boukema), Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2000, Den Haag: BJu 2001, p. 40.

171. Voorbeeld: ABRvS 12 augustus 1999, AB 1999, 392 m.nt. MSV.

zien op grote schaal zou worden gebruikt, zou dat de geschilbeslechting wellicht versnellen. De bevoegdheid wordt evenwel in de regel niet gebruikt. Dat gebeurt alleen als er een bijzondere aanleiding voor is, met name als het bestuursorgaan er blijk van heeft gegeven dat het te lang over het nemen van het nieuwe besluit zal gaan doen.¹⁷²

Op 7 juli 2006 heeft de Tweede Kamer een initiatiefvoorstel voor een Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen aangenomen dat, als het wet wordt, ingrijpende gevolgen zal hebben voor de dwangsom in het bestuursprocesrecht. Bij het niet-tijdig nemen van een besluit (op aanvraag in de primaire fase of op bezwaar) heeft de burger volgens dit voorstel na ingebrekestelling recht op een dwangsom van maximaal 1260 euro. Daar is geen rechterlijke uitspraak voor nodig. Daarenboven zal door beroep op de bestuursrechter een hogere dwangsom kunnen worden verkregen. Dit voorstel kon uiteraard niet meer in dit evaluatieonderzoek worden betrokken.¹⁷³

4.13 SAMENVATTING EN CONCLUSIES

De wetgever heeft er bij de invoering van de Awb voor gekozen de subjectieve rechtsbescherming als primaire functie van de bestuursrechtspraak voorop te stellen en niet de objectieve rechtmatigheidscontrole. De subjectivering van de bestuursrechtspraak kreeg daardoor een sterke impuls. Doordat de belangen van de rechtzoekenden centraal kwamen te staan, nam ook de aandacht voor definitieve geschilbeslechting toe. Het werd duidelijk dat de rechtzoekende vaak nog niet voldoende geholpen is met een rechterlijke uitspraak waarbij slechts het bestreden besluit wordt vernietigd (paragraaf 4.2 tot en met 4.4).

Vrij algemeen wordt erkend dat aan het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien, dat de ruggengraat vormt van het proces volgens de Awb, nadelen kleven uit een oogpunt van geschilbeslechting. Om de nadelige consequenties van het stelsel te beperken, zijn enkele voorzieningen in de wet getroffen. Deze zijn bedoeld om de rechter de ruimte te bieden om te komen tot definitieve geschilbeslechting.

Zelf in de zaak voorzien

Op grond van artikel 8:72, vierde lid, van de Awb kan de rechter zelf in de zaak voorzien door te bepalen dat zijn besluit in de plaats treedt van het vernietigde besluit (paragraaf 4.5). Aan het gebruik van deze bevoegdheid is meteen al in de memorie van toelichting de beperking gesteld dat de rechter in beginsel slechts zelf in de zaak mag voorzien indien na de vernietiging rechtens slechts één beslissing mogelijk is. In de jurisprudentie van de bestuursrechters is daaraan strikt de hand gehouden. In de volgende categorieën van gevallen voorziet de rechter zelf in de zaak:

- gevallen waarin het bestuur om redenen van bevoegdheid of ontvankelijkheid maar één beslissing kan nemen;

172. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 244.

173. Kamerstukken II 2005/06, 29 934, A.

- geschillen over besluiten op basis van een volledig gebonden bevoegdheid;
- geschillen over besluiten op basis van een discretionaire bevoegdheid, indien uit de toepassing van beginselen van behoorlijk bestuur volgt dat het bestuursorgaan nog maar één beslissing kan nemen;
- geschillen over besluiten op basis van een discretionaire bevoegdheid indien de keuzevrijheid van het bestuursorgaan is verdwenen doordat er beleidsregels zijn vastgesteld.

Soms voorziet de rechter zelf in de zaak op verzoek van een of meer partijen. Een argument om op zo'n verzoek welwillend in te gaan kan gelegen zijn in redenen van proceseconomie, met name als de procedure al lang geduurd heeft. De rechter moet uiteraard wel ergens houvast in vinden, wil hij in deze gevallen zelf in de zaak kunnen voorzien.

Er zijn voorts factoren die zich ertegen verzetten dat de rechter zelf in de zaak voorziet. Het gaat erom dat de rechter het besluitvormingsprimaat van het bestuur wil beschermen, omdat

- er na de vernietiging rehtens meer dan één beslissing mogelijk is;
- voor een definitieve beslissing nieuw feitenonderzoek vereist is dat door het bestuur moet worden verricht;
- belangen van derden zich ertegen verzetten dat de rechter zelf in de zaak voorziet.

De rechter lijkt evenwel meer ruimte te nemen indien hij om zelf in de zaak te kunnen voorzien (alleen) een oordeel hoeft te geven over aspecten ten aanzien waarvan hij een primaire taak heeft.¹⁷⁴ Hierbij moet men denken aan de toetsing van punitieve sancties en aan de vaststelling van het recht op schadevergoeding wegens onrechtmatige daad.

De rechter is in de gevallen die zich voor definitieve geschilbeslechting lenen, niet verplicht om zelf in de zaak te voorzien. Het betreft hier een bevoegdheid, hoewel er voorzichtige aanwijzingen zijn dat zo'n verplichting in sommige situaties moet worden aanvaard. In het algemeen komt het erop neer dat de rechter zich moet verantwoorden voor het gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien en niet voor het ongebruikt laten ervan.

De belastingrechter is volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad in de regel juist wel verplicht om een finale beslissing te nemen. Het verschil met de algemene bestuursrechter is verklaarbaar omdat de belastingrechter veel minder hinder ondervindt van de zojuist genoemde factoren die zich verzetten tegen het gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien.

In stand laten van de rechtsgevolgen

Ingevolge het derde lid van artikel 8:72 Awb kan de rechter bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand blijven. Voor-

¹⁷⁴. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 246.

zover hij dat doet, behoeft het bestuursorgaan geen nieuw besluit meer te nemen en is het geschil definitief beslecht.

Aan het gebruik van deze bevoegdheid zijn beperkingen gesteld, die grotendeels overeenkomen met de nauw verwante bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien.

Passeren van vormgebreken

In artikel 6:22 Awb is een bepaling opgenomen die moet voorkomen dat een vernietiging wordt uitgesproken waar partijen niets mee opschieten. Als slechts een vormvoorschrift is geschonden en belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld, kan vernietiging van het besluit achterwege worden gelaten.

Literatuur en jurisprudentie hebben zich vooral gebogen over wat nu wel en niet een vormvoorschrift is. In het concept-wetsvoorstel *Aanpassing bestuursprocesrecht* wordt voorgesteld om het woord 'vormvoorschrift' te vervangen door 'voorschrift.' Dat zou een stap vooruit zijn. In een procesrecht dat gericht is op definitieve geschilbeslechting moet het passeren van gebreken niet afhankelijk zijn van de aard van de voorschriften, maar van het criterium of de oplossing voor het geschil met de vernietiging dichterbij wordt gebracht.

Om de gebreken te kunnen passeren, moet de rechter zich ervan vergewissen dat zij irrelevant zijn voor de uitkomst van het geschil. Voor een optimaal gebruik van artikel 6:22 Awb is daarom nodig dat de beslissingsalternatieven, waaruit het bestuur zou kunnen kiezen na een vernietiging, in de procedure bij de rechter aan de orde komen.

Een actieve rechter, die zoekt naar de materiële waarheid

De Awb gaat uit van de veronderstelling dat de bestuursrechter een actieve rechter is, die op zoek gaat naar de materiële waarheid achter het geschil. Deze actieve houding kan de geschilbeslechting bevorderen. Hoe eerder en beter de materiële waarheid aan het licht komt, des te eerder en beter kan de rechter beoordelen hoe het geschil moet worden opgelost.

De wetgever heeft ervan afgezien om regels van materieel bewijsrecht in de wet op te nemen, zodat de rechter zo veel mogelijk ruimte heeft om de materiële waarheid te achterhalen. Het ontbreken van bewijsrecht wordt in de literatuur gezien als een lacune in het bestuursprocesrecht. Het ontbreken van een duidelijke regeling van de bewijslastverdeling brengt onzekerheid voor partijen met zich en dat komt de definitieve geschilbeslechting niet ten goede.

De rechter kan zelf bepalen in hoeverre hij gebruikmaakt van zijn onderzoeksbevoegdheden, met name die in het vooronderzoek. In de praktijk van de afgelopen jaren is gebleken dat er vaak zittingsgericht wordt gewerkt. Daarbij streeft de rechter ernaar de zaak zo spoedig mogelijk op zitting te brengen en beperkt hij zijn onderzoek tot dossierstudie en het onderzoek ter zitting. Bij die manier van werken wordt zelden gebruikgemaakt van het vooronderzoek. In de literatuur is aandacht gevraagd voor het gebruik van comparities in een vroeg stadium van de procedure. Daarmee zou bevorderd kunnen worden dat de punten van geschil in een vroeg stadium duidelijk worden, zodat aan het eind van de procedure het geschil kan worden beslecht. Naast comparities kan men ook denken aan 'regiezittingen.' Met een regiezitting is bedoeld een in een vroeg stadium gehouden zit-

ting, waarop wordt onderzocht wat er nog moet gebeuren om tot een uitspraak te kunnen komen. Een comparitie of regiezitting kan ertoe bijdragen dat tijdig komt vast te staan welke feiten en belangen nog omstreden of onduidelijk zijn. De feiten kunnen dan worden onderzocht of bewezen, zodat de rechter niet hoeft te volstaan met een vernietiging op grond van onzorgvuldig onderzoek of onvolledige motivering. De belangenafweging kan door het bestuursorgaan worden toegevoegd of verbeterd voordat de rechter uitspraak doet, zodat de rechter beter kan doordringen tot een materiële oplossing voor het geschil.

Intrekken, wijzigen en alsnog nemen van besluiten hangende beroep

In de artikelen 6:18 en 6:19 Awb is een regeling opgenomen die het de rechter mogelijk maakt om het geschil zoveel mogelijk in één procedure te beslechten, indien het bestuursorgaan zelf al een nieuw besluit heeft genomen tot wijziging of intrekking van het oorspronkelijk bestreden besluit. De regeling komt er – zeer kort geformuleerd – op neer dat het nieuwe besluit wordt betrokken in de procedure tegen het oude besluit en dat beide besluiten nog worden beoordeeld voor zover de indiener daar belang bij heeft. Art. 6:20 Awb bevat een soortgelijke regeling voor gevallen waarin het beroep is gericht tegen het niet tijdig nemen van een besluit en het bestuursorgaan intussen een besluit heeft genomen.

De regeling kan een belangrijke bijdrage leveren aan de definitieve beslechting van geschillen, indien bestuursorganen er gebruik van maken zodra duidelijk is dat het besluit zal worden vernietigd. Soms is dat al in een vrij vroeg stadium duidelijk, bijvoorbeeld doordat het bestuursorgaan zijn eigen fout ontdekt en toeeft. Ook kan een onderzoeksrapport dat tijdens de procedure is opgesteld, het bestuursorgaan op andere gedachten brengen. Verder is het ook mogelijk dat de standpunten die de burger naar voren heeft gebracht in de procedure, het bestuursorgaan tot andere inzichten hebben gebracht.

Opdracht om een nieuw besluit te nemen en het stellen van een termijn daarvoor

De verplichting om opnieuw in de zaak te voorzien ontstaat meestal van rechtswege, ook als de rechterlijke uitspraak niet uitdrukkelijk een opdracht daartoe bevat. Maar de rechter kan in zijn uitspraak een uitdrukkelijke opdracht tot het nemen van een nieuw besluit geven (art. 8:72, vierde lid Awb). Dat schept duidelijkheid in gevallen waarin een of meer partijen wellicht in de veronderstelling kunnen verkeren dat er na de vernietiging niets meer behoeft te gebeuren. De Awb wordt op dit punt waarschijnlijk nog wat verduidelijkt (concept-wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht).

De rechter kan bij de vernietigingsuitspraak het bestuursorgaan een termijn stellen waarbinnen het nieuwe besluit moet worden genomen. Daaraan kan ook een dwangsom worden verbonden (art. 8:72, vijfde en zevende lid). Deze bevoegdheid wordt evenwel in de regel niet gebruikt. Dat gebeurt alleen als er een bijzondere aanleiding voor is.

Bestuurlijke lus

Onlangs hebben de Ministers van Justitie en van BZK een concept-voorstel tot wijziging van de Awb het licht doen zien, waarin de bestuurlijke lus geregeld

wordt (concept-wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht). In de memorie van toelichting wordt de wenselijkheid uitgesproken van de constructie waarbij het besluitvormingsprimaat bij het bestuur blijft, maar de rechter beter tot materiële geschilbeslechting kan komen. Het bestuur krijgt door de bestuurlijke lus de gelegenheid om de door de rechter geconstateerde gebreken te herstellen, waarna de rechter een eindbeslissing kan geven. Het concept-voorstel sluit aan bij voorstellen die in de literatuur zijn gedaan ter verbetering van het geschilbeslechtend vermogen van de bestuursrechter, in het bijzonder bij het voorstel van Van Ettehoven. Het voorstel is beschreven in paragraaf 4.7. In paragraaf 6.9.2.1 komen wij op de bestuurlijke lus terug.

In hoeverre is de bestuursrechter volgens de Awb een geschilbeslechter?

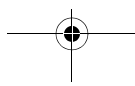
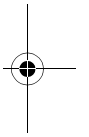
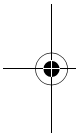
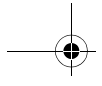
Op grond van de wetsgeschiedenis, de jurisprudentie en de literatuur kan deze vraag als volgt worden beantwoord. De rechter heeft in de Awb veel bevoegdheden gekregen om het geschil te beslechten. Hij kan door zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten tot definitieve geschilbeslechting komen, maar hij mag ook volstaan met een kale vernietiging. Daartussen liggen verschillende andere mogelijkheden. Hoe ver hij gaat, hangt volgens de wetsgeschiedenis, de jurisprudentie en de literatuur vooral af van het antwoord op de volgende vier vragen.

- Is er na de vernietiging rechtens meer dan één beslissing mogelijk in verband met bestuurlijke keuzevrijheid?
- Is voor een definitieve beslissing nieuw feitenonderzoek vereist dat door het bestuur moet worden verricht?
- Verzetten eventuele belangen van derden zich ertegen dat de rechter het geschil definitief beslecht?
- Zijn er formeel-procedurele belemmeringen voor definitieve beslechting van het geschil?

Indien een of meer van deze vragen bevestigend moet worden beantwoord, is dat volgens de heersende opvattingen voor de rechter een reden om te volstaan met vernietiging en het bestuursorgaan een nieuw besluit te laten nemen. In het procesrecht van de Awb ontbreekt voor de rechter in die gevallen de noodzaak om zich in zijn uitspraak te verantwoorden over het feit dat hij het geschil *niet* definitief heeft beslecht. Als de rechter verplicht zou zijn om het geschil zoveel mogelijk te beslechten en zich in zijn uitspraak te verantwoorden voor een niet-definitieve beslechting, zou hij twee stappen moeten zetten:

- a De rechter zou in zijn uitspraak moeten aangeven welke voorvragen nog moeten worden beantwoord voordat het geschil kan worden beslecht.
- b Hij zou in zijn uitspraak moeten aangeven waarom hij die voorvragen niet zelf kan beantwoorden.

De jurisprudentie van het EHRM over de redelijke termijn, bedoeld in artikel 6 EVRM, is een extra argument voor een procesrecht waarin het geschil zo spoedig mogelijk definitief wordt beslecht. Daarin past dat de rechter niet zonder goede reden kan volstaan met vernietiging en terugwijzen.



5 Hoe vaak wordt het geschil definitief beslecht doordat de rechter zelf in de zaak voorziet of de rechtsgevolgen in stand laat?

5.1 INLEIDING

De bestuursrechter vindt in de Awb verschillende instrumenten om tot definitieve beslechting van het geschil te komen. Deze zijn in hoofdstuk 4 van dit rapport beschreven. In dit vijfde hoofdstuk wordt de vraag beantwoord hoe vaak van twee instrumenten tot definitieve geschilbeslechting gebruik wordt gemaakt. Het betreft de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien (art. 8:72, vierde lid Awb) en de bevoegdheid om de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten (art. 8:72, derde lid Awb). Vervolgens wordt ook de vraag beantwoord hoe vaak het gebruik van deze bevoegdheden leidt tot een definitieve beslechting van het geschil.

Het 'geschil' is hier beperkt tot het juridische geschil over het bestreden besluit en, in geval van vernietiging, het vervangende besluit. De redenen voor deze beperking zijn in hoofdstuk 2 gegeven.

Het kwantitatieve deel van het onderzoek is dus toegespitst op de vraag in hoeverre de rechter, indien hij een besluit vernietigt, gebruikmaakt van de mogelijkheden tot zelf voorzien of in stand laten van de rechtsgevolgen.

In dit hoofdstuk wordt verslag gedaan van het kwantitatieve deel van het onderzoek. Daarin zijn de in de hoofdzaak gedane uitspraken in het jaar 2005 onderzocht van de Afdeling bestuursrechtspraak, kamers 1, 2 en 3 en van de CRvB, het CBb en twee rechtbanken. Daaronder vallen ook de buiten zitting afgedane zaken en de uitspraken van de voorzieningenrechter waarin onmiddellijk was voorzien in de hoofdzaak (art. 8:86 Awb).

5.2 HET AANTAL BEROEPSPROCEDURES DIE OP EEN Vernietiging UITLOPEN

Het kwantitatieve deel van het onderzoek gaat over de afloop van procedures waarin het besluit van het bestuursorgaan door de rechter is vernietigd. Daarom is het goed om een beeld te hebben van het aantal vernietigingsuitspraken in relatie tot het totale aantal uitspraken in de hoofdzaak. Tabel 1 toont per rechterlijke instantie deze verhouding voor het onderzochte jaar 2005. Deze tabel laat zien hoe vaak door de onderzochte gerechten een uitspraak is gedaan tot vernietiging van een of meer besluiten.

De tabel laat ook zien hoe het aantal vernietigingsbesluiten zich verhoudt tot het aantal uitspraken in de hoofdzaak met een ander dictum dan vernietiging. Dat zijn grotendeels uitspraken waarbij het beroep of het hoger beroep ongegrond of niet-ontvankelijk is verklaard. In dit evaluatieonderzoek worden dergelijke uitspraken aangemerkt als uitspraken waardoor het geschil definitief wordt beslecht. Zie daarover paragraaf 2.2.¹⁷⁵

Tabel 1 Uitspraken waarbij een of meer besluiten zijn vernietigd in verhouding tot uitspraken met andere dicta in de hoofdzaak

Rechterlijke instantie	Uitspraken inhoudende vernietiging		Uitspraken overige dicta in de hoofdzaak	Totaal uitspraken in de hoofdzaak
	absoluut	percentage		
ABRvS kamer 1, 2 en 3	789	23%	2.610	3.399
CRvB	828	18%	3.663	4.491
CBb	173	29%	418	591
Rechtbank 1	222	38%	364	586
Rechtbank 2	452	32%	979	1.431
Alle instanties	2.464	24%	8.034	10.498

Een korte opmerking over de verschillen tussen de instanties. Uit de tabel blijkt dat in eerste aanleg vaker een besluit wordt vernietigd dan in hoger beroep. Dat behoeft nog niet te betekenen dat in hoger beroep het bestuursorgaan vaker wint dan in eerste aanleg. Want als de rechtbank een besluit heeft vernietigd en het bestuursorgaan gaat daartegen in hoger beroep, maar verliest daar weer, dan wordt er in hoger beroep geen besluit vernietigd. Het hoger beroep wordt dan ongegrond verklaard. Deze gevallen zijn in de bovenstaande tabel niet als 'uitspraak inhoudende vernietiging' meegeteld, maar als 'uitspraken overige dicta in de hoofdzaak.' In de kolom 'uitspraken inhoudende vernietiging' zijn dus alleen meegeteld de uitspraken waarin de desbetreffende rechter zelf een besluit heeft vernietigd.

Het is overigens mogelijk dat het lagere percentage vernietigingen in hoger beroep gedeeltelijk wordt veroorzaakt doordat hoger beroep relatief vaak door een burger wordt ingesteld tegen een rechtbankuitspraak waarbij zijn beroep in eerste aanleg ongegrond is verklaard. Uit de interviews is gebleken dat rechters de indruk hebben dat zulke hoger beroepen relatief vaak ongegrond worden verklaard.

De verschillen tussen de percentages vernietigingsuitspraken per rechterlijke instantie worden in dit onderzoek verder niet gebruikt. Het onderzoek is gericht

175. In paragraaf 2.2.3 is uiteengezet waarom uitspraken waarbij de rechter zichzelf onbevoegd verklaart, in dit onderzoek op één lijn worden gesteld met een definitieve beslechting van het geschil. In tabel 1 zijn deze gevallen (voorzover zij hebben geleid tot een uitspraak in de hoofdzaak) meegeteld in de kolom 'Uitspraken overige dicta in de hoofdzaak.' Uitspraken over voorlopige voorzieningen zijn niet meegeteld, maar uitspraken waarbij toepassing is gegeven aan artikel 8:86 Awb (onmiddellijke uitspraak in de hoofdzaak) zijn wel meegeteld.

op de gevallen waarin de bestuursrechter een besluit vernietigt. Tabel 1 is hier opgenomen om een beeld te geven van hoe deze gevallen zich verhouden tot het totaal van de uitspraken in de hoofdzaak.

5.3 HET AANTAL ZAKEN WAARIN ZELF IN DE ZAAK IS VOORZIEN (ART. 8:72, VIERDE LID AWB)

In tabel 2 is het aantal uitspraken waarbij de rechter zelf in de zaak heeft voorzien, afgezet tegen het totaal van de uitspraken waarbij een of meer besluiten zijn vernietigd.

Tabel 2 Uitspraken waarbij zelf in de zaak is voorzien in verhouding tot het totaal aantal uitspraken waarbij een besluit is vernietigd (art. 8:72 lid 4 Awb)

Instantie	Uitspraken waarin zelf is voorzien (lid 4)		Totaal uitspraken waarin een besluit is vernietigd
	absoluut	percentage	
ABRvS (kamer 1, 2 en 3)	205	26%	789
CRvB	123	15%	828
CBb	60	35%	173
Rechtbank 1	15	7%	222
Rechtbank 2	34	8%	452
Alle instanties	437	18%	2.464

Deze tabel bevestigt het beeld dat blijkt de (in hoofdstuk 4 beschreven) wetsgeschiedenis, de gepubliceerde jurisprudentie en de literatuur al bestond: in de meeste gevallen waarin een besluit wordt vernietigd, voorziet de rechter niet zelf in de zaak. Verklaringen daarvoor zijn in hoofdstuk 4 beschreven en komen ook in hoofdstuk 6 aan bod.

Enkele verschillen tussen de rechterlijke instanties vallen op. Het valt op dat de Afdeling bestuursrechtspraak en het CBb in vergelijking met de andere bestuursrechters vaker gebruikmaken van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien. Bij de interpretatie van deze cijfers is voorzichtigheid geboden. Want, zoals in paragraaf 5.5 nog zal blijken, dit gebruik leidt bij de Afdeling in de helft van de zaken niet tot een definitieve beslechting van het geschil. Het CBb heeft in een relatief groot aantal uitspraken zelf in de zaak voorzien. Dat kan worden verklaard doordat zich een reeks van 22 min of meer identieke gevallen voordeed, waarin steeds het besluit op bezwaar werd vernietigd en het primaire besluit met toepassing van artikel 8:72 lid 4 werd herroepen, omdat dit zijn basis vond in nationaalrechtelijke bepalingen die wegens strijd met communautaire bepalingen buiten toepassing dienden te worden gelaten. Dat gebrek zou na de vernietiging niet met een nieuw besluit op bezwaar te repareren zijn, zodat het CBb zelf in de zaak kon voorzien. Zo'n reeks identieke gevallen, waarin zelf in de zaak kan worden voorzien, doet zich misschien niet ieder jaar voor. Zou men deze reeks van gevallen niet meetellen, dan zou het CBb op 25% uitkomen.

5.4 HET AANTAL ZAKEN WAARIN DE RECHTSGEVOLGEN VAN HET BESLUIT IN STAND ZIJN GELATEN (ART. 8:72 LID 3 Awb)

In tabel 3 is het aantal uitspraken waarbij de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten, afgezet tegen het totaal van uitspraken waarin een besluit is vernietigd.

Tabel 3 Hoe vaak gebruikt de rechter de bevoegdheid om bij vernietiging de rechtsgevolgen in stand te laten (art. 8:72 lid 3 Awb)?

Instantie	Uitspraken waarin de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten (lid 3)		Totaal uitspraken waarin een besluit is vernietigd
	absoluut	percentage	
ABRvS (kamer 1, 2 en 3)	27	3%	789
CRvB	126	15%	828
CBb	13	8%	173
Rechtbank 1	14	6%	222
Rechtbank 2	49	11%	452
Alle instanties	229	9%	2.464

Uit tabel 3 blijkt allereerst dat de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten over het geheel genomen minder vaak wordt toegepast dan de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien. Maar er zijn enkele verschillen tussen de instanties. De Centrale Raad van Beroep maakt relatief veel gebruik van deze bevoegdheid. In het grootste deel van deze zaken werd het besluit vernietigd omdat het op een onjuiste grondslag was gebaseerd, maar kon worden vastgesteld dat het gebruik van een juiste grondslag tot hetzelfde resultaat zou leiden. Deze gevallen worden besproken in de paragrafen 6.3.3 en 6.3.4.

5.5 HOE VAAK LEIDT ZELF IN DE ZAAK VOORZIEN OF IN STAND LATEN VAN DE RECHTSGEVOLGEN TOT DEFINITIEVE BESLECHTING VAN HET GESCHIL?

Nu moet de vraag worden beantwoord hoe vaak het gebruik van de onderzochte bevoegdheden ook tot gevolg heeft dat het bestuur na de uitspraak geen nieuw besluit meer hoeft te nemen. Pas dan kan de conclusie worden getrokken dat het geschil definitief is beslecht. In een deel van de gevallen waarin de rechter zelf in de zaak voorziet of de rechtsgevolgen in stand laat, moet het bestuur na de uitspraak toch nog een nieuw besluit nemen.

In tabel 4 is weergegeven hoe vaak in een vernietigingsuitspraak gebruik is gemaakt van een van de onderzochte bevoegdheden.

Tabel 4 In hoeveel van de uitspraken waarbij een of meer besluiten zijn vernietigd, is zelf in de zaak voorzien (art. 8:72 lid 4 Awb) of zijn de rechtsgevolgen in stand gelaten (art. 8:72 lid 3 Awb)?¹⁷⁶

Instantie	Uitspraken waarin lid 3 of lid 4 is gebruikt		Totaal uitspraken waarbij besluit is vernietigd
	absoluut	percentage	
ABRvS (kamer 1, 2 en 3)	232	29%	789
CRvB	249	31%	828
CBb	73	42%	173
Rechtbank 1	29	13%	222
Rechtbank 2	83	18%	452
Alle instanties	660	27%	2.464

In 27% van de zaken die uitliepen op een vernietiging *lijkt* de rechter het geschil met behulp van deze wettelijke instrumenten definitief te hebben beslecht. Maar zo mag men de cijfers niet interpreteren. Niet alle uitspraken waarin zelf in de zaak werd voorzien of de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten, hebben het geschil definitief beslecht. Er zijn namelijk gevallen waarin na zo'n uitspraak toch nog een nieuw besluit moet worden genomen. Dat komt doordat soms slechts voor een gedeelte zelf in de zaak wordt voorzien of de rechtsgevolgen in stand worden gelaten of doordat er meer belanghebbenden zijn, voor wie de zaak verschillend afloopt. Bovendien is er een grote groep van uitspraken over de goedkeuring van bestemmingsplannen, waarin de Afdeling zelf in de zaak voorziet, maar waarna toch een verplichting bestaat om een nieuw bestemmingsplan vast te stellen. In paragraaf 5.6 zullen deze situaties worden beschreven en toegelicht.

Uit het enkele feit dat een bevoegdheid is gebruikt tot zelf in de zaak voorzien of in stand laten van de rechtsgevolgen, kan dus niet worden afgeleid dat het geschil definitief is beslecht. Trekt men de gevallen waarin het geschil niet definitief is beslecht af van het totale aantal uitspraken waarin zelf in de zaak is voorzien of de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten, dan komt men uit op een ander resultaat, namelijk 22%.

Dit percentage is als volgt berekend. Het totale aantal vernietigingsuitspraken (2.464) volgt uit tabel 1. In 660 van die uitspraken was lid 3 (rechtsgevolgen) of lid 4 (zelf voorzien) gebruikt (zie tabel 4). Analyse van die uitspraken heeft opgeleverd dat in 533 (dat is 22% van 2.464) uitspraken het geschil definitief was beslecht. Bij die analyse is bekeken of het bestuursorgaan na de uitspraak nog een nieuw besluit in de zaak moest gaan nemen of niet.

In Bijlage 1 zijn stroomdiagrammen opgenomen, die per instantie laten zien hoe het aantal geschillen, die door middel van artikel 8:72 lid 3 of lid 4 Awb definitief worden beslecht, zich verhouden tot de overige geschillen die leiden tot een uitspraak in de hoofdzaak. Het laatste stroomdiagram geeft een beeld van alle onderzochte instanties tezamen.

¹⁷⁶. De kolom 'Uitspraken waarin lid 3 of lid 4 is gebruikt' telt op tot 666. In 6 uitspraken werden beide dicta gebruikt. Bij het totaal is daarom niet 666 maar 660 vermeld.

In de stroomdiagrammen valt op dat vooral bij de Afdeling bestuursrechtspraak het relatief veel voorkomt dat een geschil niet definitief is beslecht, hoewel er wel gebruik is gemaakt van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien. Dit komt vooral doordat de Afdeling in veel voorkomende zaken over de goedkeuring van bestemmingsplannen zelf voorziet op een manier die in de volgende paragraaf zal worden toegelicht.

In tabel 5 is het percentage voor de verschillende rechterlijke instanties afzonderlijk gegeven. Het percentage geeft aan hoe vaak de rechterlijke instantie door het gebruik van de bevoegdheden om zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten het geschil definitief heeft beslecht in verhouding tot het totale aantal vernietigingen van die instantie.

Tabel 5 In hoeveel van de uitspraken waarbij een of meer besluiten zijn vernietigd, is door het gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten het geschil definitief beslecht?

Rechterlijke instantie	Gevallen waarin het geschil definitief is beslecht met behulp van lid 4 of lid 3 als percentage van het totaal aantal vernietigingen
ABRvS	16%
CRvB	29%
CBb	40%
Rechtbank 1	12%
Rechtbank 2	16%
Alle instanties	22%

Tabel 5 laat een paar verschillen zien. Bij het hoge percentage van het CBb moet uiteraard dezelfde opmerking worden gemaakt als in paragraaf 5.3 naar aanleiding van tabel 2. Als de daar genoemde bijzondere groep van 22 uitspraken niet zou worden meegeteld, zou het CBb op een percentage van 23% uitkomen.¹⁷⁷ De CRvB bereikt in vergelijking met andere instanties vaak een definitieve beslechting van het geschil door zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten.

¹⁷⁷. Dit is afgeleid uit het stroomdiagram van het CBb in Bijlage 1. Na aftrek van de 22 bijzondere gevallen komt in dat stroomdiagram in het vakje 'Vernietigingen' 151 te staan in plaats van 173 en in het vakje 'Definitief beslecht' 34 in plaats van 56.