

Vergaderjaar 2008–2009

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. 8

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 2 december 2008

I. ALGEMEEN

1. Inleiding

1 (PvdA)

Hoewel de leden van de PvdA-fractie terdege beseffen dat een internationale vergelijking van het bestuursrecht een moeilijke zo niet hachelijke zaak kan zijn, vragen zij toch hoe in andere landen, bijvoorbeeld binnen de EU, wordt omgegaan met complexe besluitvorming met betrekking tot grote infrastructurele werken. Kennen andere landen gelijksoortige problemen ten aanzien van besluiten die wegens fouten van procedurele/rekenkundige aard vernietigd worden en waarna de besluitvormingsprocedure helemaal opnieuw dient te worden gedaan? Zo ja, hoe wordt in die landen met dit probleem omgegaan? Bestaat er elders ook iets dat lijkt op de in dit wetsvoorstel voorgestelde bestuurlijke lus?

Wij hebben geen onderzoek verricht naar de situatie in andere landen, omdat zo'n onderzoek naar ons oordeel te tijdrovend is in vergelijking tot het te verwachten nut ervan voor het wetsvoorstel. Daartoe wijzen wij op drie aspecten.

Ten eerste: het wetsvoorstel moet worden gesitueerd tegen de achtergrond van de verhouding tussen het bestuur en de rechter, en deze verhouding verschilt per land. Ten tweede: met de indiening van het wetsvoorstel willen wij een wildgroei aan bestuurlijke lussen voorkomen, door te voorzien in een algemene regeling. Ten derde: onlangs is een diepgaand onderzoek over de door de leden van de PvdA aangehaalde problematiek verricht, en de resultaten van dit onderzoek zijn neergelegd in B.J. Schueler e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: BJu 2007.

Een en ander laat echter onverlet dat nader, ook rechtsvergelijkend, onderzoek naar het functioneren van de bestuurlijke lus zinvol kan zijn. In dit verband kunnen wij ons voorstellen dat de Wet bestuurlijke lus Awb na verloop van een aantal jaren wordt geëvalueerd, bijvoorbeeld als onderdeel van de periodieke evaluatie van de Awb in de zin van artikel 11.1.

Zo'n evaluatie zou een aanleiding kunnen zijn voor een onderzoek zoals door de leden van de PvdA wordt bepleit.

2 (PvdA)

Hebben de indieners, behalve aan de Raad van State en de Vereniging voor Bestuursrecht VAR, hun voorstel ter consultatie aan anderen voorgelegd? Zo ja, aan wie en wat was hun oordeel? Zo nee, waarom niet en zijn de indieners bereid dat alsnog te doen?

Wij hebben ons voorstel niet ter consultatie aan anderen voorgelegd. Hierbij hebben wij in aanmerking genomen dat de figuur van de bestuurlijke lus reeds onderdeel uitmaakte van het voorontwerp Wet aanpassing bestuursprocesrecht, en dat bij die gelegenheid diverse instanties is gevraagd en ongevraagd hun licht over de bestuurlijke lus hebben laten schijnen. Verder merken wij op dat het wetsvoorstel al langere tijd openbaar is, en in de bestuursrechtwetenschap inmiddels de nodige aandacht heeft getrokken. De diverse potentiële knelpunten van het wetsvoorstel zijn dus al uitgebreid besproken. Bovendien bestaat nog steeds gelegenheid voor commentaar op het wetsvoorstel. Daarom zien wij thans onvoldoende reden om aan andere instanties uitdrukkelijk om commentaar te vragen.

3 (SP)

De leden van de SP-fractie constateren dat dit wetsvoorstel de positie van het bestuur, ten opzichte van de belanghebbende (aanvrager, burger, of derde-belanghebbende) versterkt. Het bestuursorgaan krijgt van de bestuursrechter de gelegenheid om gebreken in een bestreden besluit te herstellen. Krijgt de belanghebbende van een bestuursorgaan ook altijd de mogelijkheid een gebrek op relatief eenvoudige wijze te herstellen?

Ook thans krijgt het bestuursorgaan in beginsel een onbeperkt aantal kansen voor reparatie van gebreken. De bestuursrechter volstaat na de gegrondverklaring van het beroep in veel gevallen immers met een «kale» vernietiging, dit wil zeggen: de vernietiging van het bestreden besluit die niet gepaard gaat met een dictum dat een nieuw besluit overbodig maakt en evenmin met een dictum dat concrete aanwijzingen over een nieuw besluit geeft.

Het wetsvoorstel biedt het bestuursorgaan dus geen extra kansen voor herstel van een gebrekkig besluit, maar bewerkstelligt dat het zo'n kans *sneller* krijgt dan in de huidige situatie. De processuele verhouding tussen burger en bestuur als procespartijen wordt dus niet gewijzigd.

Overigens kan de bestuursrechter reeds nu bewerkstelligen dat het bestuursorgaan een gebrekkig besluit al tijdens de beroepsprocedure kan repareren (voorbeeld: CBb 8 augustus 2008, AB 2008, 322), zij het slechts met behulp van instrumenten die daarvoor niet zijn bedoeld. De meerwaarde van het wetsvoorstel ligt dan ook voor een belangrijk deel in het ervoor zorgen dat de handelwijze van de bestuursrechter transparanter wordt. Daarnaast is het wetsvoorstel bedoeld als stimulans voor de bestuursrechters om meer aandacht te besteden aan het definitief beslechten van de aan hen voorgelegde geschillen.

Gezien het vorenstaande vinden wij dat de vraag of belanghebbenden extra – of eerder, of nadrukkelijker – mogelijkheden voor herstel van vergissingen behoren te krijgen, in een breder verband moet worden besproken.

4 (SP)

Hoe zit het met de belanghebbende die in het ongelijk dreigt te worden gesteld door de bestuursrechter (de bestreden beschikking blijft in stand wegens een net niet voldoende of met kleine onjuistheden onderbouwd beroep), mag het beroepschrift dan nog worden hersteld of aangevuld?

Allereerst verwijzen wij naar het antwoord op vraag 3. Het wetsvoorstel leidt niet tot beperking van de mogelijkheden van de bestuursrechter om belanghebbenden tijdens de beroepsprocedure uit te nodigen om onjuistheden te herstellen.

Overigens kent de Awb in artikel 6:6 reeds een regeling voor het herstel van bepaalde vergissingen van de belanghebbende. De bestuursrechter mag een beroep met een formeel gebrek niet rauwelijks niet-ontvankelijk verklaren. Daarnaast kan de bestuursrechter een belanghebbende uitnodigen tot het nader onderbouwen van diens stellingen, door het stellen van schriftelijke vragen (artikel 8:45 van de Awb) of mondelinge vragen ter zitting. De praktijk leert dat met name ter zitting aan belanghebbenden wordt gevraagd om een toelichting te geven (nader T. Barkhuysen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: BJu 2007, blz. 243–254).

De conclusie is dat de belanghebbende die zich in welk opzicht en om wat voor reden dan ook heeft vergist, niet met lege handen staat.

5 (SP)

Vinden de indieners dat zij de balans tussen de overheid en burger niet enigszins verstoren met dit voorstel?

Wij zijn van mening dat het wetsvoorstel de (processuele) balans tussen overheid en burger niet verstoort. In zoverre zij verwezen naar de antwoorden op de vragen 3, 4 en 22. Daaraan voegen wij hier het volgende toe.

Dé burger bestaat niet, of beter gezegd: de bestuursrechter krijgt te maken met meer categorieën burgers. Het gaat niet alleen om de burger die zich tegen een bepaald besluit verzet, maar ook om de burger die aan het bestreden besluit aanspraken ontleent (zoals een vergunninghouder), en evenzeer om de burger voor wie het bestreden besluit een gunstig effect heeft (zoals de omwonende van een drukke weg die zonder files naar zijn werk wil).

De bestuursrechter moet – net zoals het bestuursorgaan – met de belangen van al deze burgers rekening houden. Op grond hiervan kan worden gezegd dat herstel van een gebrekkig besluit in belangrijke mate ook de belangen van burgers dient. Dit aspect dreigt wel eens te worden vergeten bij discussies over de vormgeving van bestuursrechtspraak.

6 (SP)

De leden van de SP-fractie vragen de indieners of zij dit wetsvoorstel ter consultatie hebben voorgelegd aan bestuursrechters. Hebben de indieners adviezen gevraagd, bijvoorbeeld aan de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Raad voor de Rechtspraak? Zo ja, hoe luiden deze adviezen? Zo nee, waarom niet, en kunnen deze adviezen alsnog worden ingewonnen? De mening van de bestuursrechters kan vooral relevant worden geacht omdat de rechter niet verplicht is de bestuurlijke lus toe te passen.

Voor de beantwoording van deze vraag wordt allereerst verwezen naar het antwoord op vraag 2.

In aansluiting hierop willen wij benadrukken dat de praktijkervaringen van bestuursrechters van groot belang zijn voor een zicht op het gebruik van de bestuurlijke lus. Daarom achten wij het zinvol om de bestuursrechters en de hun vertegenwoordigende organisaties intensief te betrekken bij de door ons bepleite evaluatie van de Wet bestuurlijke lus Awb.

7 (SP)

Omdat het gaat om een bevoegdheid van de rechter, is het onzeker hoe vaak de bestuurlijke lus zal worden aangeboden aan het bestuursorgaan. Hebben de indieners hiervan een schatting gemaakt?

Wij kunnen thans nog niet overzien in welke mate en in welke gevallen de bestuursrechter toepassing aan de bestuurlijke lus zal geven. Dit hangt mede samen met het feit dat niet goed valt te zeggen in welke mate de bestuursrechter momenteel min of meer actief aanstuurt op reparatie van een gebrekkig besluit, gezien de informele kanalen – zie in zoverre het antwoord op vraag 3 – die de bestuursrechter hiervoor kan benutten. Het is onder meer deze ondoorzichtigheid die ons heeft geïnspireerd tot het aanhangig maken van het wetsvoorstel.

8 (SP)

De leden van de SP-fractie lezen in de memorie van toelichting dat de indieners van mening zijn dat de gehele bestuursrechtspraak gebaat is bij de mogelijkheid van de bestuurlijke lus. Hebben de indieners alle mogelijke terreinen van bestuursrecht in ogenschouw genomen en de voor- en nadelen tegen elkaar afgewogen? Zo nee, welke wel en welke niet?

Wij zijn tot de conclusie gekomen dat geen enkel gebied van het bijzonder bestuursrecht zich verzet tegen toepassing van de bestuurlijke lus, en dat de bestuurlijke lus óók in tweepartijengeschillen en zogeheten «kleine gevallen» nuttige diensten kan bewijzen. Telkens als langdurige rechtsonzekerheid wegens een gebrek in het bestreden besluit dreigt, valt toepassing van de bestuurlijke lus te overwegen, ongeacht de aard van het rechtsgebied.

9 (SP)

Hoe verhoudt zich deze bestuurlijke lus tot de bestuurlijke lussen die nu in andere wetten worden en zijn geïntroduceerd? Wat zijn de verschillen en zijn die andere lussen met introductie van deze lus in de Algemene wet bestuursrecht niet overbodig geworden?

De andere bestuurlijke lussen zijn in belangrijke mate gebaseerd op de regeling zoals vervat in het voorontwerp Wet aanpassing bestuursprocesrecht. Het wetsvoorstel wijkt hiervan in een aantal opzichten af. Voor een nadere verklaring zij verwezen naar het antwoord op vraag 26. Als het wetsvoorstel in werking is getreden, zijn de andere lussen overbodig geworden, gezien de toepasselijkheid van hoofdstuk 8 van de Awb in de geschillen waarop die andere bestuurlijke lussen betrekking hebben. Uit een oogpunt van uniformiteit – goed voor zowel belanghebbenden (rechtszekerheid) als de bestuursrechter (toepasbaarheid) – verdient het aanbeveling om op zo kort mogelijke termijn te beschikken over één stelsel dat voor alle bestuursrechtelijke geschillen kan worden gehanteerd. Daarop is ons streven dan ook gericht.

10 (CU)

De leden van de ChristenUnie-fractie vragen de indieners zich rekenschap te geven van de verhouding van hun initiatiefvoorstel tot het wetsvoorstel wijziging Tracéwet, Spoedwet wegverbreding en de Wet ruimtelijke ordening en het voorontwerp Wet aanpassing bestuursprocesrecht met het oog op de verbetering van de beroepsprocedures, vooral wat betreft de juridische vormgeving.

Wij willen – onder verwijzing naar het antwoord op vraag 9 – bewerkstelligen dat op termijn slechts de Wet bestuurlijke lus Awb overblijft als instrument om gebreken in een besluit reeds tijdens de beroepsprocedure te laten herstellen door het bestuursorgaan.

11 (CU)

Hoewel deze leden begrip hebben voor het nemen van initiatief door de indieners, om meer vaart achter het realiseren van de bestuurlijke lus te zetten, vragen zij indieners toch wat precies de noodzaak is van een alge-

mene regeling ter introductie van de bestuurlijke lus ten opzichte van de specifieke regeling in genoemd wetsvoorstel.

Wij verwijzen wij naar de antwoorden op de vragen 9 en 10. Uit een oogpunt van uniformiteit – en dus rechtszekerheid voor belanghebbenden en toepasbaarheid door de bestuursrechter – is het minder wenselijk als langdurig verschillende varianten van de bestuurlijke lus gelden. Bovendien zorgt het wetsvoorstel ervoor dat de bestuurlijke lus ook kan worden toegepast in geschillen die nu niet worden bestreken door de wetten waarin thans een bestuurlijke lus is voorgesteld.

12 (CU)

Mede in dat verband vragen de leden van de ChristenUnie-fractie of indieners zich rekenschap hebben gegeven van de mogelijkheid dat met een algemene regeling ook situaties kunnen worden getroffen, waarbij de bestuurlijke lus onwenselijk is en bestaande mogelijkheden afdoende.

Wij signaleren dat artikel 8:51a, eerste lid, van de Awb is geformuleerd als een bevoegdheid, en dat dit de bestuursrechter de nodige ruimte biedt voor het leveren van maatwerk. Verder valt, naar onze mening, niet te wijzen op een rechtsgebied waar toepassing van de bestuurlijke lus zonder meer problematisch of ongewenst is.

Kortom: als toepassing van de bestuurlijke lus om wat voor reden dan ook kan leiden tot problemen – in zoverre zij verwezen naar de toelichting op het wetsvoorstel (Kamerstukken 2007/08, 31 352, nr. 6, blz. 14–15) – ligt het in de rede dat de bestuursrechter geen gebruik maakt van de bevoegdheid als bedoeld in artikel 8:51a, eerste lid, van de Awb.

13 (CU)

Tenslotte vragen deze leden indieners in dit kader om een reactie te geven op de door de regering veronderstelde noodzaak tot aanpassing van het voorstel van indieners, zoals gesteld in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wijziging van de Tracéwet, Spoedwet Wegverbreding en de Wet ruimtelijke ordening, met het oog op de verbetering van de beroepsprocedure, Kamerstuknummer 31 546, Tweede Kamer vergaderjaar 2008–2009.

Wij verwijzen naar het antwoord op vraag 9. Het streven is erop gericht om op termijn slechts de algemene regeling in hoofdstuk 8 van de Awb over te houden, en dus om de andere wettelijke grondslagen voor toepassing van de bestuurlijke lus te laten vervallen.

2. Achtergrond

14 (PvdA)

De leden van de PvdA-fractie lezen in de memorie van toelichting dat het «probleemoplossend vermogen van het bestuursprocesrecht» leidt tot vertraging van de besluitvorming. Als reden hiervoor lijken de indieners aan te voeren dat de bestuursrechter weinig gebruik maakt van de instrumenten die hem ter beschikking staan om een geschil finaal te beslechten. Zo kan een bestuursrechter onder andere een besluit met een vormfout toch in stand houden indien niemand daarbij in zijn belangen wordt geschaad, kan de rechter de rechtsgevolgen van een besluit ondanks de vernietiging van dat besluit toch intact laten en kan hij zelf in een zaak voorzien door een bestreden besluit te vervangen door een ander besluit. Hoewel deze mogelijkheden reeds in de bestaande Awb staan, wordt er klaarblijkelijk weinig gebruik van gemaakt, aldus de indieners die zich daarbij baseren op de evaluatie van de Awb. De leden van de PvdA-fractie hebben behoefte aan een nadere analyse door de indieners van het geringe gebruik van de genoemde instrumenten voor finale afdoening.

Wij stellen voorop dat onlangs een uitgebreid onderzoek naar het functioneren van artikel 8:72 van de Awb heeft plaatsgevonden, in het kader van de derde evaluatie van de Awb. De resultaten van dit onderzoek zijn neergelegd in B.J. Schueler e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: BJu 2007. Gelet hierop menen wij dat het door de leden van de PvdA bepleite onderzoek onvoldoende toegevoegde waarde voor het wetsvoorstel heeft.

Wij herhalen hier de suggestie om de Wet bestuurlijke lus Awb na een aantal jaren te evalueren. In dit kader kan rechtsvergelijking plaatsvinden (zie het antwoord op vraag 1), en tevens de stand van zaken rondom de toepassing van artikel 8:72, derde en vierde lid, van de Awb worden gezien.

15 (PvdA)

In dat kader zouden deze leden ook graag zien dat de indieners ingaan op de vraag of de indieners mogelijkheden zien om bestuursrechters te stimuleren om alsnog meer gebruik te gaan maken van de bestaande instrumenten die de Awb biedt. Zij zouden vooral graag zien dat de indieners in dat kader ingaan op de bevoegdheden van de rechter op grond van artikel 8:72 derde lid van de Awb (de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand laten) en artikel 8:72 vierde lid Awb («zelf voorzien in een zaak»).

Artikel 8:72, derde en vierde lid, van de Awb stellen geen specifieke voorwaarden aan het in stand laten van de rechtsgevolgen onderscheidenlijk het zelf in de zaak voorzien. De beperkte reikwijdte van deze bepalingen vloeit voort uit jurisprudentie van de hogerberoepsrechters, en deze jurisprudentie hangt nauw samen met hun visie op de verhouding tussen rechter en bestuur. Een andere, meer op finale geschilbeslechting gerichte, houding van de bestuursrechter ligt dan ook in handen van de bestuursrechter zelf. Artikel 8:72, vierde lid, van de Awb biedt op zichzelf immers voldoende ruimte.

Overigens zien wij wel een tendens bij de hogerberoepsrechters om iets minder terughoudend om te gaan met toepassing van artikel 8:72, derde en vierde lid, van de Awb. Zie bijvoorbeeld ABRvS 20 februari 2008, JB 2008/76 (bepalen hoogte van planschade; tijdsverloop is reden om zelf in de zaak te voorzien), en ABRvS 27 februari 2008, JM 2008/72 (alsnog weigeren van milieuvergunning; vanwege hardnekkig negeren van rechterlijke oordelen door bestuursorgaan).

Maar hoe dit ook zij, als de bestuursrechter het ene doet, hoeft de wetgever het andere niet te laten. In dit kader benadrukken wij nadrukkelijk dat het wetsvoorstel aan de bestuursrechter een *extra* bevoegdheid geeft die de hantering van andere «finaliseringsbevoegdheden» geheel ongemoeid laat. Anders gezegd: toepassing van artikel 8:51a, eerste lid, van de Awb is geen vervanging van, maar een aanvulling op de toepassing van artikel 8:72, derde en vierde lid, van de Awb.

Bovendien kan de bestuurlijke lus zorgen voor een versoepeling van de moeizame verhouding tussen finale beslechting van het geschil door de bestuursrechter en respect voor de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan. In zoverre zij ook verwezen naar de antwoorden op de vragen 19 en 25.

16 (PvdA)

*Wat vinden de indieners van de suggestie van Schueler om «de bestuursrechter te laten motiveren waarom hij geen gebruik maakt van de bevoegdheid zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten»? (zoals verwoord door Marseille en Van der Heide, «De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting door de bestuursrechter», In: *Jurisprudentie Bestuursrecht Plus*, 2008, p. 85).*

Wij hebben sympathie voor de suggestie van Schueler, maar plaatsen hierbij drie kanttekeningen.

Ten eerste: reeds thans bepaalt de Awb – in artikel 8:77, eerste lid, onderdeel b – dat de bestuursrechter de gronden van zijn beslissing moet vermelden. Op zichzelf is denkbaar om deze motiveringsplicht aan te scherpen of te specificeren, maar noodzakelijk is dit niet. Overigens heeft de motivering van uitspraken de aandacht van bestuursrechters. Zie bijvoorbeeld D.A. Verburg, *De bestuursrechtelijke uitspraak en het denkmodel dat daaraan ten grondslag ligt*, Zeist: Uitgeverij Kerkebosch 2008, blz. 228.

Ten tweede: het stellen van wettelijke eisen aan de motivering van de uitspraak van de bestuursrechter is mooi, maar toezicht op de naleving van de algemene motiveringsplicht is beter. Hiermee wil gezegd zijn dat, naar ons oordeel, een taak is weggelegd voor de hogerberoepsrechters om richting te geven aan de motivering van uitspraken in de door Schueler voorgestane zin.

Ten derde: het serieuze gevaar bestaat dat de door Schueler bepleite «aanvullende» motiveringsplicht leidt tot weinig zeggende standaardoverwegingen. In dat geval wordt het beoogde doel – dit is: de bestuursrechter per individueel geval concreet laten nadenken over de mogelijkheid en wenselijkheid om het geschil definitief te beslechten – niet bereikt. Gelet op een en ander lijkt een het opnemen van een extra motiveringsplicht voor bestuursrechters ons niet de meest geschikte en voor de hand liggende manier om meer aandacht voor finale geschilbeslechting te krijgen. Bovendien geldt ook hier dat het een (extra motivering van uitspraken) het ander (creëren van de bevoegdheid tot toepassing van de bestuurlijke lus) niet uitsluit.

17 (PvdA)

Wat vinden de indieners van de conclusie van Marseille en Van der Heide dat een meerderheid van de zaken waarin de rechter het nu nog bij een «kale vernietiging» laat, zich wel leende voor een finale beslechting? (Marseille en Van der Heide, 2008, p. 91/92).

Wij dragen geen kennis van de casus die hebben geleid tot de door Marseille en Van der Heide bestudeerde uitspraken, en daarom kunnen wij ons hierover geen goed gefundeerde mening vormen.

Wel kunnen wij – onder verwijzing naar het antwoord op vraag 15 – zeggen dat finale beslechting van het geschil vaak achterwege blijft op basis van strenge overwegingen terzake van de hogerberoepsrechters. Deze rechters, en met name de Afdeling bestuursrechtspraak, breken nog steeds regelmatig de staf over de toepassing van artikel 8:72, vierde lid, van de Awb door de rechtbank. Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 september 2008, JB 2008/233 m.nt. L. M. Koenraad (aanwijzing als beschermd monument onvoldoende gemotiveerd; weinig ruimte voor B&W om object tóch aan te wijzen; geschil duurt al ruim drie jaar). Dit soort uitspraken bevordert niet de neiging om te zoeken naar mogelijkheden om het geschil finaal te beslechten.

18 (PvdA)

Ook de Raad voor de Rechtspraak heeft zich eerder uitgelaten over de bestaande mogelijkheden waarmee het bestuursorgaan in de gelegenheid kan worden gesteld «om zorgvuldigheidsgebreken (bijvoorbeeld schending van de hoorplicht) of motiveringsgebreken te herstellen». Volgens de Raad kan toepassing van de bestaande instrumenten in de Awb «veelal tot een snellere eindbeslissing leiden dan hantering van de bestuurlijke lus». Kunnen de indieners hierop ingaan, zo vragen deze leden.

Wij erkennen – overigens reeds in de toelichting op het wetsvoorstel (Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, blz. 6) – dat de bestuursrechter ook

thans mogelijkheden heeft om het bestuursorgaan te bewegen tot herstel van een gebrek.

Het grote nadeel van de tot nu gevolgde werkwijze is echter de ondoorzichtigheid ervan, en het gevaar van een tekort aan hoor en wederhoor. De bestuurlijke lus ondervangt deze nadelen, doordat de bestuursrechter in een voor iedereen raadpleegbare tussenuitspraak moet aangeven wat hij precies van het bestuursorgaan verlangt. Bovendien kan de wettelijke grondslag de bestuursrechter stimuleren om vaker dan thans daadwerkelijk te onderzoeken of finalisering van het geschil mogelijk en wenselijk is.

19 (PvdA)

De leden van de PvdA-fractie zijn van mening dat met de voorgestelde regeling van de «bestuurlijke lus» de rechter meer mogelijkheden krijgt om het bestuursorgaan te sturen bij het herstellen van een besluit dat anders voor vernietiging in aanmerking zou kunnen komen. Zien deze leden dat goed? Zo nee, waarom niet? Zo ja, gaat de rechter daarmee dan niet teveel op de stoel van de bestuurder zitten?

Inderdaad krijgt de bestuursrechter meer mogelijkheden om het bestuursorgaan te «sturen» bij het herstellen van gebreken in het bestreden besluit. Voor de goede orde voegen wij hieraan – onder verwijzing naar het antwoord op vraag 3 – toe dat het bestuursorgaan geen extra mogelijkheden tot herstel krijgt, in verhouding tot de huidige situatie. Wij zijn van oordeel dat de bestuursrechter met toepassing van de bestuurlijke lus niet teveel op de stoel van het bestuursorgaan gaat zitten. Integendeel, doordat het bestuursorgaan zélf de kans krijgt om het gebrek te herstellen, wordt voorkomen dat de bestuursrechter de knoop doorhakt om het geschil finaal te beslechten. De bestuurlijke lus is dan ook te beschouwen als een soort smeerolie tussen enerzijds de maatschappelijke behoefte aan snelle rechtszekerheid voor alle belanghebbenden (en dus uitspraken waarin geschillen zo finaal mogelijk worden beslecht) en anderzijds de evenzeer maatschappelijke behoefte aan respect voor beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan.

20 (PvdA)

De leden van de PvdA-fractie vragen dit vooral in het licht van het voorgestelde artikel 8:80a tweede lid. De indieners stellen weliswaar in de memorie van toelichting «dat de aanwijzingen (van de rechter) over het herstel van het gebrek geen betrekking mogen hebben op de inhoud van het besluit, het onderzoek of de toelichting, in ieder geval voorzover het bestuursorgaan nog beschikt over een rechtens te respecteren beleids- of beoordelingsvrijheid.» Maar, zo vragen deze leden, hoe kan worden voorkomen dat de rechter niet toch aanwijzingen geeft die wel over de inhoud van het besluit gaan of die daar gevolgen voor hebben? Hoe wordt bepaald of er nog beleids- of beoordelingsvrijheid voor het bestuursorgaan rest?

Uiteraard moet de bestuursrechter ook bij toepassing van de bestuurlijke lus de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan respecteren. Artikel 8:80a, tweede lid, van de Awb doelt dan ook slechts op de onderdelen van de besluitvorming waar het bestuursorgaan niet beschikt over een discretionaire ruimte.

In dit kader moet vooral worden gedacht aan de zorgvuldigheid van het onderzoek dat voorafgaand aan het bestreden besluit is verricht. Het bestuursorgaan heeft namelijk niet de vrijheid om relevante feiten in het geheel buiten beeld te laten, en evenmin om een gebrekkig advies aan het bestreden besluit ten grondslag te leggen. Het bestuursorgaan heeft hoogstens – namelijk indien en voor zover wettelijke voorschriften dit toestaan – de vrijheid om feiten te waarderen en te wegen, en om aan de hand daarvan een keuze te maken.

Een voorbeeld ter illustratie. B&W willen aan X een ontheffing van het ter plaatse geldende bestemmingsplan verlenen, om de verkoop van meubels in een landbouwschuur mogelijk te maken. Artikel 3.23 van de Wro geeft B&W een op zichzelf grote mate van beleidsvrijheid. Dit vormt echter geen vrijbrief om een onderzoek naar de verkeers- en parkeeroverlast geheel achterwege te laten. De bestuursrechter kan in een tussenuitspraak dus wel overwegen dat het bestuursorgaan, naar zijn oordeel, alsnog een verkeerskundig onderzoek moet (laten) verrichten (door een terzake deskundige persoon of instelling). De bestuursrechter mag echter niet aangeven dat een bepaalde beleidsmatige keuze wat hem betreft op voorhand is uitgesloten.

Het vorenstaande laat onverlet dat de tussenuitspraak wél overwegingen met betrekking tot de inhoudelijke keuze van het bestuursorgaan mag bevatten als deze keuze in strijd komt met dwingend recht. In zo'n geval heeft het bestuursorgaan immers geen beleids- of beoordelingsvrijheid. Ook hier een voorbeeld. B&W wijzen een aanvraag om bouwvergunning af wegens strijd met het ter plaatse geldende bestemmingsplan. Als echter reeds tijdens het vooronderzoek blijkt dat het bouwplan voldoet aan alle eisen van dit plan, mag de bestuursrechter in een tussenuitspraak (1) overwegen dat de gevraagde bouwvergunning niet op grond van artikel 44, eerste lid, onderdeel c, van de Woningwet mag worden geweigerd, (2) het bestuursorgaan vervolgens in de gelegenheid stellen om te bezien welke consequenties dit heeft voor diens beslissing op de bouw-aanvraag.

De tussenuitspraak van de rechtbank die getuigt van onvoldoende respect voor de beleids- en beoordelingsvrijheid, kan op verzoek van een belanghebbende worden vernietigd door de hogerberoepsrechter, zij het slechts tegelijkertijd met de einduitspraak waarop de tussenuitspraak betrekking heeft (zie de artikelen II tot en met V van het wetsvoorstel).

Bij de beantwoording van de vraag of een bestuursrechter het gebruik van een bestuurlijke bevoegdheid te indringend heeft getoetst, maakt het niet uit of het een tussenuitspraak dan wel een einduitspraak betreft.

21 (PvdA)

Kunnen de indieners met betrekking tot dit punt ingaan op de opmerkingen van Van Ettekoven?

Wij willen hier volstaan met een verwijzing naar het antwoord op vraag 20. Om kort te gaan: artikel 8:80a, tweede lid, van de Awb moet beperkter worden uitgelegd dan Van Ettekoven ogenschijnlijk heeft gedaan.

22 (PvdA)

Zien de leden van de PvdA-fractie het goed dat de opmerkingen van Van Ettekoven in diens Voorzittersrede Jaarvergadering VAR van 23 mei 2008, hebben geleid tot aanpassing van de memorie van toelichting? Zo ja, op welke punten? Zo nee, waarom niet?

De wijzigingen waarop de leden van de PvdA doelen, vinden hun oorzaak niet zozeer in de jaarrede van Van Ettekoven op 23 mei 2008, maar veeleer de discussie over het wetsvoorstel tijdens de door de Vereniging voor Bestuursrecht VAR georganiseerde studiemiddag over de bestuurlijke lus op 23 juni 2008.

En het is niet zozeer het wetsvoorstel dat is gewijzigd, maar veeleer de toelichting daarop die op diverse punten is aangevuld en genuanceerd. Aldus hebben wij beter en nadrukkelijker tot uitdrukking willen brengen dat invoering van de bestuurlijke lus niet is bedoeld als een poging om het bestuursorgaan in bescherming te nemen, maar als middel om alle belanghebbenden – zie in dit verband het antwoord op vraag 5 – binnen een zo kort mogelijke termijn rechtszekerheid te verschaffen.

In aansluiting op het vorenstaande merken wij nog het volgende op. Natuurlijk mag toepassing van de bestuurlijke lus niet ontaarden in «bestuurtje helpen». Maar evenzeer geldt dat het niet finaliseren van het geschil niet mag ontaarden in «vergunninghoudertje pesten». In dit kader moet goed worden beseft dat de vernietiging van een besluit uiteindelijk toch vooral negatief uitpakt voor degenen die daaraan in welk opzicht dan ook aanspraken en verwachtingen ontleen. Zij hebben veel meer last van een «kale» vernietiging dan het bestuursorgaan.

Neem de situatie waarin de rechtbank het besluit op bezwaar inzake een bouwvergunning heeft vernietigd. De bouwvergunning moet wederom volledig worden heroverwogen, met inachtneming van de einduitspraak van de rechtbank.

Vervolgens moet het bestuursorgaan extra tijd en moeite – en menskracht – besteden aan het voorbereiden en nemen van een nieuw en rechtens houdbaar besluit. Dit kan enige moeilijkheden opleveren, met name als de einduitspraak niet duidelijk maakt wat de rechtbank precies van het bestuursorgaan verlangt (vgl. Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, blz. 3–4).

De vergunninghouder heeft echter een veel groter probleem. Hij beschikt nog wel over een bouwvergunning – de rechtbank heeft immers slechts het besluit op bezwaar vernietigd – maar weet niet of hij hiervan gebruik mag maken, en moet afwachten wanneer B&W wederom op het bezwaar van zijn buurman zal beslissen. Intussen stijgt de schade snel, in de vorm van bijvoorbeeld oplopende bouwrente en afhakende kopers of huurders. Dit is wrang voor de vergunninghouder, zeker als het erop lijkt dat het gebrek betrekkelijk eenvoudig kan worden hersteld, bijvoorbeeld door het produceren van een nieuw welstandsadvies. Bij dit alles komt voor de vergunninghouder nog dat diens buurman tegen het nieuwe besluit op bezwaar wederom beroep bij de rechtbank kan instellen, en daarna hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak, als de uitspraak van de rechtbank negatief voor de buurman uitpakt.

Helaas betreft het zojuist geschetste voorbeeld geen incident. Een recent voorbeeld uit de praktijk: zie ABRvS 10 september 2008, JB 2008/233 m.nt. L. M. Koenraad. En het zijn juist dit soort situaties die ons inspireren om te zoeken naar mogelijkheden om het problemen geschiloplossend vermogen van het bestuursprocesrecht te vergroten.

23 (SP)

De leden van de SP-fractie constateren met de indieners dat artikel 6:22 Awb er al in voorziet dat een besluit met vormgebreken in stand kan worden gelaten, indien hierdoor niemand in zijn belangen is geschaad. Is de terughoudendheid van de bestuursrechter op de stoel van het bestuursorgaan te gaan zitten de enige oorzaak van het feit dat dit artikel weinig wordt toegepast?

Het huidige artikel 6:22 van de Awb heeft slechts een beperkte reikwijdte, zoals steeds weer blijkt uit jurisprudentie terzake. Zo kan dit artikel niet worden toegepast als het gaat om gebreken die raken aan het door het bestuursorgaan verrichte onderzoek en de aan het bestreden besluit ten grondslag liggende motivering; de artikelen 3:2 en 3:46 (en artikel 7:12, eerste lid) van de Awb zijn immers geen vormvoorschriften.

Het beperkte gebruik van artikel 6:22 van de Awb heeft dus welbeschouwd niets te maken met de neiging van de bestuursrechter om zo weinig mogelijk op de stoel van het bestuursorgaan te gaan zitten, maar alles met de formulering van de betreffende bepaling.

24 (SP)

Bevat artikel 6:22 Awb geen interessante formulering, die wellicht in iets gewijzigde vorm goed zou passen in de bestuurlijke lus die nu wordt

voorgesteld? Kan de belangenafweging van alle betrokkenen niet expliciet worden opgenomen in het voorgestelde artikel 8:51a?

Zien wij goed, dan menen de leden van de SP dat een andere formulering van artikel 8:51a, eerste lid, van de Awb wellicht aanbeveling verdient. Wij delen deze mening niet, maar vinden juist dat de algemene en «open» formulering de beste garantie voor maatwerk biedt. Wij willen voorkomen dat een nadere omschrijving van de voorwaarden waaronder de bestuurlijke lus kan worden toegepast, tot gevolg heeft dat de bestuurlijke lus daadwerkelijk minder wordt toegepast. De beschouwingen over artikel 6:22 van de Awb – zie het antwoord op vraag 23 – laten zien tot welke ongemakkelijke resultaten dit kan leiden.

Bovendien ziet artikel 6:22 van de Awb op iets wezenlijk anders dan artikel 8:51a, eerste lid, van de Awb. Bij de bestuurlijke lus gaat het nadrukkelijk niet om het passeren van het gebrek, maar juist om het herstellen ervan. In dit kader zijn wij van oordeel dat het vertrouwen in het functioneren van bestuursrecht en in de gerechtvaardigheid van overheidsop treden sneller en meer wordt aangetast indien een gebrek blijft bestaan en wordt gepasseerd, dan indien het gebrek zo snel mogelijk uit de wereld wordt geholpen.

25 (D66)

De leden van de fractie van D66 wijzen op de opmerking van de Raad van State over het feit dat de rechter onder de huidige regelgeving gebruik kan maken van instrumenten die hetzelfde effect als de bestuurlijke lus hebben. Echter, in de praktijk blijkt dat rechters van deze instrumenten weinig gebruik maken. De reden daarvoor is volgens de indieners in de memorie van toelichting dat de rechter zich niet vrij voelt om het geschil finaal te beslechten indien en zolang het bestuursorgaan over enige relevante beleids- of beoordelingsvrijheid beschikt. In hoeverre zal de rechter gebruik maken van de tussenuitspraak indien en zolang het bestuursorgaan over enige relevante beleids- of beoordelingsvrijheid beschikt? Waarom zou dit anders zijn dan bij de andere instrumenten?

Allereerst verwijzen wij naar de antwoorden op de vragen 15 en 19. De bestuurlijke lus heeft het belangrijke voordeel – ten opzichte van toepassing van artikel 8:72, derde of vierde lid, van de Awb – dat de uiteindelijke beleidsmatige keuze in handen van het bestuursorgaan blijft, zodat enerzijds snelheid en finaliteit en anderzijds respect voor beleids- en beoordelingsvrijheid met elkaar kunnen worden verzoend.

Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het in vraag 22 geschetste voorbeeld. In een tussenuitspraak kan de bestuursrechter overwegen dat het aan het bestreden besluit ten grondslag gelegde welstandsadvies niet deugt, en dat het bestuursorgaan dit gebrek binnen een bepaalde termijn kan herstellen (bijvoorbeeld door het inwinnen van een nieuw welstandsadvies). De tussenuitspraak met zo'n strekking bewerkstelligt dat de belanghebbenden betrekkelijk snel weten waaraan zij toe zijn – mede omdat de bestuursrechter uit eigen beweging kan ingrijpen als het bestuursorgaan talmt -, maar laat de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan (zie artikel 44, eerste lid, onderdeel d, van de Woningwet) ongemoeid.

Deze, met vaste regelmaat terugkerende, casus geeft ons de verwachting dat de bestuursrechter de bestuurlijke lus in de nabije toekomst vaker zal toepassen dan dat hij thans zelf in de zaak voorziet. In dit kader wijzen wij nogmaals op het hiervoor uitgewerkte voorbeeld: de bestuursrechter mag niet zelf in de zaak voorzien door de gevraagde bouwvergunning alsnog te weigeren, aangezien hij hiermee de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan te zeer zou aantasten (ABRvS 15 mei 2000, AB 2000, 356 m.nt. A. G. A. Nijmeijer; vgl. ook ABRvS 30 juli 2008, JB 2008/198).

3. Bestuurlijke lus

26 (PvdA)

In hoeverre en op welke punten wijkt dit initiatiefwetsvoorstel af van de regeling voor de bestuurlijke lus zoals die was vastgelegd in het Voorontwerp herziening bestuursprocedure, vragen de leden van de PvdA-fractie.

De voornaamste wijziging heeft betrekking op de «ontvlechting» van de regeling van de bestuurlijke lus.

In het voorontwerp Wet aanpassing bestuursprocesrecht waren twee rechtsfiguren – namelijk de bevoegdheid als zodanig (toepassing bestuurlijke lus; artikel 8:51a van de Awb), en het instrument om het gebruik van deze bevoegdheid bekend te maken (tussenuitspraak; artikel 8:80a van de Awb) – nauw met elkaar verknoopt.

De voornaamste reden voor de ontvlechting is om buiten te twijfel te stellen dat de bestuurlijke lus in elk stadium van de beroepsprocedure kan worden toegepast.

De door ons gekozen systematiek heeft als bijkomend voordeel dat de tussenuitspraak op termijn ook kan fungeren als procesbeslissing voor het gebruik van andere rechterlijke onderzoeksbevoegdheden zoals het benoemen van een deskundige (artikel 8:47, eerste lid, van de Awb).

27 (PvdA)

Indien de indieners andere afwegingen hebben gemaakt dan in dat voorontwerp, kan daarop worden ingegaan, zo vragen zij. Kunnen de indieners – voor zover dit wetsvoorstel overeenkomt met het genoemde voorontwerp – ook ingaan op de opmerkingen van de Jonge VAR in hun preadvies uit 2007 of de Nederlandse Vereniging voor de Rechtspraak bij dat voorontwerp?

Wij hebben geen andere afwegingen gemaakt dan in het voorontwerp Wet aanpassing bestuursprocesrecht. Qua aard en strekking is ons voorstel identiek aan het oorspronkelijke voorstel van de regering. Slechts de structuur is gewijzigd; zie het antwoord op vraag 26.

Thans bespreken wij de opmerkingen die zijn gedaan in A.C. Rop e.a., Definitieve geschilbeslechting (Jonge VAR 6), Den Haag: BJu 2008.

Volgens Rop (blz. 30) denkt de burger al snel dat bestuur en rechter «onder één hoedje spelen». Deze veronderstelling gaat eraan voorbij dat – zoals wij reeds eerder hebben aangegeven; zie het antwoord op vraag 5 – niet kan worden gesproken van dé burger. Er zijn ook belangrijke groepen belanghebbenden die baat hebben bij toepassing van de bestuurlijke lus, met name de personen die aan het bestreden besluit aanspraken en verwachtingen ontleen.

Daarnaast gaat Rop in de belangen van derden die door toepassing van de bestuurlijke lus kunnen worden aangetast (blz. 31–32). In de toelichting is uitgebreid aandacht aan deze kwestie geschonken; wij verwijzen daarnaar (Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, blz. 5). Kort gezegd, zijn wij van mening dat toepassing van de bestuurlijke lus minder voor de hand ligt naarmate daardoor (processuele) belangen van derden meer in de knel dreigen te komen.

Rop betwijfelt toepassing van de bestuurlijke lus tijdswinst zal opleveren (blz. 32–33). Zijn beschouwingen op dit punt laten – naar ons oordeel ten onrechte – buiten beschouwing dat bij toepassing van de bestuurlijke lus de bestuursrechter een regie over de voortgang van de «herstelprocedure» blijft voeren, terwijl de bestuursrechter deze regie kwijt raakt als hij volstaat met een «kale» vernietiging. Dit wordt niet anders indien de bestuursrechter een opdracht formuleert en daaraan een dwangsom verbindt. In dat geval hangt het af van de eiser of een traag handelend

bestuur tot de orde wordt geroepen. Reeds in het proefschrift van B. J. Schueler (Vernietigen en opnieuw voorzien, Zwolle: W. E. J. Tjeenk Willink 1994, blz. 126–127) is gewezen op dit gevaar; het bestuursorgaan krijgt een mogelijkheid om te handelen conform het «piepsysteem», onder het motto: als eiser niets doet, doen wij evenmin iets, of – in de woorden van Schueler (blz. 130) – *ex tunc, ex nunc, ex nooit*. Het in de antwoorden op de vragen 22 en 25 uitgewerkte voorbeeld laat goed zien welke tijdswinst toepassing van de bestuurlijke lus kan opleveren.

Tenslotte stelt Rop (blz. 33) dat toepassing van de bestuurlijke lus een vorm van symptoombestrijding is. In zekere zin heeft Rop gelijk, maar wij achten dit geen reden om invoering van de bestuurlijke lus achterwege te laten. De oorzaak waarop Rop doelt, zit namelijk diep verankerd in het denken over de verhouding tussen bestuur en rechter en de daarmee nauw samenhangende systematiek van artikel 8:72 van de Awb. Het is dit denken dat ten grondslag ligt aan de moeizame verhouding tussen finaliteit van geschilbeslechting en respect voor beleids- en beoordelingsvrijheid.

Looije stelt kort en krachtig dat met de constructie van de bestuurlijke lus recht kan worden gedaan aan het belang van rechtsbescherming en effectiviteit (blz. 61). Wij onderschrijven deze stelling van harte.

Van der Struijk besteedt aandacht aan de toepasbaarheid van de bestuurlijke lus in het belasting(proces)recht, en legt daarbij relaties met artikel 8:72, vierde lid, van de Awb en artikel 6:22 van de Awb (blz. 98–99). Wij zijn met hem van oordeel dat de bestuurlijke lus in het belastingrecht naar verwachting niet veel zal worden toegepast, omdat de belastingrechter reeds thans veelvuldig zelf in de zaak pleegt te voorzien. Zie ook het antwoord op vraag 67.

4. Redenen voor een wettelijke regeling

28 (SP)

De leden van de SP-fractie begrijpen uit de memorie van toelichting dat de wijze waarop gerechten worden gefinancierd – het aantal afgedane zaken is van invloed op de financiering van de gerechten – er debet aan is dat de bestuursrechter niet geneigd is tot extra vooronderzoek. Als dat zo is, ligt het dan niet meer voor de hand deze financieringssystematiek aan te passen en daar werk van te maken? Hebben de indieners hier bij het ministerie op aangedrongen?

De leden van de SP leggen een koppeling tussen het verrichten van vooronderzoek en het finaal beslechten van geschillen. Tussen beide rechterlijke activiteiten bestaat zo'n verband inderdaad. Hierbij past echter de kanttekening dat de belangrijkste belemmering voor toepassing van artikel 8:72, derde en vierde lid, van de Awb wordt gevormd door de beperkte reikwijdte die in de jurisprudentie aan deze bepaling is gegeven. In zoverre zij verwezen naar de antwoorden op de vragen 15 en 17.

Verder willen wij benadrukken dat toepassing van de bestuurlijke lus weliswaar enige extra rechterlijke activiteit vergt, maar toch substantieel minder dan het proberen om het geschil zelf finaal te beslechten. Bij toepassing van de bestuurlijke lus moet het nader onderzoek namelijk worden verricht door (en op kosten van!) het bestuursorgaan, zodat rechterlijk vooronderzoek achterwege kan blijven.

Gezien het vorenstaande mogen geen wonderen worden verwacht van aanpassing van de financieringssystematiek als middel om bestuursrechters «finaliseringsrechter» te laten denken en handelen. Mede gelet hierop hebben wij bij het Ministerie van Justitie c.q. de RvdR niet aangedrongen op aanpassing van de financieringssystematiek.

29 (SP)

Daarnaast denken deze leden dat ook het toepassen van de bestuurlijke lus extra werk met zich meebrengt voor de gerechten. Ook dan zal er serieus werk gemaakt moeten worden van het vooronderzoek. Waarom is dit in de optiek van de indieners geen probleem, waarom zullen bestuursrechters hier – met onveranderde financieringsystematiek – bij de bestuurlijke lus zoals voorgesteld wel toe geneigd zijn?

Wij verwijzen allereerst naar het antwoord op vraag 28. Het extra werk voor de bestuursrechter zit voornamelijk in het schrijven van de tussenuitspraak, het bewaken van de voortgang van de beroepsprocedure, en het organiseren van een tweede zitting.

In dit kader moet worden bedacht dat ook een «kale» vernietiging extra werk voor de bestuursrechter kan genereren, namelijk als het bestuursorgaan na de eerste uitspraak een nieuw besluit neemt en indien een of meer belanghebbenden daartegen wederom beroep instellen. De praktijk geeft veel voorbeelden van deze praktijk; een groeiende stapel dossiers van bodemzaken met dezelfde rechtsvragen en reeds uitgebreid bekende gedingstukken, maar evenzeer met veel rechtsonzekerheid voor partijen, omdat de bestuursrechter in zijn einduitspraken vaak onduidelijk blijft over zijn exacte wensen omtrent het aanvullend onderzoek van het bestuursorgaan.

De zojuist beschreven praktijk kost ook veel capaciteit en dus geld, temeer omdat de problematiek door het tijdsverloop steeds weer vanaf het begin in kaart moet worden gebracht.

30 (SGP)

Met de indieners van het voorstel stellen de leden van de SGP-fractie vast dat de bestuursrechter nu al het onderzoek ter zitting kan schorsen of na afloop ervan het onderzoek heropenen indien aan het bestreden besluit een gebrek blijkt te kleven en dit gebrek tijdens de beroepsprocedure herstelbaar is. Er zijn in de ogen van deze leden echter voldoende redenen om de voorkeur te geven aan een wettelijke regeling, waardoor onder andere komt vast te staan dat de bestuursrechter gebonden is aan zijn tussenuitspraak.

Wij onderschrijven deze opmerking, onder verwijzing naar het antwoord op vraag 18.

5. Voorbereiding en hoofdlijnen van het onderhavige wetsvoorstel

31 (CDA)

De leden van de CDA-fractie stellen vast dat artikel 8:51a Awb de rechter de bevoegdheid geeft om het bestuursorgaan de gelegenheid te geven een gebrek in het bestreden besluit te herstellen. In de memorie van toelichting staat dat het ook na toepassing van de bestuurlijke lus mogelijk is dat het gewijzigde besluit nog steeds lijdt aan een gebrek. De rechter kan in zo'n geval voor de tweede keer toepassing geven aan artikel 8:51a Awb. Genoemde leden vragen wat de tijdswinst van de bestuurlijke lus dan nog is? Is het waar dat de rechter oneindig vaak gebruik kan maken van artikel 8:51a Awb, vragen zij.

Artikel 8:51a van de Awb stelt geen beperkingen aan het aantal keren dat de bestuursrechter de bestuurlijke lus kan toepassen, zoals reeds in de toelichting is vermeld (Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, blz. 7). Dus in theorie kan de bestuursrechter de bestuurlijke lus «oneindig vaak» toepassen.

Aan de leden van het CDA kan worden toegegeven dat bij een herhaalde toepassing van de bestuurlijke lus tijdens één procedure veel potentiële tijdswinst verloren kan gaan. Hierbij passen echter twee kanttekeningen.

Ten eerste. Een extra bestuurlijke lus betekent dat het bestuursorgaan geen of een onjuist gebruik heeft gemaakt van de eerste gelegenheid tot herstel van het door de bestuursrechter geconstateerde gebrek. In zo'n geval kan bestuursrechter een einduitspraak doen, maar dit kost vaak minstens net zoveel tijd als toepassing van een extra bestuurlijke lus. Ten tweede. Het feit dat de effectiviteit van artikel 8:51a van de Awb in sommige gevallen minder is dan verwacht of gewenst, lijkt ons geen reden om dan maar helemaal af te zien van het creëren van de bevoegdheid tot toepassing van de bestuurlijke lus.

32 (CDA)

Deze leden vragen wat de verhouding is tussen het nieuwe artikel 8:51a Awb en de al bestaande artikelen 6:18 en 6:19 Awb. Kloppen de berichten dat in het voorontwerp Wet aanpassing bestuursprocesrecht de artikelen 6:18 en 6:19 zullen worden gewijzigd? Graag ontvangen zij een reactie.

Het voorontwerp Wet aanpassing bestuursprocesrecht – zoals gepubliceerd op de website van het ministerie van Justitie – voorziet inderdaad in een wijziging van de artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb, met het doel de reikwijdte van deze bepalingen te vergroten. Inmiddels is het wetsvoorstel voorgelegd aan de Raad van State, en wij kunnen ons indenken dat het wetsvoorstel wat betreft de artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb niet wezenlijk afwijkt van het voorontwerp. Als dit zo is, blijkt dat ook de regering werk wil maken van een bestuursprocesrecht dat meer dan thans is gericht op een zo spoedig mogelijke definitieve beslechting van het geschil. Wij zouden dit toejuichen.

33 (PvdA)

De leden van de PvdA-fractie lezen dat de indieners in verband met de complexiteit van de discussie en de wens tot het snel invoeren van de bestuurlijke lus ervoor hebben gekozen om de artikelen 6:18 en 6:19 AWB met betrekking tot het wijzigen van een besluit door een bestuursorgaan hangende bezwaar of beroep niet te wijzigen. De leden van de PvdA-fractie begrijpen de beweegredenen van de indieners maar vragen hun toch in te gaan op de mogelijkheden die de artikelen 6:18 en 6:19 AWB bieden om mee te werken aan finale beslechting van een geschil. Immers, als een besluit hangende bezwaar en beroep door een bestuursorgaan wordt gewijzigd met als doel het herstellen van een fout of het meewegen van nieuwe omstandigheden, dan kan dit bijdragen aan de oplossing van het geschil, zo menen de leden van de PvdA-fractie. Delen de indieners deze mening? Zo nee, waarom niet?

Wij verwijzen allereerst naar het antwoord op vraag 32. Inderdaad kan een ruimer toepassingsbereik van de artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb bijdragen aan een zo snel mogelijke finalisering van het geschil. Hierbij past de kanttekening dat de huidige jurisprudentie over de artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb aan de praktijk al veel ruimte biedt om het bestreden besluit tijdens de beroepsprocedure te wijzigen (nader L. M. Koenraad in diens noot onder ABRvS 16 maart 2005, Gst. 2005, 104). De beoogde wijziging van de artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb strekt tot codificatie van die bestaande praktijk.

34 (PvdA)

Kunnen de indieners ingaan op het probleem dat de artikelen 6:18 en 6:19 AWB kunnen interfereren met de voorgestelde bestuurlijke lus?

In de toelichting (Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6. blz. 9–10) hebben wij aangegeven dat de meeste besluiten die strekken tot het herstel van een gebrek, zullen vallen onder het toepassingsbereik van de artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb. Hieraan voegen wij het volgende toe.

Als toepassing van de bestuurlijke lus dreigt te leiden tot een besluit dat niet op grond van artikel 6:19, eerste lid, van de Awb onderdeel van het lopende geding wordt, nemen wij aan dat de bestuursrechter handelt naar bevind van zaken.

Zo kan de bestuursrechter belanghebbenden wijzen op de mogelijkheid om tegen het nieuwe besluit een zelfstandig rechtsmiddel aan te wenden (vgl. artikel 8:81, vijfde lid, van de Awb). Maakt een belanghebbende gebruik van deze mogelijkheid, dan kan de bestuursrechter de behandeling van de twee beroepen – al dan niet op termijn – voegen (artikel 8:14, eerste lid, van de Awb).

De bestuursrechter kan ook bepalen dat het bestuursorgaan in een afzonderlijke «vormvrije» brief aangeeft hoe een nieuw besluit zal luiden. Zo'n brief opent de weg naar een einduitspraak waarin de bestuursrechter hetzij zelf in de zaak voorziet (conform de brief van het bestuursorgaan), hetzij opdracht geeft tot het op zeer korte termijn nemen van een nieuw besluit (evenzeer conform de brief van het bestuursorgaan).

In beide zojuist beschreven situaties vormt de tussenuitspraak als bedoeld in artikel 8:80a, eerste lid, van de Awb een bruikbaar instrument voor het in een vroegtijdig stadium aangeven van een concrete richting ter reparatie van een geconstateerd gebrek. In dit kader stipuleren wij nogmaals (zie ook het antwoord op vraag 15) dat de bestuurlijke lus de gereedschapskist van de bestuursrechter aanvult, en dat dit op geen enkele wijze afbreuk doet aan de nu reeds bestaande «finaliseringshulpmiddelen».

Overigens zij hier ook verwezen naar het antwoord op vraag 39, waar wij onder meer betogen dat het verband tussen enerzijds de artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb en anderzijds de bestuurlijke lus minder strikt is dan velen wellicht veronderstellen.

35 (CU)

De leden van de ChristenUnie-fractie vragen hoe wordt voorkomen dat de bestuurlijke lus wordt toegepast als verdragingsstechniek, terwijl van te voren duidelijk is dat het besluit zal moeten worden vernietigd? Zeker nu het mogelijk is om meermalen een bestuurlijke lus in een geschil toe te passen.

Wij verwijzen allereerst naar de antwoorden op de vragen 31 en 34. Indien de bestuursrechter vermoedt dat toepassing van de bestuurlijke lus op wat voor wijze dan ook zal worden gebruikt als onderdeel van een verdragingsstactiek, kan hij besluiten om zo snel mogelijk een einduitspraak te doen. Artikel 8:51a, eerste lid, van de Awb is immers geformuleerd als een bevoegdheid zonder vastomlijnde voorwaarden.

Overigens zijn wij niet bang voor misbruik van de bestuurlijke lus door het bestuursorgaan. Integendeel, wij denken dat toepassing van de bestuurlijke lus bestuurlijke obstructie juist kan tegengaan. Immers, bij een «kale» vernietiging geeft de bestuursrechter de regie over herstel van het gebrek uit handen. In zo'n geval hangt het af van de assertiviteit van belanghebbenden of een onwillig c.q. traag bestuursorgaan tot de orde wordt geroepen, aangezien de bestuursrechter eerst kennis krijgt van deze traagheid als tegen het uitblijven van een nieuw besluit beroep wordt ingesteld. Bij toepassing van de bestuurlijke lus blijft de regie in handen van de bestuursrechter, die in zijn kwaliteit van *dominus litis* ambtshalve de voortgang van de beroepsprocedure moet bewaken.

36 (D66)

Uit de memorie van toelichting krijgen de leden van de fractie van D66 de indruk dat de rechter zoveel mogelijk, zo niet alle, gebreken van het besluit dient aan te wijzen. Zo staat op bladzijde 7 van de memorie van toelichting: «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,» en op bladzijde 15 van de memorie van toelichting: «Tegelijkertijd signaleren wij dat de wenselijkheid om alle gebreken te benoemen, groter wordt naarmate de procedure verder is gevorderd c.q. langer duurt.»

De indruk van de leden van D66 is juist.

37 (D66)

Hoe zien de indieners van het wetsvoorstel de verhouding tussen dit wetsvoorstel en artikel 8:69 Awb? Artikel 8:69 Awb regelt de ambtshalve toetsing en beperkt de omvang van het geschil tot de beroepsgronden. Worden de begrippen «zoveel mogelijk» en «alle» beperkt door de toetsingsbevoegdheden van de rechter uit artikel 8:69 Awb?

De leden van D66 stellen terecht dat de bestuursrechter in beginsel niet buiten de grenzen van het geschil mag treden, dit wil zeggen: de toetsing van het bestreden besluit moet beperken tot de beroepsgronden van de eisende partij. Hierbij geldt – ingevolge artikel 8:69, tweede lid, van de Awb – dan wel dat de eisende partij kan volstaan met het noemen van concrete feiten en omstandigheden, en dat de bestuursrechter is gehouden om deze feiten en omstandigheden te vertalen tot juridisch toetsbare argumenten.

Een en ander betekent dat de in vraag 36 aangehaalde citaten moeten worden geplaatst in het licht van artikel 8:69 van de Awb. De bestuursrechter mag in de tussenuitspraak als regel dus niet wijzen op gebreken waarover de eisende partij zwijgt.

Naar onze mening noodzaakt deze constatering overigens niet tot wijziging van het wetsvoorstel. De bestuursrechter moet artikel 8:69, eerste lid, van de Awb immers te allen tijde respecteren, dus ook als hij de feiten aanvult door het stellen van een schriftelijke vraag (artikel 8:45 van de Awb), het horen van getuigen (artikelen 8:46 en 8:60 van de Awb) en het laten verrichten van een deskundigenonderzoek (artikel 8:47 van de Awb). Uit het oogpunt van innerlijke consistentie menen wij dat het beter is om ook in de artikelen 8:51a en 8:80a van de Awb een verwijzing naar artikel 8:69 van de Awb achterwege te laten.

38 (D66)

De leden van de D66-fractie vragen of de voorgestelde aanpassing van de wettelijke regeling problemen zal veroorzaken bij de toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb, de regels over intrekking- en wijzigingsbesluiten hangende bezwaar of beroep. In hoeverre gelden de beperkingen in deze artikelen voor de bestuurlijke lus?

De beperkingen van de artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb gelden ook voor een besluit dat het bestuursorgaan als reactie op een bestuurlijke lus neemt. Dit gegeven heeft echter geen gevolgen voor de bruikbaarheid van de bestuurlijke lus. Immers, als de toepassing van de bestuurlijke lus dreigt te leiden tot een besluit dat niet valt onder de reikwijdte van de artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb, heeft de bestuursrechter tal van mogelijkheden om toch vorm te geven aan een voortvarend en efficiënt verloop van de beroepsprocedure. Het antwoord op vraag 34 geeft hiervoor concrete handvatten.

39 (D66)

Volgens artikel 6:18 Awb kan een besluit tijdens een beroepsprocedure alleen worden aangepast of ingetrokken, indien dit zou kunnen zonder dat een beroepsprocedure aanhangig wordt gemaakt. In het concept-wetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht waarin ook de invoering van de bestuurlijke lus wordt geregeld, worden de artikelen 6:18 en 6:19 Awb wel aangepast. In dit wetsvoorstel dient de rechter te kiezen of

een gebrek hersteld dient te worden door middel van een stuk of een besluit. Echter, volgens artikel 6:18 Awb heeft een bestuursorgaan de bevoegdheid een nieuw besluit te nemen.

Als de bestuursrechter in een einduitspraak het beroep gegrond verklaart, moet hij het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk vernietigen (artikel 8:72, eerste lid, van de Awb). Vervolgens is het bestuursorgaan – blijkens vaste jurisprudentie – in beginsel rechtens gehouden tot het nemen van een nieuw besluit, ook als het dictum van de einduitspraak hiervan geen melding maakt.

Een plicht tot het nemen van een nieuw besluit vervalt eerst indien het beroep zich richt tegen een ambtshalve genomen besluit dat is voorbereid met toepassing van een uniforme openbare voorbereidingsprocedure als bedoeld in afdeling 3.4 van de Awb (bijvoorbeeld: een verkeersbesluit). In andere gevallen resteert een bezwaar of een aanvraag waarop nog geen beslissing is genomen. Kortom: na een «kale» vernietiging valt er voor het bestuursorgaan meestal niets te kiezen.

Bezien tegen deze achtergrond, is het noemen van een nieuw besluit als middel ter reparatie van een gebrek minder merkwaardig dan de formulering van artikel 6:18 van de Awb doet vermoeden. Immers, het bestuursorgaan dat in weerwil van de tussenuitspraak niet kiest voor het nemen van een vervangend besluit en dus het gebrek niet volledig herstelt, kan worden geconfronteerd met een einduitspraak die strekt tot vernietiging van het bestreden besluit.

In dit kader merken wij op dat de artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb eigenlijk zijn bedoeld voor situaties waarin van een rechterlijke opdracht geen sprake is. Artikel 6:18 van de Awb maakt duidelijk dat het bestuursorgaan – onder bepaalde voorwaarden – niet hoeft te wachten met reparatie van een gebrek tot het nemen van het besluit op bezwaar (door het bestuursorgaan zelf) of het doen van een uitspraak (door de bestuursrechter).

Artikel 6:19, eerste lid, van de Awb beoogt te voorkomen dat het bestuursorgaan door het nemen van een nieuw besluit de rechtsbescherming van belanghebbenden aantast.

40 (SGP)

De leden van de SGP-fractie hebben er wel behoefte aan te vernemen hoe volgens de initiatiefnemers kan worden voorkomen, in het bijzonder in het geval van meer dan één tussenuitspraak, dat zelfs procederende partijen het spoor bijster raken en dat procedures onverantwoord lang gaan duren.

De bestuursrechter kan voorkomen dat partijen tijdens de beroepsprocedure het spoor bijster raken, door ter zitting en in de tussenuitspraak goed met partijen te communiceren. Goed communiceren wil hier zeggen: duidelijk aangeven wat binnen welke termijn van welke partij wordt verlangd, alsook op welke wijze en binnen welke termijn de bestuursrechter het onderzoek zal voortzetten.

6. Tussenuitspraak

41 (PvdA)

De tussenuitspraak bevat ten dele eindbeslissingen, aldus de leden van de PvdA-fractie. De tussenuitspraak stelt immers welke rechtsnormen zijn geschonden en zo weet het bestuursorgaan welke gebreken het moet herstellen. De rechter kan op die overwegingen niet terugkomen bij zijn einduitspraak; hij is dan gebonden aan hetgeen in de tussenuitspraak is overwogen. Hebben de indieners die gebondenheid aan de tussenuitspraak niet erg strikt vastgelegd, vragen de leden van de PvdA-fractie. Zoals de indieners al melden in de memorie van toelichting bestaat «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». De indieners achten het echter niet wenselijk dat rechter op zijn tussenuitspraak terug kan komen. De indieners motiveren dit onder andere door er op te wijzen dat «de gebondenheid van de rechter aan zijn eigen beslissingen in het algemeen een efficiënte procesgang bevordert.» De indieners vrezen dat, als die gebondenheid niet bestaat, partijen zullen proberen de bestuursrechter op zijn vonnis te laten terugkomen. Het terugkomen op een tussenuitspraak dient naar de mening van de indieners «te geschieden in de vorm van een nieuwe tussenuitspraak, waarbij de bestuursrechter nadrukkelijk en gemotiveerd moet aangeven van welk oordeel hij terugkomt». De leden van de PvdA-fractie vragen of dit niet evenzeer een efficiënte procesgang belemmert.

B.J. Schueler heeft in een recent artikel (BR 2008, blz. [...]) interessante beschouwingen gewijd aan de strikte binding van de bestuursrechter aan diens eigen tussenuitspraken, en aan de problemen die dit kan veroorzaken. Wij erkennen dat een evident onjuiste tussenuitspraak de effectiviteit van de bestuurlijke lus kan ondergraven. Bij de beschouwingen van Schueler passen echter twee relevante kanttekeningen.

Ten eerste. Hoe meer ruimte voor wijziging van tussenuitspraken door de wet zelf wordt geboden, des te eerder zullen partijen in de verleiding komen de juistheid van deze uitspraak reeds tijdens de beroepsprocedure ter discussie te stellen. Zo'n discussie zaait verwarring en doet afbreuk aan de bereidheid van het bestuursorgaan om gevolg te geven aan de uitnodiging van de bestuursrechter, met alle negatieve gevolgen voor de bruikbaarheid van de bestuurlijke lus vandien. Met name hierom is artikel 8:88 van de Awb van overeenkomstige toepassing verklaard: partijen krijgen tijdens de beroepsprocedure slechts een zeer beperkte mogelijkheid om het debat over de juistheid van een eenmaal gegeven tussenuitspraak te openen.

Ten tweede. De kans op een evident c.q. kennelijk onjuiste tussenuitspraak lijkt ons gering. Wij baseren deze veronderstelling op de praktijkervaringen inzake zogeheten «hersteluitspraken», dit wil zeggen: uitspraken die in het dictum een kennelijke verschrijving bevatten. Er zijn zéér weinig hersteluitspraken nodig. Niet geheel terzijde: de Awb regelt niets over het doen van een hersteluitspraak, en de hogerberoepsrechters hebben over deze praktijk tot heden zelf niet de staf gebroken. Sterker, af en toe doen zij zelf ook een hersteluitspraak.

Een en ander tegen elkaar afwegend, zien wij onvoldoende reden om artikel 8:88 van de Awb niet van overeenkomstige toepassing te verklaren. Hierbij speelt een rol dat artikel 8:80a, derde lid, van de Awb kan worden aangepast indien op termijn blijkt – bijvoorbeeld op basis van een evaluatie als bedoeld in het antwoord op vraag 1 – dat de verwijzing naar artikel 8:88 van de Awb meer dan incidenteel leidt tot problemen voor de praktijk.

42 (PvdA)

Waarom hebben de indieners ervoor gekozen hebben om artikel 8:88 Awb van overeenkomstige toepassing te verklaren op de tussenuitspraak? Zijn er geen varianten denkbaar waarbij de rechter wel rekening kan houden met nieuwe feiten of omstandigheden, zonder dat sprake is van aantasting van een efficiënte procesgang?

De reden om artikel 8:88 van de Awb van overeenkomstige toepassing te verklaren, staat vermeld in het antwoord op vraag 41: wij willen voorkomen dat eenmaal gedane tussenuitspraak reeds tijdens de beroepsprocedure een voorwerp van debat tussen partijen wordt.

De verwijzing naar artikel 8:88 van de Awb betekent echter – anders dan de leden van de PvdA wellicht veronderstellen – niet dat de bestuurs-

rechter bij de beoordeling van het beroep geen rekening mag houden met feiten die eerst na het nemen van het bestreden besluit bekend worden. Ter toelichting moge het volgende dienen.

De bestuursrechter toetst het bestreden besluit *ex tunc*, dit wil zeggen: aan de hand van feiten en omstandigheden zoals deze zich manifesteerden ten tijde van het nemen van het bestreden besluit. Hiermee is het verhaal echter niet compleet verteld.

Als het bestreden besluit tijdens de beroepsprocedure wordt gewijzigd en het nieuwe besluit ingevolge de artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb onderdeel van het geschil vormt, moet de bestuursrechter ook het nieuwe besluit toetsen. Dit betekent dat de bestuursrechter bij de beoordeling van het beroep tevens aandacht moet besteden aan feiten die na het nemen van het oorspronkelijke bestreden besluit zijn opgekomen, ook al moet hij het nieuwe besluit evenzeer *ex tunc* toetsen. Voorbeeld: op basis van een alsnog ingewonnen deskundigenadvies komt het bestuursorgaan tot een andere inhoudelijke conclusie dan in het bestreden besluit, en vertaalt deze conclusie in een nieuw besluit; de bestuursrechter moet bij de beoordeling van het beroep rekening houden met het deskundigenadvies.

Als de bestuursrechter onderzoekt of het geschil definitief kan worden beslecht, behoort hij te bezien welk besluit nu moet worden genomen. Toepassing van artikel 8:72, derde en vierde lid, van de Awb staat immers gelijk aan het verrichten van een bestuurlijke daad: de bestuursrechter doet wat het bestuursorgaan zou behoren te doen. Bij het in stand laten van de rechtsgevolgen en het zelf in de zaak voorzien heroverweegt de bestuursrechter dus *ex nunc*, dit wil zeggen: aan de hand van feiten en omstandigheden zoals deze zich manifesteren ten tijde van het doen van de einduitspraak. Voorbeeld: de bestuursrechter hoort een getuige, en de verklaring van deze getuige vormt voor hem voldoende reden om toepassing aan artikel 8:72, vierde lid, van de Awb te geven; de bestuursrechter moet bij de beoordeling van het beroep rekening houden met de getuigenverklaring.

De conclusie is dat het van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 8:88 van de Awb slechts ziet op de aantastbaarheid van tussenuitspraken, en niet tevens op nieuwe feiten en omstandigheden iets zeggen over het bestreden besluit.

43 (CU)

De leden van de ChristenUnie-fractie vragen de indieners naar de verhouding van voorliggend wetsvoorstel tot opvattingen in de rechtsliteratuur dat in het burgerlijk procesrecht wel wordt erkend dat het onder bijzondere omstandigheden onaanvaardbaar zou zijn de rechter gebonden te achten aan bepaalde eindbeslissingen uit zijn tussenvonnissen. De Raad van State wijst ook op de ineffectiviteit in sommige gevallen. Een goede middenweg wordt gevonden door tenminste afwijking toe te staan van eindoordeelen waarvan de onjuistheid redelijkerwijs niet kan worden betwijfeld.

Ook hier verwijzen wij naar het antwoord op vraag 41. De praktijk redt zich met de figuur van de hersteluitspraak voor het redresseren van evidente onjuistheden c.q. kennelijke verschrijvingen.

7. Herstel van het gebrek

44 (CDA)

De leden van de CDA-fractie vragen of het, gezien het feit dat het bestuursorgaan de gelegenheid krijgt een gebrek in het bestreden besluit te herstellen en gelet op het systeem van de wet, niet ook de tegenpartij in de gelegenheid moet worden gesteld om gebreken te herstellen? Hoe denken de indieners hierover, mede gelet op de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens?

In de antwoorden op de vragen 3, 4 en 5 hebben wij – kort samengevat – aangegeven dat toepassing van de bestuurlijke lus aan het bestuursorgaan geen extra kansen geeft in vergelijking met de huidige situatie. Gelet hierop kan redelijkerwijs niet worden volgehouden dat andere partijen dan het bestuursorgaan wordt benadeeld door introductie van de bestuurlijke lus.

Zien wij goed, dan doelen de leden van het CDA met de verwijzing naar jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op een mogelijke strijd met verbod van equality of arms. Wij menen dat het wetsvoorstel dit verbod niet schendt, omdat de bestuurlijke lus de processuele rechten en mogelijkheden van andere partijen dan het bestuursorgaan niet aantast.

45 (CDA)

Bovendien kan de rechter ambtshalve rechtsgronden of feiten aanvullen ingevolge artikel 8:69 Awb. Wat is dan de toegevoegde waarde van genoemd voorstel?

Door het aanvullen van de rechtsgronden vertaalt de bestuursrechter de feitelijke stellingen van een partij tot juridisch toetsbare argumenten. Deze activiteit kan dus op zichzelf niet leiden tot een definitieve beslechting van het geschil, maar slechts tot een betere beoordeling van het beroep.

Daarom kan de in artikel 8:69, tweede lid, van de Awb omschreven verplichting niet worden aangemerkt als een «finaliseringsinstrument». Het aanvullen van feiten kan de bestuursrechter wel helpen bij zijn poging het geschil definitief te beslechten, maar slechts indien en voor zover hij uiteindelijk ook gebruik maakt van zijn bevoegdheid tot het in stand laten van de rechtsgevolgen dan wel het zelf in de zaak voorzien. De praktijk leert echter dat artikel 8:72, derde en vierde lid, van de Awb niet vaak worden toegepast (zie de antwoorden op de vragen 15 en 17). Daarmee verliest de in artikel 8:69, derde lid, van de Awb omschreven bevoegdheid een deel van haar waarde als «finaliseringsinstrument».

Bij dit alles komt nog dat aan extra vooronderzoek door de bestuursrechter momenteel wel haken en ogen kleven; niet alle gerechten hebben voldoende geld en personele capaciteit om deze rechterlijke activiteit structureel tot volle wasdom te brengen (zie de antwoorden op de vragen 28 en 29).

Op basis van het vorenstaande concluderen wij dat artikel 8:69 van de Awb geen afbreuk doet aan de toegevoegde waarde van het wetsvoorstel.

46 (SP)

De leden van de SP-fractie vrezen dat de mogelijkheid van een bestuursorgaan een gebrekkig besluit te herstellen zonder daarbij de hele procedure over te hoeven doen, kan leiden tot bestuurlijke luiheid. Als een bestuursorgaan op voorhand weet dat een gebrek kan worden hersteld, is er een risico dat het iets slordiger zal omgaan met het besluit. Erkennen de indieners dit risico van een onzorgvuldigere voorbereiding van besluiten, omdat de bestuurlijke lus het bestuursorgaan te hulp zal schieten? Hoe denken de indieners dit risico te ondervangen? Welke taak zien zij hier voor de bestuursrechter?

Bestuurlijke luiheid kan ook optreden indien de bestuursrechter volstaat met een «kale» vernietiging, en de kans hierop achten wij groter dan bij toepassing van de bestuurlijke lus. Immers, de bestuursrechter verliest na een einduitspraak met een «kale» vernietiging de regie over de voortgang van de door het bestuursorgaan te treffen herstelmaatregelen. Dit ligt anders bij toepassing van de bestuurlijke lus, zoals wij in het antwoord op vraag 35 hebben toegelicht.

47 (SP)

De leden van de SP-fractie maken zich zorgen over de positie van de belanghebbenden, als een groot, omvangrijk of ingrijpend gebrek in een besluit nog hersteld zou mogen worden. Dit zou er immers toe kunnen leiden dat de belanghebbenden zich geconfronteerd zien met een geheel ander besluit. Hoe kan dit worden voorkomen?

De bestuursrechter is verplicht om te bewerkstelligen dat alle belanghebbenden een eerlijke kans krijgen om te reageren op herstel van een gebrekkig besluit tijdens de beroepsprocedure. Doet hij dit niet, dan staat zijn einduitspraak al snel op gespannen voet met het – uit artikel van het 6 EVRM te destilleren – beginsel van hoor en wederhoor.

Aan deze kwestie is in de toelichting op het voorstel reeds de nodige aandacht geschonken (Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, blz. 17–18). Daar hebben wij onder meer geconcludeerd dat de ernst van het gebrek en de ingrijpendheid van het herstel factoren zijn die een rol spelen bij de beslissing om wel of geen bestuurlijke lus toe te passen.

Hieraan voegen wij toe dat ook het bestuursorgaan – ingevolge artikel 3:2 van de Awb (en de specifieke vertalingen daarvan zoals artikel 7:9 van de Awb) – ervoor moet zorgen dat alle belanghebbenden zich over het herstel van het gebrek kunnen uitlaten, indien dit redelijkerwijs kan leiden tot een besluit met een andere uitkomst dan het bestreden besluit (nader L.M. Koenraad, Van aanmerkelijk belang, *Gst.* 2008, 100). De bestuursrechter kan op aangeven van een partij toetsen of het bestuursorgaan zich in voldoende mate van diens onderzoeksplicht heeft gekweten.

Concluderend kan dus worden gesteld dat alle belanghebbenden bij herstel van een gebrek – zeker als dit kan leiden tot een ander besluit – hun belangen adequaat naar voren kunnen brengen.

48 (SP)

Als door een ingrijpend herstel sprake is van een ánder besluit, zou de procedure naar de mening van deze leden opnieuw moeten worden gevoerd en kan de bestuurlijke lus niet toegestaan zijn. Hoe zien de indieners dit? Graag vernemen deze leden van de indieners hoe groot, omvangrijk of ingrijpend het gebrek mag zijn. Welke fouten, gebreken of nalatigheden mogen nog worden hersteld? Is de gekozen formulering van artikel 8:51a niet te vaag en te ruim en kunnen de bestuursrechters hiermee uit de voeten?

Het bestreden besluit kan na toepassing van de bestuurlijke lus in twee opzichten ingrijpend worden gewijzigd.

Ten eerste: het nieuwe besluit leidt tot een andere beslissing over hetzelfde object (voorbeeld: het bestuursorgaan vervangt de verlening van de bouwvergunning voor de oprichting van een gebouw door de weigering van deze vergunning). Het nieuwe besluit kan op grond van de artikelen 6:18 en 6:19 worden meegenomen in de lopende beroepsprocedure, gegeven de ruime uitleg die de jurisprudentie aan deze bepalingen geeft (zie het antwoord op vraag 33).

Ten tweede: het nieuwe besluit heeft betrekking op een ander object (voorbeeld: het perceel vervangt de planologische vrijstelling voor het gebruik van een agrarisch perceel als parkeerterrein door de planologische vrijstelling voor hetzelfde gebruik van een geheel ander agrarisch perceel). Als afdeling 3.4 van de Awb van toepassing is, moet tegen het nieuwe besluit afzonderlijk rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter worden ingesteld. In andere gevallen moet als regel eerst bezwaar worden gemaakt. Beroep tegen het nieuwe besluit maakt het voegen van beide procedures ex artikel 8:14, eerste lid, van de Awb mogelijk (zie het antwoord op vraag 34), en bezwaar tegen het nieuwe besluit kan de bestuursrechter ertoe brengen om de procedure tegen het oorspronkelijke bestreden besluit – dat overigens doorgaans is vervallen, of in ieder geval

voorlopig niet zal worden geëffectueerd – aan te houden totdat is beslist op het bezwaar tegen het nieuwe besluit.

Het lijkt allemaal omslachtig, gecompliceerd en tijdrovend. Maar als de bestuursrechter goed met partijen communiceert – dus duidelijk aangeeft wat binnen welke termijn van welke partij wordt verlangd, alsook wanneer en op welke wijze het onderzoek zal worden voortgezet, raken partijen het spoor niet bijster (zie ook het antwoord op vraag 40).

Het vorenstaande toont nog eens duidelijk aan dat de bestuursrechter maatwerk moet kunnen leveren, om per individueel geval te bezien welke processuele maatregelen met zo weinig mogelijk vertraging leiden tot een zo finaal mogelijke beslechting van het geschil. Daarom pleiten wij voor behoud van de algemene formulering van artikel 8:51a, eerste lid, van de Awb.

Verder menen wij dat niet de ernst van het gebrek of de aard van de herstelmaatregelen doorslaggevend zijn bij de keuze tussen de bestuurlijke lus of een ander «finaliseringsinstrument», maar de potentiële tijdswinst en mogelijkheden voor belanghebbenden om hun belangen naar voren te brengen. Deze mening hebben wij nader onderbouwd in het antwoord op vraag 10, als vervolg op hetgeen hierover in de toelichting op het wetsvoorstel is geschreven (Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, blz. 14–15).

In zoverre is de bestuurlijke lus overigens niet uniek. Ook de diverse andere bevoegdheden die de bestuursrechter kan benutten – zoals het horen van getuigen (artikelen 8:46 en 8:60 van de Awb) en het benoemen van een deskundige (artikel 8:47 van de Awb) – zijn niet aan wettelijk omschreven voorwaarden gebonden. Dit onder het motto dat de bestuursrechter per afzonderlijke casus kan bezien welk middel het meest bijdraagt aan een adequate beslechting van het voorliggende geschil in een zo kort mogelijke tijd.

49 (SP)

De leden van de SP-fractie wijzen de indieners op het artikel «De lus als ontknoping van het proces», van Prof. Mr. B. J. Schueler in het Tijdschrift voor Bouwrecht (2008). De vraag wordt (in paragraaf 6) opgeworpen of ook een bevoegdheidsgebrek kan worden hersteld, dus dat een ander bestuursorgaan het gebrek herstelt. Hebben de indieners bedoeld dat ook een bevoegdheidsgebrek kan worden hersteld?

Wij willen inderdaad dat de bestuurlijke lus mede kan worden gebruikt als middel om bevoegdheidsgebreken te herstellen. Hierbij moet worden bedacht dat er – grof gezegd – drie categorieën bevoegdheidsgebreken zijn te onderscheiden.

Categorie 1: het besluit is genomen namens een op zichzelf bevoegd bestuursorgaan, maar zonder toereikende grondslag, omdat een mandaatbesluit ontbreekt of onverbindend is (voorbeeld: hoofd afdeling ruimtelijke ordening namens B&W; vrijstelling van het bestemmingsplan)

Categorie 2: het besluit is genomen door een onbevoegd bestuursorgaan, maar het bevoegde bestuursorgaan is een onderdeel van dezelfde rechtspersoon (voorbeeld: B&W in plaats van burgemeester; vergunning voor de exploitatie van een horecagelegenheid).

Categorie 3: het besluit is genomen door een onbevoegd bestuursorgaan, maar het bevoegde bestuursorgaan is een onderdeel van een andere rechtspersoon (voorbeeld: B&W in plaats van GS; milieuvergunning).

In geval van een bevoegdheidsgebrek categorie 1 levert toepassing van de bestuurlijke lus geen probleem op. Zo kan de bestuursrechter het bestuursorgaan, waaraan het besluit immers wordt toegerekend (artikel 10:2 van de Awb), vragen om het onbevoegd genomen besluit te bekrachtigen. Na de bekrachtiging kan de bestuursrechter het bestreden besluit vernietigen, maar de rechtsgevolgen ervan onder omstandigheden in stand laten (nader M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en*

bestuurlijke voorprocedure, Deventer: Kluwer 2008 (derde druk), blz. 437–439).

In geval van een bevoegdheidsgebrek categorie 2 is toepassing van de bestuurlijke lus ook goed mogelijk. Bedenk in dit verband dat de bezwaarschriftprocedure onder omstandigheden moet worden afgerond door een ander bestuursorgaan dan het bestuursorgaan dat het primaire besluit heeft genomen (nader L. M. Koenraad en K. H. Sanders, *Besluiten op bezwaar*, Deventer: Kluwer 2006, blz. 136–139). Zie overigens het antwoord op vraag 50.

In geval van categorie 3 lijkt toepassing van de bestuurlijke lus ons echter niet aan de orde. Wij menen dat het dan meer voor de hand ligt om zelf in de zaak te voorzien, door het primaire besluit te herroepen. Vervolgens ligt het op de weg van het onbevoegde bestuursorgaan (B&W) om de aanvraag waarop indertijd ten onrechte is beslist, door te zenden aan het bevoegde bestuursorgaan (GS), op grond van artikel 2:3, eerste lid, van de Awb.

50 (SP)

De auteur doet de suggestie hierover duidelijkheid te verschaffen in de wet zelf. Wat is de reactie van de indieners op deze suggestie? Een andere suggestie van deze auteur (paragraaf 7.5) is dat de wet zou moeten bepalen dat het bestuur tot zes weken na de tussenuitspraak de gelegenheid krijgt om van het gebruik van de lus af te zien. Dit zou de duidelijkheid en snelheid ten goede komen. Graag ontvangen zij een reactie hierop.

Over het herstel van een bevoegdheidsgebrek merken wij het volgende op.

De suggestie van Schueler ziet op bevoegdheidsgebreken categorie 2 (als bedoeld in het antwoord op vraag 49). Wij nemen diens suggestie om het wetsvoorstel op dit punt te verduidelijken, over en zullen met het oog hierop een nota van wijziging indienen.

Immers, als blijkt dat de bevoegdheid tot het nemen van het bestreden besluit toekomt aan een ander bestuursorgaan, moet de tussenuitspraak inhouden dat het bij de beroepsprocedure betrokken bestuursorgaan in de gelegenheid wordt gesteld om het gebrek te *laten* herstellen.

Over de termijn voor het bestuursorgaan om mee te delen dat het afziet van de gelegenheid om het gebrek te herstellen, merken wij het volgende op. Wij hebben sympathie voor de suggestie van Schueler, omdat het noemen van een termijn de snelheid en duidelijkheid inderdaad ten goede komt.

Een vaste wettelijke termijn lijkt ons echter te rigide. In veel gevallen heeft het bestuursorgaan redelijkerwijs minder tijd nodig voor het verschaffen van duidelijkheid; soms is echter meer tijd nodig. Daarom willen wij het aan de bestuursrechter overlaten om een termijn te noemen.

51 (CU)

De leden van de ChristenUnie-fractie vragen de indieners of het voorgestelde artikel 8:51a met deze formulering inderdaad de mogelijkheid biedt om ook een ander bestuursorgaan het besluit te laten nemen, in het geval het gebrek ziet op verkeerde bevoegdheid.

Wij verwijzen naar de antwoorden op de vragen 49 en 50.

52 (CU)

Deze leden vragen de indieners ook te reageren op een in de rechtsliteratuur gehanteerde stelling dat de introductie van de bestuurlijke lus mogelijk een ondermijning zou kunnen betekenen van het corrigerende en sanctionerende effect van een vernietiging. Zij vragen indieners of zij dit

effect eveneens verwachten en op welke wijze dit zou kunnen worden voorkomen bij de uitvoering van voorliggend wetsvoorstel.

Allereerst merken wij op dat het corrigerende effect van een uitspraak niet alleen tot uitdrukking komt in het dictum, maar ook in de overwegingen die daaraan voorafgaan.

Verder betekent herstel van het gebrek niet dat het oorspronkelijke bestreden besluit buiten schot blijft. In zoverre verwijzen wij naar artikel 6:19, derde lid, van de Awb: vernietiging ervan is mogelijk als de eisende partij daarbij belang heeft. Hiervan is onder meer sprake als de eisende partij wegens het oorspronkelijke besluit schade heeft geleden en kenbaar maakt deze schade te willen verhalen (recente voorbeelden: CRvB 29 april 2008, JB 2008/147, ABRvS 10 oktober 2007, AB 2008, 95, en CBb 4 oktober 2007, JB 2008/19).

Bovendien kan de bestuursrechter ook zonder gegrondverklaring van het beroep een bestuursorgaan veroordelen tot vergoeding van gemaakte proceskosten (artikel 8:75, eerste lid, van de Awb) en gelasten dat het betaalde griffierecht wordt vergoed door de rechtspersoon waarvan het bestuursorgaan een onderdeel vormt (artikel 8:74, tweede lid, van de Awb).

Een en ander leidt ons tot de conclusie dat het wetsvoorstel het corrigerende effect van een einduitspraak niet ondermijnt.

Overigens zijn wij van mening dat bestuursrechtspraak niet is bedoeld om een bestuursorgaan te straffen, maar «slechts» om te voorkomen dat belanghebbenden nadeel ondervinden van onrechtmatige besluiten.

53 (CU)

De leden van de ChristenUnie-fractie constateren dat indieners in de onderbouwing van het wetsvoorstel veel aandacht besteden aan het belang van snelle besluitvorming door het bestuursorgaan. Deze leden missen in de argumentatie het perspectief van het belang van de burger. Zij veronderstellen dat het niet de bedoeling van indieners is dat de bestuurlijke lus in alle gevallen erop is gericht om gebreken van het bestuursorgaan te herstellen, terwijl de burger geen mogelijkheid meer heeft om fouten zijnerzijds te herstellen. De leden van de ChristenUnie-fractie vragen indieners de proportionaliteit van de voorstellen beter te beargumenteren, nu de burger, die veelal meer belang heeft bij vernietiging van een uitspraak, in zijn belangen kan worden geschaad.

Wij herhalen dat dé burger niet bestaat, en dat de bestuursrechter en het bestuursorgaan ook nadrukkelijk rekening moeten houden met belanghebbenden die aan een bestreden besluit aanspraken of verwachtingen ontlennen. In het verlengde hiervan zijn wij van oordeel dat snelle besluitvorming wellicht nadelen heeft voor bepaalde groepen burgers (degenen die de uitvoering van een besluit zo lang mogelijk willen tegenhouden), maar belangrijke voordelen heeft voor andere groepen burgers (degenen die een rechtens te respecteren belang bij een zo spoedig mogelijke effectuering van een besluit hebben).

Wat betreft de mogelijkheid voor belanghebbenden om vergissingen te herstellen, willen wij verwijzen naar het antwoord op vraag 3. Deze kwestie speelt in een veel breder verband dan de bestuurlijke lus, en behoort naar ons oordeel dan ook in dat bredere verband te worden besproken.

II ARTIKELEN

Artikel I

B

Artikel 8:51a

Eerste lid

54 (CDA)

In het artikel staat dat de rechtbank het bestuursorgaan in de gelegenheid kan stellen een gebrek in het besluit te herstellen, aldus de leden van de CDA-fractie. Maar wijst die formulering niet op de mogelijkheid dat een ander bestuursorgaan het gebrek herstelt?

Wij verwijzen naar het antwoord op vraag 50.

55 (CDA)

Echter blijkt uit de reactie van zowel indieners als de Raad van State dat zij wel degelijk bedoelen dat een bevoegdheidsgebrek in de lus kan worden hersteld. Genoemde leden vragen of dit niet specifiek in de wettekst tot uitdrukking moet komen? Graag ontvangen zij een reactie.

Wij verwijzen naar het antwoord op vraag 50.

Tweede lid

56 (CDA)

De leden van de CDA-fractie merken op dat de initiatiefnemers ervoor hebben gekozen om geen termijn waarbinnen het bestuursorgaan het gebrek moet herstellen, in de wet op te nemen. Vrezen de initiatiefnemers (en de regering) geen oneigenlijk gebruik van de bestuurlijke lus bij het ontbreken van een termijn? Is het niet verstandiger om verlenging van de termijn te binden aan een maximaal aantal malen, vragen deze leden. Naar onze overtuiging is de bruikbaarheid van de bestuurlijke lus gediend met open normen, teneinde op deze wijze maatwerk te kunnen leveren. In zoverre zij onder meer verwezen naar de antwoorden op de vragen 10 en 24.

Wij zijn niet bang voor misbruik van de bestuurlijke lus door het bestuursorgaan, aangezien de bestuursrechter de regie over de voortgang van de «herstelprocedure» behoudt. In zoverre zij verwezen naar het antwoord op de vragen 31 en 35.

Gelet op een en ander zien wij thans geen aanleiding tot het noemen van vaste termijnen, en evenmin tot maximeren van het aantal bestuurlijke lussen tijdens één beroepsprocedure. Wij voelen ons in deze overtuiging gesterkt door de formulering van bijvoorbeeld artikel 8:47 van de Awb. De bestuursrechter beschikt over een grote vrijheid bij de beslissing inzake het consulteren van een deskundige. Artikel 8:47 van de Awb noemt geen termijn waarbinnen de deskundige aan de bestuursrechter moet adviseren, en maakt het mogelijk dat tijdens één beroepsprocedure diverse deskundigen worden geraadpleegd. Ons is echter niet gebleken dat deze vrijheid problemen veroorzaakt. Zie verder het antwoord op vraag 57. Volgens ons is de bestuursrechter dan ook goed in staat om ervoor te zorgen dat toepassing van de bestuurlijke lus niet leidt tot ernstige vertraging in de afhandeling van het beroep. Dit onder het motto: mild als het kan, en streng als het moet. Bovendien heeft de bestuursrechter ook zelf belang bij het zo kort mogelijk houden van termijnen en het zo min mogelijk meermalen toepassen van de bestuurlijke lus. Verkorting van doorlooptijden is immers een punt dat de structurele aandacht van de

gerechten en de RvdR heeft.

Bij dit alles komt nog dat de RvdR en de gerechten kunnen besluiten om nadere, uniforme termijnen neer te leggen in de diverse procesregelingen.

57 (CU).

De leden van de ChristenUnie hebben begrip voor de argumentatie van indieners om geen vaste termijn waarbinnen een bestuursorgaan het gebrek kan herstellen, in de wet op te nemen. Zij kunnen zich voorstellen dat de termijnen voor herstel van een gebrek aanzienlijk kunnen verschillen per situatie. Indieners laten het aankomen op de praktijk. De leden van de ChristenUnie-fractie vragen de indieners wat volgens hen «een gelegen tijd» is om vast te stellen wat een goede termijn is. Bij «een gelegen termijn» kan aansluiting worden gezocht bij de termijnen die de Awb nu noemt, bijvoorbeeld vier weken zoals in artikel 8:42, eerste lid (inzenden van op de zaak betrekking hebbende stukken en een verweerschrift) en artikel 8:47, vijfde lid (reageren op een rapport van een door de bestuursrechter benoemde deskundige).

Merk overigens op dat de Awb uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid om deze termijn te verlengen, in respectievelijk artikel 8:42, tweede lid, en artikel 8:47, zesde lid. Deze bepalingen worden in de praktijk ook veelvuldig toegepast, vaak op verzoek van degene die een proceshandeling moet verrichten. Dit onderstreept de behoefte aan maatwerk en flexibiliteit.

58 (CU)

Deze leden vragen bovendien naar de praktische uitwerking van de mogelijkheid om de termijn te verlengen. Zou het niet wenselijk zijn om die mogelijkheid van verlenging te betrekken bij het vaststellen «te gelegener tijd» van een vaste termijn? Die mogelijkheid tot verlenging kan immers leiden tot vertragingstactiek.

Voor vertragingstactiek van het bestuursorgaan zijn wij niet bevreesd, in ieder geval zolang de bestuursrechter als dominus litis de verantwoordelijkheid voor de voortgang van de beroepsprocedure draagt.

Artikel 8:51b

59 (SP)

De leden van de SP-fractie lezen in de memorie van toelichting bij het derde lid dat de bestuursrechter de bevoegdheid heeft om «beide termijnen op verzoek van het bestuursorgaan te verlengen.» Wat indien een van de belanghebbenden iets meer tijd nodig heeft om zijn zienswijze over de wijze waarop het gebrek is hersteld, te verzenden? Is dat ook mogelijk? Zo nee, waarom niet?

Uiteraard krijgt ook de belanghebbende uitstel voor het formuleren van een zienswijze over het herstel van het gebrek, indien de belanghebbende daarvoor meer tijd nodig heeft.

Overigens verwachten wij dat de bestuursrechter de bevoegdheid tot het verlengen van een termijn – voor zowel het bestuursorgaan als belanghebbenden – slechts terughoudend zal gebruiken. Zie in dit kader artikel 4, eerste lid, van de Procesregeling bestuursrecht 2008: de rechtbank verlengt een door haar gestelde termijn slechts in uitzonderlijke omstandigheden en indien daarom schriftelijk en gemotiveerd is verzocht. Artikel 11 van de Procesregeling belastingkamers gerechtshoven en artikel 4 van de Procesregeling bestuursrechterlijke colleges 2006 bevatten vergelijkbare regelingen.

Na inwerkingtreding van de Wet bestuurlijke lus Awb zullen de zojuist genoemde procesregelingen van toepassing zijn bij het hanteren van de bestuurlijke lus, die immers een plaats in hoofdstuk 8 van de Awb krijgt (vgl. Kamerstukken II 2007/08, nr. 6, blz. 17).

60 (CU)

De leden van de ChristenUnie-fractie constateren dat ook in artikel 8:51b geen vaste termijn wordt genoemd, terwijl daarvoor toch wel enig vergelijkingsmateriaal in het bestuursrecht of burgerlijk procesrecht voorhanden is. Zou hier niet een redelijke termijn kunnen worden gesteld, zo vragen deze leden.

Wij verwijzen naar de antwoorden op de vragen 56 en 57.

C

Artikel 8:57

61 (CU)

De Raad van State heeft de vraag gesteld of een tussenuitspraak zonder voorafgaande zitting wel in overeenstemming is met de eisen van artikel 6 EVRM, aldus de leden van de CDA-fractie. De indieners antwoorden daarop dat een tussenuitspraak altijd impliceert dat het besluit vernietigbaar is, hetgeen altijd in het voordeel van de eisende burger is. Deelt de regering de opvatting van de indieners of ziet zij een schending van artikel 6 EVRM?

De opvatting van de regering in dezen is ons niet bekend.

Wijzelf blijven van mening dat schending van artikel 6 van het EVRM niet aan de orde is. In dit kader zij allereerst verwezen naar de toelichting op het voorstel (Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, blz. 17–18). Daaraan voegen wij hier het volgende toe.

Partijen kunnen in ieder geval reeds tijdens de beroepsprocedure hun opvattingen over de tussenuitspraak naar voren brengen, namelijk tijdens de zogeheten «bodenzitting» die is als bedoeld als afsluiting van het vooronderzoek. Daar kunnen belanghebbenden betogen dat het bestreden besluit meer en/of andere gebreken kent dan het gebrek dat waarop in de tussenuitspraak is gewezen.

Indien het bestuursorgaan meent dat het bestreden besluit geen gebreken kent, kan het besluiten om geen gebruik te maken van de gelegenheid die de tussenuitspraak biedt, en deze beslissing vervolgens tijdens de bodenzitting toelichten.

Het vorenstaande moge duidelijk maken dat belanghebbenden te allen tijde de gelegenheid krijgen om hun belangen mondeling ten overstaan van een bestuursrechter te bepleiten.

In dit kader signaleren wij overigens dat de bestuursrechter ook tal van andere vooronderzoeksbevoegdheden kan benutten zonder partijen te vragen naar hun mening hierover, terwijl ook het gebruik van deze bevoegdheden verstrekkende gevolgen kan hebben.

Neem het verzoek om schriftelijk inlichtingen te geven (artikel 8:45, eerste lid, van de Awb). De partij aan wie het verzoek is gericht, moet de verlangde medewerking verlenen (artikel 8:28, eerste lid, van de Awb). Als de betrokken partij deze medewerking niet verleent, kan de bestuursrechter daaruit de gevolgtrekkingen maken die hem geraden voorkomen (artikel 8:31 van de Awb). De praktijk is dat de partij die niet of niet adequaat reageert op een «8:45-verzoek», de procedure verliest. Toepassing van artikel 8:45, eerste lid, van de Awb kan dus een doorslaggevende invloed op de einduitspraak hebben, terwijl partijen er eerst tijdens de bodenzitting op kunnen reageren. Hetzelfde geldt voor het oproepen van getuigen (artikel 8:46 van de Awb) en het benoemen van een deskundige (artikel 8:47 van de Awb).

62 (SP)

In dit artikel lezen de leden van de SP-fractie dat de bestuursrechter voldoende mogelijkheden gegeven moeten worden om te bepalen dat

een nader onderzoek ter zitting achterwege moet blijven, omdat het wel eens zou kunnen zijn dat een partij er op uit is de zitting aan te grijpen om de procedure te vertragen. Op welke indicaties baseert de rechter dit vermoeden?

Het komt met enige regelmaat voor dat een eisende partij eertijds met succes heeft verzocht om een voorlopige voorziening, zodat het bestreden besluit is geschorst tot zes weken na verzending van de einduitspraak. Zo'n partij heeft belang bij het zo lang mogelijk uitstellen van de einduitspraak, en kan in de verleiding komen om elke mogelijkheid tot verlenging van de beroepsprocedure aan te grijpen. Daarom vinden wij het belangrijk om de bestuursrechter toe te rusten met een wapen om misbruik van procesrecht zo effectief mogelijk te bestrijden.

In dit kader benadrukken wij – onder verwijzing naar het antwoord op vraag 5 – nogmaals dat de bestuursrechter terdege rekening moet houden met de belangen van alle burgers die gevolgen van de effectuering van het bestreden besluit (kunnen) krijgen. De bestuursrechter wordt dus geacht zich niet alleen te bekommeren om de positie van de tegenstanders van het bestreden besluit, maar zeker ook om de positie van voorstanders van het bestreden besluit.

63 (SP)

Wordt hiermee feitelijk niet het bestuursorgaan beloond voor slecht gedrag of beter gezegd, een onzorgvuldige of onvolledige voorbereiding van het besluit?

Niet genoeg kan worden benadrukt dat uiteindelijk burgers die aan het bestreden besluit aanspraken of verwachtingen ontleen, veel meer last hebben van een slechte voorbereiding van dit besluit, dan het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen. Het in het antwoord op vraag 22 gegeven voorbeeld laat dit duidelijk zien.

Bezien vanuit deze optiek, kunnen de termen «belonen» en «bestrafen» van het bestuursorgaan wat ons betreft beter worden vermeden. Bij constatering van een gebrek gaat het erom de rechtens te respecteren belangen van alle belanghebbenden tegen elkaar af te wegen, en aan de hand daarvan te bezien welke consequenties dit voor de inrichting van de beroepsprocedure en de einduitspraak zou moeten hebben.

64 (D66)

De leden van de fractie van D66 merken op dat een bindende tussenuitspraak kan worden gedaan zonder dat een zitting plaats heeft gevonden. De tussenuitspraak kan deels eindbeslissingen bevatten en dus van ingrijpende aard zijn. Artikel 8:88 Awb is van toepassing op een tussenuitspraak. Uit de jurisprudentie is gebleken dat artikel 8:88 Awb beperkt wordt uitgelegd, en dus dat de tussenuitspraak als een vaststaand gegeven kan worden beschouwd. Volgens de indieners van het wetsvoorstel is het niet laten plaatsvinden van een zitting niet strijdig met artikel 6 EVRM. Dit artikel is volgens de indieners niet aan de orde omdat in het geval van een tussenuitspraak het besluit een gebrek vertoont. De overwegingen van de rechter zijn dus gunstig voor de eisende burger en nadelig voor het bestuursorgaan.

65 (D66)

Echter, voor de eisende burger kan het van belang zijn zich uit te laten over welke gebreken aan het besluit kleven. De eisende burger kan van mening zijn dat er sprake is van meer gebreken. Ook kunnen belanghebbenden bij een tussenuitspraak zonder zitting zich niet uitlaten over de vraag of er überhaupt sprake is van een gebrek. Hoe zien de indieners vanuit dit perspectief de verhouding tussen artikel 6 EVRM en de mogelijkheid om een bindende tussenuitspraak te doen zonder hoorzitting?

Allereerst zij verwezen naar de antwoorden op de vragen 41 tot met 43 (met beschouwingen over de gebondenheid van de bestuursrechter aan diens eigen tussenuitspraak), en naar de antwoorden op de vragen 61 en 62 (met beschouwingen over de mogelijkheden van partijen om hun zienswijze over de tussenuitspraak reeds tijdens de beroepsprocedure mondeling naar voren te brengen). Hieraan voegen wij het volgende toe. Naarmate de bestuursrechter overweegt om meer ingrijpende eindbeslissingen in de tussenuitspraak neer te leggen, bestaat eerder aanleiding om de tussenuitspraak pas te doen na het beleggen van een zitting, gezien de invloed van de tussenuitspraak op de einduitspraak, zeker als meer partijen bij het geschil zijn betrokken.

En de hogerberoepsrechter moet terughoudender zijn met het «rauwelijks» doen van een tussenuitspraak dan de rechtbank, gezien het feit dat tegen zijn uitspraak geen nationale rechtsmiddelen kunnen worden aangewend.

Het vorenstaande geeft ons echter geen aanleiding om het toepassingsbereik van de bestuurlijke lus op voorhand te beperken. Naar onze overtuiging moet en kan de bestuursrechter per individueel geval nagaan of het doen van een tussenuitspraak zonder daaraan voorafgaande zitting de processuele belangen van een partij kan aantasten.

65 (D66)

De leden van de D66-fractie wijzen er ook op dat de bestuurlijke lus een rol zal gaan spelen in bijzondere regelgeving zoals de Wet bijzondere opnemingen psychiatrische ziekenhuizen (Wet BOPZ). Zie voor de toepassing van de Awb in de Wet BOPZ het arrest van de Hoge Raad van 16 maart 2007, BJ 2007, 14 en de conclusie van Advocaat-Generaal F. F. Langemeijer hierbij. In de Wet BOPZ wordt onder andere de gedwongen opname geregeld. Volgens artikel 41 e.v. Wet BOPZ kan beroep worden ingesteld tegen een beslissing van de klachtencommissie bij de rechtbank. Bij een niet tijdige beslissing van de klachtencommissie kan een klacht rechtstreeks voorgelegd worden aan de rechtbank. Hoe verhoudt zich in dit geval de mogelijkheid tot het doen van een bindende tussenuitspraak zonder zitting tot artikel 5 EVRM?

Ingevolge artikel 8:5 van de Awb, gezien in samenhang met onderdeel H1 van de bij dit artikel behorende bijlage, kan tegen besluiten op grond van de Wet Bopz kan geen beroep bij de bestuursrechter worden ingesteld. Dit betekent dat hoofdstuk 8 van de Awb – en dus ook artikel 8:51a – niet van toepassing is op de procedure als bedoeld in artikel 41a van de Wet Bopz.

Daarom kunnen de complicaties waarvoor de leden van D66 vrezen, zich niet voordoen. Toepassing van de door ons voorgestelde bestuurlijke lus is namelijk niet mogelijk in geschillen over de toepassing van de wet Bopz.

66 (D66)

De leden van de fractie van D66 zien de mogelijkheid van het doen van een tussenuitspraak zonder zitting als een probleem. Zij kunnen zich voorstellen dat bijvoorbeeld artikel 8:57 Awb of de artikelen 8:54 en 8:55 Awb van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de bestuurlijke lus. Hoe kijken de indieners van dit wetsvoorstel hiertegen aan?

De suggestie van de leden van D66 maakt dat het instrument van de bestuurlijke lus minder flexibel wordt. Dit heeft twee relevante, en volgens ons niet hypothetische, risico's.

Ten eerste. De bestuursrechters die ernaar streven om een gebrekkig bestreden besluit reeds tijdens de beroepsprocedure door het bestuurs-

orgaan te laten herstellen, vallen terug op de huidige informele praktijk zoals beschreven in de toelichting (Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, blz. 7).

Ten tweede. De bestuursrechters zijn *überhaupt* minder geneigd tot toepassing van wat voor bestuurlijke lus dan ook, en laten het aankomen op de traditionele «kale» vernietiging.

Verbieden van de huidige informele praktijk heeft geen enkele zin, en verplichten tot toepassing van artikel 8:51a, eerste lid, van de Awb is niet aan de orde.

En in zijn algemeenheid geldt: hoe ingewikkelder een regeling die voorziet in een nieuwe bevoegdheid, des te groter kans op het negeren ervan.

67 (D66)

Zoals de leden van de fractie van D66 hierboven hebben gesteld, heeft de invoering van de bestuurlijke lus ook gevolgen voor bijzondere regelgeving, zoals de Wet BOPZ maar ook voor bijvoorbeeld belastingwetgeving. Deze leden missen een toelichting op de gevolgen voor bijzondere regelgeving. Graag ontvangen zij alsnog een toelichting hierop.

De invoering van de bestuurlijke lus heeft geen gevolgen voor de uitvoering van de Wet Bopz; zie het antwoord op vraag 65). In dit kader signaleren wij dat de bestuurlijke lus niet kan worden toegepast in geschillen waarop hoofdstuk 8 van de Awb niet van toepassing is (zoals bij de uitvoering van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften).

Voor de uitvoering van belastingwetgeving geldt dat belastingrechters veel vaker dan andere bestuursrechters op de voet van artikel 8:72, vierde lid, van de Awb zelf in de zaak voorzien, zodat toepassing van de bestuurlijke lus daar naar verwachting uitzondering zal blijven; zie het antwoord op vraag 30.

Voor het overige merken wij op dat de bestuurlijke lus geen invloed heeft op de aard van de door het bestuursorganen te nemen besluiten, maar slechts voor de termijn waarbinnen deze besluiten moeten worden genomen. De gevolgen van invoering van de bestuurlijke lus voor de bijzondere wetgeving zijn dus nihil. Het wetsvoorstel kan wel enige consequenties voor de uitvoeringspraktijk hebben, maar deze consequenties lijken ons beperkt.

E

Artikel 8:72, vierde lid

68 (D66)

Dezelfde vraag – wordt het bestuursorgaan hiermee feitelijk niet beloond voor slecht gedrag? – hebben de leden van de SP-fractie bij dit artikel, de bepaling waarin staat dat de voorbereiding van het nieuwe besluit niet geheel overeenkomstig de eisen bedoeld in afdeling 3.4 hoeft te geschieden. Waarvoor is dat nodig?

Allereerst verwijzen wij naar de antwoorden op de vragen 63 en 66.

Het voorstel tot wijziging van artikel 8:72, vierde lid, van de Awb vindt zijn oorsprong in het streven naar een zo groot mogelijke toepasbaarheid van een bestuurlijke lus die echt zoden aan de dijk zet, dit wil zeggen: daadwerkelijk leidt tot snellere duidelijkheid over de uitvoerbaarheid van het bestreden besluit dan het volstaan met een «kale» vernietiging.

Naar onze overtuiging zijn er situaties waar het geheel overdoen van de bestuurlijke voorprocedure niet leidt tot relevante nieuw informatie, maar wel tot schade aan belangen van derden zoals vergunninghouders (zie in het antwoord op vraag 22 gegeven voorbeeld). Daarom achten wij het gerechtvaardigd om een uitzondering mogelijk te maken. Het spreekt vanzelf (zie ook Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, blz. 19–20) dat de

bestuursrechter afdeling 3.4 Van de Awb niet buiten toepassing mag stellen als daardoor processuele belangen van een partij kunnen worden geschaad.

69 (D66)

Wat is de reden dat de wetgever deze mogelijkheden die nu in dit wetsvoorstel worden geïntroduceerd, maar geldig zijn voor het gehele bestuursprocesrecht, niet eerder heeft geïntroduceerd? Zijn er redenen dat de wetgever dit niet mogelijk heeft gemaakt?

Wij zagen geen geldige reden om mogelijkheid tot buitentoepassingstelling van afdeling 3.4 Van de Awb niet voor het gehele bestuursprocesrecht mogelijk te maken. Immers, ook als toepassing van de bestuurlijke lus achterwege blijft, bestaat nog steeds belang bij een zo snel mogelijke duidelijkheid over de uitvoerbaarheid van een bestreden besluit waaraan een gebrek kleeft.

Wij hebben de parlementaire geschiedenis van artikel 8:72 van de Awb geraadpleegd, maar die zwijgt over de problematiek waarvoor het wetsvoorstel een oplossing wil bieden. Ons is dus niet bekend wat regering en parlement indertijd heeft bewogen om niets regelen over het buiten toepassing stellen van afdeling 3.4 van de Awb door de bestuursrechter.

F

Artikel 8:80a

70 (D66)

De leden van de fractie van D66 hebben nog een paar vragen over het voorgestelde artikel 8:80a Awb. Volgens dit artikel 8:80a dient de rechter in de tussenuitspraak zoveel mogelijk te vermelden op welke wijze het gebrek kan worden hersteld. Hoe verhoudt deze bevoegdheid van de rechter zich tot de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan?

De bestuursrechter moet bij het doen van een tussenuitspraak de bestaande beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan net zozeer respecteren als bij het doen van een einduitspraak; zie ook het antwoord op vraag 20. Het gevolg hiervan is dat het begrip «op welke wijze» beperkter moet worden uitgelegd dan de leden van D66 wellicht veronderstellen.

71 (D66)

Naast de verhouding van dit artikel tot de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan vragen de leden van de fractie van D66 of het voorgestelde artikel 8:80a Awb wel goed zal werken in de praktijk. De Raad van State zegt in zijn advies dat de rechter slecht kan beoordelen hoe de voorbereiding van een besluit moet verlopen. Ook in de literatuur, door B.J. Schueler in het Tijdschrift voor Bouwrecht, is dit gesteld: door het vaak toepassen van evaluatieve en vage normen kunnen de rechtsgevolgen pas gaandeweg de besluitvorming geconcretiseerd worden. Zal het zoveel mogelijk vermelden op welke wijze een gebrek kan worden hersteld niet leiden tot een te grote belasting van de rechter?

Wij verwijzen allereerst naar de antwoorden op de vragen 20 en 70 (over de noodzaak voor de bestuursrechter om de bestaande beleidsen beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan te respecteren), en het antwoord op vraag 29 (over het werk waarmee de bestuursrechter bij een «kale» vernietiging kan worden geconfronteerd).

Met het in de tussenuitspraak zo helder mogelijk verwoorden van de onderzoeksmaatregelen die de bestuursrechter verlangt, kan worden voorkomen dat het bestuursorgaan na toepassing van de bestuurlijke lus

komt met een product – zoals een nader besluit, een aanvullende «vorm-vrije» motivering of een extra (onderbouwing van een) advies – dat de toets der rechterlijke kritiek nog steeds niet kan doorstaan. Zo'n situatie leidt tot dubbel werk voor zowel de bestuursrechter als het bestuursorgaan.

ARTIKEL V

72 (CDA)

In de memorie van toelichting staat, zo merken de leden van de CDA-fractie op, dat ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de bestuurlijke lus kan toepassen. Het bestuursorgaan krijgt dan niet slechts de gelegenheid om gebreken te herstellen, maar het krijgt een opdracht dat te doen. De Raad van State deelt niet de mening van de indieners en stelt dat «bestuursorganen om legitieme redenen een voorkeur kunnen hebben voor een nieuwe besluitvormingsprocedure in plaats van het nemen van een herstelbesluit ter uitvoering van de bestuurlijke lus». Zijn de indieners en de regering dezelfde mening toegedaan als de Raad van State? Graag ontvangen deze leden een reactie.

De opvatting van de regering in dezen is ons niet bekend.

Wijzelf zien nog steeds onvoldoende aanleiding om de verplichting voor het bestuursorgaan bij toepassing van de bestuurlijke lus in hoger beroep te vervangen door een bevoegdheid. In zoverre zij allereerst verwezen naar onze reactie op het advies van de Raad van State (Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 4, blz. 23).

Bovendien, niet valt in te zien waarom de hogerberoepsrechter een bestuurlijke lus nodig acht als dezelfde rechter meent dat het bestuursorgaan een legitieme reden kan hebben om een geheel nieuw besluitvormingstraject te prefereren. Dit heeft welbeschouwd niet zoveel te maken met een respect voor bestaande beleids- en beoordelingsvrijheid, maar veel meer met een gebrek aan vertrouwen in de juistheid van de eigen tussenuitspraak. Het binden van een bestuursorgaan aan een bepaalde (beslis)termijn vormt toch geen aantasting van de vrijheid van het bestuursorgaan bij het afwegen van belangen? Ware dat wel zo, dan zou het opleggen van dwangsommen aan trage bestuursorganen ook een ongerechtvaardigde inbreuk op beleids- en beoordelingsvrijheid vormen. Bij dit alles komt nog dat het bestuursorgaan – net als de bestuursrechter – terdege rekening moet houden met belangen van personen die aan het bestreden besluit aanspraken of verwachtingen ontlenuen, en dat deze personen in geval van hoger beroep reeds geruime tijd in onzekerheid verkeren over hun rechtspositie. Gelet hierop komt ooit een moment waarop het bestuursorgaan aan deze verantwoordelijkheid wordt herinnerd door de bestuursrechter.

Vermeij
Koopmans
Neppérus