

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 Vermeij, Koopmans, Neppérus bestuurlijke lus Awb)

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN REACTIE INDIENERS

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 10 april 2008 en de reactie van de indieners d.d. 8 juli 2008, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 21 februari 2008 heeft de Tweede Kamer bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het 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 Vermeij, Koopmans, Neppérus bestuurlijke lus Awb), met memorie van toelichting.

Op 13 december 2007 is bij de Raad ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van de Tracéwet, de Spoedwet wegverbreding en de Wet ruimtelijke ordening met het oog op de verbetering van de beroepsprocedure. Dit voorstel voorziet voor de genoemde wetten in de invoering van een bestuurlijke lus. De Raad brengt heden over dit wetsvoorstel zijn advies uit.

Het onderhavige wetsvoorstel geeft de Raad van State aanleiding tot het maken van de volgende opmerkingen.

1. Probleemanalyse

Met het wetsvoorstel wordt beoogd de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) aan te vullen met een regeling, die de bestuursrechter de mogelijkheid geeft om het bestuursorgaan hangende de beroepsprocedure, de gelegenheid te bieden om gebreken in het bestreden besluit te herstellen, zodat dit besluit niet wegens die gebreken hoeft te worden vernietigd. Deze regeling wordt in het voorstel aangeduid als de bestuurlijke lus.

In de toelichting op het wetsvoorstel wordt uiteengezet dat de negatieve gevolgen van langdurige bestuursrechtelijke beroepsprocedures groot zijn, dat onvolkomenheden in besluiten weliswaar moeten worden weggenomen, maar het doorlopen van een geheel nieuwe besluitvormingsprocedure veel tijd en geld kost, terwijl dit in veel gevallen niet tot een verbetering van de kwaliteit van de leefomgeving leidt. Verder rept de toelichting van het geringe probleemoplossend vermogen van het bestuursrecht.

De Raad onderschrijft dat, waar dat mogelijk is, door het treffen van procesrechtelijke voorzieningen onnodig tijdverlies door bestuursrechtelijke procedures moet worden tegengestaan. Overigens is aan geschilbeslechting

over bestuursbesluiten inherent dat zekerheid eerst ontstaat, wanneer tegen die besluiten geen rechtsmiddelen meer kunnen worden aangewend. Het is op zich van belang dat wordt onderzocht in hoeverre de doelmatigheid van de behandeling van beroepen tegen besluiten kan worden vergroot. Voor een beoordeling van de invoering van nieuwe maatregelen en bevoegdheden is in de eerste plaats echter vereist dat voldoende inzicht bestaat in de werkelijke problemen die de voortgang van de wettelijke procedures onder druk zetten. De Raad mist een zodanige analyse. De toelichting richt zich vooral op de procedureel hinderlijke aspecten van een vernietiging van een besluit, maar weegt dat niet af tegen aspecten van zorgvuldigheid van besluitvorming en rechtsbescherming van belanghebbenden. De Raad adviseert in de toelichting de voorgestelde maatregel nader toe te lichten in een kader van niet alleen effectiviteit en efficiency van overheidsoptreden, maar ook van zorgvuldigheid van besluitvorming en adequate rechtsbescherming voor belanghebbenden uitgaande van de inrichting van het huidige bestuursrecht.

Wij stellen voorop dat toepassing van de bestuurlijke lus geen afbreuk doet aan de zorgvuldigheid waarmee een bestuursorgaan besluiten moet voorbereiden. Toepassing van de bestuurlijke lus betekent immers niet dat zorgvuldigheidseisen of andere regels niet meer behoeven te worden nageleefd. Integendeel, de tussenuitspraak stimuleert het bestuursorgaan juist om deze regels alsnog na te leven. De bestuurlijke lus strekt dus tot respectering van bestaande zorgvuldigheidseisen, maar dan op een meer efficiënte wijze dan thans.

De bestuurlijke lus vermindert evenmin de rechtsbescherming van belanghebbenden. De bestuurlijke lus verschaft het bestuur immers geen bevoegdheden en kan dus nooit leiden tot een besluit dat het bestuur zonder de bestuurlijke lus niet had kunnen nemen. De enige «bescherming» die verdwijnt, is de schijn dat een vernietiging op formele gronden leidt tot een besluit dat tegemoetkomt aan de verlangens van de eisende partij. In zekere zin leidt toepassing van de bestuurlijke lus zelfs tot een betere rechtsbescherming, aangezien partijen met de bestuurlijke lus sneller weten waaraan zij toe zijn. Ook de toegang tot de rechter wordt door de bestuurlijke lus niet beperkt. Als de bestuurlijke lus leidt tot een nieuw besluit, worden lopende beroepen geacht mede tegen dit nieuwe besluit te zijn gericht (zie ook de gewijzigde memorie van toelichting, blz. 14). Belanghebbenden aan wie redelijkerwijs niet kan worden verweten dat zij nog niet aan het geding deelnemen, kunnen dit alsnog gaan doen, hetzij door alsnog beroep in te stellen, hetzij door op de voet van artikel 8:26 aan het geding deel te nemen. Voorts benadrukken wij nogmaals (zie reeds Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 3, blz. 6 en 10–11) dat de bestuurlijke lus een aanvulling is op het bestaande «gereedschap» van de bestuursrechter. De bestuursrechter verliest geen onderzoeks- of uitspraakbevoegdheden. Het wetsvoorstel werpt ook geen belemmeringen op voor het treffen van andere efficiëntieverhogende (proces)maatregelen naast of in plaats van de bestuurlijke lus. In dit kader zij gewezen op het hierna, in punt 3, beschreven voorbeeld.

De voortgang van wettelijke procedures staat onder druk. Daarbij spelen vele aspecten een rol. De complexiteit van de projecten en van de wetgeving, en de afstemmingcycli binnen de bestuursorganen zijn een paar oorzaken voor vertraging. De ambitie van het wetsvoorstel is slechts om één specifiek knelpunt aan te pakken, namelijk de vertraging die ontstaat door vernietigingen die uiteindelijk geen ander besluit opleveren. Volledigheidshalve voegen wij hieraan toe dat zowel de regering (zie het concept-wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht) als de gezamenlijke bestuursrechters (via wijziging van de procesregelingen) wel doende zijn met het zoeken naar oplossingen voor andere problemen die de toegankelijkheid en efficiency van het bestuursprocesrecht belemmeren.

2. Doeltreffendheid van de bestuurlijke lus

In het algemene bestuursrecht moet het bestuursorgaan na de vernietiging van het besluit op bezwaar een nieuw besluit op het tegen het primaire besluit gemaakte bezwaar nemen met inachtneming van de overwegingen die aan de vernietiging ten grondslag zijn gelegd. Deze figuur kan als een bestuurlijke lus na een einduitspraak, al dan niet na appel, worden beschouwd. Het

wetsvoorstel voegt hieraan een variant toe na een tussenuitspraak zonder appel. De Raad wijst erop dat de doeltreffendheid van de bestuurlijke lus mede afhankelijk is van de aard van het door de rechter geconstateerde gebrek. Aan te nemen valt dat de toepassing van de voorgestelde bestuurlijke lus in een aantal gevallen tot bespoediging van de bestuursrechtelijke procedure kan leiden. In andere gevallen kan het instrument echter juist een vertragend effect hebben. Vertraging zal zich voordoen in gevallen waarin de rechtbank het eerste besluit op bezwaar onrechtmatig acht, daarop de bestuurlijke lus toepast, en de appelrechter nadien een tegen dat oordeel gerichte beroepsgrond van het bestuursorgaan of een andere belanghebbende honoreert. De rechter in eerste aanleg die over toepassing van de bestuurlijke lus moet beslissen, zal dat in het algemeen niet kunnen voorzien. Verder bestaat in eenvoudige twee-partijgeschillen in het algemeen een grotere kans op een tijdbesparend effect van toepassing van de bestuurlijke lus dan in geschillen die betrekking hebben op gecompliceerde besluiten, waarbij meer belanghebbenden met soms tegengestelde belangen zijn betrokken. Voor zover primaire besluiten worden voorbereid met de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Awb, dient bovendien in aanmerking te worden genomen dat een eventueel herstelbesluit soms eveneens met toepassing van die procedure zal worden genomen.

Wanneer het beroep in eerste aanleg dient en de rechtbank de bestuurlijke lus voorstelt, staat het het bestuursorgaan volgens het voorstel vrij geen gebruik te maken van de geboden herstelbaarheid, de vernietiging af te wachten en daarvan in hoger beroep te komen. Het uitgangspunt van vrijwilligheid aan de zijde van het bestuursorgaan maakt dat de meerwaarde van het wetsvoorstel ten opzichte van de huidige regeling in de Awb op dit punt nadere toelichting behoeft. Ook nu kan de rechtbank het bestuursorgaan uitnodigen een nieuw besluit te nemen; een tussenuitspraak is daarvoor niet nodig, maar de regeling daarvan kan gebruikmaking van die mogelijkheid wel bevorderen. Met frequenter gebruik van de bestaande instrumenten (eventueel met enkele wettelijke aanpassingen van minder ingrijpende aard) kan het met de bestuurlijke lus beoogde effect worden bereikt zonder de nadelen van een tussenuitspraak.¹ Weliswaar merkt de toelichting op dat van de bestaande instrumenten weinig gebruik wordt gemaakt, omdat de rechter zich doorgaans niet vrij voelt om het geschil finaal te beslechten, indien en zolang het bestuursorgaan over enige relevante beleids- of beoordelingsvrijheid beschikt, maar de toelichting maakt niet duidelijk waarom in die gevallen de rechter dan wél van het instrument van de tussenuitspraak gebruik zou maken. Verder overweegt de Raad over de tenuitvoerlegging van genomen besluiten dat in het algemene bestuursrecht niet het voor uitvoering vatbare besluit voorwerp van beroep is, maar het besluit op het daartegen gemaakte bezwaar. Het maken van bezwaar schorst, evenmin als het instellen van beroep, het primaire besluit. Dat besluit is dus uitvoerbaar, zodra het in werking treedt en blijft dat. Vertraging ontstaat veelal eerst door schorsing van dat besluit bij wege van voorlopige voorziening. Te bezien valt of de eventuele ongewenste gevolgen van schorsing van zo'n besluit bij wijze van voorlopige voorziening beperkt kunnen worden, bijvoorbeeld door de voorzieningenrechter de bevoegdheid te geven in dat geval termijnen te stellen voor de behandeling van de bodemprocedure, ten einde het verdere verloop daarvan te bespoedigen. De Raad adviseert het voorstel op de hierboven genoemde punten te voorzien van een nadere motivering.

De Raad van State constateert terecht dat de bestuurlijke lus niet in alle gevallen het beste middel is om zo snel mogelijk duidelijkheid te verkrijgen over het lot van het besluit waarover het geschil (uiteindelijk) gaat. Daarom is artikel 8:51a, eerste lid, geformuleerd als een bevoegdheid die de toepassing van andere instrumenten – zowel onderzoeksbevoegdheden als (neven)dicta – niet uitsluit. Wij vertrouwen erop dat de bestuursrechter voldoende bestuursrechtelijk inzicht heeft om te kiezen voor het instrument dat naar verwachting het snelst en het meest zal bijdragen aan definitieve beëindiging van het geschil.

In de memorie van toelichting is reeds het een en ander geschreven over de keuze om het bestuursorgaan in de fase van het beroep in eerste aanleg de vrijheid te laten om de gebreken in het besluit niet te herstellen. Wij voegen hieraan nog toe dat deze keuze aansluit bij de formulering van artikel 8:45, eerste lid: de rechtbank verzoekt om inzending van stukken. Het is echter

¹ De Raad verwijst in dit verband naar het advies van de Raad voor de rechtspraak van 19 oktober 2006, kenmerk UIT 9624 / ONTW WR, betreffende het concept wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht en voorstel Wet op de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

uitdrukkelijk de bedoeling dat de partij aan wie het verzoek is gericht, doet wat de rechtbank haar vraagt. Uit het niet verstrekken van de gevraagde inlichtingen kan de rechtbank namelijk de gevolgtrekkingen maken die haar geraden voorkomen (artikel 8:31). Dit betekent in de praktijk doorgaans dat de partij die het verzoek van de rechtbank negeert, de procedure verliest.

Hetzelfde geldt voor het bestuursorgaan dat geen gebruik maakt van de mogelijkheid om een gebrek te herstellen. Dit orgaan weet zeker dat het dan de procedure verliest, met andere woorden: dat het bestreden besluit wordt vernietigd. Tegen een einduitspraak met zo'n strekking kan vervolgens hoger beroep worden ingesteld, al dan niet gecombineerd met een gelijktijdig hoger beroep tegen de tussenuitspraak.

Als het gaat om een principiële verschil van inzicht tussen de rechtbank en het bestuursorgaan, waarbij een grote kans bestaat dat het bestuursorgaan hoger beroep zal instellen, heeft toepassing van de bestuurlijke lus doorgaans geen zin. Of zich een dergelijke situatie voordoet, zal doorgaans in de loop van de procedure wel duidelijk worden. Om deze duidelijkheid te verkrijgen, kan de bestuursrechter ter zitting aan het bestuursorgaan vragen of deze een eventuele gelegenheid tot herstel van het gebrek zal benutten.

Inderdaad kan het met toepassing van artikel 8:51a, eerste lid, beoogde resultaat ook door gebruik van andere instrumenten worden verkregen. Wij willen echter benadrukken dat aan het gebruik van deze instrumenten ten behoeve van de bestuurlijke lus belangrijke nadelen kleven, ook na wijziging van de bepalingen die het gebruik van de desbetreffende instrumenten reguleren.

In dit kader valt met name te wijzen op (1) de onduidelijke status van documenten als «griffiersbriefjes», (2) het gebrek aan transparantie en kenbaarheid voor derden van dit soort stukken, en (3) de geringe mogelijkheden om precies duidelijk te maken wat de bestuursrechter van het bestuursorgaan verlangt.

De door ons voorgestelde regeling stimuleert de bestuursrechter om de bestuurlijke lus in te zetten als wapen tegen de stroperigheid van het bestuursprocesrecht en ondervangt de zojuist geschetste nadelen. Mede doordat de tussenuitspraken naar verwachting zeker de eerste jaren veel aandacht zullen krijgen in de juridische vakliteratuur, zal na verloop van tijd meer inzicht ontstaan in de wijze waarop de bestuurlijke lus het beste kan worden toegepast alsmede in de gevallen die zich daarvoor lenen.

Wij delen niet de inschatting van de Raad van State dat vertraging veelal pas ontstaat als een besluit bij wege van voorlopige voorziening wordt geschorst. Naar ons oordeel gaat de Raad van State hier voorbij aan het ervaringsfeit dat veel vergunninghouders uit angst voor schadeclaims ook zonder uitspraak van de voorzieningenrechter wachten met het daadwerkelijk gebruiken van een verleende vergunning tot deze onherroepelijk is. Het gebruik van een rechtsnóg aantastbare vergunning geschiedt immers op eigen risico (HR 29 april 1994, AB 1994, 530 m.nt. FHvdB).

Wij bepleiten – in navolging van B. J. Schueler (Het zand in de machine (oratie UvA), Deventer: Kluwer 2003) – dat de bestuursrechters voldoende oog hebben voor de in dit opzicht benarde positie van vergunninghouders die tegen hun wil in een beroepsprocedure verzeild raken. Het wetsvoorstel biedt een handvat om meer recht te doen aan de belangen van deze «derden».

3. De positie van de bestuursrechter ten opzichte van partijen

Volgens het voorstel wordt de bestuurlijke lus ingeleid door een tussenuitspraak, vaak al voordat het tot een eerste behandeling van de zaak ter zitting is gekomen. In de tussenuitspraak maakt de bestuursrechter duidelijk, in welk opzicht en waarom hij het bestreden besluit onrechtmatig acht.¹ Volgens de toelichting is daarbij van belang dat duidelijk is, wat de bestuursrechter van het bestuursorgaan verwacht, vooral wat betreft de aan de voorbereiding van het nieuwe besluit te stellen eisen.² Daartoe is in het voorgestelde artikel 8:80a, tweede lid, bepaald dat de tussenuitspraak zoveel mogelijk vermeldt, op welke wijze het gebrek kan worden hersteld.

De vraag is of die opdracht verder strekt dan de verplichting onder het huidige recht voor het bestuursorgaan om na vernietiging een nieuw besluit te nemen met inachtneming van hetgeen de rechter heeft overwogen. De reikwijdte van

¹ Memorie van toelichting, Algemeen, paragraaf 4. Redenen voor een wettelijke regeling.

² Memorie van toelichting, Artikelsgewijs, artikel 8:80a, tweede lid.

de bepaling beperkt zich in elk geval niet tot de eisen aan de voorbereiding, maar maakt ook mogelijk dat de bestuursrechter inhoudelijke aanwijzingen geeft. Dergelijke instructies zullen in de praktijk een bindend effect hebben op straffe van vernietiging. Niet valt immers voor te stellen dat het bestuursorgaan terugkomt met een «tegenbod» en de rechter daarin zou berusten.

Het geven van zodanige aanwijzingen, nog voor een behandeling van de zaak ter zitting heeft plaatsgevonden, zal veelal slechts mogelijk zijn in de meest klaarblijkelijke gevallen (artikel 8:54 van de Awb). Die zaken kunnen echter reeds thans summierlijk worden afgedaan. Verder is voor het geven van inhoudelijke aanwijzingen weinig plaats, waar voor het bestuur rechtens ook na de tussenuitspraak nog ruimte bestaat voor het afwegen van belangen of het beoordelen van de situatie. Bovendien moet worden voorkomen dat de bestuursrechter door het geven van inhoudelijke aanwijzingen rechtshulp verleent aan of zelfs «meeprocedeert» aan de zijde van het bestuursorgaan. Het geven van inhoudelijke aanwijzingen aan het bestuursorgaan kan tenminste die indruk wekken. In dit opzicht doet het voorgestelde artikel 8:80a, tweede lid, de vraag rijzen of het voorstel bijdraagt aan de door de initiatiefnemers beoogde vergroting van het draagvlak voor bestuursrechtspraak in het algemeen.¹

Maar ook voor aanwijzingen die de voorbereiding van het te nemen besluit betreffen, is de verplichting om voor te schrijven hoe dat moet gebeuren niet wenselijk. De rechter kan slecht beoordelen hoe de voorbereiding van een besluit moet verlopen. Zijn rol is het gebrek aan te wijzen, het is aan het bestuursorgaan in het herstel te voorzien.

De Raad adviseert het voorstel in zoverre aan te passen.

De Raad van State stelt terecht dat een tussenuitspraak geen verdergaande maatregelen van het bestuursorgaan kan verlangen dan een einduitspraak. Ook onderschrijven wij het oordeel dat de bestuurlijke lus slechts in heel duidelijke gevallen reeds vóór de zitting kan worden toegepast. Er zijn echter situaties waarin toepassing van de bestuurlijke lus de voorkeur verdient boven het doen van een «buitenzittinguitspraak» als bedoeld in artikel 8:54, eerste lid. Een voorbeeld kan dit illustreren.

Voorbeeld

B&W gelasten A onder oplegging van een dwangsom een illegaal prostitutiebedrijf te sluiten. A maakt hiertegen bezwaar. B&W verklaren het bezwaar ongegrond en laten de dwangsombeschikking in stand. Hiertegen stelt A beroep in. De rechtbank constateert dat het bestreden besluit gereed ligt voor vernietiging, en de primaire dwangsombeschikking voor herroeping, omdat niet B&W maar slechts de burgemeester bevoegd is tot handhavend optreden tegen overtredingen van de APV die raken aan de openbare orde (artikel 5:22 juncto artikel 174 Gemeentewet). Er zijn nu drie situaties denkbaar.

Situatie 1. De rechtbank doet een uitspraak als bedoeld in artikel 8:54, eerste lid. B&W gaan in verzet en verzoeken uitdrukkelijk om te worden gehoord. De rechtbank moet dit verzoek honoreren (artikel 8:55, derde lid). De zitting gaat slechts over de vraag of het beroep kennelijk gegrond is, dus over de vraag welk bestuursorgaan bevoegd is. Vervolgens wordt het verzet ongegrond verklaard.

Gevolg: het alsnog opleggen van een rechtens houdbare last onder dwangsom noodzaakt tot het «overdoen» van de gehele besluitvormingsprocedure, vanaf het voornemen tot handhaving. Immers, tegen een uitspraak op verzet staat geen hoger beroep open (artikel 37, tweede lid, onderdeel c, Wet op de Raad van State). Het oordeel van de ABRvS over de houdbaarheid van de dwangsombeschikking als zodanig laat hoe dan ook enkele jaren – gerekend van het primaire besluit van B&W – op zich wachten.

Situatie 2. De rechtbank doet een tussenuitspraak als bedoeld in artikel 8:80a, eerste lid. B&W maken gebruik van de gelegenheid om het gebrek te herstellen. Vervolgens belegt de rechtbank een zitting als bedoeld in artikel 8:56. Deze kan worden benut voor een inhoudelijk debat over de vraag of een last onder dwangsom gerechtvaardigd is. Zelfs als tegen het oordeel van de rechtbank over dit inhoudelijke punt hoger beroep wordt ingesteld, is er aanzienlijk eerder een inhoudelijk eindoordeel van de rechter dan in situatie 1.

Situatie 3. De rechtbank doet een tussenuitspraak, maar B&W maken geen gebruik van de gelegenheid om het gebrek te herstellen. De rechtbank kan dan

¹ Memorie van toelichting, Algemeen, paragraaf 5. Het onderhavige wetsvoorstel.

direct overgaan tot vernietiging wegens onbevoegdheid. Maar wat zij ook kan doen, is toch een zitting beleggen. Deze zitting kan ook in deze situatie worden benut voor een inhoudelijk debat over de vraag of een last onder dwangsom is gerechtvaardigd. De formele kwestie blijft ook in deze situatie onbesproken, want de tussenuitspraak is bindend, zodat discussie daarover in dit stadium geen zin heeft. Zelfs als er vervolgens hoger beroep wordt ingesteld op een inhoudelijk punt is er aanzienlijk eerder een inhoudelijk eindoordeel van de rechter dan in situatie 1.

Er zijn vier redenen om het zojuist gegeven voorbeeld zo uitgebreid te beschrijven.

Ten eerste: duidelijk moge worden dat het doen van een «buitenzitting-uitspraak» vaak veel minder efficiënt is dan men op het eerste gezicht zou denken in het geval dat het materiële geschil het formele debat overleeft.

Ten tweede: het voorbeeld illustreert dat de bestuursrechter de bestuurlijke lus niet alleen in plaats van zijn bestaande bevoegdheden, maar ook in combinatie daarmee, kan toepassen.

Ten derde: blijkens het voorbeeld kan het in een vroegtijdig stadium van de beroepsprocedure toepassen van de bestuurlijke lus voor de evidente gebreken soms tijdverslindende en frustrerende discussies over formele aspecten voorkomen.

Ten vierde: zelfs als het bestuursorgaan het geconstateerde gebrek niet herstelt, kan de bestuurlijke lus in sommige situaties tot tijdwinst leiden, zoals het voorbeeld laat zien.

Met de Raad van State achten wij het onwenselijk als belanghebbenden de indruk krijgen dat de bestuursrechter «meeprocedeert» aan de zijde van het bestuursorgaan. De toepassing van de bestuurlijke lus draagt echter niet bij aan deze indruk, in ieder geval niet meer dan de einduitspraak die volstaat met de gegrondverklaring van het beroep en de vernietiging van het bestreden besluit (waardoor het bestuursorgaan een nieuw, vervangend besluit moet nemen).

Overigens wordt, naar ons oordeel, het gevoel van belanghebbenden – en dan met name de eisende partijen – dat het bestuur een voorkeursbehandeling van de bestuursrechter krijgt, veeleer gevoed door de geringe ruimte die de bestuursrechter heeft althans krijgt om zelf in de zaak te voorzien. Immers, als regel mag de bestuursrechter de inhoudelijke knoop niet zelf doorhakken, maar moet dit overlaten aan het bestuursorgaan, ook als dit meermalen op een onrechtmatige wijze is gebeurd. Deze aan het bestuursorgaan geboden herkansingen – hoezeer ook staatsrechtelijk zuiver en vanuit bestuurlijk oogpunt begrijpelijk – zetten kwaad bloed bij belanghebbenden die wegens één processuele vergissing de gehele procedure kunnen verliezen. Aan deze situatie kan de bestuurlijke lus c.q. de tussenuitspraak niets veranderen. Daarnaast geldt dat draagvlak voor bestuurs(proces)recht ook onder druk staat vanwege het tijdbeslag van procedures, zeker als de bestuursrechter gebreken in de besluitvorming ontdekt. En het is dit – met name door vergunninghouders en dergelijke ervaren – probleem dat wij met het onderhavige wetsvoorstel willen verkleinen.

Naar het oordeel van de Raad van State kan de bestuursrechter slecht beoordelen hoe de voorbereiding van een besluit moet verlopen. Wij delen dit oordeel niet onverkort.

Het voorbereiden van een besluit heeft namelijk alles te maken met het naleven van procedurele geschreven en ongeschreven rechtsregels (formele zijde van het zorgvuldigheidsbeginsel) en het vergaren van voldoende kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen (materiële zijde van het zorgvuldigheidsbeginsel). Het gaat hier niet om bevoegdheden maar om verplichtingen, en het is de taak van de bestuursrechter om «vol» te toetsen of het bestuursorgaan diens onderzoeks- en zorgvuldigheidsplichten heeft nageleefd indien en voor zover de eisende partij daarom heeft gevraagd. Daarom mag de bestuursrechter, naar ons oordeel, desgevraagd aanwijzingen geven over (1) de aspecten die nog nader moeten worden onderzocht en (2) de wijze waarop dit moet gebeuren. Dit betekent dat wij ruimte zien voor het verzoek of de opdracht om over een aspect (nader) advies in te winnen of om belanghebbenden voorafgaand aan een vervangend besluit (nogmaals) te horen.

Hierbij ontgaat het ons niet dat het bestuursorgaan wel beschikt over een zekere – maar begrensde en «vol» te toetsen – vrijheid bij beantwoording van de vraag welke persoon of instantie het advies uitbrengt of hoe het horen precies geschiedt. Bovendien beseffen wij dat de bestuursrechter uit praktisch oogpunt in bepaalde gevallen een zekere terughoudendheid in acht moet nemen, met name als het gaat om technisch-specialistische kwesties en om de invulling van normen met een min («verwijtbaar») of meer («redelijke eisen van welstand») vaag karakter.

Een en ander laat echter onverlet dat een onderscheid bestaat tussen enerzijds het onderzoek dat nodig is om een belangenafweging te kunnen maken, en anderzijds de belangenafweging zelf. Wie onvoldoende feitenkennis vergaart, kan eenvoudig geen complete – en dus geen rechtens houdbare – belangenafweging maken en overigens evenmin een deugdelijke motivering geven. De beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan beperkt zich in beginsel tot de belangenafweging als zodanig, en daarom moet de bestuursrechter slechts in zoverre volstaan met een «marginale» toetsing. Gelet hierop is het als regel niet geoorloofd om in een tussen- of einduitspraak bindende aanwijzingen over de concrete inhoud van het nieuwe besluit te geven voor zover het bestuursorgaan nog beschikt een relevante mate van beleids- en/of beoordelingsvrijheid.

4. Afdoening buiten zitting

In het licht van de opmerkingen over de positie van de rechter ten opzichte van partijen, verdient de voorgestelde verruiming van de mogelijkheid de tussenuitspraak en de einduitspraak buiten zitting te doen bijzondere aandacht.

Ingevolge het voorgestelde 8:80b, eerste lid, kan de rechtbank de tussenuitspraak doen, voordat partijen zijn uitgenodigd om op een zitting te verschijnen.

Ingevolge het voorgestelde artikel 8:57, eerste lid, bepaalt de rechtbank na toepassing van de bestuurlijke lus in twee situaties dat geen nader onderzoek ter zitting plaats vindt. Dat is het geval, wanneer het beroep eerder ter zitting is behandeld. Voor de in het tweede lid geregelde bevoegdheid te bepalen dat een nader onderzoek ter zitting achterwege blijft, geldt evenzeer dat de zaak al ter zitting moet zijn behandeld. Ingevolge het vierde lid sluit de rechtbank het onderzoek ter zitting, wanneer zij bepaalt dat het onderzoek ter zitting achterwege blijft.

Het voorstel heeft als uitgangspunt dat de tussenuitspraak bindend is. Dit betekent dat de vaststelling van de gebreken voor de partijen, de rechter en derden in beginsel definitief is. Daarmee heeft de tussenuitspraak een ingrijpend karakter. Het doen van een tussenuitspraak zonder zitting, zonder toestemming van partijen, beperkt zich volgens het voorstel niet tot de situaties waarin is voldaan aan de kennelijkheidseis in artikel 8:54 van de Awb. De mogelijkheid om buiten zitting een tussenuitspraak te doen behoeft nadere motivering, mede in het licht van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over het recht te worden gehoord door de rechter.¹ Dit geldt eveneens voor het voorgestelde tweede lid van artikel 8:57, dat voor twee situaties mogelijk maakt dat de zitting na toepassing van de bestuurlijke lus achterwege blijft, wanneer de zaak daaraan voorafgaand ter zitting is behandeld. Verduidelijkt moet worden, waarom aanvaardbaar is dat partijen in procedures, waarvoor rechtsbijstand niet verplicht is, zonder hun instemming het recht kan worden ontnomen hun argumenten tegen de wijze van herstel mondeling naar voren te brengen.

Deze bezwaren tegen de mogelijkheden tot afdoening buiten zitting klemmen te meer, waar het voorstel betrekking heeft op beroepsprocedures in eerste en enige aanleg.

De Raad adviseert het voorstel op dit punt nader te bezien.

In de Awb heeft artikel 8:57 betrekking op de situatie waarin de rechtbank een onderzoek ter zitting achterwege laat. Uit een oogpunt van wetsystematiek en toegankelijkheid van regelgeving verdient het aanbeveling om twee specifieke bepalingen over het achterwege laten van een nader onderzoek ter zitting na toepassing van de bestuurlijke lus niet aan artikel 8:57 toe te voegen, maar te regelen in een afzonderlijke bepaling in de nieuwe afdeling 8.2.2a.

De Raad adviseert het voorstel in zoverre aan te passen.

¹ De Raad wijst in dit verband op de uitspraak van Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in Fredin tegen Zweden (2), no. 18 928/91, van 23 februari 1994.

Wij wijzen er op dat de bestuursrechter slechts een tussenuitspraak kan doen, als hij het bestreden besluit ook zou mogen vernietigen. Een tussenuitspraak zonder voorafgaande zitting is dus inderdaad slechts in evidente gevallen mogelijk. Aldus bezien staat toepassing van de bestuurlijke lus, volgens ons, niet op gespannen voet met artikel 6 EVRM. Het gebruik van deze bevoegdheid impliceert namelijk dat het bestreden besluit, naar het oordeel van de bestuursrechter, een gebrek vertoont. De rechtsoverwegingen van de tussenuitspraak zijn dus altijd gunstig voor de eisende partij en nadelig voor het bestuursorgaan. Schending van artikel 6 EVRM jegens de eisende partij is dan ook niet aan de orde en voor bestuursorganen geldt artikel 6 EVRM in het geheel niet. Daarom kan in tweepartijengeschillen geen sprake zijn van strijd met artikel 6 EVRM.

Iets ingewikkelder ligt het in meerpartijengeschillen. De rechtsoverwegingen in de tussenuitspraak kunnen dan op het eerste gezicht ongunstig zijn voor de belanghebbende die door het bestreden besluit een aanspraak krijgt (zoals de vergunninghouder). Maar als het bestuursorgaan evidente – veelal formele – gebreken in het bestreden besluit (zoals een vergunning) herstelt, is uiteindelijk ook de betreffende belanghebbende (zoals de vergunninghouder) gebaat bij de tussenuitspraak. Diens positie wordt daardoor immers alleen maar sterker.

Als het bestuursorgaan verzuimt om de door de rechtbank geboden gelegenheid tot herstel van het gebrek te benutten, volgt ofwel een einduitspraak met toepassing van artikel 8:54 waartegen verzet openstaat, ofwel een «gewone» einduitspraak waartegen hoger beroep openstaat. Al met al menen wij dat de voorgestelde regeling zich op dit punt zeer wel met artikel 6 EVRM verdraagt. Wel hebben wij aanleiding gezien de memorie van toelichting op dit punt aan te vullen. (Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, blz. 17)

Daarentegen delen wij bij nader inzien wel het bezwaar van de Raad van State tegen de (ver)ruim(d)e mogelijkheid om het beroep zonder nadere zitting af te doen indien de bestuurlijke lus eerst na afloop van de eerste zitting is toegepast. Dit bezwaar geeft ons voldoende aanleiding tot wijziging van het door ons voorgestelde artikel 8:57. Om deze reden behoeft de hier geplaatste opmerking over de wetsystematiek en toegankelijkheid van de regeling geen nadere bespreking.

5. Eindbeslissingen in een tussenuitspraak

Zoals hiervoor vermeld, maakt de tussenuitspraak volgens het voorstel duidelijk, op welke punten de bestuursrechter het bij hem bestreden besluit onrechtmatig acht. Volgens de toelichting is noodzakelijk dat de bestuursrechter daartoe feiten vaststelt en rechtsoordelen geeft, waardoor de rechtsstrijd op onderdelen wordt beslist. Ook kan de tussenuitspraak oordelen over punten van openbare orde bevatten. In zoverre kan de tussenuitspraak materieel gezien eindbeslissingen bevatten, stelt de toelichting. De Raad begrijpt de term «eindbeslissing» aldus, dat het gaat om een uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven beslissing over een feitelijk of juridisch beslis-punt, waarbij het oordeel van de bestuursrechter wel in de overwegingen, maar niet in de beslissing wordt neergelegd.

Duidelijk gemaakt zou moeten worden dat de bestuursrechter in beginsel niet mag terugkomen op een in de tussenuitspraak neergelegd eindoordeel. De mogelijkheid in de einduitspraak terug te komen op eindbeslissingen in de tussenuitspraak is onwenselijk en het gebruik maken daarvan heeft als effect dat de tussenuitspraken hun gezag verliezen. Zulk terugkomen verdraagt zich slecht met het doel van het voorstel.

Indien de bestuursrechter van een in een tussenuitspraak gegeven oordeel terugkomt, dient dit volgens de toelichting te geschieden in een nieuwe nadrukkelijk gemotiveerde tussenuitspraak. De Raad merkt hierover op dat het wetsvoorstel alleen de tussenuitspraak ter inleiding van de bestuurlijke lus kent. Niet valt aan te nemen dat het terugkomen op eerdere oordelen betekent dat het bestuursorgaan een andersluidend of zelfs tegengesteld geformuleerde herstelkans krijgt.

Het is van belang dat meer duidelijkheid wordt geboden over de rechtskracht van de tussenuitspraak. De plaatsing van de tussenuitspraak in afdeling 8.2.7

van de Awb suggereert eenzelfde rechtskracht als die van de einduitspraak. De mogelijkheid terug te komen op een tussenuitspraak valt daarmee niet goed te rijmen.

De Raad adviseert de toelichting op deze punten aan te passen.

De term «eindbeslissing» moet inderdaad worden begrepen als een uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven beslissing over een feitelijk of juridisch beslispunt, waarbij de bestuursrechter zijn oordeel wel in de overwegingen, maar niet in de beslissing neerlegt.

Naar ons oordeel betoogt de Raad van State terecht dat de bestuursrechter niet mag terugkomen op een eenmaal gedane tussenuitspraak. Wij hebben deze mening overigens reeds verkondigd en onderbouwd in de memorie van toelichting. De nadere motivering van de Raad van State – die wij graag tot de onze maken – vormt een extra argument om streng vast te houden aan het uitgangspunt dat de tussenuitspraak dezelfde rechtskracht heeft als de einduitspraak in de zin van afdeling 8.2.6. In het licht hiervan hebben wij de memorie van toelichting aangevuld. (Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, blz. 8) Om deze gelijkstelling te benadrukken hebben wij het voorstel gewijzigd door artikel 8:88 (herziening) op de tussenuitspraak van overeenkomstige toepassing te verklaren. Op deze wijze komt – mede vanwege de beperkte uitleg die in de jurisprudentie aan artikel 8:88 wordt gegeven – tot uitdrukking dat partijen de tussenuitspraak als een vaststaand gegeven moeten beschouwen.

6. Tussenuitspraak en hoger beroep

Het voorstel strekt ertoe dat de tussenuitspraak van hoger beroep is uitgesloten. Volgens de toelichting betekent dit niet dat tegen tussenuitspraken geen rechtsmiddel kan worden aangewend. Een belanghebbende kan door het instellen van hoger beroep tegen de einduitspraak bewerkstelligen dat de appelrechter een oordeel velt over de tussenuitspraak, waarop de aangevallen uitspraak mede is gebaseerd.¹

Daartoe dient te worden geregeld dat tegen de tussenuitspraak kan worden opgekomen tegelijkertijd met het instellen van hoger beroep tegen de einduitspraak. Daarmee wordt recht gedaan aan het uitgangspunt van de initiatiefnemers om ongewenste processuele complicaties en een verlenging van de procedure bij de rechtbank zoveel mogelijk te vermijden.

De Raad adviseert het voorstel in zoverre aan te passen.

Naar de letter genomen kan een tussenuitspraak worden aangemerkt als een «andere beslissing» in de zin van artikel 37, derde lid, Wet op de Raad van State, artikel 18, derde lid, Beroepswet, artikel 20, vierde lid, Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie en artikel 27h, derde lid, Algemene wet inzake rijksbelastingen. Een tussenuitspraak valt immers niet onder de reikwijdte van andere leden van de zojuist genoemde artikelen.

Niettemin vinden wij bij nader inzien dat het aanbeveling verdient om in hiervoor aangeduide wetten expliciet te bepalen dat tegen de tussenuitspraak slechts tegelijkertijd met de einduitspraak hoger beroep kan worden ingesteld. Dit om de bijzondere positie van tussenuitspraken ten opzichte van «normale» procesbeslissingen duidelijk tot uitdrukking te brengen. Daartoe is het wetsvoorstel aangevuld.

7. Bestuurlijke lus in hoogste instantie

Het wetsvoorstel bepaalt dat de bestuurlijke lus ook door appelrechters, alsmede de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in eerste en enige aanleg kan worden toegepast. De regeling in die fase wijkt in zoverre af, dat deze colleges het betrokken bestuursorgaan niet de gelegenheid bieden een gebrek te herstellen, maar daartoe opdracht geven. De toelichting stelt hierover dat het gaat om colleges die in hoogste instantie oordelen zodat de constatering van een gebrek niet meer kan worden aangevochten. Het niet herstellen van een gebrek leidt dan zonder meer tot een onherroepelijke verplichting een nieuw herstelbesluit te nemen.²

Hierover valt op te merken dat bestuursorganen om legitieme redenen een voorkeur kunnen hebben voor een nieuwe besluitvormingsprocedure in plaats

¹ Memorie van toelichting, Artikelsgewijs, artikel II.

² Memorie van toelichting, Artikelsgewijs, artikelen III tot en met V.

van het nemen van een herstelbesluit ter uitvoering van de bestuurlijke lus. Indien de rechter, mede gelet op de aard van het gebrek, het bestuursorgaan opdraagt een gebrek te herstellen, is die optie niet meer voorhanden. De Raad adviseert het voorstel op dit punt aan te passen.

De redenering van de Raad van State achten wij valide voor zover deze ziet op toepassing van de bestuurlijke lus in eerste aanleg. Gedurende die fase van de rechtsstrijd valt immers nog een discussie over de juistheid van de tussenuitspraak te voeren, zij het slechts ten overstaan van de hogerberoepsrechter en nadat de rechtbank einduitspraak heeft gedaan.

Dit argument vervalt echter bij toepassing van de bestuurlijke lus in hoger beroep. Tegen zo'n tussenuitspraak staat geen rechtsmiddel open. Daarmee vervalt een belangrijk deel van de processuele waarde van het geen gebruik maken van de gelegenheid 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.

Gelet op een en ander houden wij vast aan ons voorstel.

8. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink
Vermeij
Koopmans
Neppérus*

Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende no. W03.08.0072/II met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

- In artikel I, onderdeel A, artikel 8:13a tot uitdrukking brengen dat het gaat om de situatie waarin beroep wordt ingesteld tegen een besluit dat is genomen in het kader van de toepassing van de bestuurlijke lus.
- In artikel I, onderdeel A, artikel 8:13a «bestuursrechter» vervangen door: rechtbank.
- In artikel I, onderdeel B, het derde lid schrappen, het vierde lid hernoemen tot het derde lid, en het tweede lid van artikel 8:51b als volgt herformuleren:
Wanneer het bestuursorgaan overgaat tot herstel van het gebrek, deelt het de rechtbank zo spoedig mogelijk schriftelijk mede op welke wijze het gebrek is hersteld. De rechtbank zendt deze mededeling zo spoedig mogelijk aan partijen.
- In artikel I, onderdeel B, artikel 8:51b, vierde lid, «, bedoeld in het derde lid,» schrappen, en «hun zienswijze daarover» vervangen door: hun zienswijze over de wijze waarop het gebrek is hersteld.
- In artikel I, onderdeel B, artikel 8:51c, onder d, de puntkomma vervangen door een punt.
- In artikel I, onderdeel C, de aanhef van artikel 8:57, eerste lid, als volgt herformuleren:
Wanneer het beroep voorafgaand aan de toepassing van artikel 8:51a ter zitting is behandeld, bepaalt de rechtbank dat een nader onderzoek ter zitting achterwege blijft indien:.
- In artikel I, onderdeel C, aan artikel 8:57 onder hernoeming van het eerste en tweede lid tot tweede en derde lid, een nieuw eerste lid toevoegen, luidende:
De rechtbank kan bepalen dat het onderzoek ter zitting achterwege blijft indien partijen daarvoor toestemming hebben gegeven.
- In artikel I, onderdeel C, artikel 8:57, eerste lid, onder a, «te herstellen of» vervangen door: «te herstellen; of».
- In artikel I, onderdeel C, het tweede lid van artikel 8:57 als volgt herformuleren:
Wanneer het beroep voorafgaand aan de toepassing van artikel 8:51a reeds ter zitting is behandeld en partijen niet worden benadeeld, kan de rechtbank bepalen dat een nader onderzoek ter zitting blijft indien:
 - a. partijen hun zienswijzen over de wijze waarop het gebrek is hersteld, naar voren hebben gebracht; of
 - b. de termijn, bedoeld in artikel 8:51b, vierde lid, ongebruikt is verstreken.
- In artikel I, onderdeel C, het derde lid van artikel 8:57 als volgt herformuleren:
Wanneer het beroep voorafgaand aan de toepassing van artikel 8:51a reeds ter zitting is behandeld en partijen toestemming hebben gegeven, kan de rechtbank bepalen dat het onderzoek ter zitting achterwege blijft.
- In artikel I, onderdeel D schrappen. Gelet op het voorgestelde artikel 8:57, is een wijziging van artikel 8:64, vijfde lid, overbodig.
- In artikel I, onderdeel E, artikel 8:80b, eerste lid, en tweede lid, eerste volzin het woord «ook» schrappen.
- In artikel I, onderdeel E, artikel 8:80b, tweede lid, tweede volzin, «bestuursrechter» vervangen door: rechtbank.
- De voorgestelde regeling van de bestuurlijke lus, voor zover van toepassing op de appelrechters en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in eerste en enige aanleg, behoeft nadere afstemming met de mogelijkheid een herstelopdracht te geven. Artikel 8:51a, tweede lid, zou dwingender moeten worden geformuleerd. Artikel 8:51b, eerste lid, lijkt overbodig en kan twijfel wekken over de dwingendheid van de opdracht. Het tweede lid van artikel 8:51b, eerste zinsnede, en de onderdelen a en b van artikel 8:51c, lijken evenmin goed aan te sluiten op de herstelopdracht.
- Gelet op aanwijzing 185, eerste lid, van de Ar, in artikel IX de citeertitel kernachtig formuleren, bijvoorbeeld: Wet bestuurlijke lus Awb.