

Vergaderjaar 2007–2008

31 352

Voorstel van wet van de leden Vermeij, Koopmans en Neppérus tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met een regeling voor herstel van gebreken in een besluit hangende beroep bij de bestuursrechter (Wet bestuurlijke lus Awb)

Nr. 6

MEMORIE VAN TOELICHTING ZOALS GEWIJZIGD NAAR AANLEIDING VAN HET ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

I. ALGEMEEN

1. Inleiding

Dit wetsvoorstel strekt tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) met een regeling die de bestuursrechter de mogelijkheid geeft om het bestuursorgaan tijdens een beroepsprocedure de gelegenheid te geven om gebreken in een bestreden besluit te herstellen, in plaats van te volstaan met een zogeheten «kale» vernietiging van dit besluit (zoals nader beschreven in paragraaf 2 van het algemeen deel van deze toelichting). Deze regeling wordt in de rechtswetenschap en -praktijk ook wel aangeduid als «de bestuurlijke lus».

De directe aanleiding tot dit wetsvoorstel is de weerbarstige praktijk van de uitvoering van grote projecten om te bouwen of om de mobiliteit te vergroten, ter verbetering van de leefkwaliteit van omwonenden. Het betreft vaak besluiten waarbij, na het doorlopen van de wettelijk vereiste inspraakprocedure, ook de bevoegdheid tot het maken van bezwaar en het instellen van beroep worden benut. Met name tijdens de beroepsprocedure komen met enige regelmaat gebreken aan het licht. In zo'n geval heeft de bestuursrechter momenteel niet veel mogelijkheden om een effectieve bijdrage aan de daadwerkelijke beslechting van het aan hem voorgelegde geschil te leveren. In zoverre zij verwezen naar paragraaf 2 van het algemeen deel van deze toelichting.

Meestal is de bestuursrechter gedwongen om een gebrekkig besluit te vernietigen, met als gevolg dat het bestuursorgaan wederom een uitgebreide besluitvormingsprocedure moet doorlopen om het geconstateerde gebrek naar behoren te herstellen. Deze consequentie leidt tot vertraging van projecten met een algemeen belang, tot aanzienlijke extra kosten, en daarmee, tot maatschappelijke irritatie. Overigens niet alleen bij bestuurders, maar ook bij omwonenden die baat hebben bij een snelle realisering van het project waarover een beroepsprocedure is ontstaan.

Een recent en geruchtmakend voorbeeld is het (tracé)besluit tot verbreding van de drukbereden A4 bij Leiderdorp, welk besluit bij de Afdeling bestuursrechtspraak sneuvelde wegens tekortkomingen in het onderzoek naar de luchtkwaliteit ter hoogte van Leiderdorp (ABRvS 25 juli 2007, BR

2007, 867). Hierdoor kan de wegverbreding pas veel later gestalte krijgen dan door velen – waaronder een groot aantal omwonenden, aangezien hun woon-leefsituatie door de geplande ingreep aanzienlijk zal verbeteren – wordt gewenst, ook al zijn alle betrokkenen het erover eens dat herstel van het geconstateerde gebrek noodzakelijk is.

Het probleem van inefficiënte rechterlijke beroepsprocedures en de hiermee samenhangende «stroperigheid» van bestuurlijke besluitvorming beperkt zich echter niet tot grote infrastructurele projecten zoals de beoogde verbreding van de A4. Ook relatief kleine bouwplannen hebben regelmatig te kampen met ernstige vertraging, doordat eerst na het geheel doorlopen van een beroepsprocedure, c.q. lezing van de einduitspraak van de bestuursrechter duidelijkheid ontstaat over de noodzaak tot herstel van een gebrek. Dit is wellicht gunstig voor de omwonende die bij de bestuursrechter heeft geageerd tegen een (bouw-, sloop-, of aanleg)vergunning, maar belastend en frustrerend voor degene aan wie indertijd een vergunning is verleend.

Daarnaast kunnen geschillen waarbij slechts twee partijen – een bestuursorgaan en één burger – zijn betrokken, leiden tot langdurige rechtsonzekerheid, met dreigende financiële problemen voor belanghebbenden, wegens een gebrek dat, achteraf bezien, snel en eenvoudig had kunnen worden opgelost. Denk hierbij onder meer aan besluiten over uitkeringen (zoals een uitkering ingevolge de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen) en andere aanspraken (zoals een gehandicaptenparkeerkaart) die een medisch onderzoek vereisen, besluiten over uitkeringen ingevolge de Wet werk en bijstand, en aan besluiten over de rechtspositie van ambtenaren.

Het vorenstaande heeft geleid tot gedachten en ideeën over manieren om door de bestuursrechter geconstateerde gebreken zo snel mogelijk te laten herstellen, ter voorkoming van nodeloos tijdverlies en extra besluiten met daarmee samenhangende nieuwe rechterlijke procedures. Aanvankelijk werd de discussie hierover voornamelijk in wetenschappelijke kring gevoerd. In zoverre zij verwezen naar paragraaf 3 van het algemeen deel van deze toelichting.

Gaandeweg kreeg de discussie over het probleemoplossend vermogen van bestuursrechtspraak echter ook een meer politiek karakter. Zo riepen de kamerleden Koopmans en De Krom de regering al begin 2004 met een motie op om in de Awb de mogelijkheid te creëren om administratieve en procedurele fouten snel te kunnen herstellen (Kamerstukken II 2003/04, 29 383, nr. 2H). Voor een daartoe strekkende wijziging van de Awb bestond reeds toen een breed draagvlak, en daarom was de verwachting dat de bestuurlijke lus snel een onderdeel van de Awb zou worden. Inmiddels zijn we een aantal jaren verder, en is de bestuurlijke lus actueler dan ooit, mede in het licht van de breed gevoelde behoefte om infrastructurele plannen snel tot uitvoer te (kunnen) brengen. Het verbaast dan ook niet dat voorstellen zijn gedaan om diverse zogeheten «sectorale» wetten te verrijken met de mogelijkheid tot toepassing van een bestuurlijke lus. Wij menen echter dat de bestuursrechtspraak in het algemeen is gebaat bij de mogelijkheid om via een bestuurlijke lus zo snel mogelijk rechtszekerheid voor alle betrokkenen te creëren. In zoverre zij verwezen naar paragraaf 2 van het algemeen deel van deze toelichting.

2. Achtergrond

De toetsing van het bestuurshandelen door de bestuursrechter is in de loop der jaren van karakter veranderd. Vóór 1994 was de heersende leer dat de bestuursrechtspraak niet slechts strekte tot bescherming van belangen van burgers tegen onrechtmatig overheidshandelen (de rechtsbeschermingsfunctie van de bestuursrechtspraak), maar ook tot behartiging van het algemeen belang bij handhaving van het objectieve recht. Bij

de invoering van de Awb in 1994 heeft de wetgever echter uitdrukkelijk afscheid genomen van bestuursrechtspraak als vorm van toezicht op bestuursorganen, en gekozen voor het primaat van rechtsbescherming voor burgers (Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, blz. 35).

Deze keuze heeft belangrijke gevolgen gehad voor de ontwikkeling van het bestuursprocesrecht en de taakopvatting van de bestuursrechter. Zo bracht het algemene belang van de handhaving van het objectieve recht volgens velen mee dat de bestuursrechter een bestreden besluit in alle opzichten op rechtmatigheid diende te toetsen, ook als de eisende partij daarover niet had geklaagd. Tegenwoordig wordt de omvang van het geschil – binnen de grenzen van het bestreden besluit – veel meer dan voorheen bepaald door partijen. Een logische consequentie van een en ander is dat de bestuursrechter thans (veel) minder ambtshalve activiteiten verricht dan vroeger.

Het primaat van de rechtsbeschermingsfunctie heeft verder tot gevolg dat de vraag naar de effectiviteit van de geboden rechtsbescherming nadrukkelijk(er) op de voorgrond is komen te staan. Zoals reeds aangegeven in de nota «Naar een slagvaardiger bestuursrecht» (Kamerstukken II 2004/05, 29 279, nr. 16 (herdruk), blz. 1), wordt het Nederlandse bestuursprocesrecht op dit punt voor verbetering vatbaar geacht. Daartoe wijzen wij op het navolgende.

Een bestuursrechtelijk beroep is in wezen een vordering tot vernietiging van een besluit. Dit betekent dat de bestuursrechter als regel deze vordering moet toewijzen – dus het bestreden besluit vernietigen – zodra hij oordeelt dat dit besluit in strijd komt met een wettelijk voorschrift, van welke aard dan ook. Deze benadering leidt in veel gevallen tot een resultaat waarmee partijen eigenlijk maar weinig opschieten. Zo noodzaakt het oordeel dat een belanghebbende in strijd met artikel 7:2 niet tijdens de bezwaarschriftprocedure is gehoord, doorgaans tot vernietiging van het bestreden besluit. Een uitspraak die het bij zo'n vernietiging laat, is echter voor alle partijen onbevredigend omdat de bestuursrechter niet ingaat op de inhoudelijke bezwaren die de eisende partij tegen het bestreden besluit heeft.

De praktijk leert dat veel uitspraken die strekken tot gegrondverklaring van het beroep en vernietiging van het bestreden besluit, zich in de overwegingen beperken tot het oordeel dat het bestuursorgaan onvoldoende kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen heeft vergaard (strijd met artikel 3:2) en/of dat het bestreden besluit niet kan worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde motivering (strijd met artikel 7:12, eerste lid). Dit vloeit vaak voort uit de veronderstelling dat de bestuursrechter tijdens de beroepsprocedure niet aan het bestuursorgaan mag vragen of een in het bestreden besluit ingenomen standpunt wordt gehandhaafd. Deze veronderstelling op haar beurt hangt samen met het uitgangspunt dat de bestuursrechter de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan moet respecteren. Een en ander heeft tot gevolg dat de bestuursrechter bij de gegrondverklaring van het beroep wel aangeeft hoe het niet had gemoeten (dus: waarom het bestreden besluit onrechtmatig is), maar vaak niet hoe dan wel moet (dus: welke bestuurlijke oplossing de voorkeur verdient).

Nu biedt de Awb de bestuursrechter enige instrumenten om een geschil in bepaalde omstandigheden definitief te beslechten. Zo kan een besluit met een vormvoorschrift toch in stand worden gelaten indien hierdoor niemand in zijn belangen is geschaad (artikel 6:22). Ook kan de bestuursrechter het bestreden besluit vernietigen en vervolgens bepalen dat de rechtsgevolgen ervan in stand blijven (artikel 8:72, derde lid). Hij mag het bestreden besluit zelfs vervangen door een ander besluit, met andere woorden: zelf in de zaak voorzien (artikel 8:72, vierde lid).

De bestuursrechter maakt echter weinig gebruik van de zojuist genoemde bevoegdheden, zoals ook de meest recente evaluatie van de Awb laat zien

(B. J. Schueler e.a., Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter, Den Haag: Bju 2007, blz. 87–92). De bevindingen van Schueler c.s. sporen met die van de eerste evaluatie van de Awb (J. B. J. M. Ten Berge e.a., Ervaringen met de Awb; het bestuursprocesrecht, Deventer: Kluwer 1996, blz. 243 en 250–252; Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994–1996 (verslag van de Evaluatiecommissie Awb I), Den Haag 1996, blz. 61). Indien en zolang de bestuursrechter meent dat dat het bestuursorgaan nog over enige relevante beleids- of beoordelingsvrijheid beschikt, voelt hij zich doorgaans niet vrij om het geschil finaal te beslechten, met name als het gaat om de vraag of aanleiding bestaat tot toepassing van artikel 8:72, vierde lid. Het risico moge duidelijk zijn. Een uitspraak die slechts strekt tot gegrondverklaring van het beroep en vernietiging van het bestreden besluit, wordt vaak gevolgd door een extra bestuurlijke procedure en een nieuw besluit dat – zeker als het bestuursorgaan zijn oorspronkelijke opvatting overeind houdt – uitnodigt tot het starten van een volgende beroepsprocedure.

Daardoor kan het lang duren voordat de bestuursrechter het bestreden besluit daadwerkelijk inhoudelijk heeft getoetst c.q. het materiële geschil daadwerkelijk heeft beslecht, en dus ook voordat precies duidelijk is waaraan partijen toe zijn en welke rechtspositie zij ten opzichte van elkaar hebben (empirische gegevens zijn onder meer te vinden in A.T. Marseille, Effectiviteit van bestuursrechtspraak, Den Haag: BJu 2004). Dit wordt in toenemende mate als een probleem ervaren, en kan zelfs in strijd komen met het – in artikel 6, eerste lid, EVRM neergelegde – vereiste van berechting binnen een redelijke termijn en/of het in artikel 13 EVRM neergelegde vereiste van een «effective remedy» (vgl. EHRM 19 maart 1997, JB 1997/98 m.nt. AWH). De periode tussen de indiening van het bezwaarschrift en het uiteindelijke rechtens houdbare besluit bedraagt immers vaak enige jaren, als daartussen een bezwaarschriftprocedure, een beroepsprocedure, een tweede bezwaarschriftprocedure en een tweede beroepsprocedure (moeten) worden afgewikkeld.

Het geringe probleemoplossend vermogen van het bestuursprocesrecht en de daaruit voortvloeiende vertraging van besluitvorming – onder meer als het gaat om maatschappelijk belangrijke of economisch kansrijke projecten – is nadelig voor bestuursorganen, maar ook voor veel burgers. In zoverre zij verwezen naar paragraaf 1 van het algemeen deel van deze toelichting. Hieraan voegen wij nog toe dat een zo efficiënt mogelijke rechtspleging op zichzelf een nastrevenswaardig maatschappelijk belang is, gelet op de noodzaak om het draagvlak voor rechtspraak in het algemeen overeind te houden.

3. Bestuurlijke lus

Reeds in 1994 is geopperd dat de bestuurspraktijk baat heeft bij de mogelijkheid van de bestuursrechter om in een tussenuitspraak aan te geven wat er aan het bestreden besluit mankeert, als middel om het bestuursorgaan nog tijdens de (eerste) beroepsprocedure de gelegenheid tot herstel van gebreken te bieden. Op deze wijze kan de bestuursrechter (reeds) in de (eerste) einduitspraak beoordelen of het gebrek adequaat is hersteld, waardoor de kans op een zo spoedig mogelijke finale beslechting van het aan hem voorgelegde geschil stijgt (B. J. Schueler, Vernietigen en opnieuw voorzien (diss. UU), Zwolle: W. E. J. Tjeenk Willink 1994, blz. 250–252). Deze constructie is de afgelopen jaren, zoals gezegd, ook wel bekend geworden als «de bestuurlijke lus».

Het voorstel van Schueler is later door anderen omarmd, bijvoorbeeld de werkgroep Van Kemenade (rapport «Bestuur in geding»), J. E. M. Polak (Effectieve bestuursrechtspraak (oratie UL), Deventer: Kluwer 2000, blz. 43–60), B. J. Van Ettehoven (Alternatieven van de bestuursrechter (observaties vanuit de eerste lijn), in: B. J. van Ettehoven, M. A. Pach, I. C. van der Vlies, Alternatieven van en voor de bestuursrechter (VAR-reeks 126),

Den Haag: BJU 2001, blz. 58–76) en door de VAR-Commissie rechtsbescherming (J. E. M. Polak e.a., De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid; van toetsing naar geschilbeslechting (rapport van), Den Haag: BJU 2004, blz. 73–76).

Wij delen de overtuiging dat een wettelijke regeling van een «bestuurlijke lus» een nuttige bijdrage kan leveren aan een efficiënte en effectieve beslechting van bestuursrechtelijke geschillen binnen een redelijke termijn, met behoud van het besluitvormingsprimaat van het bestuur, zoals overigens reeds aangegeven in de Nota «Naar een slagvaardiger bestuursrecht» (Kamerstukken II 2004/05, 29 279, nr. 16, blz. 3). Hierbij wordt benadrukt dat het bieden van de mogelijkheden tot herstel van een gebrekkig besluit tijdens de beroepsprocedure niet alleen het belang van het bestuursorgaan dient, maar vaak ook en vooral het belang van de burger, zoals de vergunninghouder die niet weet of hij het door hem beoogde bouwplan uiteindelijk zal kunnen realiseren. In zoverre zij verwezen naar paragraaf 1 van het algemeen deel van deze toelichting.

Overigens is voor een specifiek geval, namelijk beroepen tegen het nationaal toewijzingsbesluit voor broeikasgasemissierechten, onlangs reeds een bestuurlijke lus in de wet opgenomen (artikel 20.5a Wet milieubeheer). Deze is inmiddels eenmaal toegepast en heeft het beoogde resultaat gehad. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State constateerde in haar tussenuitspraak (ABRvS 8 april 2005, AB 2005, 161 m.nt. ChB) een aantal gebreken in het nationaal toewijzingsbesluit, doch deze konden binnen relatief korte tijd worden hersteld. Het gevolg was dat de Afdeling bestuursrechtspraak in haar einduitspraak (ABRvS 9 september 2005, JB 2005/291 m.nt. MP) het verbeterde toewijzingsbesluit in stand kon laten, waarmee de geschillen over de toewijzing definitief waren beslecht. Daarnaast bieden twee in procedure zijnde wetsvoorstellen – de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Kamerstukken I 2007/08, 30 844, nr. A) en het voorstel tot wijziging van de Tracéwet en de Wet ruimtelijke ordening (thans aanhangig bij de Raad van State) – de mogelijkheid van een bestuurlijke lus.

Inmiddels bereikt ons van verschillende kanten het geluid dat op een zo kort mogelijke termijn behoefte bestaat aan een breder toepassingsbereik van de bestuurlijke lus. Daartoe wijzen wij onder meer op:

- het amendement dat strekt tot wijziging van het wetsvoorstel Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Kamerstukken II 2007/08, 30 844, nrs. 12, 39 en 41);
- het amendement dat strekt tot wijziging van het wetsvoorstel Waterwet (Kamerstukken II 2007/208, 30 818, nr. 27);
- het amendement dat strekt tot wijziging van het wetsvoorstel inzake wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 (Kamerstukken II 2007/08, 31 038, nr. 11);
- de motie waarin wordt gevraagd om de figuur van de bestuurlijke lus in de Awb te regelen (Kamerstukken II 2007/08, 31 200 XI, nr. 29);
- het overleg over de werkzaamheden van de Commissie versnelling besluitvorming infrastructurele projecten (Kamerstukken II 2007/08, 29 385, nr. 15);
- het overleg over de effecten van het Besluit luchtkwaliteit 2005 (Kamerstukken II 2007/08, 30 175, nr. 42).

Daarom is besloten tot indiening van het onderhavige wetsvoorstel. Dit voorstel voorziet in een bestuurlijke lus voor alle bestuursrechtelijke beroepsprocedures, dus niet alleen ten behoeve van geschillen over infrastructurele en bouwprojecten, maar ten behoeve van alle geschillen waarin langdurige rechtsonzekerheid de belangen van burgers dreigt aan te tasten.

4. Redenen voor een wettelijke regeling

De vraag kan worden gesteld of het noodzakelijk is de bestuurlijke lus wettelijk te regelen. Immers, reeds nu kan de bestuursrechter het onderzoek ter zitting schorsen (artikel 8:64, eerste lid) of na afloop ervan heropenen (artikel 8:68, eerste lid), om in de procesbeslissing zelf dan wel een afzonderlijke schriftelijke vraagstelling (artikel 8:45, eerste lid) aan te geven dat aan het bestreden besluit een gebrek kleeft en dat dit gebrek tijdens de beroepsprocedure herstelbaar is. Hierop is in de literatuur gewezen (L. M. Koenraad en F. F. W. Brouwer, Slagvaardig bestuursprocesrecht. Over bestuurlijke lus, finale geschilbeslechting en conflict-oplossing, NJB 2006, blz. 1678–1684). Om een aantal redenen geven wij echter de voorkeur aan een wettelijke regeling waarin de mogelijkheid tot toepassing van de bestuurlijke lus uitdrukkelijk is neergelegd.

In de eerste plaats verschaft een tussenuitspraak helderheid over de (juridische) status van overwegingen waarin de bestuursrechter het bestuursorgaan aanspoort om een nieuw besluit te nemen. Deze helderheid ontbreekt vaak in een procesbeslissing die strekt tot schorsing van het onderzoek ter zitting of heropening van het onderzoek na afloop van de zitting, en al helemaal in een zogeheten – niet door een rechter ondertekende! – «griffiersbrief». Bedenk hierbij dat een tussenuitspraak duidelijk maakt dat, in welk opzicht en waarom de bestuursrechter het bestreden besluit onrechtmatig acht. Andere procesbeslissingen laten echter vaak in het midden of de bestuursrechter op het punt staat het bestreden besluit te vernietigen indien het bestuursorgaan geen aanvullende maatregelen – bijvoorbeeld in de vorm van een vervangend besluit – treft.

In de tweede plaats biedt een tussenuitspraak meer, en beter te handhaven, mogelijkheden om het bestuursorgaan te binden aan termijnen voor het nemen van een vervangend besluit. De huidige instrumenten – schorsingsbeslissing, heropeningsbeslissing of griffiersbrief – zijn in dit opzicht nogal vrijblijvend.

In de derde plaats wordt de bestuursrechter door de mogelijkheid van de tussenuitspraak gestimuleerd om de bestuurlijke lus daadwerkelijk te gebruiken als instrument voor de definitieve beslechting van het voorliggende geschil.

In de vierde plaats wordt door het gebruik van een (openbare!) tussenuitspraak het gebruik van de bestuurlijke lus ook voor de buitenwereld kenbaar en controleerbaar.

De nu beschikbare instrumenten zijn in de praktijk onvoldoende gebleken. Zij weerhouden verreweg de meeste bestuursrechters van toepassing van een bestuurlijke lus. Ook andere factoren – zoals het «zittingsgericht werken» en de wijze waarop de gerechten worden gefinancierd – dragen bij aan een geringe bereidheid om het bestuursorgaan reeds tijdens de eerste beroepsprocedure te bewegen tot het nemen van een rechtens houdbaar besluit. Dit vergt immers extra vooronderzoek van de bestuursrechter, met gevolgen voor het aantal uitspraken per jaar, terwijl de gerechten worden gefinancierd naar rato van het aantal afgedane zaken. De Commissie Evaluatie Awb III (Commissie-Ilsink) heeft de regering dan ook aanbevolen om het financieringssysteem op dit punt aan te passen (Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002–2006, Den Haag: BJu 2007, blz. 70, aanbeveling 14). Naar wij hebben vernomen is dit bij het ministerie van Justitie thans in studie.

5. Voorbereiding en hoofdlijnen van het onderhavige wetsvoorstel

Door diverse wetenschappers zijn verschillende varianten van een bestuurlijke lus voorgesteld. De in dit wetsvoorstel gekozen uitwerking is geïnspireerd door het voorstel van B. J. van Ettehoven terzake (Alternat-

tieven van de bestuursrechter, in: B. J. van Ettekovén, M. A. Pach, I. C. van der Vlies, Alternatieven van en voor de bestuursrechter (VAR-geschrift 126), Den Haag: BJu 2001, blz. 58–76).

Inmiddels heeft de Raad van State, op 10 april 2008, geadviseerd over het oorspronkelijke wetsvoorstel (Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nrs. 1–3). Daarnaast is aan de problematiek van de bestuurlijke lus in het algemeen en het wetsvoorstel in het bijzonder een studiemiddag, op 23 juni 2008, gewijd door de Vereniging voor bestuursrecht VAR. Het advies van de Raad van State, waarop door ons in een afzonderlijk schrijven is gereageerd (Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 4), heeft aanleiding gegeven tot wijziging van het oorspronkelijke wetsvoorstel. De discussie tijdens de studiemiddag van 23 juni 2008 verschafte ons voldoende reden om de toelichting op het nu voorliggende wetsvoorstel op een aantal punten aan te vullen en te verduidelijken. Verder hebben wij dankbaar gebruik gemaakt van de schriftelijke commentaren op het oorspronkelijke wetsvoorstel.

De plaats van de regeling maakt duidelijk dat de bestuursrechter reeds tijdens het vooronderzoek – dus voorafgaand aan de zitting als bedoeld in afdeling 8.2.5 – gebruik kan maken van zijn bevoegdheid om het bestuursorgaan uit te nodigen tot intrekking of wijziging van het bestreden besluit. Hierbij valt te denken aan evidente gebreken die reeds bij een eerste bestudering van de zaak blijken, zoals de onbevoegdheid van het bestuursorgaan (burgemeester en wethouders in plaats van burgermeester) of strijd met een dwingend geformuleerd wettelijk voorschrift (achterwege blijven van een verplicht advies). In zo'n geval zou het afwachten van een zitting nodeloos vertragend werken.

Een en ander laat onverlet dat de bestuursrechter de bestuurlijke lus ook mag toepassen nadat het beroep ter zitting is behandeld. Daarnaast bestaat de mogelijkheid om het voornemen tot een vroegtijdige toepassing van de bestuurlijke lus met partijen te bespreken tijdens een comparitie (artikel 8:44, eerste lid), die kan fungeren als een soort regiezitting. In zoverre zij ook verwezen naar de toelichting op artikel 8:51a, eerste lid. Wij achten het zeer wenselijk om het bestuursorgaan in een zo vroeg mogelijk stadium van de beroepsprocedure met zoveel mogelijk gebreken van het bestreden besluit te confronteren. Deze handelwijze draagt bij aan een efficiënt verloop van de beroepsprocedure, en vergroting van het draagvlak voor bestuursrechtspraak in het algemeen. Negatief geformuleerd: indien het bestuursorgaan het bestreden besluit tijdens de beroepsprocedure twee of zelfs meer keren moet wijzigen, leidt dit niet alleen tot een aanzienlijke vertraging van de einduitspraak maar ook tot irritatie bij alle partijen. Het is dus wenselijk dat de bestuursrechter reeds voorafgaand aan de (eerste) zitting serieus werk maakt van het vooronderzoek. In dit kader zij verwezen naar de aanbevelingen van de Commissie-Ilsink over de feitenvaststelling in beroep (Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002–2006, Den Haag: Bju 2007, blz. 26–28 en 69–72).

Uiteraard kan het gebeuren dat een na toepassing van de bestuurlijke lus gewijzigd besluit nog steeds lijdt aan een of meer gebreken die noodzaken tot nadere besluitvorming. In zo'n geval kan de bestuursrechter het besluit alsnog vernietigen. Hij kan echter ook voor de tweede keer toepassing aan artikel 8:51a geven. De bestuursrechter is evenzeer bevoegd tot het passeren van formele gebreken (artikel 6:22), het in stand laten van de rechtsgevolgen van het bestreden besluit (artikel 8:72, derde lid) en het zelf in de zaak voorzien (artikel 8:72, vierde lid). Het gebruik van de bestuurlijke lus doet immers geen afbreuk aan de in afdeling 8.2.6 genoemde mogelijkheden om (het dictum) van de einduitspraak vorm te geven. Artikel 8:51a geeft een aanvullende bevoegdheid, een extra instrument om de efficiency van de beroepsprocedure te verhogen.

Toepassing van artikel 8:51a moet geschieden in de vorm van een tussenuitspraak. Bepalingen over deze figuur zijn neergelegd in de nieuwe afdeling 8.2.7. Daarom vergt een volledig begrip van de bestuurlijke lus kennisneming van twee afzonderlijke, en door andere artikelen gescheiden, afdelingen. Desondanks hebben wij bewust gekozen voor een splitsing. Dit heeft te maken met de – reeds hiervoor gesignaleerde – behoefte om duidelijk te maken dat de bestuurlijke lus reeds tijdens het vooronderzoek kan worden toegepast.

Wellicht kan de tussenuitspraak in de toekomst tevens gaan fungeren als instrument voor andere procesbeslissingen van de bestuursrechter. Hierover zijn thans nog geen afgewogen voorstellen mogelijk. Het onderhavige wetsvoorstel vormt hiervoor geen beletsel. Integendeel; door de «ontkoppeling» van bevoegdheid (artikel 8:51a) en instrument (artikel 8:80a) kan een bredere inzetbaarheid van de tussenuitspraak als communicatiemiddel van de bestuursrechter haar beslag krijgen zonder ingrijpende wijziging van de Awb.

Het onderhavige wetsvoorstel voorziet niet in wijziging van de artikelen 6:18 en 6:19, ook al zal een herstel van het gebrek door het bestuursorgaan vaak plaatsvinden in de vorm van een nieuw besluit ter vervanging van het «oude» bestreden besluit. In zoverre zij verwezen naar de paragrafen 7, 9 en 10 van het algemeen deel van deze toelichting.

Naar onze mening weegt het voordeel van meer duidelijkheid over het toepassingsbereik van de artikelen 6:18 en 6:19 niet op tegen het nadeel van een grotere complexiteit van het onderhavige wetsvoorstel. In dit kader wordt opgemerkt dat wij streven naar een zo spoedige mogelijke inwerkingtreding van het onderhavige wetsvoorstel, ter voorkoming van een wildgroei aan wettelijke voorschriften die een regeling van de bestuurlijke lus bevatten. Een ingewikkelde discussie over de artikelen 6:18 en 6:19 zou dit streven kunnen doorkruisen.

Overigens behelst het voorontwerp Wet aanpassing bestuursprocesrecht, dat naar verwachting een dezer dagen als wetsvoorstel en ter advisering aan de Raad van State zal worden voorgelegd, een voornemen tot wijziging van de artikelen 6:18 en 6:19. Hiermee wil gezegd zijn dat aandacht bestaat voor de problemen die deze bepalingen in de praktijk kunnen veroorzaken.

6. Tussenuitspraak

Om de bestuurlijke lus te kunnen toepassen, moet de bestuursrechter eerst bepalen dat het besluit op één of meer punten in strijd is met het recht. Daartoe moet hij feiten vaststellen en rechtsoordelen geven. Daarmee wordt de rechtsstrijd op onderdelen reeds beslist. Het verdient aanbeveling om dit te doen in een echte, bindende tussenuitspraak. De artikelen 8:64 en 8:68 zien slechts op beslissingen met een procedureel karakter, en zijn niet bedoeld voor overwegingen die raken aan de inhoud van het bestreden besluit. In zoverre zij verwezen naar paragraaf 3 van het algemeen deel van deze toelichting.

Wij hebben overwogen of het wenselijk is de bestuursrechter de mogelijkheid te geven op haar in de tussenuitspraak geformuleerde oordelen terug te komen. Er bestaat immers de mogelijkheid dat de bestuursrechter ontdekt dat een reeds gegeven oordeel berust op een vergissing die in hoger beroep hoogstwaarschijnlijk met succes zal worden bestreden. Men denke echter ook aan de situatie dat de hogerberoepsrechter «omgaat» nadat een tussenuitspraak is gedaan. Het kan dan wenselijk zijn op de tussenuitspraak terug te komen. Daar staat echter tegenover dat gebondenheid van de rechter aan zijn eigen beslissingen in het algemeen een efficiënte procesgang bevordert. Als partijen weten dat de bestuursrechter niet is gebonden aan zijn eerder gegeven beslissingen, bestaat de kans dat zij gaan proberen de rechter daarop te laten terugkomen voor zover

diens oordelen hun niet bevallen. Bovendien kan van het bestuursorgaan redelijkerwijs niet worden gevergd om zijn besluit aan te passen op grond van een oordeel dat de bestuursrechter zomaar kan wijzigen.

Op basis van een en ander zijn wij van oordeel dat gebondenheid van de bestuursrechter aan zijn tussenuitspraak de voorkeur verdient, en dat de bestuursrechter slechts in zeer uitzonderlijke gevallen mag terugkomen op een in diens tussenuitspraak gegeven oordeel. Om deze keuze te benadrukken, is ervoor gekozen om artikel 8:88 van overeenkomstige toepassing te verklaren, mede gezien de zeer beperkte reikwijdte die in de jurisprudentie aan deze bepaling wordt gegeven. Het terugkomen op een in een tussenuitspraak omschreven oordeel dient te geschieden in de vorm van een nieuwe tussenuitspraak, waarbij de bestuursrechter nadrukkelijk en gemotiveerd moet aangeven van welk oordeel hij terugkomt. Slechts zo'n handelwijze maakt een adequate toetsing terzake door de hogerberoepsrechter mogelijk.

7. Herstel van het gebrek

Het is de bedoeling dat het bestuursorgaan voldoet aan hetgeen de bestuursrechter in diens tussenuitspraak heeft bepaald, zeker als de bestuurlijke lus tijdens de hogerberoepsprocedure wordt toegepast. In zoverre zij verwezen naar (de toelichting op) artikel 8:51b, eerste lid, onderscheidenlijk (de toelichting op) de artikelen III tot en met V van het onderhavige wetsvoorstel. Het bestuursorgaan kan het gebrek wegnemen door middel van een nieuw besluit dan wel op een andere wijze.

Uit het oogpunt van rechtszekerheid voor belanghebbenden verdient het nemen van een nieuw of gewijzigd besluit vaak de voorkeur, met name als tegen het bestreden besluit rechtstreeks beroep is ingesteld – omdat dit is voorbereid met toepassing van een uniforme openbare voorbereidingsprocedure (afdeling 3.4) dan wel omdat het bestuursorgaan heeft ingestemd met het overslaan van de bezwaarschriftprocedure (artikel 7:1a, eerste lid) – of als het gaat om een beslissing op bezwaar waarin een primair besluit is herroepen en/of gewijzigd (op grond van artikel 7:11, tweede lid).

De zojuist bedoelde besluiten – zoals vrijstellingen en vergunningen – hebben met elkaar gemeen dat deze rechtstreeks ingrijpen in de rechtspositie van burgers. Vernietiging van deze besluiten kan een onduidelijke situatie voor belanghebbenden scheppen, zeker als de gewraakte activiteit reeds is verricht. Zo'n activiteit wordt immers illegaal als de wettelijke grondslag – de vrijstelling of de vergunning – daaraan ontvalt. Een vervangend besluit van het bestuursorgaan tijdens de beroepsprocedure kan deze verwarring voorkomen. Hierbij ontgaat het ons niet dat de rechtspraak soms creatief moet omspringen met de toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 om een voor alle belanghebbenden bevredigend resultaat te bieden. In zoverre zij verwezen naar paragraaf 5 van het algemeen deel van deze toelichting.

Onder omstandigheden kan het bestuursorgaan het gebrek zonder wijziging van het bestreden besluit herstellen, bijvoorbeeld door het overleggen van een schriftelijk stuk met een nadere motivering van (een onderdeel van) het besluit of een uiteenzetting dat en waarom het alsnog horen van een belanghebbende niet heeft geleid tot wijziging van het bestreden besluit. Onder omstandigheden is ook denkbaar dat het bestuursorgaan een nieuw deskundigenonderzoek laat verrichten en de resultaten hiervan – in de vorm van een (nader) rapport – nog tijdens de beroepsfase aan de bestuursrechter overlegt.

In dit kader wordt nogmaals – zie ook de paragrafen 2 en 4 van het algemeen deel van deze toelichting – benadrukt dat de bestuursrechter na toepassing van art. 8:51a nog steeds beschikt over alle uitspraak-

bevoegdheden die hem in afdeling 8.2.6 zijn toegekend. Na ontvangst van de nieuwe stukken (zoals een actueel deskundigenrapport) kan de bestuursrechter in zijn einduitspraak immers bepalen dat de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand blijven (artikel 8:72, derde lid), waarmee hij een bestuurlijke daad verricht, door in plaats van het bestuursorgaan te heroverwegen of het bestreden besluit qua rechtmatigheid alsnog voldoet aan de geldende wettelijke eisen. Een dictum met zo'n strekking vergt dus een heroverweging ex nunc, met de kanttekening dat de bestuursrechter niet mag tornen aan de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan.

Overigens benadrukken wij dat herstel van het gebrek door het bestuursorgaan na toepassing van artikel 8:51a niet zonder meer leidt tot verlies van de beroepsprocedure door de eisende partij. Er bestaat immers slechts aanleiding tot hantering van de bestuurlijke lus indien en voorzover een gebrek kleeft aan het bestreden besluit, dus indien en voorzover blijkt dat de eisende partij terecht beroep heeft ingesteld.

Hierbij komt nog dat de bestuursrechter ook een door het bestuursorgaan ingetrokken besluit kan vernietigen als de indiener van het beroepschrift daarbij belang heeft (artikel 6:19, derde lid). Zo'n belang van de indiener kan bestaan in het voornemen tot het claimen van vergoeding van schade die hij naar zijn zeggen door het nemen van het bestreden besluit heeft geleden. Deze vernietiging op haar beurt staat op zichzelf los van de beoordeling van het vervangende besluit. In het dictum van de einduitspraak kan de bestuursrechter dus:

- het beroep, voor zover gericht tegen het bestreden besluit, gegrond verklaren;
- het bestreden besluit vernietigen;
- het beroep, voor zover gericht tegen het vervangende besluit, ongegrond verklaren.

Een einduitspraak met zo'n dictum biedt ruimte voor het gelasten dat het betaalde griffierecht en de gemaakte proceskosten worden vergoed aan de indiener van het beroepschrift (respectievelijk artikel 8:74, eerste lid, en artikel 8:75, eerste lid).

Verder heeft de bestuursrechter de mogelijkheid om het passeren van een vormvoorschrift (artikel 6:22) te combineren met een opdracht aan het bestuursorgaan tot vergoeding van het betaalde griffierecht (artikel 8:74, tweede lid) en/of gemaakte proceskosten (artikel 8:75, eerste lid). Ook in de huidige praktijk komt het wel voor dat de bestuursrechter in de overwegingen van zijn einduitspraak aangeeft dat en waarom de eisende partij terecht tegen het bestreden besluit heeft geageerd, om vervolgens zowel het beroep ongegrond te verklaren als een griffierecht- en proceskostenveroordeling ten laste van het bestuursorgaan uit te spreken (bijvoorbeeld CRvB 20 februari 1997, AB 1997, 129 m.nt. FP; vgl. ook CRvB 28 oktober 1997, AB 1998, 68, en CBb 25 februari 1994, AB 1994, 516 m.nt. JHvdV). Zie verder de toelichting op het nieuwe derde lid van artikel 8:57.

Het vorenstaande moge duidelijk maken dat de eisende burger niet met lege handen achterblijft indien en nadat op initiatief van de bestuursrechter een gebrekkig besluit door het bestuursorgaan is hersteld.

8. Voorbereiding van het nieuwe besluit

Het vervangende besluit moet in beginsel op dezelfde wijze worden voorbereid als het vernietigde besluit. Deze omstandigheid maakt dat het vervangende besluit in een aantal gevallen geruime tijd op zich laat wachten. De gevolgen laten zich raden: soms langdurige onzekerheid over de juridische houdbaarbaarheid van het bestreden besluit, en daarmee verwarring en irritatie bij belanghebbenden. Deze irritatie wordt groter als gaandeweg blijkt dat het opnieuw doorlopen van de uniforme openbare

voorbereidingsprocedure niet leidt tot nieuwe inzichten, maar uiteindelijk wél tot een besluit dat de toets der rechterlijke kritiek kan doorstaan. Dit probleem manifesteert zich met name bij gevallen waar de nieuwe bestuurlijke voorprocedure het karakter van een rituele rondedans krijgt, en waar de discussie over herstel van het gebrek net zo goed direct ten overstaan van de bestuursrechter kan worden gevoerd. In dit kader valt onder meer te denken aan het laten verrichten van aanvullend onderzoek door een deskundige, teneinde alsnog te bezien of een project voldoet aan de geldende wettelijke eisen (inzake bijvoorbeeld luchtkwaliteit of geluidshinder).

Hiermee wil gezegd zijn dat niet elk gebrek uit een oogpunt van zorgvuldigheid noodzaakt tot het (geheel) «overdoen» van de openbare voorbereidingsprocedure, en dat het wederom (integraal) toepassen van afdeling 3.4 afbreuk doet aan de snelheid en efficiency van de beroepsprocedure en daarmee aan de slagvaardigheid van het bestuurs(proces)recht. Bovendien bereiken ons geluiden vanuit de praktijk dat de kans op een omslachtig traject ter voorbereiding van een nieuw besluit voor de bestuursrechter aanleiding kan vormen om de bestuurlijke lus niet toe te passen.

Gelet op een en ander voorziet het thans voorliggende wetsvoorstel in de bevoegdheid van de bestuursrechter om – overigens ook in de einduitspraak! – te bepalen dat de voorbereiding van het nieuwe besluit niet of niet geheel overeenkomstig de eisen als bedoeld in afdeling 3.4 hoeft te geschieden. In dit kader wijzen wij voor de goede orde op het feit dat de voorgestelde wijziging geen onderdeel van het oorspronkelijke voorstel vormde. De schriftelijke commentaren op dit voorstel – en discussie tijdens de studiemiddag van 23 juni 2008 – gaven ons echter voldoende aanleiding om meer ruimte voor maatwerk te creëren, uit een oogpunt van flexibiliteit en efficiency c.q. slagvaardigheid.

De bevoegdheid om te bepalen dat de openbare voorbereidingsprocedure niet (geheel) hoeft te worden gevolgd, is neergelegd in artikel 8:72, vierde lid (nieuw). Deze bevoegdheid komt bij uitsluiting toe aan de bestuursrechter, om te waarborgen dat het nieuwe besluit voldoende zorgvuldig wordt voorbereid en geen afbreuk doet aan de rechtsbescherming van belanghebbenden.

In dit kader stipuleren wij dat alle belanghebbenden zich hoe dan ook moeten kunnen uitlaten over nieuwe stukken die tijdens de beroepsprocedure worden overgelegd, alvorens de bestuursrechter einduitspraak mag doen. Dit vloeit rechtstreeks voort uit het beginsel van hoor en wederhoor zoals verankerd in artikel 6 EVRM. Onder omstandigheden kan dit noodzaken tot het bieden van de gelegenheid aan partijen om ook schriftelijk te reageren op de nieuwe informatie (artikel 8:45, eerste lid; vgl. met artikel 8:47, vijfde lid). Aldus moge duidelijk worden dat wij goede nota hebben genomen van de opmerkingen die de Raad van State in diens advies over het oorspronkelijke voorstel heeft gemaakt.

9. Het nieuwe besluit tijdens de procedure in eerste aanleg

Het nieuwe besluit ziet – als het goed is – op dezelfde rechtsbetrekking als het besluit waaraan het gebrek kleeft. In zo'n geval is sprake van een besluit als bedoeld in artikel 6:18, eerste lid, en wordt het nieuwe besluit – op grond van artikel 6:19, eerste lid – van rechtswege onderdeel van het geding. Het is de taak van de bestuursrechter om te bewerkstelligen dat het bestuursorgaan de grenzen van het geding in acht neemt, door het zorgvuldig formuleren van de tussenuitspraak. Anders bestaat het gevaar dat het nieuwe besluit niet (alleen) het bestreden besluit vervangt, maar (daarnaast) een geheel andere rechtsbetrekking vaststelt. In zoverre zij overigens verwezen naar de toelichting op artikel 8:80a, tweede lid. Een voorbeeld ter illustratie.

Voorbeeld 1

B&W leggen een last onder dwangsom op, teneinde A te bewegen tot het staken van de permanente bewoning van een schuur (strijd met het zogeheten «gebruiksvoorschrift» van een bestemmingsplan). A maakt bezwaar, en stelt beroep in tegen de beslissing op bezwaar waarbij de dwangsombeschikking in stand is gelaten. De rechtbank constateert dat aan het bestreden besluit – dit is dus de beslissing op bezwaar – een gebrek kleeft, en geeft toepassing aan artikel 8:51a. Naar aanleiding hiervan nemen B&W een besluit dat strekt tot herroeping van de oorspronkelijke dwangsombeschikking, en waarbij X wordt gelast de in de schuur aangebrachte woonvoorzieningen te slopen (strijd met artikel 40, eerste lid, Woningwet). Het nieuwe besluit behelst geen heroverweging van het oorspronkelijke primaire besluit op grondslag van het oorspronkelijke bezwaar, maar een nieuw primair besluit waartegen afzonderlijk bezwaar moet worden gemaakt. Het gaat immers niet langer om de bewoning van de schuur, maar om de inrichting ervan.

De artikelen 6:18 en 6:19 zien niet op besluiten die te weinig rechtstreeks verband met het bestreden besluit hebben. Dit kan leiden tot gecompliceerde en verwarrende situaties, zoals het zo-even geschetste voorbeeld laat zien. Er bestaat immers een kans dat X het reeds aanhangige beroep handhaaft (bijvoorbeeld omdat hij meent door de oorspronkelijke dwangsombeschikking schade te hebben geleden), en tegelijkertijd bezwaar maakt tegen het nieuwe besluit (omdat hij de inrichting van de schuur niet wil wijzigen). Dit is een onwenselijke situatie, aangezien sprake is van twee met elkaar samenhangende zaken die niet gevoegd kunnen worden behandeld, in ieder geval zolang niet op het bezwaar tegen de nieuwe dwangsombeschikking is beslist. Toepassing van de bestuurlijke lus is bedoeld om de finale beslechting van het geschil eenvoudiger en sneller te maken, niet om het geschil voor alle belanghebbenden te compliceren.

Het vorenstaande laat overigens onverlet dat ook problemen kunnen ontstaan als het bestuursorgaan wél een besluit als bedoeld in artikel 6:18, eerste lid, neemt. Bij veel geschillen – zoals besluiten over vergunningen – zijn namelijk meer dan twee partijen betrokken. In deze gevallen is sprake van twee categorieën belanghebbenden – bijvoorbeeld: degene die een vergunning heeft of wil hebben, en omwonenden – met tegengestelde belangen. Herstel van een gebrekkig besluit kan hier leiden tot een situatie waarbij de ene categorie belanghebbenden tevreden is, maar waardoor de rechtspositie van de andere categorie belanghebbenden wordt aangetast. Twee voorbeelden.

Voorbeeld 2

A (omwonende) stelt beroep in tegen een aan B (vergunninghouder) verleende bouwvergunning. De rechtbank constateert dat aan het bestreden besluit een gebrek kleeft. B&W herstellen het gebrek, hetgeen leidt tot de weigering van de ter discussie staande bouwvergunning. Hiermee is de wens van A vervuld. B heeft echter belang bij vernietiging van het nieuwe besluit, want hij wil dat de gevraagde bouwvergunning alsnog wordt verleend.

Voorbeeld 3

C (vergunningaanvrager) stelt beroep in tegen afwijzing van zijn aanvraag om verlening van een milieuvergunning, welke afwijzing voortvloeit uit een zienswijze die door D (omwonende) tijdens de uniforme openbare voorbereidingsprocedure naar voren is gebracht. De rechtbank constateert dat aan het bestreden besluit een gebrek kleeft. B&W herstellen het gebrek, hetgeen leidt tot verlening van de

milieuvergunning. Hiermee is de wens van C vervuld. D heeft echter belang bij vernietiging van het nieuwe besluit, want hij wil dat de milieuvergunning alsnog wordt geweigerd.

Ingevolge artikel 8:1, eerste lid (bezien in samenhang met artikel 7:1, eerste lid) moet B/D zelfstandig beroep instellen tegen het nieuwe besluit om een rechterlijk oordeel terzake te verkrijgen. Voor dit soort gevallen is artikel 6:18, eerste lid, immers niet geschreven; deze bepaling strekt slechts tot rechtsbescherming van partijen die reeds beroep hebben ingesteld. Uit een oogpunt van proceseconomie verdient het aanbeveling dat het beroep van B/D tegen het nieuwe besluit wordt betrokken bij de beslechting van het geschil dat A/C eertijds aanhangig heeft gemaakt door het instellen van beroep tegen het besluit waarop de tussenuitspraak ziet. Stelt B/D geen zelfstandig beroep in tegen het voor hem negatieve besluit – de weigering van de (aan B verleende) bouwvergunning; verlening van de milieuvergunning (voor een activiteit in de directe nabijheid van D) –, dan behoort de bestuursrechter per individueel geval te bezien of B/D toch de gelegenheid krijgt om een uiteenzetting te geven over de zaak, met andere woorden: of B/D op de voet van artikel 8:26 als partij aan het geding mag deelnemen. Dit geldt overigens ook als het bestuursorgaan de inhoud van het bestreden besluit niet wijzigt (zodat B zijn bouwvergunning behoudt, en D voorshands gevrijwaard blijft van de door hem gevreesde activiteiten).

Wij gaan ervan uit dat de bestuursrechters voorzieningen treffen om te bewerkstelligen dat de diverse beroepen die uiteindelijk betrekking hebben op één meerpartijengeschil, gezamenlijk te behandelen, door de betreffende zaken – met toepassing van artikel 8:14, eerste lid – te voegen. Op deze wijze wordt verwarring over de rechtspositie van de betrokken belanghebbenden tot een minimum teruggebracht. Specifieke richtlijnen terzake kunnen worden neergelegd in de Procesregeling bestuursrecht 2008 (Stcr. 2008, 114, blz. 19) en de Procesregeling bestuursrechterlijke colleges 2006 (Stcr. 2005, 250, blz. 49). Hierbij geldt dat het gezamenlijk behandelen van twee afzonderlijke beroepen noodzaakt tot extra vooronderzoek en een (nadere) zitting, opdat alle belanghebbenden over en weer op elkaars stellingen en bewijsmiddelen kunnen reageren.

Voor de goede orde merken wij op dat een nieuw besluit pas in werking treedt indien en nadat het overeenkomstig afdeling 3.6 Awb is bekendgemaakt. Toezending ervan aan de bestuursrechter is hiervoor onvoldoende.

10. Het nieuwe besluit tijdens de procedure in hoger beroep

De hiervoor gesignaleerde complicaties zijn te verhelpen zonder nadere wijziging van de Awb, indien de bestuurlijke lus wordt toegepast door de bestuursrechter die in eerste aanleg oordeelt. Deze kan immers zijn tussenuitspraak zorgvuldig formuleren om te voorkómen dat het bestuursorgaan een nieuw primair besluit neemt (voorbeeld 1), dan wel organisatorische maatregelen treffen om te bewerkstelligen dat samenhangende zaken gevoegd worden behandeld (voorbeelden 2 en 3). Toepassing van de bestuurlijke lus tijdens de behandeling van een hoger beroep kan echter leiden tot een probleem waarvoor de Awb nog geen oplossing biedt. Want welk rechtsmiddel dient te worden aangewend tegen een besluit ter uitvoering van de door de hogerberoepsrechter gegeven tussenuitspraak? Formeel gezien moet de belanghebbende die tegen een uitspraak heeft geappelleerd, beroep bij de rechtbank instellen. Het hoger beroep richt zich immers tegen de aangevallen uitspraak van de rechtbank. Een nieuw besluit wijzigt dus niet het object van het geding. De jurisprudentie (zie reeds CRvB 14 juni 1994, AB 1995, 164, en ABRvS 21 oktober 1996, RAwb 1997, 33) heeft echter bepaald dat een vervangend

besluit in de zojuist geschetste zin moet worden getoetst door de bestuursrechter die het hoger beroep beoordeelt. Daartoe wordt verwezen naar artikel 6:24, welke bepaling de artikelen 6:18 en 6:19 van overeenkomstige toepassing verklaart op hogerberoepsprocedures.

Deze jurisprudentie biedt echter geen soelaas voor de situaties waarin het nieuwe besluit negatief uitpakt voor anderen dan degene die hoger beroep heeft ingesteld. In zoverre verwijzen wij naar de beschouwingen terzake in de vorige paragraaf, waar aan de hand van de voorbeelden 2 en 3 de beperkingen van artikel 6:18, eerste lid, zijn geschetst. Op grond van een en ander zien wij voldoende reden voor het – in artikel 8:13a – opnemen van een verplichting voor de rechtbank om zaken over besluiten waartegen reeds een hoger beroep aanhangig is, door te verwijzen naar de hogerberoepsrechter.

II. ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

A

Artikel 8:13a

Niet alleen de rechtbank, maar ook de hogerberoepsrechter is bevoegd tot toepassing van artikel 8:51a. Als het bestuursorgaan naar aanleiding van de tussenuitspraak een nieuw «herstellend» besluit neemt, kan dit leiden tot processuele complicaties indien dit besluit uitpakt in het nadeel van een andere belanghebbende dan degene die hoger beroep heeft ingesteld. In zoverre zij verwezen naar paragraaf 10 van het algemeen deel van deze toelichting.

Daarom achten wij het van belang om te voorkómen dat een in opdracht van een hogerberoepsrechter genomen besluit wordt getoetst door de rechtbank. In zo'n geval buigen zich immers twee bestuursrechters over de vaststelling van één publiekrechtelijke rechtsbetrekking, hetgeen verwarrend is voor partijen, zeker als dit leidt tot twee met elkaar tegenstrijdige uitspraken. Het huidige stelsel voorziet echter niet (altijd) in concentratie van rechtsmacht, waaraan behoefte bestaat als een hogerberoepsrechter de bestuurlijke lus toepast.

Gezien het vorenstaande zien wij voldoende aanleiding om een «verwijsplicht» aan de rechtbank op te leggen indien een belanghebbende een bestuursrechtelijk rechtsmiddel aanwendt tegen een besluit waarover – via de band van een uitspraak van de rechtbank – een geschil aanhangig is bij de hogerberoepsrechter.

B

Artikel 8:51a

Eerste lid

De bestuurlijke lus is bedoeld als een middel om een definitieve beslechting van het geschil te bevorderen, door het bestuursorgaan de gelegenheid te bieden om gebreken in het bestreden besluit nog tijdens de beroepsprocedure te herstellen. Onder een gebrek moet hier worden verstaan: een strijdigheid met een geschreven of ongeschreven rechtsregel die kan leiden tot vernietiging van het bestreden besluit indien deze niet tijdens de beroepsprocedure wordt weggenomen. Hiermee is overigens niet gezegd dat een vernietiging van het oorspronkelijke bestreden besluit achterwege blijft na herstel van het in de tussenuitspraak genoemde gebrek. In zoverre zij verwezen naar paragraaf 7 van het algemeen deel van deze toelichting.

Het gaat om een bevoegdheid. De bestuursrechter is bij constatering van

een gebrek dus niet verplicht om de bestuurlijke lus toe te passen. Zo heeft gebruik van deze bevoegdheid feitelijk geen zin als het bestreden besluit lijdt aan een gebrek dat naar zijn aard niet herstelbaar is. Hierbij valt onder meer te denken aan de situatie waarin de bestuursrechter bij de toetsing van een boetebeschikking oordeelt dat geen sprake is van een overtreding of dat de aangeschrevene niet als overtreder valt aan te merken. Het volgen van zo'n oordeel heeft tot gevolg dat de in geding zijnde boetebeschikking hoe dan ook moet worden herroepen, en daarmee dat het veel meer in de rede ligt om zelf in de zaak te voorzien op de wijze zoals omschreven in artikel 8:72, vierde lid. Evenzeer mogelijk is dat de bestuursrechter kiest voor het passeren van een formeel gebrek (artikel 6:22) of het in stand laten van de rechtsgevolgen van het bestreden besluit (artikel 8:72, derde lid).

Daarnaast is denkbaar dat na de constatering van een op zichzelf herstelbaar gebrek toepassing van de bestuurlijke lus niet de voorkeur verdient. Zo bestaat de mogelijkheid dat de feitelijke en/of juridische situatie inmiddels aanzienlijk is gewijzigd en dat de bestuursrechter om deze reden geen toepassing geeft aan artikel 8:72, vierde lid, onderdeel b (nieuw). In zo'n geval valt normaliter niet goed te overzien of herstel van het gebrek binnen redelijke tijd mogelijk is, aangezien dan meestal een geheel nieuwe voorbereidingsprocedure moet worden gevolgd (vgl. ABRvS 27 september 2006, JB 2007/4; ABRvS 6 december 2006, AB 2007, 200 m.nt. B. W. N. de Waard). In dit kader wijzen wij met name op de situatie waarin het oordeel van de bestuursrechter noodzaakt tot het betrekken van derden – dit wil zeggen: belanghebbenden die (nog) niet als partij aan het geding deelnemen – bij de voorbereiding van het nieuwe besluit. Paragraaf 9 van het algemeen deel van deze toelichting maakt duidelijk dat en hoe derden door toepassing van de bestuurlijke lus en een daarop gebaseerd herstel van een gebrekkig besluit nadeel kunnen ondervinden. Verder kan reeds tijdens de comparitie- of bodemzitting (respectievelijk artikel 8:44, eerste lid, en artikel 8:56) duidelijk worden dat het bestuursorgaan een gelegenheid tot wijziging van het bestreden besluit niet wil benutten, c.q. dat het bestuursorgaan tegen een negatief oordeel over het bestreden besluit hoger beroep zal instellen. In zo'n geval is het beter om direct een einduitspraak te doen, zodat de hogerberoepsrechter zo spoedig mogelijk het ter discussie staande oordeel van de rechtbank kan toetsen.

Het vorenstaande moge duidelijk maken dat de rechtbank bij constatering van een gebrek per individueel geval moet bezien welke handelwijze naar verwachting het meest bijdraagt aan een rechtmatige afronding van besluitvorming binnen een redelijke termijn (zie hierover ook K. A. van der Veer en A. T. Marseille, *Besluitvorming na een rechterlijke vernietiging: de achilleshiel van het bestuursrecht*, NJB 2006, p. 2168–2175). Hieraan voegen wij nog toe de bestuurlijke lus voor bestuursorganen geen vrijbrief mag worden om procedurele waarborgen stelselmatig te veronachtzamen onder het motto: wij gaan pas repareren als iemand beroep instelt. Bij de keuze voor het al dan niet toepassen van een bestuurlijke lus beschikt de bestuursrechter dus over een ruime mate van vrijheid. In dit kader stipuleren wij dat artikel 8:51a reeds voorafgaand aan het onderzoek ter zitting kan worden toegepast. Hierbij past de kanttekening dat de kans op een bestuurlijke lus – lees: het nemen van een vervangend besluit – die niet alle gebreken in de besluitvorming verhelpt, stijgt naarmate de bestuursrechter in een eerder stadium van de beroepsprocedure toepassing geeft aan artikel 8:51a. Tegelijkertijd signaleren wij dat de wenselijkheid om alle gebreken te benoemen, groter wordt naarmate de procedure verder is gevorderd c.q. langer duurt. In zoverre zij verwezen naar paragraaf 5 van het algemeen deel van deze toelichting.

Tweede lid

Het noemen van een termijn waarbinnen het bestuursorgaan de nodige helderheid moet verschaffen, is nodig om de regie bij de voortgang van de beroepsprocedure in handen van de bestuursrechter te laten, en aldus om te verzekeren dat het geschil binnen een redelijke termijn definitief wordt beslecht.

De termijn voor herstel moet zo kort mogelijk zijn, met dien verstande dat het bestuursorgaan een redelijke kans behoort te krijgen om het gebrek op een juridisch aanvaardbare wijze te herstellen. Daarom hebben wij ervoor gekozen om geen vaste termijn in de wet op te nemen, aangezien herstel van het ene gebrek (zoals het laten verrichten een aanvullend onderzoek naar de luchtkwaliteit) meer tijd vergt dan het andere (zoals het repareren van een eenvoudig bevoegdheidsgebrek). De praktijk zal moeten uitwijzen welke termijnen in het algemeen redelijk zijn. Te geleger tijd kunnen nadere richtlijnen worden neergelegd in de Procesregeling bestuursrecht 2008 (Stcrt. 2008, 114, blz. 19) en de Procesregeling bestuursrechterlijke colleges 2006 (Stcrt. 2005, 250, blz. 49).

Om rekening te kunnen houden met onvoorziene ontwikkelingen, heeft de bestuursrechter de bevoegdheid om de termijn voor herstel van het geconstateerde gebrek te verlengen. Het spreekt vanzelf dat van deze bevoegdheid een terughoudend gebruik moet worden gemaakt. Naar ons oordeel – wij zoeken hier aansluiting bij hetgeen artikel 4, eerste lid, Procesregeling bestuursrecht 2008 reeds bepaalt voor andere termijnen – ligt het in de rede dat de bestuursrechter slechts beziet of aanleiding bestaat tot verlenging van de geboden hersteltermijn, indien daarom door het bestuursorgaan schriftelijk en gemotiveerd wordt verzocht binnen de zojuist bedoelde termijn.

Artikel 8:51b

Eerste lid

Het bestuursorgaan is gehouden om te allen tijde zo spoedig mogelijk aan te geven hoe wordt omgegaan met de tussenuitspraak, dus ook als het geen vervangend besluit wil nemen. Met name voor deze situatie is het eerste lid geschreven. Het verschaffen van duidelijkheid terzake bevordert een efficiënt verloop van de beroepsprocedure. In zoverre zij ook verwezen naar de (toelichting op) artikel 8:57 (nieuw).

Het bestuursorgaan kan ervoor kiezen om geen gebruik te maken van de gelegenheid tot herstel van door de bestuursrechter geconstateerde gebrek. Zo'n handelwijze leidt als regel echter tot gegrondverklaring en vernietiging van het bestreden besluit, en dientengevolge tot tot de plicht om – ook zonder uitdrukkelijke opdracht van de bestuursrechter! – een nieuw besluit te nemen in overeenstemming met de einduitspraak (ABRvS 31 juli 2002, JB 2002/277; CRvB 16 januari 2003, JB 2003/72). De vernietiging van het bestreden besluit heeft immers terugwerkende kracht, zodat het wordt geacht nooit te hebben bestaan (artikel 8:72, tweede lid), terwijl hoger beroep – behalve in het belastingrecht en het sociale zekerheidsrecht – de werking van de aangevallen uitspraak niet opschort.

In de einduitspraak kan worden gegrepen naar krachtiger middelen om het bestuursorgaan te bewegen tot herstel van het gebrek. De bestuursrechter kan in het dictum een termijn noemen waarbinnen het vervangende besluit moet zijn genomen (artikel 8:72, vijfde lid), en aan overschrijding van deze termijn een dwangsom verbinden (artikel 8:72, zevende lid). Of aanleiding bestaat tot het inzetten van dergelijke middelen, staat per individueel geval te bezien. Naar huidig recht kan de bestuursrechter op dit punt maatwerk verrichten, en wij zien geen reden om hierin verandering te brengen.

Een en ander laat onverlet dat het bestuursorgaan hoger beroep tegen de einduitspraak van de rechtbank kan instellen, met de mogelijkheid om

tijdens de hogerberoepsprocedure te vragen om een voorlopige voorziening teneinde tot nader order niet te hoeven voldoen aan de opdracht van de rechtbank.

Tweede lid

Het tweede lid ziet op de situatie waarin het bestuursorgaan wel gebruik maakt van de gelegenheid tot herstel van het door de bestuursrechter geconstateerde gebrek. Deze bepaling benadrukt het belang van tijdige en adequate informatie aan de bestuursrechter met het oog op een zo snel mogelijke – definitieve – beslechting van het geschil. In zoverre zij ook gewezen op artikel 6:18, tweede lid.

Het bestuursorgaan kan het gebrek wegnemen door middel van een nieuw besluit dan wel op een andere wijze. In zoverre zij verwezen naar de paragrafen 7 tot en met 10 van het algemeen deel van deze toelichting.

Derde lid

Het beginsel van hoor en wederhoor brengt met zich dat de rechter na ontvangst van het gewijzigde besluit of een ander schriftelijk stuk de overige partijen de gelegenheid moet bieden op dit stuk te reageren; zie ook paragraaf 8 van het algemeen deel van deze toelichting. Het derde lid waarborgt dat dit beginsel geen geweld wordt aangedaan. Zie overigens ook de toelichting op artikel 8:57 (nieuw). De bestuursrechter stelt daarbij een termijn voor de schriftelijke reactie van de overige partijen.

Om rekening te kunnen houden met onvoorziene ontwikkelingen, heeft de bestuursrechter de bevoegdheid om beide termijnen op verzoek van het bestuursorgaan te verlengen. Het spreekt vanzelf dat van deze bevoegdheid een terughoudend gebruik moet worden gemaakt.

Artikel 8:51c

Partijen moeten zo snel mogelijk weten wat zij van de bestuursrechter kunnen verwachten. Bovendien vormt de plicht om partijen te informeren over de voortgang van de beroepsprocedure, voor de bestuursrechter een extra aansporing om de beroepszaak binnen een redelijke termijn af te wikkelen. Het is namelijk van belang om te voorkomen dat zaken waaraan vaak – wegens het vooronderzoek ter voorbereiding van een tussenuitspraak – toch al veel tijd is besteed, nodeloos lang «op de plank» blijven liggen. Overigens gaat het hier om een termijn van orde, zodat aan overschrijding ervan geen rechtstreekse juridische consequenties zijn verbonden.

Wij kunnen ons voorstellen dat de Procesregeling bestuursrecht 2008 (Stcrt. 2008, 114, blz. 19) en de Procesregeling bestuursrechterlijke colleges 2006 (Stcrt. 2005, 250, blz. 49) worden aangevuld met een bepaling over de termijn waarbinnen de bestuursrechter partijen informeert over het vervolg van de beroepsprocedure na het doen van de tussenuitspraak.

C

Artikel 8:57

Algemeen

Het – uit artikel 6 EVRM te destilleren – verdedigingsbeginsel eist dat partijen de gelegenheid krijgen om hun belangen mondeling ten overstaan van een onafhankelijke rechter te bepleiten. Dit betekent dat partijen als regel in ieder geval één keer moeten worden uitgenodigd om een zitting van de bestuursrechter bij te wonen (artikel 8:56), tenzij blijkt dat een mondelinge behandeling van het beroep niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak. De redenen om een zitting achterwege te mogen laten, staan limitatief opgesomd in artikel 8:54, eerste lid. De bestuurs-

rechter die de bestuurlijke lus wil toepassen, moet zich hiervan bewust zijn. Hij kan dit immers – zie ook paragraaf 5 van het algemeen deel van deze toelichting – in elke stand van de procedure doen, dus zowel voorafgaand aan een zitting als na afloop ervan.

De bestuursrechter die de gelegenheid tot herstel van een gebrek in het bestreden besluit biedt vóór de verzending van de uitnodiging als bedoeld in artikel 8:56, moet erop rekenen dat een zitting zal plaatsvinden. Zowel artikel 8:56 als artikel 6 EVRM laten hem wat dit betreft geen keuze.

Men kan zich afvragen of het strak vasthouden aan een mondelinge afronding van het onderzoek voor de hand ligt als de bestuursrechter na afloop van de eerste zitting toepassing geeft aan art. 8:51a. Dan bestaat immers een kans dat partijen zich hebben kunnen uitlaten over alle relevante aspecten van de zaak, en dat de stukken na (ar aanleiding van) de bestuurlijke lus daaraan niets wezenlijks toevoegen. In dit soort gevallen leidt een nadere zitting slechts tot een nodeloze vertraging van de beroepsprocedure. Bedenk hierbij dat de bestuursrechter is gebonden aan zijn tussenuitspraak.

Daarom achten wij het wenselijk om de bestuursrechter voldoende mogelijkheden te geven om te bepalen dat een nader onderzoek ter zitting achterwege blijft, bijvoorbeeld om te voorkomen dat een partij de zitting ge- c.q. misbruikt om de finale beslechting van het geschil uit te stellen en aldus de realisering van een haar onwelgevallig project te vertragen. Naar ons oordeel rechtvaardigt dit risico een zekere nuancering van het – in de huidige artikelen 8:57 en 8:64, vijfde lid, verwoorde – uitgangspunt dat alle partijen zich desgewenst mondeling kunnen uitlaten over alle stukken die na afloop van een eerdere zitting zijn overgelegd (vgl. PG Awb II, blz. 173 en 455). Bovendien garandeert artikel 8:51b, derde lid, dat partijen hoe dan ook schriftelijk kunnen reageren op stukken die na en naar aanleiding van de bestuurlijke lus worden ingediend.

Eerste lid

Het voorgestelde eerste lid is – tekstueel nagenoeg, en qua strekking geheel – identiek aan de eerste volzin van het thans geldende artikel 8:57.

Tweede lid

Het tweede lid ziet op de situatie waarin de bestuursrechter na afloop van de eerste zitting als bedoeld in artikel 8:56, toepassing heeft gegeven aan de bestuurlijke lus. In zo'n geval bestaat de mogelijkheid dat een nadere zitting redelijkerwijs niet kan bijdragen aan een beoordeling van de zaak. Daartoe zij verwezen naar de paragrafen 5 en 6 van het algemeen deel van deze toelichting, en naar het hiervoor gestelde.

Toepassing van het tweede lid kan verhinderen dat een partij het weigeren van toestemming voor het achterwege laten van een nadere zitting gebruikt voor een oneigenlijk doel zoals het traineren van de beroepsprocedure. Overigens verwachten wij dat het achterwege laten van een nader onderzoek ter zitting eerder is gerechtvaardigd in geval van een tweepartijengeschil dan in een meerpartijengeschil.

Als het gaat om een tweepartijengeschil, heeft de eisende partij immers vaak onvoldoende belang bij de vernietiging van het oorspronkelijke bestreden besluit door de bestuursrechter, aangezien dit besluit reeds door het bestuursorgaan is teruggenomen. Maar soms ligt dit anders, bijvoorbeeld als de eisende partij tot op zekere hoogte aannemelijk heeft gemaakt dat door haar wegens het oorspronkelijke bestreden besluit schade is geleden (zie bijvoorbeeld ABRvS 5 juni 2002, AB 2002, 349 m.nt. BJS; ABRvS 6 november 2002, AB 2003, 115 m.nt. NV). In zoverre zij verwezen naar paragraaf 7 van het algemeen deel van deze toelichting. Gaat het om een meerpartijengeschil, dan is doorgaans sprake van belanghebbenden met tegengestelde belangen. Dit kan leiden tot situaties waarin de bestuursrechter adequate maatregelen moet treffen om procesuele complicaties zoveel mogelijk te beperken. In zoverre zij verwezen

naar paragraaf 9 van het algemeen deel van deze toelichting, en naar de toelichting op artikel 8:51a, eerste lid.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de bestuursrechter na toepassing van de bestuurlijke lus – ook na afloop van de eerste zitting – weer over alle in hoofdstuk 8 omschreven onderzoeksbevoegdheden beschikt. Hij kan dus onder meer nadere vragen aan partijen voorleggen (artikel 8:45, eerste lid), een deskundige benoemen (artikel 8:47, eerste lid) en zelfs voor de tweede keer een bestuurlijke lus toepassen, zij het dat dit laatste – zie paragraaf 5 van het algemeen deel van deze toelichting – minder wenselijk is.

Derde lid

Het voorgestelde derde lid is – tekstueel nagenoeg en qua strekking geheel – identiek aan de tweede volzin van het thans geldende artikel 8:57. Hierbij is voor de toepassing van de bestuurlijke lus het volgende van belang.

De sluiting van het onderzoek impliceert een spoedige einduitspraak. Dit vloeit voort uit de in artikel 8:66, eerste lid, genoemde termijn. Omdat de bestuursrechter de zaak weer aan zich heeft getrokken, beschikt hij bij het beslissen op het beroep (weer) over alle in artikel 8:72 genoemde uitspraakbevoegdheden.

D

Artikel 8:64

De bestuursrechter kan ter zitting tot de conclusie komen dat aan het bestreden besluit een gebrek kleeft, en dat reden voor toepassing van een bestuurlijke lus bestaat. In dat geval heeft hij de mogelijkheid om het onderzoek ter zitting te schorsen (artikel 8:64, eerste lid), en om bij die gelegenheid een mondelinge tussenuitspraak te doen (artikel 8:80b, tweede lid).

Volgens de huidige tekst van artikel 8:64, vijfde lid mag de bestuursrechter een nadere zitting slechts achterwege laten indien en nadat alle partijen daarvoor toestemming hebben gegeven. Het onverkort vasthouden aan deze eis lijkt ons echter niet opportuun na toepassing van de bestuurlijke lus. In zoverre zij verwezen naar de toelichting op artikel 8:57 (nieuw). Daarom achten wij het wenselijk om de bestuursrechter ook na de beslissing tot schorsing van het onderzoek ter zitting voldoende mogelijkheden te geven om te bepalen dat een nader onderzoek ter zitting achterwege blijft. Met het oog hierop wordt voorgesteld artikel 8:64, vijfde lid, te wijzigen.

E

Artikel 8:72, vierde lid

Hiervoor hebben wij reeds aangegeven dat:

- de uitspraak van de bestuursrechter die volstaat met de gegrondverklaring van het beroep en de vernietiging van het bestreden besluit, het bestuursorgaan in beginsel noodzaakt tot het nemen van een nieuw vervangend besluit (zie de toelichting op artikel 8:51b, eerste lid), om aldus te beslissen op hetzij een bezwaar, hetzij – als het bestreden besluit is voorbereid met toepassing van afdeling 3.4 – een inleidende aanvraag;
- het vervangende besluit in beginsel op dezelfde wijze moet worden voorbereid als het vernietigde besluit (zie paragraaf 8 van het algemeen deel van deze toelichting), met soms nodeloze vertraging van besluitvorming omtrent en realisering van onder meer infrastructurele projecten;

- de thans bestaande – in artikel 8:72, vierde lid, genoemde – mogelijkheden ter vermijding van dit euvel slechts spaarzaam worden gebruikt (zie paragraaf 2 van het algemeen deel van deze toelichting), aangezien de bestuursrechter zich – om overigens begrijpelijke en ook valide redenen – niet vrij voelt door het maken van beleidsmatige en politiek getinte keuzen de rol van bestuurder te gaan vervullen.

Het zijn deze factoren die – in onderling verband bezien – het probleemoplossend vermogen van het bestuursprocesrecht aantasten, en soms leiden tot procedures die langer duren dan volgens (de jurisprudentie met betrekking tot) artikel 6 EVRM aanvaardbaar is.

Tevens is hiervoor al gesteld dat:

- de bestuurlijke lus een bijdrage kan leveren aan een slagvaardiger bestuursprocesrecht (zie de paragrafen 1 en 3 van het algemeen deel van deze toelichting);
- te verwachten processuele complicaties bij het herstel van het geconstateerde gebrek de bestuursrechter kunnen weerhouden van toepassing van artikel 8:51a.

Een en ander moge duidelijk maken dat het behoud van «regie» over het verloop van het geschil door de bestuursrechter soms meer of iets anders vergt dan toepassing van de bestuurlijke lus.

Het vorenstaande heeft voor ons aanleiding gevormd tot het creëren van een extra bevoegdheid van de bestuursrechter, namelijk om te bepalen dat de voorbereiding van het nieuwe besluit niet of niet geheel overeenkomstig de eisen als bedoeld in afdeling 3.4, hoeft te geschieden. Een behoedzaam gebruik van deze bevoegdheid kan bijdragen aan vergroting van slagkracht van – en draagvlak voor – bestuursrechtspraak. De reden om deze bevoegdheid bij uitsluiting aan de bestuursrechter toe te kennen, is het scheppen van een waarborg dat het nieuwe besluit voldoende zorgvuldig wordt voorbereid en geen afbreuk doet aan de rechtsbescherming van belanghebbenden. De thans voorgestelde formulering van artikel 8:72, vierde lid, stelt de bestuursrechter in staat om in het dictum van zijn einduitspraak maatwerk te leveren dat het algemeen belang bij een zo zorgvuldig mogelijke besluitvorming dient zonder de belangen van derden bij snelle besluitvorming en duidelijkheid uit het oog te verliezen.

F

Artikel 8:80a

Eerste lid

Toepassing van de bestuurlijke lus veronderstelt dat het bestreden besluit een of meer gebreken vertoont. Dit behoort tot uitdrukking te komen in de overwegingen van de tussenuitspraak.

De bestuursrechter kan in de overwegingen van zijn tussenuitspraak ook een oordeel over een kwestie van openbare orde (zoals de ontvankelijkheid van een bepaald beroep of bezwaar) vellen, en bepaalde standpunten van partijen volgen of verwerpen. In zoverre kan de tussenuitspraak materieel gezien eindbeslissingen bevatten. Dergelijke beslissingen binden de bestuursrechter bij de einduitspraak; hij kan daarop daar niet meer terugkomen (vgl. D. Roffel, *Het laatste woord*. De bindende eindbeslissing in het tussenvonnis, Tilburg: Celsus 2007, blz. 43–61).

Het dictum van de tussenuitspraak moet zich echter beperken tot de beslissing dat de bestuurlijke lus wordt toegepast (artikel 8:51a, eerste lid), met vermelding van de termijn waarbinnen het bestuursorgaan het gebrek kan herstellen (artikel 8:51a, tweede lid), en eventueel welk onderdeel van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure bij het herstel

van het gebrek niet hoeft te worden gevolgd (vgl. artikel 8:72, vierde lid, onderdeel b (nieuw)).

Dit betekent dat het oordeel over het (on)gegrondheid van het beroep en de beslissing over vergoeding van griffierecht en proceskosten een thuis-horen in het dictum van de einduitspraak. Hierbij moet worden bedacht dat de bestuursrechter eerst aan de hand van de reactie van het bestuursorgaan op de tussenuitspraak c.q. de gelegenheid tot herstel van het gebrek adequaat kan bezien welk lot het beroep en het bestreden besluit zijn beschoren, en in het verlengde hiervan dat de bestuursrechter na toepassing van artikel 8:51a nog steeds beschikt over alle uitspraak-bevoegdheden die hem in afdeling 8.2.6 zijn toegekend. In zoverre zij verwezen naar paragraaf 7 van het algemeen deel van deze toelichting, en naar de toelichting op artikel 8:57, tweede lid (nieuw).

Tweede lid

De in het tweede lid geformuleerde eis vloeit voort uit de behoefte van partijen aan duidelijkheid over hetgeen de bestuursrechter precies van het bestuursorgaan verwacht.

Allereerst en vooral behoort de tussenuitspraak duidelijk te vermelden met behulp van welke maatregel(en) het gebrek kan worden hersteld: door het nemen van een vervangend besluit, het laten verrichten van (aanvullend) onderzoek of het verschaffen van een (nadere) toelichting. Op deze wijze kan de bestuursrechter veel verwarring – en een nieuwe bestuurlijke lus, of een «kale» vernietiging van het bestreden besluit – voorkomen. Hierbij past de kanttekening dat de aanwijzingen over het herstel van het gebrek geen betrekking mogen hebben op de concrete inhoud van het besluit, het onderzoek of de toelichting, in ieder geval voor zover het bestuursorgaan nog beschikt over een te rechtens te respecteren beleids- of beoordelingsvrijheid.

Daarnaast is de tussenuitspraak ook het middel om aan te geven of – en zo ja, indien mogelijk, welke – derden bij het herstel van het gebrek moeten worden betrokken, zeker als de bestuursrechter in een meerpartijengeschil oordeelt dat een nieuw besluit noodzakelijk is. Mede aan de hand hiervan kan de bestuursrechter bepalen of wederom een (volledige) uniforme openbare voorbereidingsprocedure (afdeling 3.4) moet worden gevolgd.

Verder ligt het op de weg van de bestuursrechter om te bewerkstelligen dat het bestuursorgaan bij het herstel van het gebrek de grenzen van het geding in acht neemt, zoals reeds is aangegeven in de toelichting op artikel 8:51b, tweede lid. Anders bestaat het gevaar dat het nieuwe besluit niet (alleen) het bestreden besluit vervangt, maar (daarnaast) een geheel andere rechtsbetrekking vaststelt. In zoverre zij verwezen naar paragraaf 7 van het algemeen deel van deze toelichting.

Derde lid

Het derde lid regelt de inhoud van de tussenuitspraak nader. Deze moet uiteraard ook aangeven wat er aan het bestreden besluit schort, alsmede welke rechtsregels of rechtsbeginselen daarbij zijn geschonden (art. 8:77, tweede lid). De eis dat wordt vermeld in hoeverre het bestreden besluit in strijd met het recht is genomen, drukt uit dat de bestuursrechter zoveel mogelijk alle aangevoerde gronden moet bespreken. In dit kader zij ook verwezen naar hetgeen in paragraaf 5 van het algemeen deel van deze toelichting is gesteld over de wenselijkheid om te volstaan met één bestuurlijke lus.

Artikel 8:80b

Eerste lid

Het eerste lid maakt duidelijk dat de bestuursrechter de bestuurlijke lus ook in een zeer vroeg stadium van de beroepsprocedure kan toepassen.

Dat hieraan behoefte kan bestaan, is reeds aangegeven in paragraaf 5 van het algemeen deel van deze toelichting.

Tweede lid

Het tweede lid stelt buiten twijfel dat de bestaande mogelijkheid om onmiddellijk of kort na de zitting mondeling uitspraak te doen (artikel 8:67) ook bij de tussenuitspraak kan worden benut.

Derde lid

Ingevolge het derde lid is de bestuursrechter – ook ambtshalve – bevoegd een voorlopige voorziening treffen. Zo kan het wenselijk zijn om het gebrekkig geachte besluit in een vroegtijdig stadium van de beroepsprocedure te schorsen in afwachting van herstel van het geconstateerde gebrek, zonder de noodzaak om te wachten op een afzonderlijk verzoek van een belanghebbende (artikel 8:81, eerste lid) of de einduitspraak (artikel 8:72, vijfde lid).

De mogelijkheid om de voorziening ambtshalve te treffen, valt te beschouwen als een vorm van aanvulling van de rechtsgronden (artikel 8:69, tweede lid). De eisende partij wordt bij het instellen van beroep immers geacht te streven naar vernietiging (artikel 8:72, eerste lid) of herroeping (artikel 7:11, tweede lid, jo artikel 8:72, vierde lid) van het besluit waar tegen zij ageert. In dit kader ligt het vaak in de rede dat de eisende partij de voor haar nadelige effecten van het bestreden besluit zo beperkt mogelijk – en dus de werking van dit besluit zo kort mogelijk – wil houden

Vierde lid

De voorlopige voorziening vervalt uiterlijk op het moment waarop de einduitspraak wordt gedaan. De voorlopige voorziening wordt immers getroffen in afwachting van een gewijzigd besluit en een oordeel van de bestuursrechter daarover. Indien het bestuursorgaan niet overgaat tot herstel van gebreken, zal de bestuursrechter het besluit vernietigen; in zo'n geval bestaat evenmin reden de door deze rechter getroffen voorlopige voorziening te laten voortduren.

Artikel II

Artikel II bepaalt voor belastingzaken uitdrukkelijk dat tegen de tussenuitspraak als bedoeld in artikel 8:80a, hoger beroep kan worden ingesteld, maar slechts tegelijkertijd met het hoger beroep tegen de einduitspraak inzake het geschil dat aanleiding tot de betreffende tussenuitspraak heeft gegeven.

Uitsluiting van tussentijds hoger beroep achten wij nodig, omdat het reeds tijdens de beroepsprocedure aanwenden van rechtsmiddelen tegen een tussenuitspraak zou leiden tot ongewenste processuele complicaties en een verlenging van de procedure bij de rechtbank.

De voorgestelde formulering van artikel 27h, derde lid (nieuw), maakt duidelijk dat een tussenuitspraak moet worden onderscheiden van zowel een einduitspraak in de zin van afdeling 8.2.6, als een («vormvrije») procesbeslissing.

Overigens kan een belanghebbende door ook het instellen van hoger beroep tegen de einduitspraak bewerkstelligen dat de hogerberoepsrechter een oordeel velt over de tussenuitspraak waarop de aangevallen uitspraak (mede) is gebaseerd. Dit vereist een grief met betrekking tot de overwegingen van de rechtbank die op de gewraakte tussenuitspraak zijn gebaseerd.

Artikelen III tot en met V

Deze artikelen bevatten de aanpassingen van de wetten die het procesrecht regelen voor respectievelijk de Centrale Raad van Beroep (hierna:

CRvB), het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) en de Afdeling bestuursrechtspraak voor de Raad van State (hierna: ABRvS).

Onderdelen A en C

Het voorstel bepaalt dat de zojuist genoemde bestuursrechters aan het bestuursorgaan een opdracht tot herstel van het gebrek kunnen verstrekken, zowel in eerste aanleg (onderdeel A) als in hoger beroep (onderdeel C).

De reden om te kiezen voor het geven van een opdracht – en niet voor het in de gelegenheid stellen – tot herstel van het gebrek, is dat de CRvB, het CBb en de ABRvS rechtspreken in hoogste aanleg. Dit betekent dat de oordelen van deze bestuursrechters niet kunnen worden teruggedraaid, en daarmee dat het bestuursorgaan zich onder geen enkele voorwaarde kan onttrekken aan maatregelen om het gebrek te herstellen. De tussenuitspraak is immers ook voor de hogerberoepsrechter bindend. Gelet op een en ander vervalt een belangrijk deel van de processuele waarde van de weigering om een gebrek te herstellen. Bovendien denken wij dat het gezag van (de door) een hogerberoepsrechter (gedane tussenuitspraak) wordt aangetast indien de wettekst zelf suggereert dat het bestuursorgaan de in de tussenuitspraak neergelegde overwegingen van de hogerberoepsrechter kan negeren.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat het gerechtshof weliswaar in hoger beroep oordeelt over belastingzaken, maar niet in hoogste aanleg. Dat doet de Hoge Raad. Daarom zien wij onvoldoende aanleiding om de Algemene wet inzake rijksbelastingen te wijzigen conform de onderdelen A en C van de artikelen III tot en met V.

Onderdeel B

Ook voor de terreinen die tot de bevoegdheid van de CRvB, het Cbb en de ABRvS horen, wordt geregeld dat tegen de tussenuitspraak van de rechtbank c.q. de toepassing van de bestuurlijke lus geen tussentijds hoger beroep openstaat. In zoverre zij verwezen naar de toelichting op artikel II.

Artikel VI

Aan een afzonderlijke regeling van de bestuurlijke lus in de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht bestaat niet langer behoefte.

Artikel VII

Aan een afzonderlijke regeling van de bestuurlijke lus in de Wet milieubeheer bestaat niet langer behoefte.

Het is echter wel nodig om te garanderen dat over het lot van het nationaal toewijzingsbesluit als bedoeld in artikel 16.29, eerste lid, van de Wet milieubeheer, gelet op de richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 oktober 2003 (nummer 2003/87/EG) en de beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 29 januari 2004 (nummer 2004/156/EG) met bepalingen over handel in, bewaking van en rapportage over emissies van broeikasgassen. Dit vereist een bepaling die uitdrukkelijk bepaalt wanneer de ABRvS uitspraak moet hebben gedaan. In zoverre zij ook verwezen naar de Implementatiewet EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten (wet van 30 september 2004, Stb. 2004, 511) en de memorie van toelichting op het voorstel van deze wet (Kamerstukken II 2003/04, 29 565, nr. 3, p. 9–11). Het vorenstaande impliceert overigens dat de ABRvS tijdens een beroepsprocedure slechts eenmaal toepassing aan de bestuurlijke lus mag geven, en in het verlengde hiervan dat zij alle gebreken van het bestreden besluit in de eerste – en dus enige – tussenuitspraak moet geven. Alleen op deze wijze kunnen de minister van VROM en de minister van EZ voldoende duidelijkheid krijgen over de manier om het bestreden natio-

naal toewijzingsbesluit tijdig te wijzigen (vgl. Kamerstukken II 2003/04, 29 565, nr. 3, p. 132).

Artikel IX

Omdat naar verwachting regelmatig naar dit wetsvoorstel zal worden verwezen, is een citeertitel opgenomen.

Vermeij
Koopmans
Neppérus