

Geschillenbeslechting in het bestuursrecht

Een onderzoek naar de toereikendheid van de middelen die de bestuursrechter ter beschikking heeft om te komen tot finale beslechting van geschillen

Aangeboden aan mr. dr. H.F. Munneke ter beoordeling als afstudeerscriptie voor de opleiding
HBO Rechten aan de Haagse Hogeschool

door

Boris Bastiaan van de Water

‘Non minima negotii pars est adeundi negotii viam nosse.’

‘Het is niet het onbelangrijkste deel van een taak te weten hoe je hem aanpakt.’
Desiderius Erasmus

Voorwoord

Al voor aanvang van mijn opleiding aan de Haagse Hogeschool in 2007 was ik me goed bewust van het feit dat ik aan het einde van het traject een scriptie zou moeten schrijven. Het leek me destijds daarom verstandig om vanaf het begin een lijstje bij te houden met mogelijke onderwerpen. Ik kon mij zo voorstellen dat ik tijdens de verschillende cursussen geïnspireerd zou raken een bepaald onderwerp te onderzoeken. Voordat mijn eerste college begon stonden in mijn lijstje alvast twee onderwerpen opgeschreven, omdat ik vanuit mijn werk al wist dat ik deze interessant zou vinden: 'De bestuurlijke lus' en 'Efficiënte bestuursrechtspraak' stonden er alvast, maar ik was er tegelijkertijd zeker van dat deze lijst aangevuld zou worden met vele alternatieven, ook in andere rechtsgebieden. Dat bleek ook zo te zijn.

Aan het einde van het derde studiejaar waren er notities bijgekomen als 'Aanpassing 120 Gw; toetsen formele wetten aan grondwet?' en 'Art. 326a Sr: Hoe kan iemand hiervoor veroordeeld worden, er moet eerst een eerste keer zijn?'. Uiteindelijk viel de appel niet ver van de boom. Mijn 'roots' en de emotionele band die ik heb met het bestuursrecht (ze is m.i. prachtig geschreven en raakt aan de kern van onze democratie) maakte dat ik dicht bij huis bleef.

Wekenlang heb ik rondgelopen met een 'half-af' onderwerp in mijn hoofd. Hoe begin je aan zoiets? Wat moet ik wel en niet lezen? En waar haal ik de tijd vandaan? De twee colleges van mr. A.R.J. Groot en mr. dr. H.F. Munneke brachten mij op het spoor. Ik zal de metafoor over het 'zoeken naar reisgenoten' nooit vergeten. Stap 1 was bepaald. Hoewel ik de definitieve eindbestemming nog niet kende, wist ik wel wat het vakantieland zou worden: geschillenbeslechting in het bestuursrecht.

Ik ben begonnen met het vinden van mijn reisgenoten. Welke welgeleerde reizigers hadden voor mij deze bestemming al eens bezocht? Dat bleken niet de eerste de beste bestuursjuristen te zijn. Al snel verdiepte ik mij in de reisverslagen van Polak, Marseille en Schueler. Door mijn persoonlijke scriptiebegeleider de heer Munneke werd ik nog gewezen op het prachtige (kwantitatieve) reisverslag van Annika van der Veer. De bestemming was bekend en de koffers gepakt. De reis kon beginnen...

HOOFDSTUK 1	1
Inleiding en onderzoeksopzet	1
1.1 Inleiding (context)	1
1.2 Afbakening	2
1.3 Probleemstelling	3
1.4 Doelstelling en onderzoeksvraag	3
1.5 Leeswijzer	4
1.5.1 De indeling van dit onderzoeksverslag	4
1.5.2 Gehanteerde definities	5
1.5.3 Lijst met afkortingen	6
1.5.4 Terminologie	6
1.6 Methoden	6
HOOFDSTUK 2	8
Het finaal geschilbeslechtende	8
instrumentarium en de meegegeven beperkingen	8
2.1 Inleiding	8
2.2 Het in stand laten van de rechtsgevolgen (8:72 lid 3 Awb)	8
2.2.1 Strekking	8
2.2.2 Meegegeven beperkingen	9
2.3 Zelf in de zaak voorzien (8:72 lid 4 onder c Awb)	9
2.3.1 Strekking	9
2.3.2 Meegegeven beperkingen	9
2.4 Het passeren van een vormgebrek (6:22 Awb)	10
2.4.1 Strekking	10
2.4.2 Meegegeven beperkingen	11
HOOFDSTUK 3	12
De beperkingen volgens vooraanstaande bestuursjuristen	12
3.1 Inleiding	12
3.2 Jurisprudentie	12
3.2.1 Het in stand laten van de rechtsgevolgen (8:72 lid 3 Awb)	12
3.2.2 Zelf in de zaak voorzien (8:72 lid 4 onder c Awb)	13
3.2.3 Passeren van een vormgebrek (6:22 Awb)	14
3.3 Opvattingen van vooraanstaande bestuursjuristen	16
3.3.1 Prof. mr. B.J. Schueler	16
3.3.2 Prof. mr. J.E.M. Polak	18
3.3.3 Mr. dr. A.T. Marseille	19
3.4 Overige relevante opvattingen	20
3.5 Samenvatting van dit hoofdstuk	22
HOOFDSTUK 4	24
Finale beslechting in cijfers	24
4.1 Inleiding	24
4.2 Aantal toepassingen in de praktijk (8:72 lid 3 en 4)	24
4.3 Gemiste kansen	27
4.3.1 Toelichting op het onderzoek	27
4.3.2 Toegepast en toe te rekenen aan rechter	27
4.3.3 Binnen bereik, denkbaar, achter de horizon	28
4.4 Voornaamste reden van niet inzetten instrumenten	31
4.5 Samenvatting van dit hoofdstuk	31

HOOFDSTUK 5	33
Welke beperkingen dan wel ruimte ervaren de bestuursrechters zelf	33
5.1 Inleiding	33
5.2 Annika Van der Veer	33
5.2.1 Toelichting op haar onderzoek	33
5.2.2 De beleving van de bestuursrechters	34
5.2.3 De beleving van het bestuursorgaan (de ambtenaren)	34
5.3 Schueler – Derde evaluatie Awb	35
5.3.1 Inleiding	35
5.3.2 De beleving van de bestuursrechters	36
5.4 Samenvatting van dit hoofdstuk	40
HOOFDSTUK 6	41
Samenvatting en conclusie	41
6.1 Samenvatting	41
6.2 Conclusie	43
HOOFDSTUK 7	44
Persoonlijke stellingname en aanbevelingen	44
7.1 Stellingname	44
7.2 Aanbevelingen	45
HOOFDSTUK 8	47
Slot- en dankwoord	47
HOOFDSTUK 9	49
Bronnen – Literatuurlijst	49

HOOFDSTUK 1

Inleiding en onderzoeksopzet

1.1 Inleiding (context)

Wie het niet eens is met een besluit van een bestuursorgaan kan tegen dat besluit bezwaar maken. Wanneer het bestuursorgaan vervolgens een beslissing neemt op dat bezwaarschrift en de belanghebbende het met die beslissing niet eens is, kan de bezwaarmaker zich wenden tot de bestuursrechter om een oordeel te vragen over de beslissing op het bezwaar.

Wanneer de bestuursrechter heeft vastgesteld dat de indiener van het beroepschrift ontvankelijk is - en hij als rechter bevoegd is het beroep in behandeling te nemen - zal de bestuursrechter het bestreden besluit gaan beoordelen, zowel op vorm als op inhoud en aan de hand van de gronden van het bezwaar. Niet zelden komt het voor dat de bestuursrechter het bestreden besluit naar aanleiding van die beoordeling vernietigt, zonder nadere instructie; de zogenaamde 'kale' vernietiging.

Dit proces leidt vaak tot de lange doorlooptijden van procedures en daarnaast tot rechtsonzekerheid bij de betrokkenen¹. Het behoeft weinig toelichting dat finale beslechting van het geschil voor alle betrokken partijen, uit het oogpunt van geldbesparing, tijdsbesparing, rechtszekerheid en waardering voor de bestuursrechtspraak, de voorkeur geniet (waar mogelijk) boven de 'kale' vernietiging van het bestreden besluit.

De 'kale' vernietiging is velen daarom een doorn in het oog. Regering, de bestuursrechters, burgers en bestuursorganen zijn gebaat bij een uitspraak van de bestuursrechter die het geschil definitief beslecht, de zogenaamde 'finale geschillenbeslechting'. Deze finale geschillenbeslechting houdt de gemoederen van juridisch Nederland en de regering daarom al enige tijd bezig.

In bepaalde gevallen biedt de Algemene wet bestuursrecht de bestuursrechter dan ook de mogelijkheid om als alternatief voor die 'kale' vernietiging te komen tot een definitieve beslechting van het geschil. Er zijn ook gevallen waarbij de bestuursrechter echter geen keus heeft in zijn uitspraak en finale beslechting geen optie is. Maar wanneer de bestuursrechter wel een mogelijkheid ziet om een geschil finaal te beslechten, is het uiteraard van belang dat de middelen die hij daartoe tot zijn beschikking heeft gekregen, toereikend zijn.

¹ Zie hiertoe o.a. memorie van toelichting op het wetsvoorstel Bestuurlijke Lus, [Vermeij, Koopmans en Nepperus, kamerstuk II 2007-2008, 31 352 , pag. 1 en 2), Jaarverslag van de rechtspraak 2009, Raad van de Rechtsspraak 2010.

1.2 Afbakening

Wanneer de bestuursrechter een besluit van een bestuursorgaan in beroep vernietigt, dient het bestuursorgaan in de meeste gevallen een nieuw besluit te nemen. Dit leidt zoals gezegd vaak tot de lange doorlooptijden van procedures en daarnaast tot rechtsonzekerheid bij de betrokkenen.

Bij een aantal van de middelen waarbij een geschil finaal beslecht wordt heeft de bestuursrechter geen keuzevrijheid. Denk bijvoorbeeld aan het niet ontvankelijk verklaren van een appellant. De rechter valt in dit soort gevallen geen echte keuzevrijheid toe. Echter, bij een aantal van de middelen heeft de bestuursrechter zelf de beoordelingsvrijheid om te bepalen of hij die middelen kan en wil toepassen. Daar waar de bestuursrechter de keuze kan maken om een geschil finaal te beslechten, valt de winst te halen. Ik richt mij in dit onderzoek daarom voornamelijk op de drie middelen die de bestuursrechter in dit licht tot zijn beschikking heeft.

De drie middelen die direct gericht zijn op finale beslechting van een geschil én waarbij de bestuursrechter zelf de afweging tot toepassing kan maken zijn de bevoegdheid tot

- het in stand laten van de rechtsgevolgen na vernietiging van het besluit (art. 8:72, lid 3 Awb);
- het zelf in de zaak voorzien (art. 8:72, lid 4 onder c Awb) en
- de bevoegdheid om een besluit ondanks schending van een vormvoorschrift in stand te laten (art. 6:22 Awb).

Het belangrijkste aspect van deze drie bestaande mogelijkheden is dat er, in tegenstelling tot een aantal andere opties om tot geschilbeslechting te komen, geen nieuw besluit hoeft te worden genomen door het bestuursorgaan. Grootste voordeel hierbij is uiteraard de tijd die bespaard wordt doordat het bestuursorgaan de procedure van het nemen van een nieuw besluit niet opnieuw hoeft te doorlopen.

In de meerderheid van de zaken waarin een besluit wordt vernietigd, voorziet de rechter niet zelf in de zaak en laat hij ook de rechtsgevolgen niet in stand. Het zijn deze zaken die al vanaf de tijd van de Wet Arob tot op de dag van vandaag aanleiding geven tot kritiek op het bestuursproces. De aandacht van juridisch Nederland en ook van de regering gaan daarom steeds meer uit naar de finale beslechting van een geschil.

Er is weliswaar ook een aantal uitspraken mogelijk waarbij de rechter niet besluit tot 'kale' vernietiging, maar evenmin het geschil finaal beslecht. Daarbij valt te denken aan een gedeeltelijke vernietiging (artikel 8:72 lid 1 Awb of de opdracht aan het bestuursorgaan ingevolge artikel 8:72 lid 4 onder a.). Echter, gezien mijn beperking in tijd (en daarmee mogelijke scope) heb ik besloten dit onderzoek af te bakenen door mij te richten op slechts die alternatieven voor de 'kale' vernietiging die ook daadwerkelijk tot directe finale beslechting leiden.

1.3 Probleemstelling

De commissie voor de vereniging voor bestuursrecht (hierna: de VAR-Commissie) heeft tien jaar na inwerkingtreding van de Awb in een rapport² geconcludeerd dat de behoefte bestaat dat de bestuursrechter 'in zijn uitspraak het geschil zo enigszins mogelijk definitief beslecht'.

Dat vraagt volgens de Commissie met name om voldoende rechterlijke bevoegdheden om geschillen definitief te beslechten. Welke bevoegdheden dat zouden moeten zijn, vermeldt het rapport niet. De Commissie concludeert echter ook dat de bestuursrechters weliswaar beschikken over de middelen om zelf in de zaak te voorzien en om de rechtsgevolgen in stand te laten, maar dat van die bevoegdheden 'slechts bij uitzondering' gebruik wordt gemaakt. De Commissie vraagt zich echter niet af of de beschikbare middelen wel toereikend zijn.

De reden van de beperkte toepassing (van met name artikel 8:72 lid 4), lijkt vooral gelegen in terughoudendheid van de bestuursrechter om dit middel toe te passen zolang er nog enige keuzevrijheid voor het bestuursorgaan bestaat. Dat is niet geheel onlogisch, want bovengenoemde drie bevoegdheden brengen onvermijdelijk de veel bediscussieerde vraag met zich mee in hoeverre de bestuursrechter hierdoor op de stoel van het bestuursorgaan neigt te gaan zitten door toepassing ervan.

Ook de regering heeft haar wens uitgesproken dat geschillen na afloop van één bestuursrechtelijke procedure definitief worden beslecht. Met andere woorden: dat de eerste bodemuitspraak van de bestuursrechter ook daadwerkelijk een einduitspraak is.

Van belang is dan natuurlijk wel dat de middelen die de bestuursrechter daartoe tot zijn beschikking heeft, toereikend zijn.

1.4 Doelstelling en onderzoeksvraag

De doelstelling van dit onderzoek is ingegeven door in de eerste plaats een voorstel van mijn collega-ambtenaren van de afdeling Juridische Zaken van de gemeente Delft. Ik heb mijn collega's in november 2010 gevraagd om relevante onderwerpen voor mijn onderzoek. Op dat moment bleek discussie op die afdeling te spelen over de vraag op welke wijze vertegenwoordigers van het college van Burgemeester en wethouders van Delft de bestuursrechter (met name de RvS) ertoe zouden kunnen bewegen eerder te kiezen voor finale beslechting, dan voor kale vernietiging van het bestreden besluit.

Dienaangaande ontstond de discussie welke middelen de bestuursrechter tot zijn beschikking heeft, en welke onze voorkeur zou hebben. We zouden dan gedurende het proces de bestuursrechter kunnen verzoeken een specifiek middel toe te passen, als alternatief voor de 'kale' vernietiging.

Het voorstel was daarom om onderzoek te doen naar: 'Hoe kan de bestuursrechter geschillen finaal beslechten? En hoe kunnen wij als bestuursorgaan de rechter daarbij helpen?'.³

² VAR-commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid* Den Haag: 2004.

³ Voorstel mr. J. van der Hoest, coordinator adviespraktijk van Juridische Zaken gemeente Delft

Daarnaast ben ik zelf (buiten de algemene interesse voor dit onderwerp) in het bijzonder geïnteresseerd in de beschikbare middelen omdat ik naast mijn reguliere werk voor Delft, de eerste stapjes aan het zetten ben om een eigen adviesbureau in het bestuursrecht op te starten om burgers (en kleine bedrijven) te ondersteunen bij hun bezwaar en beroepsprocedures.

Ook vanuit die invalshoek kan de beantwoording van de onderzoeksvraag relevant zijn, met name omdat ik zelf vanuit mijn dagelijkse werkzaamheden minder ervaring heb met dit specifieke onderwerp, terwijl dit wel direct relevant kan zijn. Het voorstel van mijn collega's van de afdeling Juridische Zaken heb ik naar eigen inzicht (en met instemming) aangepast naar de onderstaande onderzoeksvraag:

Is het huidige instrumentarium dat de bestuursrechter ter beschikking heeft om een geschil finaal te beslechten toereikend?

Om bovenstaande vraag te beantwoorden zal een aantal deelvragen eerst beantwoord moeten worden. De beantwoording van alle deelvragen moet leiden tot de beantwoording van de onderzoeksvraag.

De Deelvragen

1. Welke relevante instrumenten om tot geschilbeslechting te komen heeft de bestuursrechter?
2. Welke van deze instrumenten zijn finaal geschilbeslechtend?
3. Welke beperkingen dan wel ruimte kennen deze relevante instrumenten volgens de wetsartikelen zelf?
4. Welke beperkingen dan wel ruimte kennen deze instrumenten volgens de jurisprudentie, dan wel hoe wordt deze door Nederlands voornaamste rechtsgeleerden geduid?
5. Hoe vaak worden de relevante instrumenten toegepast en wanneer niet toegepast; wat is daarvan de voornaamste reden?
6. Hoe vaak leidt toepassing van de relevante instrumenten daadwerkelijk tot finale geschilbeslechting?
7. Wanneer de instrumenten worden toegepast en er geen finale beslechting volgt, wat is daarvan de voornaamste reden?
8. Welke beperkingen dan wel ruimte ervaren de bestuursrechters zelf ten aanzien van hun instrumentarium?

1.5 Leeswijzer

1.5.1 De indeling van dit onderzoeksverslag

Dit onderzoeksverslag is op een zo logisch mogelijke manier ingedeeld, waarbij is getracht de hoofdstukken in te delen naar analogie van de verschillende deelvragen.

In hoofdstuk 1 is reeds aangegeven wat de probleemstelling is die ten grondslag ligt aan dit onderzoek.

In hoofdstuk 2 komen de drie relevante⁴ middelen aan bod, waarbij besproken wordt welke beperkingen deze middelen volgens de letterlijke tekst van de wet hebben meegekregen.

⁴ In de paragraaf 'afbakening' is reeds aangegeven welke middelen worden behandeld

In hoofdstuk 3 komen de beperkingen van deze middelen opnieuw aan bod. In dit hoofdstuk wordt gekeken wat de beperkingen zijn die voortvloeien uit de jurisprudentie die betrekking heeft op deze middelen, en hoe deze jurisprudentie wordt geduid door vooraanstaand bestuursjuristen.

Hoofdstuk 4 heeft betrekking op de kwantitatieve gegevens van finale geschillenbeslechting. Er wordt onder andere antwoord gegeven op de vragen hoe vaak deze middelen worden toegepast en wat de gevolgen zijn van deze toepassing.

In hoofdstuk 5 komen de meningen van de bestuursrechters zelf aan het licht. Welke beperkingen ten aanzien van de besproken middelen ervaren zij? In hoofdstuk 6 en 7 zal de onderzoeksvraag beantwoord worden, een persoonlijke positiebepaling worden verwoord en er zullen aanbevelingen worden gedaan.

1.5.2 Gehanteerde definities

Besluit

Een schriftelijke beslissing van het bestuursorgaan gericht op een rechtsgevolg. In dit rapport wordt met 'besluit' overwegend bedoeld op het besluit waartegen het beroep is gericht, ofwel: het bestreden besluit.

Finale geschillenbeslechting

Voor deze definitie wordt aansluiting gezocht bij de definitiebepaling in het onderzoek (Schueller). Er is sprake van definitieve geschillenbeslechting in de volgende gevallen:

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

Kale vernietiging

De vernietiging van het bestreden besluit waarbij de bestuursrechter het bestreden besluit vernietigt, zonder dat hij enige concrete aanwijzing geeft over de wijze waarop het geconstateerde gebrek zou kunnen worden hersteld.

Toereikend

Voor de beantwoording van de onderzoeksvraag is de definitiebepaling van het woord 'toereikend' zeer van belang. Het is in beginsel een relatief begrip. Toch zal het in het belang van dit onderzoek geduid moeten worden.

De mate van toereikendheid wordt in dit onderzoek bepaald door de formele toepasbaarheid volgens de wettelijke tekst van de toepasselijke artikelen in combinatie met de kwantitatieve gegevens over het toepassen van die middelen. Ook

de kwantitatieve en kwalitatieve onderzoeksbevindingen van verschillende juristen en de mening van de bestuursrechters zelf wordt hier in meegewogen.

Kort gezegd: de onderzochte middelen zijn niet toereikend, wanneer in alle mogelijke gevallen waarin finaal geslecht zou kunnen worden dit niet gebeurt omdat de bevoegdheden van de bestuursrechter dit niet toelaten. Omgekeerd: de onderzochte middelen zijn toereikend wanneer in alle gevallen waarin de bestuursrechter finaal zou kunnen beslechten dit ook gebeurt, tenzij andere belemmeringen dan de bestaande bevoegdheden hiertoe de aanleiding zijn.

1.5.3 Lijst met afkortingen

Awb	Wet van 4 juni 1992, houdende algemene regels van bestuursrecht (Algemene wet bestuursrecht)
ABRvS	De afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Cbb	College van beroep voor het bedrijfsleven
CRvB	Centrale Raad van Beroep
MvT	Memorie van Toelichting

1.5.4 Terminologie

Daar waar in dit onderzoeksverslag wordt gesproken van de ‘bestuursrechter’ of ‘de rechter’ is gemakshalve steeds de mannelijke uitgangsvorm gehanteerd. Uiteraard zijn er tevens vrouwelijke bestuursrechters. Daar waar naar de bestuursrechter wordt verwezen in de mannelijke vorm, kan tevens de vrouwelijke vorm gelezen worden.

In hoofdstuk 1 is al aangegeven waarom van alle middelen die de bestuursrechter tot zijn beschikking heeft, slechts drie van die middelen worden besproken in dit onderzoek. Deze drie bevoegdheden worden in het overige deel van dit verslag aangeduid als ‘de middelen’. Daar waar dus gesproken wordt van ‘de middelen’ kan gelezen worden ‘de bevoegdheden die voortvloeien uit artikel 6:22, 8:72 lid 3 en 8:72 lid 4 onder c van de Awb’.

1.6 Methoden

Over het gekozen onderwerp is al veel gepubliceerd. Vele onderzoeken en oraties stonden tot mijn beschikking. De voornaamste onderzoeksmethode is dan ook literatuurstudie. Daarnaast zal worden geput uit de eigen kennis en ervaring op het gebied van het bestuursrecht. De meest relevante publicaties zijn die van mijn reisgenoten, aangevuld met overige documenten waarin onderbouwende of ondergravende stellingen konden worden gevonden.

De voornaamste bron voor dit onderzoek zijn de *Derde evaluatie van de Awb 2006; definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter* (B.J. Schueler 2007). Dit rapport is uitgebracht ten behoeve van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (wodc) te Den Haag.

Het onderzoek is erop gericht duidelijk te maken of de mogelijkheden voor de bestuursrechter om besluiten te toetsen dan wel zelf een beslissing in de zaak te nemen uit de Awb in de praktijk voldoen en te bezien of nadere regelgeving gewenst is. Dit alles om de materiële geschilbeslechting te verbeteren.

De voornaamste onderzoeksmethode betrof kwantitatief jurisprudentieonderzoek. Daarnaast zijn twaalf rechters geïnterviewd en is een expertmeeting gehouden.

Met name de kwantitatieve gegevens en de beschrijving van de mening van de rechters zelf zijn gebruikt als input voor mijn onderzoek, maar in meer algemene zin vormt het evaluatierapport de basis voor mijn eigen onderzoek. Er wordt als het ware ingezoomd op een beperkt aantal middelen waarbij de bestuursrechter het geschil finaal kan beslechten.

Daarnaast worden de bevindingen van Schueler en zijn onderzoeksgroep⁵ vergeleken met de kwantitatieve en kwalitatieve bevindingen van andere rechtswetenschappers. Met name de kwantitatieve gegevens van het proefschrift van Annika van der Veer⁶ en een groot aantal onderzoeken en publicaties van Mr. dr. A.T. Marseille⁷ en prof. mr. J.E.M. Polak⁸ zijn bestudeerd, geanalyseerd en gebruikt om uiteindelijk te komen tot een persoonlijke positiebepaling, conclusie en aanbevelingen.

Tevens zal beperkt jurisprudentieonderzoek plaatsvinden, zowel ingegeven door de verwijzingen in de bovenstaande bronnen als aangevuld met zelfstandig jurisprudentieonderzoek op basis van de specifieke onderzoeksvraag.

⁵ B.J. Schueler; J.K. Drewes; F.T. Groenewegen; W.G.A. Hazewindus A.P. Klap; V.M.Y. van 't Lam B.K. Olivier; E.M. Vogelezang-Stoute

⁶ 'Slagvaardige geschilbeslechting in het bestuursrecht', A. Van der Veer 2011

⁷ O.a. 'De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting door de bestuursrechter', Marseille en Van der Heide 2008

⁸ O.a. 'Effectieve geschilbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten', J.E.M. Polak 2011

HOOFDSTUK 2

Het finaal geschilbeslechtende instrumentarium en de meegegeven beperkingen

2.1 Inleiding

In hoofdstuk 1 (Inleiding en Afbakening) is antwoord gegeven op de eerste twee deelvragen van het onderzoek uit deze scriptie.

In dit hoofdstuk, hoofdstuk 2, wordt antwoord te geven op de deelvraag 'Welk beperkingen dan wel ruimte kennen de overgebleven relevante instrumenten volgens de wetsartikelen' (de meegegeven beperkingen).

De drie voor dit onderzoek relevante bevoegdheden (art. 6:22, 8:72 lid 2 en 8:72 lid 4 onder c) worden achtereenvolgens besproken. Daarbij wordt uiteengezet wat specifiek de beperkingen zijn vanuit de wettekst zelf en de nota van toelichting alsmede waar de bestuursrechter rekening mee moet houden. Dit samen met hoofdstuk 4 schetst een beeld van de totale beperkingen die kleven aan deze drie middelen, zodat een beeld gevormd kan worden van de mogelijke toepassing en daarmee de toereikendheid van deze middelen.

2.2 Het in stand laten van de rechtsgevolgen (8:72 lid 3 Awb)

2.2.1 Strekking

Ingevolge het derde lid van art. 8:72 lid 3 Awb kan de rechter bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand blijven. Het is hierdoor mogelijk dat de rechter uitsprekt dat het bestreden besluit onrechtmatig is en wordt vernietigd, maar tegelijkertijd toch de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand worden gelaten. Het in stand laten van de rechtsgevolgen wordt soms 'gedekt verklaren' genoemd.

Volgens sommigen⁹ kan deze bevoegdheid worden geschaard onder 'zelf in de zaak voorzien'. Onder 'zelf in de zaak voorzien' wordt in dit onderzoek echter bedoeld - zoals onder 'definities, subparagraaf 1.5.2' verwoord - de situatie dat de uitspraak van de rechter in de plaats treedt van het besluit. Daarvan is m.i. bij toepassing van artikel 8:72 lid 3 niet direct sprake, nu de bestuursrechter geen (inhoudelijk) besluit neemt, maar slechts een besluit gericht op de rechtsgevolgen van het besluit van het bestuursorgaan.

De nuance is klein. Mede door het verschil in toepassing door de bestuursrechters en het feit dat de voornaamste onderzoeksbronnen dit onderscheid wel hanteren, is er voor gekozen om in dit onderzoek artikel 8:72 lid 4 onder c als een afzonderlijk middel te beschouwen.

⁹ Ettekoven, 2001

2.2.2 Meegegeven beperkingen

De beperkingen van deze middelen wordt hier gezamenlijk besproken, omdat deze grotendeels overeenkomen.¹⁰

De tekst van artikel 8:72 lid 3 luidt:

‘-1. Indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, vernietigt zij het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk.

...

-3. De rechtbank kan bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan geheel of gedeeltelijk in stand blijven.’

De tekst bevat eigenlijk geen formele voorwaarden voor toepassing, anders dan dat dit middel alleen gebruikt kan worden in samenhang met de gegrondverklaring van het beroep.

De meest voorname beperking van dit middel komt dan ook niet uit de tekst van het artikel zelf, maar uit de nota van toelichting. Die stelt dat de bestuursrechter slechts zelf in de zaak kan voorzien indien na vernietiging ‘...rechts slechts één beslissing mogelijk is’.

2.3 Zelf in de zaak voorzien (8:72 lid 4 onder c Awb)

2.3.1 Strekking

Artikel 8:72 lid 4 onder c van de Awb geeft de rechter de mogelijkheid te bepalen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het bestreden besluit dat hij vernietigt. Dit wordt aangeduid als ‘het zelf in de zaak voorzien’. In tegenstelling tot de ‘kale vernietiging’ hoeft en mag het bestuursorgaan geen nieuw besluit te nemen ter vervanging van het besluit dat is vernietigt. Het ‘zelf in de zaak voorzien’ is daarmee een wijze van finale geschillenbeslechting.

2.3.2 Meegegeven beperkingen

De tekst van artikel 8:72 lid 4 onder c luidt:

‘-1. Indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, vernietigt zij het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk.

-2 ...

-3 ...

-4. Indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, kan zij:

- onder c: bepalen dat haar uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan.’

Ook deze regel bevat eigenlijk geen formele voorwaarde voor toepassing, anders dan dat dit middel alleen gebruikt kan worden in samenhang met de gegrondverklaring van het beroep.

¹⁰ Zoals ook gesteld in ‘Vernietigen of geschillen beslechten?’ (Prof. mr. B.J. Schueler)

De meest voorname beperking van dit middel komt net als artikel 8:72 lid 3 Awb niet uit de tekst van het artikel zelf, maar uit de nota van toelichting, die ook ten aanzien van deze bevoegdheid stelt dat de bestuursrechter slechts zelf in de zaak kan voorzien indien na vernietiging ‘...rechtens slechts één beslissing mogelijk is’.

2.4 Het passeren van een vormgebrek (6:22 Awb)

2.4.1 Strekking

Dit artikel biedt de bestuursrechter de bevoegdheid om een schending van een vormvoorschrift in het bestreden besluit te passeren. Onder een vormvoorschrift wordt verstaan: ‘een voorschrift dat geen eisen stelt aan de materiële inhoud van het besluit maar ziet op de procedure van totstandkoming of de wijze waarop het besluit moet worden genomen of vastgelegd’¹¹.

Dit artikel biedt dus de mogelijkheid om het bestreden besluit in stand te laten, ook wanneer een vormvoorschrift is geschonden. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het achterwegen laten van de mogelijkheid voor een belanghebbende om gehoord te worden. De bestuursrechter is echter niet verplicht tot het toepassen van dit middel.

Van deze mogelijkheid mag de bestuursrechter echter alleen gebruikmaken indien (slechts) sprake is van de schending van een vormvoorschrift en bovendien geen van de belanghebbenden door het gebrek wezenlijk is benadeeld. Was zonder de schending van het vormvoorschrift een andere uitkomst van de besluitvorming mogelijk geweest, dan zal de schending van het vormvoorschrift niet gepasseerd mogen worden.

Het in stand laten van het besluit betekent dat daarmee dat het beroep ten aanzien van het besluit ongegrond wordt verklaard. Het besluit wordt daarmee dus niet vernietigd.

Net als artikel 8:72 lid 3 Awb heeft dit artikel tot doel om te voorkomen dat een besluit wordt vernietigd zonder dat partijen daarmee iets opschieten.

Deze bepaling dient derhalve om te komen tot finale geschilbeslechting. Kenmerkend verschil met de bepalingen uit artikel 8:72 Awb is ten eerste dat toepassing van dit artikel ertoe leidt dat het bestreden besluit niet wordt vernietigd en daarom niet onrechtmatig wordt geacht.

Toepassing van artikel 8:72 lid 3 en 4 Awb kan juist alleen aan de orde zijn nadat het bestreden besluit is vernietigd. Een tweede verschil is dat toepassing van artikel 6:22 Awb slechts mogelijk is indien het aan het besluit geconstateerde gebrek een vormvoorschrift betreft, terwijl aan de toepassing van 8:72 lid 3 Awb niet een dergelijke voorwaarde is verbonden.¹²

¹¹ MvA I, Parl. Gesch. Awb I, p. 314

¹² Bron o.a. Commentaar Bestuursrecht, artikel 8:73 Awb, Sdu

2.4.2 Meegegeven beperkingen

De tekst van artikel 6:22 Awb luidt: 'Een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, kan, ondanks schending van een vormvoorschrift, door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist, in stand worden gelaten indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.'

Uit de letterlijke tekst blijken twee relevante beperkingen. Ten eerste geldt de bepaling slechts in geval sprake is van schending van een vormvoorschrift. Ten tweede mogen belanghebbenden niet benadelen.

HOOFDSTUK 3

De beperkingen volgens vooraanstaande bestuursjuristen

3.1 Inleiding

In de voorgaande paragrafen is uiteengezet wat de relevante instrumenten van de bestuursrechter zijn om tot finale geschilbeslechting te komen (hoofdstuk 1) en welke beperkingen in de wetsartikelen te vinden zijn (hoofdstuk 2). Daarmee is antwoord gegeven op de eerste drie deelvragen.

In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vraag:

‘Welke beperkingen dan wel ruimte kennen de finaal beslechtende instrumenten volgens de jurisprudentie, danwel hoe wordt deze door Nederlands voornaamste rechtsgeleerden geduid?’

Daartoe is de meest in het oog springende jurisprudentie (d.w.z. de meest bediscussieerde) per instrument op een rij gezet.

Daarna worden de diverse meningen van vooraanstaande bestuursjuristen over het finaal beslechtende instrumentarium weergegeven. Het gaat voornamelijk om de opvattingen van drie ‘reisgenoten’ (Schueler, Marseille en Polak), aangevuld met een aantal andere juristen.

Bij de in de volgende paragrafen aangehaalde onderzoeken en uitspraken moet een kanttekening worden geplaatst: een aantal van deze uitspraken is inmiddels gedateerd en in sommige gevallen achterhaald. Aangezien zij wel de recente geschiedenis van de literaire discussie weergeven en bovendien niet vaak te achterhalen is of de persoon die de uitspraak destijds gedaan heeft bij zijn uitspraak is gebleven, zijn zij niet weggelaten in de uiteenzetting.

Omdat de nuance in woordkeuze ten aanzien van de standpunten en conclusies van onderstaande deskundigen regelmatig van groot belang is, is niet te ontkomen aan het regelmatig citeren van de bron. Waar mogelijk is echter eigen tekst en interpretatie daarvan weergegeven. Waar dat niet mogelijk is gebleken wordt nauwkeurige bronvermelding toegepast.

3.2 Jurisprudentie

3.2.1 Het in stand laten van de rechtsgevolgen (8:72 lid 3 Awb)

De jurisprudentie¹³ bevestigde in overwegende mate het uitgangspunt van de memorie van toelichting die stelt dat een rechter in beginsel alleen zelf in de zaak mag voorzien indien er na de vernietiging slechts één beslissing mogelijk is. Diezelfde toelichting op artikel 8:72 Awb nuanceert deze stelling weliswaar door tevens te stellen dat, indien procespartijen zouden verzoeken om ondanks het feit dat discretionaire ruimte aanwezig is, de rechter zelf in de zaak zou kunnen voorzien.

¹³ Zie bijvoorbeeld ABRS 28 juni 1999, JB 1999/196; ABRS 18 december 2002, AB 2003, 147 en JB 2003/45

De uitvoerige en langlopende discussie aangaande het vraagstuk wanneer en in welke mate de bestuursrechter op de stoel van de bestuurder mag zitten volgens de literatuur, wordt later in dit rapport besproken. Vast staat dat het wetsartikel geen relevante beperkingen oplegt. De nota van toelichting doet dat wel enigszins, maar de vraag is in hoeverre we dit doorslaggevend moeten achten voor de interpretatie van het artikel.

De Afdeling laat echter een nieuwe richting zien. Volgens recente jurisprudentie¹⁴ van de ABRvS is voor het in stand laten van de rechtsgevolgen niet langer vereist dat er geen beslissingsalternatieven resteren. De rechtsgevolgen zouden in stand gelaten kunnen worden als de inhoud van het vernietigde besluit de rechterlijke toets kan doorstaan. De jurisprudentie lijkt dus in ieder geval sinds lange tijd te bewegen richting een ruimere vrijheid voor de toepassing van dit middel.

3.2.2 Zelf in de zaak voorzien (8:72 lid 4 onder c Awb)

Een overwegend deel van de jurisprudentie¹⁵ laat zien dat de rechter alleen ‘zelf in de zaak mag voorzien’ als er na zijn beslissing het niet noodzakelijk is dat het bestuursorgaan zelf een nieuw besluit neemt.

De toepassing van artikel 8:72 lid 4 raakt een fundamenteel onderdeel van het onderwerp ‘scheiding der machten’ van Montesquieu¹⁶. Wanneer de bestuursrechter van zijn bevoegdheid gebruikt maakt om zijn uitspraak in de plaats te laten treden van het besluit van het bestuursorgaan (nadat hij dat bestreden besluit heeft vernietigd) komt bij een ieder de vraag op of hij daarmee niet op de stoel van die bestuurder gaat zitten. Die discussie is al zo oud als het voorstel van wet uit 1991¹⁷.

Wel laat de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ook hier een – wat zij zelf in het jaarverslag 2007 omschrijven als – ‘voorzichtige trend’ zien, waarbij zij stelt dat zelfs ‘wanneer het bestuursorgaan nog enige beoordelings- of beleidsvrijheid toekomt, hoeft van finale afdoening door de rechter door zelf in de zaak te voorzien niet altijd te worden afgezien’.¹⁸

Hoewel niet uitgesloten is dat de rechter zelf in de zaak voorziet in gevallen waarin hij constateert dat er nog (een kleine) bestuurlijke keuzevrijheid bestaat, mag zijn beslissing om zelf in de zaak te voorzien de keuzevrijheid van het bestuursorgaan niet doorkruisen¹⁹.

¹⁴ ABRS 2008; LJN BC7627, ABRS 2008; LJN BC7627 en ABRS 2008; LJN BG6401

¹⁵ Zie o.a. CBB 29 januari 2003, LJN AF3991, AB 2003, 225; CRvB 3 januari 2003, AB 2003, 99 en JB 2003/54

¹⁶ Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu was een Frans filosoof en een van de grondleggers van de sociologie

¹⁷ Kamerstuk 22495

¹⁸ Zie voor de toepassing van deze trend bijvoorbeeld AB 2008, 75, AB 2008, 372 en AB 2009, 18

¹⁹ Zie ter onderbouwing onder andere ABRvS 6 februari 2001, AB 2001, 149. Zie onder meer Boukema 1994, p. 12- Leyten-de Wijkersloot de Weerdesteyn 1994, p. 136; Heldeweg 1993; Stroink 1995

Menigeen²⁰ is overtuigd van het belang van de vrijheid van de bestuursrechter om zelf in de zaak te voorzien, met name gezien de behoefte aan efficiënte en effectieve finale beslechting. De discussie gaat in deze regelmatig over de vraag in hoeverre die bevoegdheid de discretionaire bevoegdheid van een bestuursorgaan doorkruist.

Het gaat te ver in dit onderzoek de verschillende standpunten en argumenten te bespreken. Dat is ook niet direct relevant voor de beantwoording van de vraag wat de mogelijkheden en beperkingen ten aanzien van het middel van het zelf in de zaak voorzien zijn. Wel relevant is de constatering van de VAR-Commissie dat 'slechts bij uitzondering gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid'.

3.2.3 Passeren van een vormgebrek (6:22 Awb)

Zowel in de literatuur als in de jurisprudentie wordt veelvuldig gediscussieerd over de vraag wat nu wel en niet een vormvoorschrift is. Volgens het rapport 'Naar een slagvaardiger bestuursprocesrecht' is sprake van een vormvoorschrift als dat voorschrift 'geen eisen stelt aan de inhoud van het besluit, maar ziet op de procedure van totstandkoming of de wijze waarop het besluit moet worden genomen of vastgelegd'.

Niet onder de mogelijk te passeren vormgebreken vallen bijvoorbeeld de bevoegdheidsgebreken, een ontoereikende of ontbrekend mandaat of de situatie dat het bestreden besluit is gebaseerd op een onjuiste grondslag²¹. Ook wanneer het bestuursorgaan achterwege laat om voldoende relevante feitenkennis te vergaren, wordt dit volgens de CRvB niet aangemerkt als vormvoorschrift.

Duidelijk is dat het begrip 'vormvoorschrift' een veelbesproken beperking inhoudt ten aanzien van de toepassing van artikel 6:22. De Commissie Evaluatie Awb I heeft dan ook voorgesteld om de term 'vormvoorschrift' te wijzigen in 'voorschrift inzake de totstandbrenging of de motivering van het besluit'. In lijn met dit standpunt is inmiddels in artikel 1.5 van de Crisis- en herstelwet voor het toepassingsbereik van die wet een verruimde versie van artikel 6:22 opgenomen.

De tweede beperking van het huidige artikel 6:22 is de bepaling dat de belanghebbenden door toepassing niet worden benadeeld. De bestuursrechter kan artikel 6:22 dus niet toepassen als de mogelijkheid bestaat dat derdebelanghebbenden zijn benadeeld, ook niet als die derde-belanghebbenden niet als partij aan het proces deelnemen. Het betreft hier duidelijk niet alleen de procespartijen, maar ook belanghebbenden die geen procespartij zijn.

Het hoeft niet veel fantasie om te bedenken dat het voor de bestuursrechter in veel gevallen onmogelijk is om op voorhand te kunnen vaststellen of, en zo ja, in welke mate belangen van niet procesbetrokkenen worden benadeeld. Wellicht is dit een van de belangrijkere redenen dat de bestuursrechter in de regel niet kiest voor de letterlijke toepassing van dit artikel.

²⁰ Zie ondermeer VAR-Commissie rechtsbescherming 2004, p. 69; Hirsch Ballin 1986, p. 176-197; Ter Brugge e.a. 1990, p. 162-170; Ten Berge/Widdershoven 1993; Brenninkmeijer 1994, p. 13-32; Hutten 1992; Schueler 1994; Neerhof 1999; Polak 2000; Barkhuysen/Van Emmerik/Loof 2000; Van Ettekoven 2001 en 2001 (b); Polak e.a. 2002.)

²¹ Zie o.a. ABRS 1 mei 2000, JB 2000/177 en ABRS 1 maart 2001, JB 2001/92, ABRS 31 oktober 1997, JB 1998/7, en CRvB 29 oktober 1998.

De Crisis- en herstelwet en de aanpassing van de Awb

Met de regeling van artikel 1.5 van de crisis- en herstelwet wordt vooruitgelopen op een wijziging van de Awb²² die in voorbereiding is en waartoe in de Nota 'Naar een slagvaardiger bestuursrecht' de aanzet is gegeven.

Conform het voorstel van wet wordt voorschrift 6:22 Awb aangepast. De regering meent dat voor de beantwoording van de vraag of een gebrek in een besluit kan worden gepasseerd, niet de aard van het geschonden voorschrift beslissend zou moeten zijn, maar uitsluitend het antwoord op de vraag of door de schending iemand is benadeeld.

De zinsnede 'Schending van een vormvoorschrift...' wordt dan, conform de huidige tekst van artikel 1.5 Chw vervangen door: 'schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel'. De rechter zal het artikel uitsluitend toepassen als hij ervan overtuigd is dat ook indien het kleine gebrek niet aan het bestreden besluit zou kleven, hetzelfde besluit zou zijn genomen²³. De hierboven geschetste (ernstige) beperkingen aan de toereikendheid van dit middel zouden hiermee worden opgeheven.

Het wetsvoorstel ziet ook toe op aanpassing van deze beperking. De zinsnede 'de belanghebbende niet worden benadeeld' wordt dan, conform hetzelfde artikel van de Chw, vervangen door '...indien aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld'. De nuancering door de toevoeging van het woord 'aannemelijk' biedt de bestuursrechter de ruimte om die afweging zelf te kunnen maken.

Er zijn echter ook kritische kanttekeningen gemaakt ten aanzien deze aanpassingen. De Raad van State merkte bijvoorbeeld in hun advies²⁴ ten aanzien van de crisis- en herstelwet op dat voor het standpunt dat aanpassing aanbevolen zou zijn in het rapport 'Naar een slagvaardiger bestuursprocesrecht' en de 'Eerste evaluatie Awb' geen sprake is. De Raad van State stelt dat 'Commissie Evaluatie Awb I het weliswaar wenselijk vond dat artikel 6:22 Awb door de rechter minder terughoudend zou worden toegepast, maar daarbij doelde zij volgens de RvS uitsluitend op het passeren van een schending van vormvoorschriften.

De Commissie Evaluatie Awb II raadde een wijziging van de reikwijdte van artikel 6:22 Awb zelfs uitdrukkelijk af, aldus de Raad van State in hun advies ten aanzien van de crisis- en herstelwet. Dat de beperking tot vormvoorschriften de bestuursrechter voor problemen stelt, wordt niet nader toegelicht. Wat wel als een probleem kan worden ervaren en in het wetsvoorstel niet wordt opgelost, is de voorwaarde dat moet blijken dat belanghebbenden niet zijn benadeeld.

De Raad wijst er in hun advies²⁵ ten aanzien van het voorstel tot aanpassing van de Awb op de bestaande mogelijkheid om de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand te laten, wat de Raad van State vraagtekens doet stellen ten aanzien van de meerwaarde van deze aangepaste bevoegdheid.

²² Kamerstukken II 2004/05, 29 279, nr. 16

²³ Kamerstukken II 2009/10, 32 127, nr. 7, p. 37-38

²⁴ Kamerstukken II 2009/2010, 32 127, nr 4

²⁵ Kamerstukken II 2009/2010, 32 450, nr 4

Met deze aanpassing zouden de twee veelbesproken beperkingen worden weggenomen. In de huidige formulering mist artikel 6:22 slagkracht en duidelijkheid, wat verklaart dat dit middel door de bestuursrechters nauwelijks (formeel) wordt toegepast. Redenen om het middel niet toe te passen, ook na de voorgenomen wijziging, kan bijvoorbeeld gelegen zijn in het essentiële of fundamentele karakter van de geschonden norm. Immers, ook na de beoogde wijziging zal artikel 6:22 Awb een bevoegdheid blijven voor de bestuursrechter en geen verplichting.

Wel kan een vraagteken worden gezet bij de (slechts in de MvT) aangegeven beperking aan deze nieuwe bevoegdheid. Wanneer de bestuursrechter de mogelijkheid krijgt om ieder gebrek in het besluit te passeren, kan men zich afvragen in hoeverre de ‘klassieke’ rol van de bestuursrechter als toetser gewaarborgd blijft. Slechts gezien vanuit het licht van doelmatigheid van de bestuursrechtspraak is het voorstel echter goed te verklaren.

3.3 Opvattingen van vooraanstaande bestuursjuristen

3.3.1 Prof. mr. B.J. Schueler

Schueler heeft deelgenomen aan de tweede en derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht. Daarnaast is hij rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Amsterdam.

Allereerst volgt een kort overzicht van Schueler’s algemene bevindingen ten aanzien van (definitieve) geschillenbeslechting in het bestuursrecht. Daarna zal specifiek worden ingegaan op zijn opvatting ten aanzien van de drie te bespreken middelen.

Algemene opvattingen over geschilbeslechtende mogelijkheden

Schueler wijst er op dat wanneer een bestuursrechter een besluit kaal vernietigt, de burger voor de uitkomst van het geschil overgeleverd is aan zijn tegenpartij, het bestuursorgaan. Er is derhalve sprake van een eenzijdige afhankelijkheid.

Deze disbalans kan (definitieve) geschilbeslechting in de weg staan. Dit is nog meer aan de hand in het geval er sprake is van geleden schade door het vernietigde besluit. Het bestuursorgaan kan dan immers haar eigen aansprakelijkheid beïnvloeden met het nieuwe besluit.

Ook geeft Schueler aan dat²⁶ de meeste juristen in het publieksrecht de terughoudendheid van de bestuursrechter om op de stoel van het bestuur te gaan zitten begrijpen, in tegenstelling tot juristen uit het privaatrecht. Die zijn verbaasd dat bestuursrechters zich niet uitspreken over het daadwerkelijke conflict en zich beperken tot het besluit en de slechts daarbij horende en aangedragen bezwaren. Dit besluitmodel (dus het principe uit het bestuursrecht dat het geschil wordt begrenst door het besluit) ziet Schueler ook als een belangrijke belemmering.

Wat verder nog een interessante toevoeging vormt is Schueler’s verwijzing naar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, die heeft geoordeeld²⁷ dat ‘de hervatte besluitvorming na een vernietiging moet worden betrokken bij de bepaling van de redelijke termijn waarbinnen een zaak moet worden behandeld.’

²⁶ JB Plus 2007, pag. 171, ‘Vernietigen of geschillen beslechten?’, Schueler

²⁷ EHRM 19 mrt 1997, EHRM 22 mei 2003

De belemmeringen van art. 8:72 lid 3 en 4 volgens Schueler

Schueler stelt dat de belemmeringen die gelden voor art. 8:72 lid 3 Awb grotendeels overeenkomen met die van lid 4 onder c van datzelfde artikel. Ze worden daarom hieronder gezamenlijk beschreven.

In de eerste plaats wijst hij op de beperking uit de memorie van toelichting bij dit artikel, die stelt dat een rechter in beginsel alleen zelf in de zaak mag voorzien indien er na de vernietiging slechts één beslissing mogelijk is.

De formulering in de memorie van toelichting geeft volgens Schueler een vertekend beeld. Zo stelt hij: 'Het nieuwe besluit moet volledig bepaalbaar zijn, zonder dat er nog belangrijke voorvragen moeten worden beantwoord, maar dat betekent niet dat er 'rechtens nog maar één beslissing mogelijk mag zijn.'²⁸

De bestuursrechter neem volgens Schueler meer ruimte indien hij alleen hoeft te oordelen over aspecten waarvan het primaat niet slechts tot het bestuur toebehoort. Te denken valt naar zijn mening dan aan strafsancties en schadevergoedingen wegens onrechtmatige daad.

De rechter zou volgens Schueler soms zelf in de zaak voorzien op verzoek van een of meer van de partijen. Ook dan wordt de rechter nog beperkt door het besluitvormingsprimaat van het bestuur, namelijk wanneer er nog bestuurlijke keuzes moeten worden gemaakt. De rechter heeft dan de standpunten van het bestuur nodig om aan het verzoek te kunnen voldoen.

De bestuursrechter is niet verplicht om geschillen die zich daarvoor lenen, ook daadwerkelijk definitief te beslechten. Een bestuursrechter moet zich verantwoorden wanneer hij wel zelf in de zaak voorziet. Schueler heeft een relevant advies.²⁹ Hij stelt namelijk dat het beter zou zijn wanneer dit wordt omgedraaid om geschilbeslechting te stimuleren. De bestuursrechter zou zich moeten verantwoorden wanneer hij niet finaal beslecht.

De belemmeringen van art. 6:22 Awb volgens Schueler

Om gebreken te kunnen passeren zou volgens Schueler de bestuursrechter zeker moeten weten dat deze niet relevant zijn voor de uitkomst van het geschil. Dit maakt het nodig dat beslissingsalternatieven worden onderzocht.³⁰

Daarnaast voert hij aan dat er onduidelijkheid bestaat over wat wel en niet onder een vormvoorschrift mag worden verstaan. Dit werkt volgens Schueler belemmerend bij de toepassing van dit instrument. Schueler wijst daarbij wel op het concept-wetsvoorstel van 27 april 2006, waarmee in het bestuursprocesrecht het woord 'vormvoorschrift' zou worden vervangen met het woord 'voorschrift', wat in diverse literatuur reeds was bepleit als mogelijke oplossing. Dit voorstel³¹ is uiteindelijk (pas) 24 juli 2010 bij de Tweede kamer ingediend.

²⁸ JB Plus 2007 'Vernietigen of geschillen beslechten?', pag. 175, Schueler

²⁹ Derde evaluatie Awb, aanbeveling 1b

³⁰ Schueler, artikel JB Plus 2007 'Vernietigen of geschillen beslechten?' pag. 174

³¹ Wijziging van de Awb en aanverwante wetten met het oog op enige verbeteringen en vereenvoudigingen van het bestuursprocesrecht'

In het algemeen is Schueler van mening dat het niet meer mogelijk moet zijn dat 'een rechter ongemotiveerd halverwege ophoudt met de beslechting van het geschil'³². Hij zou zich voortaan moeten verantwoorden waarom hij niet op de stoel van het bestuur is gaan zitten.

Dat zou hij mee moeten nemen in zijn motivering en dat zouden volgens Schueler verschillende redenen kunnen zijn, die in de evaluatie uitgebreid besproken zijn, zoals de benodigde inhoudelijke deskundigheid, ingrijpend gewijzigde omstandigheden, belangen van derden, of complexiteit van de herstelbesluitvorming.

3.3.2 Prof. mr. J.E.M. Polak

Jaap Polak is hoogleraar Staats- en bestuursrecht en docent aan de Universiteit van Leiden. Daarnaast is hij voorzitter van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, lid van het bestuur van de Vereniging van bestuursrecht en leidde hij de eerste evaluatie van de Awb. In 2000 werd zijn proefschrift getiteld 'burgerlijk rechter of bestuursrechter' gepubliceerd. Daarnaast heeft hij diverse publicaties in het kader van effectieve bestuursrechtspraak op zijn naam staan.

Algemene opvattingen over geschilbeslechtende mogelijkheden

In het onderzoeksrapport uit 2000 '*Burgerlijk rechter of bestuursrechter?*' stelt³³ Polak dat, hoewel de wetgever een aantal belangrijke bevoegdheden aan de bestuursrechter heeft toegekend om geschillen finaal te beslechten, deze zelfde wetgever (met name in de nota van toelichting) terughoudendheid heeft gepredikt ten aanzien van de toepassing ervan.

In 2002 stelt hij vervolgens dat ondanks deze roep om terughoudendheid, de bestuursrechter doorgaans optimaal gebruik maakt van zijn toegekende bevoegdheden om finaal te beslechten³⁴.

In het licht van de discussie over de 'scheiding der machten' onderkent Polak dat er 'meer mogelijkheden zijn om tot finaal geschilbeslechting te komen, waarbij toch de vrijheden worden gerespecteerd'.

Ook stelt hij dat er behoefte is aan definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter bij zowel de burger als het bestuur en dat op dit moment (dat wil zeggen in ieder geval op het moment dat hij het artikel schreef) het uitgangspunt bestaat dat een bestuursrechter altijd dient na te gaan, wanneer hij tot vernietiging over wil gaan, of er mogelijkheden aanwezig zijn om tot finaal geschilbeslechting te komen, waarbij hij verwijst naar de uitspraak van ABRvS van 10 december 2008, JB 2009 39.

De belemmeringen van art. 8:72 lid 3 en 4 Awb volgens Polak

Polak is van mening³⁵ dat de letterlijke tekst van deze artikelen een veel ruimer gebruik van deze bevoegdheid dan op dit moment wordt ingezet, niet verbiedt. Het is met name de nota van toelichting en de betreffende jurisprudentie die vergaande beperkingen opwerpt.

³² JB Plus 2007 'Vernietigen of geschillen beslechten?', pag. 181. Schueler

³³ Polak, 2000, pag. 13-14

³⁴ Polak, Van Lessen Kloeke & Van der Mersch 2002, samenvgevat door A. Van der Veer, proefschrift 2011, pag. 17

³⁵ Polak, 2000, pag. 55

Polak zet in zijn artikel 'Vijftien jaar geschillenbeslechting onder de Algemene wet bestuursrecht' (2009) kort uiteen hoe in het verloop van die vijftien jaar de toepassing van artikel 8:72 lid 4 steeds ruimer werd, onder invloed van diverse evaluaties, de wetenschap en praktijk. De vroege jurisprudentie van met name de Afdeling legde nog de beperking op dat het artikel slechts kon worden toegepast wanneer er na het vernietigde besluit nog slechts een besluit mogelijk was.

Volgens Polak werd reeds in de eerste evaluatie van de Awb verzocht om deze beperking op te rekken en wel zo dat de bijvoorbeeld voor de gevallen waarbij sprake is van beperkte beleidsvrijheid of afstand is gedaan van deze vrijheid. Dit, aldus Polak, mede ingegeven door het onderzoek van Utrecht-Tilburg³⁶ en de dissertatie van Schueler 'Vernietigen en opnieuw voorzien'.

Polak stelt verder vast dat 'tot een paar jaar geleden' de bestuursrechters in de praktijk zeer terughoudend bleven, op uitzonderingen van de belastingrechter en de socialeverzekeringsrechter na.

De terughoudendheid verklaart hij door het lastig kunnen beslechten bij meerpartijengeschillen, en het blijvende uitgangspunt dat de rechter de beoordelings- en beleidsvrijheid moet respecteren.

3.3.3 Mr. dr. A.T. Marseille

Bert Marseille is bijzonder hoogleraar Empirische bestudering bestuursrecht en bestuurslid van de Vereniging voor Bestuursrecht. Daarnaast is hij universitair hoofddocent aan de Rijksuniversiteit Groningen en treedt hij op als rechter-plaatsvervanger bij de rechtbank Groningen. Marseille heeft inmiddels vele publicaties en annotaties op het gebied van bestuurlijke geschillenbeslechting op zijn naam staan.

Algemene opvattingen over geschilbeslechtende mogelijkheden

Marseille erkent het belang van korte doorlooptijden in het bestuursrecht. Hij stelt dan ook dat bestuursrechters tot doel moeten hebben, naast het handelen in overeenstemming met het recht, in zo kort mogelijke tijd geschillen finaal te beslechten.

In algemene zin is zijn standpunt dat de bestuursrechter in de regel een weinig actieve houding aanneemt en neigt naar een lijdelijke rol. Wanneer een bestuursrechter zichzelf een meer actieve rol aanmeet maakt dat de kans groter dat hij onrechtmatigheden bij het bestuur ontdekt. Er zijn wat Marseille betreft opvallende verschillen te constateren onder rechtbanken wat betreft doorlooptijden en lijdelijkheid.

Bij een actieve opstelling wordt volgens Marseille een duidelijk langere doorlooptijd geconstateerd, waarbij dan wel de kans dat een burger het beroep wint iets toeneemt³⁷.

³⁶ 'Algemeen Bestuursrecht; Hoger Beroep' R.J.M. Widdershove, F.A.M Stroink e.a. 2001

³⁷ A.T. Marseille 'Effectiviteit van de bestuursrechtspraak; een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechterlijke beroepsprocedures,' Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, 2004

Marseille stelt in een artikel in JBplus uit 2008³⁸ ook dat voor ‘een groot aantal besluiten die de bestuursrechter vernietigt is finale geschilbeslechting door de rechter geen nastrevenswaardig doel , hetzij omdat de rechter zich aan het geschil zou vertillen, hetzij omdat het efficiënter is het bestuur na de vernietiging op eigen kracht een vervangend besluit te laten nemen dan het bestuur dat onder regie van de rechter te laten doen.’

Hoewel Marseille tevens ingaat op de specifieke belemmeringen van de middelen, is de belangrijkste boodschap uit zijn onderzoek dat de bestuursrechters niet optimaal gebruik maken van het finaal-geschilbeslechtende instrumentarium.

De belemmeringen van art. 8:72 lid 3 Awb volgens Marseille

De bestuursrechter mag volgens Marseille alleen gebruik maken van art. 8:72 lid 3 Awb als het zeker is dat het bestuur na de vernietiging materieel precies hetzelfde besluit zal nemen als het vernietigde besluit of wanneer er geen enkele twijfel bestaat over welk besluit genomen zou moeten worden na vernietiging.

Marseille (en Van der Heide) stellen dat dit door de bestuursrechter met zekerheid vastgesteld kan worden door te constateren dat er geen beleidsvrijheid resteert ten aanzien van te nemen beslissing en de beslissing op juiste feiten is gebaseerd. Wel wijst Marseille er op dat dit het traditionele uitgangspunt is en dat er inmiddels andere geluiden te horen zijn³⁹. Die andere geluiden sturen aan op een meer offensieve benadering, waarbij de bestuursrechter eerder geneigd zou zijn het initiatief te nemen.

De belemmeringen van art. 8:72 lid 4 Awb volgens Marseille

Ten aanzien van de bevoegdheid zelf in de zaak te voorzien stelt Marseille dat wanneer de bestuursrechter constateert dat een besluit moet worden vernietigd, hij eerst moet onderzoeken of de rechtsgevolgen in stand kunnen blijven. Slechts wanneer dit niet het geval is, kan hij eventueel overgaan tot zelf in de zaak voorzien.

3.4 Overige relevante opvattingen

Naast de prominente meningen van Polak, Schueler en Marseille is in de loop van de bestaansduur van de Awb veel meer geschreven over de beperkingen van de bestuursrechter om geschillen finaal te beslechten. Hieronder wordt een eenvoudige opsomming gegeven van de meest relevante opvattingen van een aantal andere vooraanstaand Nederlands bestuursjuristen.

Mr. P.J. Boukema⁴⁰

In 1994 stelde Boukema, destijds lid van de Raad van State, dat de bestuursrechter de bevoegdheid uit artikel 8:72 lid 4 Awb slechts mag gebruiken wanneer er na de vernietiging slechts één vervangend besluit mogelijk is.

³⁸ JB plus 2008 ‘De onderbenutting van dmogelijkheden tot finale geschilbeslechting door de bestuursrechter’ , pag. 80

³⁹ Marseille verwijst hierbij naar Van Angeren(2007), Schueler (1994), Van Ettehoven (2001) en diverse jurisprudentie (o.a. CrvB 5 maart 2007, AB 2007, 385 m.nt.Marseille; CBB 16 januari 2008, JB 2008/84; ABRvS 30 januari 2008, JB 2008/59 m.nt Albers)

⁴⁰ Mr. P.J. (Piet) Boukema was van 1976 tot 2000 lid van de Raad van State, daarna tot 2003 lid van de Raad van State in buitengewone dienst. Hierbinnen was hij van 1990 tot 1994 voorzitter van de Afdeling rechtspraak en van 1994 tot 2000 voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, waarvan hij op 30 maart 2000 afscheid nam.

*Dr. A.R. Neerhof*⁴¹

Neerhof stelt onder andere dat het respect voor het besluitvormingsprimaat van het bestuur, voor de beleidsvrijheid van en expertise bij het bestuur en/of behoud van rechtsbescherming belangrijke beperkingen aan gebruik van procesrechterlijke instrumenten voor finale afdoening van zaken stellen⁴².

*Dr. J.A. van Kemenade*⁴³

De werkgroep *Van Kemenade* ondersteunt in hun rapport uit 1997⁴⁴ de stelling dat de leer van de machtscheiding strikt gehandhaafd dient te worden en dat het absoluut onwenselijk is als 'de rechter een democratisch genomen besluit op inhoudelijke gronden vernietigt en zijn oordeel in de plaats stelt van het oordeel van het bestuur'.

In hetzelfde rapport concludeert de werkgroep 'dat de bestuursrechters in Nederland, in het algemeen gesproken, wellicht niet de intentie hebben om regelmatig op de stoel van het bestuur te gaan zitten, maar dat zij deze neiging in de praktijk te vaak niet kunnen onderdrukken. Dat gebeurt zelden op openlijke wijze, maar meer bedekt of impliciet'.⁴⁵

*Mr. B.J. van Ettekoven*⁴⁶

Van Ettekoven stelt dat de toepassing van artikel 8:72 lid 4 Awb door een aantal factoren wordt bemoeilijkt, zoals: beleids- en beoordelingsvrijheid bestuur; meer dan twee partijen; ontbrekende specifieke expertise bij bestuursrechter; procedurele en formele vernietigingsgronden; geschil betreft het niet (tijdig) beslissen; zelf voorzien leidt tot reformatio in peius.

Toch stelt⁴⁷ Van Ettekoven dat het toepassen van deze bevoegdheid niet geheel uitgesloten is wanneer er nog beslissingsalternatieven bestaan. Wanneer het bestuur heeft verzuimd een of meer herstel mogelijkheden te gebruiken en de procedure al lang loopt zou de bestuursrechter wat Ettekoven betreft zich activer op mogen stellen en zich minder laten inperken door de formele factoren.

*Mr. J.A.R. van Angeren*⁴⁸

Van Angeren is van mening⁴⁹ dat de passage in de memorie toelichting (art. 8:72 lid 4) 'geen vaste leidraad bij de toepassing van de bepaling hoeft te zijn'. Hij vraagt zich af of de triasgedachte 'nog strikt houdbaar is' en onderzoekt dit door zijn aandacht te richten op de drie soorten afdoeningen die in art. 8:72 Awb staan genoemd.

⁴¹ Richard Neerhof is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit van Amsterdam en lid van de praktijkgroep bestuurs- en omgevingsrecht van Kennedy Van der Laan.

⁴² Neerhof 1999, pag. 86

⁴³ Dr. J.A. (Jos) van Kemenade ss Hoogleraar onderwijs-sociologie en ex-minister van onderwijs. Hij heeft tijdens zijn carrière uiteenlopende wetenschappelijke, bestuurlijke en maatschappelijke activiteiten verricht.

⁴⁴ Van Kemenade, 1997, Rapport over de terugdringing van jurisdisering van het openbaar bestuur

⁴⁵ Van Kemenade 1997, pag. 31-32

⁴⁶ Mr. B.J. van Ettekoven is Hoogleraar Staats- en bestuursrecht, in het bijzonder bestuursprocesrecht en overheidsaansprakelijkheidsrecht, aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam en is lid van de vereniging van bestuursrecht.

⁴⁷ Ettekoven, 2001, pag. 83

⁴⁸ Mr. J.R. van Angeren is staatsraad in buitengewone dienst en raadsheer-plaatsvervanger aan het gerechtshof te 's-Gravenhage

⁴⁹ Van Angeren (2007)

Volgens Van Angeren is de conservatieve opvatting ‘de rechter moet niet op de stoel van het bestuur gaan zitten’, een te ongenueanceerde en is de houding van de bestuursrechter ten aanzien van het gebruik van de bevoegdheid zelf in de zaak te voorzien voor verandering vatbaar.

*Prof. mr. A.Q.C. Tak*⁵⁰

Twan Tak heeft een geheel andere oplossing⁵¹ voor de problemen die worden geconstateerd ten aanzien van de effectiviteit van de bestuursrechtspraak in Nederland. Volgens Tak zouden we helemaal af moeten van het vernietigingsberoep en het oordelen over de individuele rechtspositie van de burger volledig aan de rechter moeten overlaten.

De inperking die het besluitbegrip opwerpt maakt effectieve geschillenbeslechting vaak onmogelijk volgens Tak. Een opmerkelijk en interessewekkend onderwerp, dat helaas buiten de reikwijdte van dit onderzoek valt. In het laatste hoofdstuk zal nog kortstondig worden stilgestaan bij de opinie van Tak.

3.5 Samenvatting van dit hoofdstuk

Dit hoofdstuk geeft een antwoord op de deelvraag:

Welke beperkingen dan wel ruimte kennen de finaal beslechtende instrumenten volgens de jurisprudentie, dan wel hoe wordt deze door Nederlands voornaamste rechtsgeleerden geduid?’

In algemene zin kan worden geconcludeerd dat zowel de jurisprudentie, als de visie van vooraanstaand bestuursjuristen eenduidig is over de stelling dat het toepassing van de middelen wordt beperkt door de bestuurlijke vrijheid van het bestuursorgaan. Een overwegend deel van de jurisprudentie bevestigde het uitgangspunt van de memorie van toelichting dat stelt dat de bestuursrechter slechts zelf in de zaak mag voorzien als geen beslissingsalternatieven meer voorhanden liggen⁵².

Vooraanstaand juridisch Nederland denk verschillend over de (wenselijke) vrijheid die de bestuursrechter heeft om geschillen finaal te beslechten.

Zo is een aantal juristen⁵³ van mening dat een strikte scheiding tussen het bestuur als uitvoerder en de bestuursrechter als toetser bestaat en moet bestaan.

Het andere deel van de juristen heeft een andere mening die vooral de nadruk legt op het verband tussen de scheiding der machten en de wens naar effectievere geschillenbeslechting. Schueler, Polak, Van Ettekoven zien de bevoegdheid van de bestuursrechter om zelf in de zaak te voorzien, ook wanneer er nog beslissingsalternatieven bestaan.

⁵⁰ Prof. mr. A.Q.C. Tak is Hoogleraar aan de Universiteit Maastricht en werkt als raadsheer bij de Centrale Raad van Beroep. Hij was een van de grondleggers van de Maastrichtse School.

⁵¹ De ongewenste Discussie, Ten Berge, Stroink, Tak, De waard, Widdershoven 1992, pag. 67-84, en ‘Het Nederlands Procesrecht in Theorie en Praktijk’ 2005 hoofdstuk 17

⁵² Zie bijvoorbeeld ABRvS 8 juli 1996, AB 1996, 344, m.nt P.JJ. van Buuren

⁵³ Neerhof, Kernemade, Boukema

Dit zou dan met name mogelijk zijn wanneer partijen ter zitting overeenstemming kunnen verkrijgen over de invulling van de beleidskeuze die de bestuursrechter 'namens' het bestuur in het vonnis zou opnemen.

Ook wanneer een procedure langlopend zou zijn, bijvoorbeeld mede vanwege (procedurele fouten) van het bestuursorgaan in de loop van dat proces, zou de behoefte aan rechtszekerheid en effectiviteit moeten kunnen prefereren boven de strikte scheidingsinterpretatie.

Polak wijst in het bijzonder op de wenselijkheid dat de bestuursrechter voordat hij vernietigt eerst onderzoekt op finale beslechting mogelijk is. Van Ettekoven gaat zelf verder en vraagt zich openlijk af of de scheidingsleer op de wijze waarop deze in het verleden is gehanteerd, nog wel houdbaar is.

Het antwoord op de deelvraag luidt:

De beperkingen ten aanzien van het passeren van vormvoorschriften (6:22 Awb) hangt voornamelijk om het 'enge' begrip vormvoorschrift. Er is een voorstel tot wijziging van wet aanhangig dat hier verandering in zou moeten brengen.

Ten aanzien van het in stand laten van de rechtsgevolgen (8:72 lid 3 Awb) en het zelf in de zaak voorzien (8:72 lid 4 onder c) is de jurisprudentie in het verleden duidelijk gericht geweest om de tekst uit de nota van toelichting bij dit artikel, die toepassing slechts toekent indien de keuzevrijheid van het bestuur niet wordt doorkruist. Recentere jurisprudentie laat zien dat de bestuursrechter een iets ruimere interpretatie hanteert en (voorzichtig) meer ruimte biedt om finaal te beslechten ten koste van die strikte scheiding.

Juridisch Nederland is het er echter over eens dat er een zwaarwegende beperking geldt ten aanzien van het zelf in de zaak te voorzien, die is ingegeven door het primaat van het bestuur. Over de vraag in hoeverre deze belemmering terecht is en of deze in stand zou moeten blijven zijn de meningen van de juristen verdeeld. Voorstanders van een minder strikte interpretatie van de scheidingsleer wijzen op de winst die te halen valt op het gebied van tijd, geld en rechtszekerheid.

HOOFDSTUK 4

Finale beslechting in cijfers

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zullen de volgende deelvragen worden beantwoord:

- *Hoe vaak worden de relevante instrumenten toegepast en wanneer niet toegepast, wat is daarvan de voornaamste reden?*
- *Hoe vaak leidt toepassing van de relevante instrumenten daadwerkelijk tot finale geschilbeslechting?*
- *Wanneer de instrumenten worden toegepast en wanneer er geen finale beslechting volgt, wat is daarvan de voornaamste reden?*

Als eerste wordt uiteengezet hoe vaak de bestuursrechter na vernietiging de rechtsgevolgen in stand laat of zelf in de zaak voorziet. Daarbij wordt meteen bekeken in hoeveel van die gevallen dat ook daadwerkelijk leidt tot finale geschilbeslechting.

Deze uiteenzetting is te vinden in de paragraaf 'Aantal toepassingen in de praktijk' en is gebaseerd op de derde evaluatie van de Awb, het rapport 'Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter' Schueler (e.a.) 2007.

Daarna wordt bekeken hoe vaak een bestuursrechter mogelijkheden om de rechtsgevolgen in stand te laten of zelf in de zaak te voorzien heeft laten liggen en wat daarvan de voornaamste reden is. Dit is terug te vinden in de paragraaf 'Gemiste kansen'.

Hierbij is gebruik gemaakt van zowel de cijfers uit het onderzoek van Schueler als van het onderzoek van Marseille & Van der Heide,⁵⁴ aangevuld met een vergelijkbaar onderzoek door P.A. Willemsen (e.a.) bij de rechtbank van Utrecht⁵⁵.

Vervolgens zullen de voornaamste redenen uiteen worden gezet waarom toepassing van de geschilbeslechtende instrumenten toch niet altijd leidt tot finale beslechting, volgens Schueler en Marseille.

Tot slot zullen de bevindingen worden samengevat.

4.2 Aantal toepassingen in de praktijk (8:72 lid 3 en 4)

Tijdens de derde evaluatie van de Awb zijn o.a. uitspraken uit het jaar 2005 onderzocht van vijf verschillende beroepsinstanties, te weten de ABRvS (kamers 1, 2 en 3), de CRvB, CBb en twee rechtbanken. De onderzochte uitspraken betroffen uitspraken in hoofdzaak waarbij sprake was van vernietiging van een besluit van een bestuursorgaan.

⁵⁴ 'De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting' door de bestuursrechter' 2008

⁵⁵ 'Definitieve geschilbeslechting becijferd' gepubliceerd in JB Plus in 2010

De meest relevante kwantitatieve bevindingen uit het onderzoek van Schueller e.a. zijn weergegeven in tabel 1 (mate van toepassing en het slagingspercentage van art 8:72 lid 3) en tabel 2 (mate van toepassing en het slagingspercentage van art 8:72 lid 4). Beide tabellen zijn samengesteld op basis van het stroomschema uit de bijlage van het evaluatierapport, aangevuld met eigen berekeningen op basis van diezelfde cijfers. Hierdoor is het slagingspercentage van de beide instrumenten afzonderlijk en per instantie inzichtelijk gemaakt.

Wanneer de cijfers tezamen bekeken worden is de belangrijkste constatering dat in het jaar 2005 door de vijf beroepsinstanties zowel art 8:72 lid 3 Awb (in stand laten rechtsgevolgen) als art. 8:72 lid 4 Awb (zelf in de zaak voorzien) relatief weinig werden toegepast, namelijk 9% en 18% van de bedoelde vernietigingen. Oftewel: bij slechts 27% van de vernietigingen is (zichtbaar) gebruik gemaakt van de twee voornaamste instrumenten om tot finale geschilbeslechting te komen.

Tabel 1. Definitieve geschilbeslechting d.m.v. art. 8:72 lid 3 Awb per instantie (2005)

	Uitspraken	Vernietigingen		Toepassing art. 8:72 3e lid			Definitief beslecht			
		Absoluut aantal	% vd uitspraken	Absoluut aantal	% vd vernietigingen	% v.d uitspraken	Absoluut aantal	% vd toepassing	% vd vernietigingen	% vd uitspraken
Instantie	Totaal (1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	(10)
ABRvS	3399	789	23	27	3	1	26	96	3	1
CRvB	4491	828	18	126	15	3	122	97	15	3
CBb	591	173	29	13	8	2	13	100	8	2
Rechtbank 1	586	222	38	14	6	2	12	86	5	2
Rechtbank 2	1431	452	32	49	11	3	40	82	9	3
Totaal colleges	10498	2464	24	229	9	2	213	93	9	2

Een tevens relevante constatering is dat de bestuursrechters dan wel minder vaak de rechtsgevolgen in stand laten dan dat zij zelf in de zaak voorzien, maar dat het in stand laten van de rechtsgevolgen wel duidelijk effectiever is, gezien het slagingspercentage van 93% finale geschilbeslechting (t.o.v. 73% finale geschilbeslechting bij toepassing van 8:72 lid 4 – zelf voorzien).

Tabel 1 2. Definitieve geschilbeslechting d.m.v. art. 8:72 lid 4 Awb per instantie (2005)

Instantie	Uitspraken	Vernietigingen		Toepassing art. 8:72 4e lid			Definitief beslecht			
	Totaal	Absoluut aantal	% vd uitspraken	Absoluut aantal	% vd vernietigingen	% v.d uitspraken	Absoluut aantal	% vd toepassing	% vd vernietigingen	% vd uitspraken
Instantie	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	(10)
ABRvS	3399	789	23	205	26	6	103	50	13	3
CRvB	4491	828	18	123	15	3	113	92	14	3
CBb	591	173	29	60	35	10	56	93	32	9
Rechtbank 1	586	222	38	15	7	3	15	100	7	3
Rechtbank 2	1431	452	32	34	8	2	33	97	7	2
Totaal colleges	10498	2464	24	437	18	4	320	73	13	3

Als vervolgens wordt gekeken hoeveel van de onderzochte vernietigingen ook daadwerkelijk tot finale geschilbeslechting heeft geleid, dan is dat volgens de derde evaluatie Awb in 22% van de onderzochte uitspraken het geval. Het gaat hier dan wel om het percentage van alle vijf de beroepsinstanties bij elkaar.

Kijkt men naar de instanties afzonderlijk dan vallen een aantal dingen op, zoals Schueller zelf en later ook Marseille, benoemt.

- Ten eerste valt op te merken dat de Centrale Raad voor Beroep veel hoger scoort dan bijvoorbeeld de rechtbanken waar het gaat om zelf in de zaak voorzien.
- Ook valt op dat de ABRvS bij toepassing van 8:72 lid 4 slechts 50% definitief beslecht⁵⁶, aanzienlijk lager dan de andere instanties en ook aanzienlijk lager dan toepassing van lid 3 door ABRvS.
- Daar waar het gaat om toepassen lid 4 scoren de twee onderzochte rechtbanken hoger dan de ABRvS, Cbr en CBb. Dat is opvallend. Hieruit zou je kunnen concluderen dat bestuursorganen niet veel moeite hebben met het feit dat de rechtbank op hun bestuurlijke stoel gaat zitten. Meer hierover in hoofdstuk 6. Bij toepassing lid 3 zijn de verhoudingen overigens precies andersom.

⁵⁶ Dat blijkt veelal art. 30 WRO, dus in dit geval eigenlijk buiten de definitie 'finale geschillendbeslechting' die in dit onderzoek wordt gehanteerd

4.3 Gemiste kansen

4.3.1 Toelichting op het onderzoek

Marseille en Van der Heide hebben aan de hand van drie bestaande datasets uit eerdere onderzoeken⁵⁷ antwoord proberen te vinden op de vraag: 'worden de huidige mogelijkheden tot finale geschilbeslechting door de bestuursrechter optimaal benut?'

Dit onderzoek is bedoeld ter aanvulling op de derde evaluatie van de Awb. Marseille en Van der Heide stellen namelijk dat deze niet compleet is zonder onderstaande zaken in beeld te hebben.

Zij hebben antwoord gezocht op de volgende twee subvragen:

- *Hoe vaak heeft de bestuursrechter zelf in de zaak voorzien of de - rechtsgevolgen in stand gelaten en in hoeverre was deze 'winst' ook daadwerkelijk op zijn conto valt te schrijven?*
- *In hoeveel van de gevallen dat een besluit van een bestuursorgaan werd vernietigd, was definitieve beslechting d.m.v. 8:72 lid 3 of 4 Awb wel mogelijk maar niet toegepast?* Daarbij hebben zij rekening gehouden met de vernietigingsgrond en de mate waarin dergelijke beslechting 'binnen bereik, denkbaar of achter de horizon' was. Ook hebben zij het verband tussen beiden bekeken.

4.3.2 Toegepast en toe te rekenen aan rechter

In gevallen waarbij de bestuursrechter besluit om te vernietigen met het in stand laten van de rechtsgevolgen is zijn rol beperkt tot het constateren dat, hoewel grond voor vernietiging aanwezig is, de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand kunnen blijven.

Slechts in 1 van de 27 gevallen bleek de beslissing om de rechtsgevolgen in stand te laten gerelateerd aan een gerichte actie van de bestuursrechter, die tijdens de zitting zich actief opstelde door vragen te stellen aan het bestuur.

Er zijn drie situaties waarbij de bestuursrechter toepassing geeft aan artikel 8:72 lid 4. Dat doet hij wanneer 1) Er slechts een rechtens juist besluit resteert 2) in overleg en op verzoek van (een van de) partijen of 3) omdat hij constateert dat het bezwaarschrift ten onrechte inhoudelijk is beoordeeld door het bestuursorgaan in de bezwaarfase. Alleen in het eerste geval is sprake van inhoudsvol zelf in de zaak voorzien.

Marseille stelt de subvraag: 'Hoe vaak is in de door ons bestudeerde zaken sprake van zelf in de zaak voorzien?'⁵⁸. Van de 60 zaken waarin de rechter zelf in de zaak heeft voorzien, blijkt in 27 van die zaken dit de verdienste van de rechter. In 33 van die 60 zaken wordt dit dus niet als zijn verdienste beschouwd.

⁵⁷ Marseille 2004 (101 uitspraken van 5 verschillende rechtbanken waarbij werd vernietigd; Van der Veer & Marseille 2006 (141 uitspraken van een rechtbank); T.

⁵⁸ JBplus, De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting, pagina 83 Marseille

Tabel 1 van JBplus op pagina 84, 'De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting' laat zien dat uit het aangehaalde onderzoek uit 2005 in 5 gevallen de rechter komt tot de vaststelling van een gewijzigd besluit. Uit het onderzoek uit 2006 blijkt dat dit dat jaar 17 maal is gebeurd. Het onderzoek uit 2007 noemt een aantal van 5.

Wanneer de bestuursrechter zelf in de zaak voorziet, is de aanleiding hiervan in het merendeel van de gevallen gelegen in het feit dat hij ofwel niet een inhoudelijk oordeel over de bestuurlijke bevoegdheidsuitoefening mag geven, ofwel de partijen zelf tot overeenstemming zijn gekomen en de rechter hebben verzocht tot vaststelling van die overeenstemming door toepassing 8:72 lid 4.

Het percentage van gevallen waarbij het zelf in de zaak voorzien op het conto te schrijven is van de bestuursrechter is laag (6% in 2004, 14% in 2006 en 6% in 2007).

Wanneer de bestuursrechter kan kiezen tussen een 'kale' vernietiging of het zelf in de zaak voorzien, kiest hij nagenoeg altijd voor de 'kale' vernietiging.

Tabel 3. Inhoudsvol voorzien vs. kale vernietiging

Keuze mogelijkheid	Onderzoek					
	Onderzoek 2004		Onderzoek 2006		Onderzoek 2007	
	<i>n</i>	%	<i>n</i>	%	<i>n</i>	%
Inhoudsvol voorzien	5	6	17	14	5	6
Kale vernietiging	83	94	102	86	73	94
Totaal	88	100	119	100	78	100
Onbekend	1		2		0	

Uit tabel 3 'Vernietigingsgronden' (pag. 87 van JBplus, De onderbenutting...) blijkt dat vernietigingen op grond van bevoegdheids- of ontvankelijkheidsgebreken nauwelijks voorkomen. Opvallend is daarbij dat in 61% van gevallen de bestuursrechter vernietigt, omdat hij in het duister tast ten aanzien van de vraag of het besluit materieel gezien juist is.

4.3.3 Binnen bereik, denkbaar, achter de horizon

Marseille en van der Heide hebben in hun onderzoek ook bij de vernietigingen waarbij niet is overgegaan tot finale beslechting gekeken in hoeverre het zelf in de zaak voorzien wel degelijk een mogelijkheid was geweest. Daarbij hebben zij onderscheid gemaakt in zaken waarbij dit 'bereikbaar', 'denkbaar' of 'achter de horizon' was.

In het onderzoek wordt de mate van mogelijkheid om te komen tot finale geschillenbeslechting ingedeeld in drie categorieën. Omdat in dit hoofdstuk teruggegrepen wordt op die indeling, worden hieronder allereerst deze drie categorieën uitgelegd.

Binnen bereik:

Zaken waarvan kan worden aangenomen dat de rechter met geringe inspanning het juridische geschil finaal had kunnen beslechten.

Achter de horizon:

Zaken waarin het van de rechter een grote inspanning zou vergen om te komen tot toepassing van de bevoegdheid van art. 8:72 lid 3 of 4.

Denkbaar:

Zaken waarvan niet goed is te beoordelen of finale beslechting wellicht binnen bereik is of juist achter horizon, omdat er voor de rechter te weinig aangrijpingspunten zijn om dat te kunnen inschatten.

In de onderstaande tabel is het resultaat van deze exercitie inzichtelijk gemaakt.

Tabel 4. Mogelijkheid om zelf in de zaak te voorzien, per vernietigingsgrond

Categorie	Vernietigingsgrond							
	Bevoegd- heid	Proce- dure	Moti- vering	Onvold. feit.onderz.	Feiten onjuist	Feiten kwalific.	Totaal	
							<i>n</i>	%
Binnen bereik	1	0	4	2	9	10	26	36
Denkbaar	0	0	13	0	0	0	13	18
Achter horizon	1	6	0	26	0	1	34	46
Totaal	2	6	17	28	9	11	73	100

Hieronder een overzicht van de belangrijkste bevindingen en conclusies die Marseille en Van der Heide op basis van dit deel van hun onderzoek gedaan hebben.

- Bij een constatering van een bevoegdheidsgebrek heeft de bestuursrechter vaak de mogelijkheid om de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand te laten.
- Finale beslechting van het geschil is per definitie niet mogelijk wanneer de bestuursrechter constateert dat het bestuursorgaan ten onrechte achterwege heeft gelaten om in de bezwaarfase om het bezwaar inhoudelijk te beoordelen.
- Bij vernietigingen vanwege een motiveringsgebrek is het mogelijk dat het bestreden besluit materieel juist is, maar dat dit door de bestuursrechter niet goed te beoordelen is. Bij twijfel kiest de rechter dan voor vernietigen. In die gevallen is vaak niet te zeggen of finale beslechting binnen handbereik lag.
- Bij een vernietiging vanwege de constatering dat onvoldoende onderzoek is verricht naar relevante feiten, ligt finale beslechting veelal achter de horizon.
- Finale beslechting is echter wel binnen handbereik wanneer de bestuursrechter constateert dat het bestuur de feiten onjuist heeft vastgesteld of gekwalificeerd.
- De relatie tussen de vernietigingsgronden en de mogelijkheid finaal te beslechten is evident.
- Finale beslechting is vaak mogelijk bij vernietiging vanwege onjuiste vaststelling of kwalificatie van feiten.
- Bij vernietigingen vanwege een motiveringsgebrek is het niet duidelijk of finale beslechting binnen handbereik zou hebben gelegen.
- Voor gevallen waarbij het bestuur relevante feiten onjuist heeft vastgesteld of gekwalificeerd en min of meer logisch is wat het juiste besluit wel zou zijn geweest wanneer de feiten juist zouden zijn gebruikt, ligt finale geschillenbeslechting voor de hand.
- Wanneer de bestuursrechter het bestreden besluit onvoldoende gemotiveerd acht, is het onduidelijk of finale beslechting voor de hand ligt.

4.4 Voornaamste reden van niet inzetten instrumenten

In de derde evaluatie van de Awb (B.J. Schueler e.a. 2007, pag. 139-141) heeft Schueler de belemmeringen die tijdens het onderzoek naar voren kwamen, en tevens reagerend op de discussie in de literatuur, samengevat tot negen factoren die, naast de trias politica, oorzaken zijn om niet over te gaan tot finale beslechting. Een aantal van deze zaken zijn in de voorgaande hoofdstukken al deels aan bod gekomen, expliciet of impliciet. Voor de volledigheid zetten we deze belemmeringen in dit hoofdstuk nog even op een rij.

1. Beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid van het bestuur
2. De inhoudelijke deskundigheid van de rechter
3. Het verschil in toetsingsmoment tussen bestuur (ex nunc) en rechter (ex tunc)
4. Gebrekkig mandaat van de vertegenwoordigers van het bestuursorgaan ter zitting van de bestuursrechter
5. Procedurele en formele belemmeringen
6. De betrokkenheid van derden in procedures bij de bestuursrechter
7. De doorlooptijden van bestuursrechtelijke procedures
8. De werklastverdeling tussen rechter en bestuur
9. Het zogeheten 'zittingsgericht werken' bij de rechtbanken

4.5 Samenvatting van dit hoofdstuk

De conclusie in algemene zin kan zijn dat wanneer een bestuursrechter de wil heeft om zijn bevoegdheden in te zetten om finaal te beslechten, dit in een derde van de gevallen waarin nu vernietigd wordt, hij zonder een grote extra inspanning die finale beslechting zou kunnen realiseren.

Rechters maken nauwelijks op een inhoudsvolle manier gebruik van hun bevoegdheid om finaal te beslechten.

Wanneer wordt gekeken naar het aantal gevallen waarin de bestuursrechter zelf in de zaak voorziet en tevens een inhoudelijk oordeel velt over de materiële bevoegdheidsuitoefening, dan blijkt dat de bestuursrechters in Nederland de aanwezige mogelijkheden niet of nauwelijks aanwezig achten of benutten. De vraag is dan of de bestuursrechters niet willen of niet kunnen.

Wanneer men kijkt naar de tabellen 1 en 2 uit paragraaf 4.3.2 zou men in het algemeen kunnen stellen dat er relatief gezien zelden finaal wordt beslecht door toepassing van artikel 8:72 lid 3 en 4 van de Awb, namelijk in slechts 6% van het totaal aantal uitspraken. Ook wanneer we kijken voor welk deel van alle vernietigingen deze artikelen worden toegepast, is dat nog steeds niet groot te noemen, namelijk slechts 27%.

Daartegenover staat dat zodra een van beide instrumenten *wel* wordt ingezet, deze zeer effectief te noemen zijn, aangezien zij een slagingspercentage⁵⁹ hebben van 93 % (lid 3) en 73% (lid 4).

⁵⁹ Dat wil zeggen dat de toepassing daadwerkelijk tot finale beslechting heeft geleid

Voorts is gesteld dat finale beslechting zelden op initiatief van de bestuursrechter zou zijn. In het onderzoek van Marseille en Van der Heide zou dat slechts 1 op de 27 keer zijn geweest.

Kijkend naar de kansen per vernietigingsgrond (zie tabel 4), ligt het voor de hand dat wanneer we de bestuursrechter willen stimuleren vaker tot finale beslechting te komen, wij hem moeten stimuleren zich vooral op de categorie te richten van onjuiste vaststelling of kwalificatie van feiten. Echter, omdat de ervaring leert dat het bestuursorgaan na een vernietiging vanwege onjuiste vaststelling of kwalificatie van feiten in de regel snel met een nieuwe, door beide partijen geaccepteerd besluit komt, is de meerwaarde van finale beslechting in die gevallen relatief gering.

In het geval van een motiveringsgebrek is het voor de bestuursrechter een kleine moeite om het bestuur om verduidelijking van de motivering te vragen. De winst is in dit geval aanzienlijk. Het wordt daarna duidelijk of het motiveringsgebrek het zicht belemmert op een besluit dat materieel gezien juist is, of dat na herstel van het motiveringsgebrek een onrechtmatig besluit overblijft. Dit kan leiden tot finale beslechting door zelf in de zaak te voorzien, of een vernietiging waarbij het voor betrokkenen duidelijk is dat het besluit ook materieel gezien geen stand zal houden.

Schueler heeft alle belemmeringen geclusterd tot 9 categorieën. Uit het onderzoek van Marseille en Van der Heide is gebleken dat wanneer men kijkt naar de kale vernietigingen door bestuursrechters, zij veel kansen zien om tot finale beslechting te komen, door bijvoorbeeld zelf in de zaak te voorzien, onbenut laten. Het zou gaan om 36% van de kale vernietigingen waarbij zelf voorzien zeker mogelijk was en 18% waarbij het denkbaar was. In al die gevallen zou volgens Marseille en Van der Heide dus geen sprake zijn van de negen besproken belemmeringen, dan wel, laten deze belemmeringen nog voldoende ruimte om toch tot finale beslechting te komen.

Wat interessant is om te zien in het onderzoek van Marseille en Van der Heide, is dat deze onbenutte kansen zich vooral voordoen bij vernietigingen waarbij onjuiste vaststelling van feiten of onjuist gekwalificeerde feiten de reden waren van vernietiging. Wanneer er überhaupt onvoldoende feitenonderzoek heeft plaatsgevonden is finale beslechting volgens Marseille en Van der Heide echt achter de horizon.

HOOFDSTUK 5

Welke beperkingen dan wel ruimte ervaren de bestuursrechters zelf

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vraag:

Welke beperkingen dan wel ruimte ervaren de bestuursrechters zelf ten aanzien van hun instrumentarium?

Hiervoor zijn de gegevens uit de drie belangrijkste bronnen (onderzoeken van ‘de reisgenoten’) bestudeerd. Hieronder volgt per bron een uiteenzetting van de gegevens die direct en indirect af te lezen waren. Daarna worden deze onderling vergeleken en worden hier conclusies uit getrokken.

Ook zijn de onderzoeken en publicaties van Annika van der Veer en Schueler bestudeert. Zij hebben enquêtes en interviews gehouden bij bestuursrechters.

5.2 Annika Van der Veer⁶⁰

5.2.1 Toelichting op haar onderzoek

Annika van der Veer heeft met haar onderzoek ‘Slagvaardige geschilbeslechting in het bestuursrecht’ (proefschrift 2011) getracht antwoord te vinden op de vraag ‘welke factoren bepalen hoe snel en adequaat geschillen door de bestuursrechter vernietigde overheidsbesluiten worden beslecht’⁶¹.

Daarbij heeft zij ook ingezoomd op een aantal instrumenten die de bestuursrechter tot zijn beschikking heeft om geschillen te beslechten, namelijk art. 8:72 lid 4 (zelf voorzien), comparitie en de mogelijkheid van mediation.

Zij heeft voor het verzamelen van de empirische data onder andere negentien medewerkers van een rechtbank geïnterviewd (semi-gestructureerd), te weten twaalf bestuursrechters en zeven griffiers. Zo heeft zij hen een aantal stellingen voorgelegd, waarbij de geïnterviewden aan konden geven in hoeverre zij het eens, oneens of noch eens, noch oneens waren. Daarnaast heeft zij een enquête gehouden onder ambtenaren bij verschillende bestuursorganen, waaronder veel gemeenten, maar ook provincies en ministeries.

⁶⁰ Dr. A. van der Veer studeerde Bestuurskunde aan de Universiteit Twente en promoveerde in 2011 op basis van haar proefschrift ‘Slagvaardige geschilbeslechting in het bestuursrecht’. Sinds 2007 werkt ze als onderzoeker bij de gemeentelijke ombudsman Rotterdam.

⁶¹ Slagvaardige geschillenbeslechting in het bestuursrecht pag. 7

Een aantal van haar bevindingen zijn relevant om, tezamen met de bevindingen uit de derde evaluatie Awb (Schueller e.a. 2007), een beeld te krijgen van hoe de Nederlandse bestuursrechters zelf aankijken tegen hun instrumentarium en het gebruik ervan in de praktijk. Doordat Van der Veer in haar proefschrift de concrete cijfermatige resultaten heeft opgenomen (statistieken) was het mogelijk om deze cijfers zelf te interpreteren en op zoek te gaan naar eigen conclusies. Hieronder volgt een korte uiteenzetting van de relevante bevindingen.

5.2.2 De beleving van de bestuursrechters

Het merendeel van de bestuursrechters zou sceptisch zijn over geschilbeslechtende instrumenten. Slechts een enkeling is enthousiast over de mogelijkheden instrumenten als zelf in de zaak voorzien, comparitie en mediation, zo stelt Van der Veer.

Comparitie

Van der Veer heeft naast zelf in de zaak voorzien zich ook sterk gericht op de mogelijkheden van comparitie. Wat rechters daarover zeggen is relevant hier te noemen, aangezien dat iets zegt over hun houding ten opzichte van finale geschilbeslechting. Sommige rechters achten het geschil of de partijen namelijk meestal niet geschikt voor iets geschilbeslechtends als comparitie. Het tijdrovende aspect wordt hier ook genoemd. Een deel van de rechters vreest 'dat de uitkomst van een mediation of comparitie niet binnen het wettelijke kader valt'.

Zelf in de zaak voorzien

Uit het onderzoek van Van der Veer komt opnieuw het bekende beeld naar voren dat bestuursrechters terughoudend zijn met het toepassen van art. 8:72 lid 4 onder c (zelf in de zaak voorzien) en alleen dit instrument overwegen als er slechts één juridische oplossing mogelijk lijkt. Slechts enkele van de ondervraagden geeft aan dat dit instrument ruimer toegepast zou kunnen worden. Een belangrijke drempel hierbij is het niet op de stoel van het bestuur te willen of durven te gaan zitten.

5.2.3 De beleving van het bestuursorgaan (de ambtenaren)

Annika van der Veer heeft onder ambtenaren van zeer diverse bestuursorganen interviews gehouden en enquêtes afgenomen. Deze gegevens bleken een interessante aanvulling. Zij zouden van pas kunnen komen bij het beantwoorden bij de centrale vraag en zijn dan ook hieronder toegevoegd.

De gegevens bekijkend, vielen met name de volgende zaken op.

Het merendeel van de ambtenaren vindt dat het bestuursrecht een goed instrument is om geschillen mee te beslechten (74%). Tegelijkertijd vindt slechts 21% dat een bestuursrechterlijke uitspraak leidt tot definitieve beslechting van een geschil.

Ambtenaren hebben onder andere aangegeven dat zij veel meer zouden willen zien dat de rechter vaker zelf in de zaak zou voorzien en ook bij vernietiging op alle punten uit het geschil uitspraak doet, ook de inhoudelijke (materiele), en niet stopt met oordelen bij de eerste grond voor vernietiging (wat dan vaak formele gronden zijn).

Een andere bevinding van Van der Veer staat hier gedeeltelijk tegenover, namelijk dat het merendeel van de ambtenaren van mening is dat een bestuursrechter zich wel degelijk uitspreekt over de kern van het geschil, dat wil zeggen waar het gaat om uitspraken van de rechtbank (95% eens). Bij uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak ligt dit beduidend lager, namelijk 32%.

Over het algemeen genomen zouden ambtenaren, volgens het onderzoek van Annika van der Veer, geen duidelijk mening hebben over het geschilbeslechtende instrument 'zelf in de zaak voorzien'. De uitslag was namelijk evenredig verdeeld over de drie mogelijke uitkomsten. Zij heeft wel aangegeven dat ambtenaren die werkzaam zijn op het gebied van overig bestuursrecht beduidend positiever tegenover de werking van dit instrument staan (namelijk meer dan de helft).

Daartegenover staat de bevinding dat weinig van de ondervraagde ambtenaren vinden dat een bestuursrechter op de stoel van het bestuur mag gaan zitten om een geschil te beslechten (18%). Hierbij maakte het nog wel uit of de vraag werd beantwoord door een jurist (10 % eens) of een niet-jurist (25% eens).

Van der Veer merkt verder op dat ambtenaren aangeven dat hun bestuursorgaan redelijk vaak instemt met een voor hun negatieve uitspraak (lees: vernietiging) van de afdeling/rechtbank (59%). Toch wordt door het bestuursorgaan in een duidelijke minderheid van de keren beroep aangetekend (7%)⁶². (zie ook de bevindingen van Marseille).

Tot slot zijn ambtenaren volgens Van der Veer over de uitspraken van de rechtbank over het algemeen positiever gestemd dan over die van de Afdeling bestuursrechtspraak (aspecten als duidelijkheid, motivering, uitvoerbaarheid e.a.).

5.3 Schueler – Derde evaluatie Awb

5.3.1 Inleiding

In de derde evaluatie Awb, wat betreft het rapport van Schueler en anderen ('Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter'), is onder andere gekeken naar de mogelijkheden en grenzen in de rechtspraktijk door zowel bestudering van uitspraken als interviews met bestuursrechters, aangevuld met de reacties uit een expert meeting.

De resultaten daarvan geven een beeld van hoe bestuursrechters in de praktijk omgaan met en vinden van de mogelijkheden van de twee betreffende geschilbeslechtende instrumenten (zelf voorzien en rechtsgevolgen in stand laten).

Na een uiteenzetting van de relevante bevindingen kunnen deze worden vergeleken met de bevindingen van Van der Veer.

Helaas geldt hier wel de beperking dat in het rapport van Schueler de concrete resultaten (de statistieken) niet zijn opgenomen, waardoor er geen eigen analyse van de cijfers mogelijk was en de vergelijking met het onderzoek van Van der Veer alleen in alleen algemene zin kon plaatsvinden.

⁶² Dit percentage zou te verklaren kunnen zijn door het gegeven dat het grootste deel van de vernietigingen om formele gronden gaat

5.3.2 De beleving van de bestuursrechters

Het algemene beeld dat bestuursrechters zeer terughouden zijn met het in stand laten van de rechtsgevolgen en het zelf in de zaak voorzien wordt door Schuelers rapport bevestigd.

Volgens Schueler ging het in 2005 in de meeste gevallen waarin de rechter zelf in de zaak voorzag, om zaken waarbij vanuit het recht inderdaad sprake was van slechts één mogelijke uitkomst (90% bij de afdeling bestuursrechtspraak, 85% bij de rechtbanken, het CRvB en Cbb). In de overige gevallen had het bestuursorgaan zelf al aangegeven welke oplossing zij na vernietiging zouden kiezen.

Voor wat betreft het in stand laten van de rechtsgevolgen ligt het duidelijk anders, namelijk omgekeerd. Daar werd slechts in enkele gevallen gebruik gemaakt van die bevoegdheid omdat dat voortvloeide uit het recht, nl. reformatio in peius (CRvB 10%, rechtbanken 5%). In alle andere gevallen was er sprake van keuzevrijheid van het bestuur waarbij duidelijk was gemaakt dat die niet gebruikt zou worden.

Volgens het rapport is art. 8:72 lid 3, in die gevallen waar sprake is van meer dan één mogelijke beslissing door het bestuursorgaan na vernietiging, beter toepasbaar dan art. 8:72 lid 4, omdat, zo bleek ook uit de interviews, hierbij de keuzevrijheid van het bestuur niet wordt doorkruist c.q. zij niet het gevoel hebben 'pontificaal op de stoel van het bestuur te gaan zitten', omdat zij het besluit materieel in stand laat (pag. 108).

Grenzen van het geschil

De rechters laten zich, blijkens de bestudeerde uitspraken en antwoorden tijdens de interviews, inderdaad beperken door de grenzen van het geschil, zoals bedoeld in de jurisprudentie en artikel 8:69 Awb.

Niet alle rechters gaan even ver met het onderzoeken van de mogelijkheden binnen die grenzen. Die verschillen zouden zich veelal laten bepalen door de persoonlijke taakopvatting van de rechter en het rechtsgebied waarbinnen hij opereert. Zo geven de bestuursrechters aan dat zij zichzelf sec als toetser zien waar het gaat om ruimtelijke ordeningsgeschillen en meer als geschilbeslechter bij bijvoorbeeld sociale zekerheidsgeschillen, waar sprake is van een hoge mate van gebonden bevoegdheden van het bestuur.

Beslissingsalternatieven

Uit de interviews zou ook naar voren zijn gekomen dat bestuursrechters bij het gebruik van beide instrumenten altijd onderzoeken welke beslissingsalternatieven het bestuursorgaan nog zou hebben (ter zitting of vooraf schriftelijk).

Hierbij zouden zij zich niet alleen buigen over het Nederlands recht, maar ook over toepasselijk beleid en het Europees recht. Het Europees recht zou de ruimte die zij hebben om een zelf in de zaak te voorzien namelijk verruimen⁶³.

Echter, wanneer het bestuur beschikt over discretionaire bevoegdheden volstaan rechters met het vernietigen en slaan zij het onderzoek naar beslissingsbevoegdheden liever over (wegens de bewerkelijkheid en tijdrovendheid).

⁶³ Zo bied bijv. artikel 6 ERVM en artikel 15 Internationale burgerrechten soms grond om zelf te voorzien

Sommige rechters zouden zich meer ruimte aanmeten voor de toepassing van de instrumenten. Uit het dossieronderzoek (codering uitspraken) en uit de interviews blijkt dat, ondanks dat de bevestiging van het beeld dat rechters in de praktijk inderdaad zeer terughoudend zijn, zij toch wel eens, zij het weinig, zelf in de zaak voorzien terwijl er niet altijd per se slechts nog één oplossing mogelijk is voor het bestuur na vernietiging.

Als na een vernietiging niet duidelijk is welk besluit er vanuit het toepasselijk recht bezien, na die vernietiging genomen moet worden, verwacht menigeen dat de bestuursrechter normaal gesproken niet zelf in de zaak zal voorzien. Dit beeld wordt bevestiging in de interviews met de betreffende rechters. De bestuursrechters motiveren deze keuze voornamelijk met de leer van de scheiding der machten. De jurisprudentie en de bedoeling van de wetgever zou dit uitgangspunt bevestigen.

De werkelijkheid laat echter toch ook een ander beeld zien. Verschillende uitspraken laten zien dat bestuursrechters de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien ook toepassen wanneer er nog wel beslissingsalternatieven bestaan.

Uit de interviews en de geanalyseerde uitspraken blijkt dus dat de conclusie dat de bestuursrechter van deze mogelijkheden geen gebruik maakt als er beslissingsalternatieven zijn, niet zondermeer klopt.

Een deel van de bestuursrechters vindt de beperkingen zoals hierboven genoemd een te enge interpretatie van de van de Nota van toelichting. Zij vragen zich af of de bestuursrechters bij de rechtbanken niet vaker zelf in de zaak zouden moeten voorzien, ook als er nog beslissingsalternatieven bestaan⁶⁴. Een van de geïnterviewde rechters verklaarde specifiek de tijd rijp te vinden om van de strikte interpretatie van de leer van de scheiding der machten af te stappen en in bepaalde gevallen de behoefte aan geschillenbeslechting en rechtszekerheid zwaarder te laten wegen dan dat de strikte scheidingsleer toestaat.

Uit de interviews kwam ook het beeld naar voren dat rechters wel beoordelen hoe lang de betreffende zaak al loopt en beoordelen of het niet de voorkeur zou moeten hebben de zaak definitief te beslechten. Bijvoorbeeld terugkerende fouten door het verwerende bestuursorgaan zijn dan aanleiding om het geschil definitief te beslechten omdat het bestuursorgaan inmiddels voldoende kansen zou hebben gehad. De geïnterviewden verklaren echter slechts in uitzonderingsgevallen om deze reden finaal te beslechten.

Ex tunc en ex nunc

Wanneer de rechter, die in 'normale omstandigheden' ex tunc toetst, besluit om zelf in de zaak te voorzien, zal hij ex nunc moeten toetsen (net als het bestuursorgaan). Het onderzoeken door de rechter in geval van feitelijke kleinigheden lijkt geen probleem, maar wanneer voor een besluit ex nunc uitgebreid feitenonderzoek noodzakelijk wordt geacht, is de bestuursrechter niet gewillig om dat onderzoek te verrichten. Dat is dan een reden voor de bestuursrechter om niet zelf in de zaak te voorzien.

⁶⁴ Rapport definitieve geschillenbeslechting pag. 113

Een van de geïnterviewde rechters laat een ander beeld zien. Hij stelde dat je maatschappelijk gezien soms juist voorkeur moet geven aan het toebedelen van de regierol aan de rechter. Hij wijst daarmee het mogelijke belang van derden ten aanzien van de definitieve beslechting van het geschil. Hij staat daarin niet alleen. Meerdere bestuursrechters hebben aangegeven dat de behoefte die ze hebben om definitief te beslechten regelmatig voorkomt uit de wetenschap dat derden belang hebben bij definitieve beslechting.

Doorlooptijd

Wanneer de bestuursrechter niet langer slechts het bestreden besluit beoordeelt, maar de zaak tevens de beoordeling van een nieuw besluit omvat dan kost dat de bestuursrechter tijd. Dit blijkt bij de geïnterviewden de belangrijkste reden voor de huidige, terughoudende toepassing van het zelf in de zaak voorzien, met name omdat het proces is gericht op korte doorlooptijden. De geïnterviewde rechters gaven aan dat zij dit als een beperking ervaren om zelf in de zaak te voorzien.

Dat de nadruk ligt op korte doorlooptijden bij de rechtbanken maakt tevens dat bestuursrechters niet snel geneigd zijn om de zitting te schorsen, om vervolgens vervolgonderzoek te doen. Dit levert namelijk tevens een langere doorlooptijd op. Tevens wijzen de geïnterviewde en de deelnemers aan de expert meeting er op dat het plannen van een tweede zitting na een schorsing de planningsschema's door de war gooit. Dit blijkt tevens een belangrijke reden om niet te schorsen maar na één zitting tot een uitspraak te komen.

Een deel van de rechters legt zelfs een direct verband tussen het streven naar korte doorlooptijden en het beperkt definitief beslechten van geschillen. Tot slot geven enkele rechters daarnaast aan dat het budgetteringssysteem van de rechtbank het doen van einduitspraken stimuleert. Het is budgettair gezien wenselijk zoveel mogelijk einduitspraken te doen. Wat de rechter en de rechtbank als einduitspraak zien, is voor partijen dus vaak een tussenuitspraak, omdat het niet leidt tot finale beslechting.

In stand laten van de rechtsgevolgen (6:22 Awb)

Wanneer de bestuursrechter een gebrek in de besluitvorming constateert en het bestuursorgaan van de gelegenheid gebruik heeft gemaakt dit gebrek te herstellen, vernietigt de bestuursrechter soms het besluit terwijl hij de rechtsgevolgen van dat besluit in stand laat. Dit gebeurt met name wanneer een gebrek dat is gelegen in een onjuiste wettelijk grondslag, maar ook bij gebrekkige motivering of onduidelijke belangenafweging. Wanneer echter het herstel ertoe leidt dat er andere rechtsgevolgen worden verbonden aan dat herstelde besluit, kan de rechter zelf in de zaak voorzien.

Invloed van het bestuur op finale beslechting

Een interessante mogelijkheid die tot op heden weinig lijkt te worden toegepast, door het ontbreken van een wettelijk instrument, is de mogelijkheid om, wanneer de bestuursrechter geneigd is het besluit te vernietigen, het bestuursorgaan te verzoeken een nader standpunt in te nemen ten aanzien van de beslissingalternatieven die nog bestaan. De bestuursrechter zou dan die keuze van het bestuursorgaan aan het recht kunnen toetsen.

Doorstaat deze beslissing die toets, dan zou de bestuursrechter zelf in de zaak kunnen voorzien, waarbij de gemaakte keuze van het bestuursorgaan in acht wordt genomen. Dit leidt in dat geval tot finale beslechting, terwijl enerzijds na vernietiging nog beslissingsalternatieven bestaan, maar het geschil definitief beslecht wordt, zonder dat de rechter op de stoel van de bestuurster gaat zitten.

Het bestuursorgaan heeft immers zelf de discretionaire bevoegdheid ter zitting al ingevuld⁶⁵. Een van de problemen waar men tegenaan kan lopen bij het willen toepassen van bovenstaande methode is het gebrek aan mandaat van de aanwezigen. Wanneer vertegenwoordigers niet zijn gemandateerd om namens het bestuursorgaan te besluiten, kan ter zitting (formeel) geen nieuw inhoudelijke beslissing van het bestuursorgaan worden gevraagd. Alle geïnterviewde rechters blijken van mening dat wanneer vertegenwoordigers vaker gemandateerd zouden zijn om namens het bestuursorgaan te beslissen, de armslag van de bestuursrechters zou worden verruimd.

Niet alle besluiten zijn geschikt om bij vernietiging inhoudelijk tijdens de zitting opnieuw invulling te geven. Bestemmings-, milieu-, en verkeersbesluiten kunnen minder makkelijk worden losgekoppeld van een veel breder bestuurlijk, maar vooral politiek kader. Met name in dat politieke kader zien bestuursrechters belangrijke beperkingen ten aanzien van geschillenbeslechting tijdens het proces.

Bijzonder is dat opgemerkt wordt dat de rechters aangeven dat het huidige juridische instrumentarium niet de mogelijkheid biedt voor de rechter om het maken van een beleidskeuze door het bestuursorgaan tijdens het proces, af te dwingen. De bestuursrechter kan weliswaar nadere inlichtingen vragen (8:44 en 8:45 Awb), maar dat instrument is veel vrijblijvender dan het afdwingen van een beleidskeuze in geval van (dreigende) vernietiging.

Conclusie

De meest opvallende algemene conclusie is dat de geïnterviewden unaniem de stelling lijken in te nemen dat de Awb geen obstakel vormt voor definitieve geschillenbeslechting en voldoende bevoegdheden toekent.

Die conclusie is met name opvallend omdat uit dezelfde interviews en expertmeetings tevens naar voren kwam dat de beperkingen die artikel 8:72 lid 3 en 4, samen met de nota van toelichting, wel een belangrijke reden is om regelmatig af te zien van het zelf in de zaak voorzien (en daarmee definitief te beslechten). Ook het ontbreken van een instrument om het bestuur tijdens het proces te dwingen een beleidskeuze te maken in geval van vernietiging komt in de algemene conclusie van het rapport niet terug.

Buiten de bevoegdheden in het kader van een (eind)uitspraak stellen de geïnterviewden dat comparitie van partijen en het voeren van een regiezitting een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan het effectief beslechten van geschillen. Het stelt de bestuursrechter en procespartijen in staat de mogelijkheden van geschillenbeslechting die eerder zijn genoemd (bijvoorbeeld het zelf in de zaak voorzien met inachtneming van de 'nieuwe' beleidskeuze van het bestuur) te verkennen.

⁶⁵ Een beperkt aantal rechters, met name diegene die werkzaam zijn bij de CRvB, werken al met gebruikmaking van deze mogelijkheid.

5.4 Samenvatting van dit hoofdstuk

Zowel Van der Veer als Schueler hebben de bestuursrechters zelf aan het woord gelaten. Het beeld uit beide onderzoeken naar voren kwam lijkt met elkaar overeen te komen.

Zo hebben beide onderzoekers geen rechters gevonden die het instrumentarium ontoereikend achten en beide vonden toch ook weinig enthousiasme onder rechters over finale geschilbeslechting. De beperkingen zouden niet zo zeer in het instrumentarium liggen, maar vooral daarbuiten.

De belangrijkste drempels die rechters zelf ervaren om tot meer finale beslechtingen te komen zijn de trias politica gedachte (niet op de stoel van het bestuur willen danwel mogen zitten) en het tijdgebrek c.q. de werkdruk.

Van der Veer legt echter meer nadruk op de persoonlijke taakopvatting die rechters erop na houden en op hoe het bestuursorgaan aankijkt tegen finale geschilbeslechting. In het onderzoek van Schueler zijn vooral de volgende bevindingen opvallend:

- het gebrek aan mandaat bij de procespartij (d.w.z. het bestuursorgaan)
- het systeem van budgettering binnen het rechtssysteem zelf en het verschil in taakopvatting onder de rechters. Zo zijn het vooral de rechters met een civiele achtergrond die een meer actieve houding om tot finale beslechting te komen laten zien
- Het ontbreken van de mogelijkheid een bestuursorgaan tijdens het proces te dwingen tot een beleidskeuze te komen

Waarom dat onder andere zo opvalt is dat deze laatste twee bevindingen in andere publicaties niet of nauwelijks terug lijken te komen.

HOOFDSTUK 6

Samenvatting en conclusie

6.1 Samenvatting

Zowel de regering, de bestuurders, de bestuursrechtspraak als de burgers zijn erbij gebaat dat geschillen na afloop van één bestuursrechtelijke procedure definitief worden beslecht.

Van belang is dan natuurlijk wel dat de middelen die de bestuursrechter daartoe tot zijn beschikking heeft, toereikend zijn.

In dit onderzoek is getracht een antwoord te vinden op de vraag of het huidige instrumentarium dat de bestuursrechter ter beschikking heeft om een geschil finaal te beslechten toereikend is. Daarbij is specifiek gekeken naar drie bevoegdheden van de rechter, die enerzijds gericht zijn op directe finale beslechting van een geschil, en anderzijds een actieve toepassing van de bestuursrechter vragen (deelvraag 1 en 2).

Daartoe zijn allereerst de beperkingen besproken die voortvloeien uit de tekst van de wet en de nota van toelichting bij die artikelen (deelvraag 3).

Ten aanzien van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand te laten of om zelf in de zaak te voorzien komt de beperking voort uit de nota van toelichting bij artikel 8:72 Awb, die stelt dat de bestuursrechter slechts zelf in de zaak kan voorzien indien na vernietiging ‘...rechtens slechts één beslissing mogelijk is’.

De beperking die de wettekst opwerpt ten aanzien van de bevoegdheid om een vormgebrek te passeren is gelegen in de voorwaarde dat het geconstateerde gebrek een vormvoorschrift moet betreffen en dat daarnaast belanghebbenden niet mogen worden benadeeld door toepassing van dit middel.

Wanneer we kijken naar hoe we de beperking ten aanzien van de toepassing van die middelen moeten duiden, is gekeken welke beperkingen er bestaan volgens de jurisprudentie en hoe deze geïdentificeerd worden door verschillende bestuursjuristen (deelvraag 4).

De jurisprudentie bevestigt in overwegende mate het uitgangspunt van alleen zelf in de zaak mogen voorzien als geen beslissingsalternatieven meer voorhanden zijn.

De beperkingen ten aanzien van het passeren van vormvoorschriften (6:22 Awb) hangt voornamelijk om het ‘enge’ begrip vormvoorschrift. Uit de derde evaluatie Awb blijkt dat er sterke behoefte bestaat onder bestuursjuristen om de ‘enge’ term ‘vormvoorschrift’ los te laten. Er is een voorstel tot wijziging van wet aanhangig dat hier verandering in zou moeten brengen. In de paragraaf ‘positiebepaling en aanbevelingen’ zal nog worden ingegaan op dit voorstel.

Juridisch Nederland is het er echter over eens dat er een zwaarwegende beperking geldt ten aanzien van de toepassing van de bevoegdheden die horen bij art. 8:72 Awb. De beperking is ingegeven door het primaat van het bestuur. Over de vraag in hoeverre deze belemmering terecht is en of deze in stand zou moeten blijven zijn de meningen van de juristen verdeeld. Voorstanders van een minder strikte interpretatie van de scheidingsleer zoals Schueler, Polak en Van Ettekoven wijzen op de winst die te halen valt op het gebied van tijd, geld en rechtszekerheid.

Als we kijken naar de kwantitatieve gegevens ten aanzien van de wijze waarop de relevante middelen wordt toepast (deelvraag 5) en hoe vaak dit leidt tot finale geschillenbeslechting en wat de reden is van het niet toepassen van die middelen (deelvraag 6) dan is relevant vast te stellen dat artikel 8:72 lid 3 en 4 van de Awb relatief gezien zelden worden toegepast door de bestuursrechter, namelijk in slechts 6% van het totaal aantal uitspraken. Kijkt men naar het aantal vernietigingen dan is dit percentage nog steeds niet groot te noemen, namelijk 27%.

Oorzaak van deze beperkte toepassing is o.a. door Marseille en Van der Heide onderzocht. Volgens hun oordeel is het slechts in een beperkt aantal gevallen ook daadwerkelijk niet of moeilijk mogelijk geweest om ze toe te passen.

Daartegenover staat dat zodra een van beide instrumenten *wel* wordt ingezet, deze zeer effectief zijn te noemen aangezien zij een gemiddeld slagingspercentage hebben van 93 % (lid 3) en 73% (lid 4). Daarmee wordt dan wel gesteld dat een hoog slagingspercentage gelijk staat aan effectiviteit.

Marseille concludeert aan de hand van die cijfers dat de negen belemmeringen die Schueler opwerpt wel kloppen, maar dat er soms geen sprake is van een van deze negen belemmeringen, en er desondanks niet definitief wordt beslecht omdat er in dergelijke belemmeringen meer rek zit dan door de bestuursrechters wordt benut.

Als we kijken naar wat de bestuursrechters zelf zeggen over de aan hun meegegeven bevoegdheden (deelvraag 8) is de meest opvallende algemene conclusie dat rechters unaniem de stelling lijken in te nemen dat de Awb geen obstakel vormt voor definitieve geschillenbeslechting en voldoende bevoegdheden toekent.

Wel geven de bestuursrechters aan dat zij behoefte hebben aan een formele mogelijkheid om het bestuur tijdens het proces te dwingen een beleidskeuze te maken, zodat na een eventuele vernietiging meer mogelijkheden bestaan voor de rechter om te komen tot finale beslechting door zelf in de zaak te voorzien.

6.2 Conclusie

Concluderend kan gesteld worden dat verschillende rechtsgeleerden zich hebben gebogen over het wel of niet optimaal/voldoende benutten van het huidige instrumentarium.

Zo stellen o.a. Brouwer & Koenraad (2006) en Marseille & Van der Heide (2008) dat de bestuursrechter kansen om finaal te beslechten (met toepassing van 8:72 lid 3 en 4) onbenut laat. Andere geven aan dat de bestuursrechter niet meer dan hij nu al doet tot finale geschilbeslechting kan komen.

Ook deze discussie zou men kunnen laten meewegen in de beoordeling of het huidige instrumentarium voldoende toereikend is. Feit is dat meerdere rechtsgeleerden nog voldoende ruimte zien om met het huidige instrumentarium tot finale geschilbeslechting te komen.

De ruimte die de bestuursrechters hebben om finaal te beslechten wordt nog niet optimaal benut. Kijkend naar de cijfers van Marseille en Van der Heide is te zien dat bij het benutten van de ruimte die zij zien, het aantal gevallen van finale geschilbeslechting tot [54% bovenop de 27%] zou kunnen toenemen.

Als we dit bezien naast de ondersteunende cijfers uit het onderzoek van Marseille en Van der Heide en de stelling van de geïnterviewde rechters zelf dat het instrumentarium toereikend is, zou men kunnen concluderen dat het instrumentarium voldoende ruimte biedt aan de bestuursrechter, of in ieder geval kunnen concluderen dat niet kan worden gesteld dat het instrumentarium ontoereikend is.

HOOFDSTUK 7

Persoonlijke stellingname en aanbevelingen

7.1 Stellingname

In hoofdstuk 6 heb ik reeds een samenvatting gegeven van mijn formele bevindingen. In dit hoofdstuk zal ik die bevindingen pogen te duiden. Tot slot zal ik voorzichtige aanbevelingen doen die naar boven zijn gekomen tijdens deze onderzoeksperiode.

Tijdens deze periode heb ik onderzocht of het huidige instrumentarium dat de bestuursrechter ter beschikking heeft om een geschil finaal te beslechten toereikend is.

Montesquieu heeft ons de strikte scheiding der machten gebracht die met de toepassing van de meest efficiënte geschilbeslechtende instrumenten onder spanning lijkt te staan. Er bestaat een fijne balans tussen enerzijds het handhaven van die strikte scheiding en anderzijds het komen tot een snellere geschilbeslechting.

Ik vraag mij af of we tegen iedere prijs moeten willen voorkomen dat de bestuursrechter meebestuurdt of dat we bereid zouden moeten zijn de bestuursrechter meer bestuurlijke ruimte geven in ruil voor meer efficiëntie en effectiviteit in de bestuursrechtspraak.

Gerespecteerde juridisch wetenschappers uiten de behoefte en mogelijkheden om de strikte beperkingen van deze middelen flexibeler in te vullen. Ook de jurisprudentie lijkt sinds lange tijd te bewegen richting een ruimere vrijheid voor de toepassing van dit middel. De CRvB en meer recentelijk ook de ABRvS onderstreept deze trend.

De opkomst van een nieuwe tendens lijkt daarmee geboren, waarbij de bestuursrechter niet langer wordt geacht zich te verantwoorden wanneer hij besluit met toepassing van art. 8:72 lid 4 een geschil finaal te beslechten, maar juist wanneer hij dat niet doet, terwijl dat mogelijk wel zou kunnen.

Ik sluit mij aan bij die juristen die voorstander zijn van die ruimere vrijheid voor de bestuursrechter ten behoeve van efficiëntie, effectiviteit en rechtszekerheid in de bestuursrechtspraak, mede ook omdat de bestuursrechtspraak heeft laten zien erg verantwoord om te gaan met de ruimte die er wel bestaat om zelf in de zaak te voorzien.

In dat licht is mijn antwoord op de onderzoeksvraag als volgt:

Is het huidige instrumentarium dat de bestuursrechter ter beschikking heeft om een geschil finaal te beslechten toereikend?

Ja, het is mijn persoonlijke overtuiging, ingegeven door de onderzoeksresultaten, dat het huidige instrumentarium toereikend is, mits de bestuursrechter de vrijheid geniet, of sterker nog, zich de vrijheid permitteert, deze middelen actief toe te passen, ook als hij hiermee gedeeltelijk op de stoel van de bestuurder gaat zitten.

Voorwaarde is wel dat de bestuursrechter deze vrijheid durft te nemen, en ook actief op zoek gaat naar een definitieve beslechting van het geschil. Het is tevens van belang dat het bestuur zelf zo veel mogelijk bijdraagt aan beslechting door voor aanvang van de zitting al een alternatieve invulling van hun beleidsvrijheid te geven en de rechter bij een dreigende vernietiging te wijzen op die beleidskeuze.

7.2 Aanbevelingen

In het licht van mijn antwoord op de onderzoeksvraag zou ik twee aanbevelingen willen doen ten aanzien van het onderzochte onderwerp.

Aanbeveling 1: De wijziging van artikel 6:22 Awb

Allereerst is het mijns inziens van groot belang dat de strikte formulering 'vorm' voorschrijft in artikel 6:22 Awb wordt losgelaten. Hiertoe is een wetswijziging aanhangig in de Tweede Kamer. Hoewel ik mij besef dat de reikwijdte van dit onderzoeksrapport zeer beperkt is, wil ik toch de algemene aanbeveling doen aan diegenen die bij dit voorstel betrokken zijn:

Jurisprudentie heeft, zo stelt ook de nota van toelichting bij het voortel tot wijziging van dit artikel terecht, geleid tot omvangrijke jurisprudentie, die geen betrekking heeft op de vraag of de gevolgen van een door een bestuursorgaan gemaakte fout rechtvaardigen dat het besluit wordt vernietigd.

Wijzig de term vormvoorschrift in het betreffende artikel in de omschrijving 'voorschrift' in afwijking van het voorstel van wet. Hierdoor wordt de grootste beperking van deze bevoegdheid opgeheven, zonder dat de bestuursrechter een 'carte blanche' krijgt om de rol van toetser te verlaten. De mogelijkheid om strijdigheid met enig voorschrift te passeren zou, in combinatie met de reeds bestaande mogelijkheid de rechtsgevolgen in stand te laten, naar mijn idee al voldoende bijdrage leveren aan effectieve geschillenbeslechting.

Aanbeveling 2: Het voorbereiden van een alternatieve beleidskeuze

Daarnaast doe ik een aanbeveling aan mijn werkgever, meer in het bijzonder aan de afdeling Juridische Zaken, naar aanleiding van de door hen aan mij gestelde vraag 'Hoe kan de bestuursrechter geschillen finaal beslechten, en hoe kunnen wij als bestuursorgaan de rechter daarbij helpen?'

Door voor de aanvang van de zitting een afweging te maken op welke wijze wij als bestuur invulling zouden geven aan onze beleidsvrijheid, wanneer het bestreden besluit vernietigd zou worden, kunnen we zelf in belangrijke mate bijdragen aan definitieve beslechting van het geschil, zonder dat daartoe een extra zitting nodig is.

De bestuursrechter kan (desgevraagd of op eigen initiatief) in plaats van de 'kale' vernietiging het alternatieve beleidsstandpunt aan de wederpartij voorleggen. Wanneer daarover tot overeenstemming wordt gekomen kan de bestuursrechter door toepassing van artikel 8:72 lid 4 onder c het geschil finaal beslechten zonder extra zitting én zonder dat hij een (oneigenlijke) inbreuk maakt op de beleidsvrijheid van het bestuur.

HOOFDSTUK 8

Slot- en dankwoord

Slotwoord

De reis is bijna ten einde. Het is een prachtige tocht geweest. Soms best zwaar, vooral aan het begin, toen het uitgestrekte landschap van de bestemming eindeloos leek en ik geen idee had waar ik moest beginnen. Maar vooral erg leerzaam, waarbij iedere nieuwe dag nieuwe inzichten gaf.

De belangrijkste les die ik geleerd heb tijdens deze reis is hoe deze gepland moet worden. Niet het gebrek aan tijd, begeleiding, kennis of motivatie was mijn grootste uitdaging. De meeste moeite heb ik gehad met de absolute essentie van iedere ontdekkingsocht van enige omvang: Hoe pak je zoiets aan? Vandaar ook het vrij vertaalde citaat van Desiderius Erasmus op de omslag van dit onderzoeksverslag.

Een andere belangrijke les voor mij tijdens dit traject, was het inzicht dat hoe meer ik van het onderwerp ‘geschillenbeslechting in het bestuursrecht’ las, hoe meer ik beseft hoe weinig ik, ondanks ruimte werkervaring in dit rechtsgebied, van het onderwerp af weet.

Op iedere reis ontdek je ook altijd iets dat je niet direct verwachtte, en waar je misschien niet eens naar op zoek was. Zo’n ontdekking was voor mij de kritiek die prof. mr. A.Q.C. (Twan) Tak heeft op ons systeem van bestuursrecht. Wanneer het centrale begrip ‘besluit’ zou worden verlaten, en de bestuursrechter zich zou richten op gevolgen van het besluit, zou de ‘strijd’ om de vraag of de rechter op de stoel van de bestuurder mag gaan zitten wellicht ook overbodig worden, aldus Tak.

De bestuursrechter zou dan niet het besluit vernietigen, maar (slechts) vaststellen dat de klager schade heeft geleden door het bestreden besluit. Schadevergoeding is dan op zijn plaats, maar het besluit kan wel uitgevoerd worden, wat de effectiviteit van het bestuursprocesrecht ten goede zou moeten komen. Maar zoals gezegd: Dit valt buiten het kader van dit beperkte onderzoek. Wellicht zal het inspiratie zijn voor mijn afstudeeronderzoek in de Masterfase aan een Nederlandse Universiteit.

Tot slot kan ik vol overtuiging stellen dat het een reisbestemming is geweest waar ik zeker weer naar terug ga. Maar voor nu, voor heel even, ben ik blij alle indrukken achter me te kunnen laten om me te richten op een aantal andere zaken die het ontdekken zeker waard zijn, waaronder het vaderschap.

Dankwoord

Heel graag wil ik iedereen bedanken die mij direct en indirect heeft geholpen tijdens deze fase van mijn studie.

Allereerst de heer mr. dr. H.F. Munneke, voor zijn begeleiding welke de fijne lijn tussen ‘niet te veel sturen’ en ‘niet volledig laten zweven’ feilloos wist te bewandelen.

Ook mijn werkgever, de gemeente Delft, ben ik dankbaar voor de stimulans en steun die ik heb ervaren tijdens deze opleiding.

Daarnaast bedank ik de proeflezers drs. J. van den Heuvel voor zijn adequate taalcorrecties, mijn collega mr. J. van der Hoest voor zijn inhoudelijke feed-back, D. Panebianco wiens opbouwende kritiek ten aanzien van met name de leesbaarheid ik met veel genoegen ter harte heb genomen en mijn vader R.W. van de Water, voor zijn nuttige en soms humoristische voorstellen.

En ‘*last but not least*’ mijn ega, Oriana Diana Kakebeen en moeder J.M.I. Peters. Zonder wiens emotionele, financiële en feitelijke steun gedurende de afgelopen vier jaar had ik deze opleiding niet met zoveel toewijding en vertrouwen had kunnen doorlopen.

Samen trekken we verder, op weg naar nieuwe (on)bekende bestemmingen.

HOOFDSTUK 9

Bronnen – Literatuurlijst

‘Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006: Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter’ Boom Juridische Uitgevens 2007, B.J. Schueler, J.K. Drewes, F.T. Groenewegen, W.G.A. Hazewindus, A.P. Klap, V.M.Y. van ’t Lam, B.K. Olivier, E.M. Vogelezang-Stoute

Werkgroep Van Kemenade 1997

J.A. van Kemenade (voorz.), Bestuur in geding: rapport van de Werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur, Haarlem: Provincie Noord-Holland, Servicepunt Facilitair Bedrijf 1997.

Rapport Commissie Rechtsbescherming 2004

Rapport van de Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht (VAR), *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Mr. drs. R.P.B.A. Dingemans

‘Slecht gemotiveerde besluiten gesauveerd. Reparatie van materiële motiveringsgebreken in Nederland, Frankrijk en Duitsland’
JBplus, SDU Uitgevers 2008

B.J. van Ettekoven,

‘Alternatieven van de bestuursrecht (observaties vanuit de eerste lijn)’, in B.J. van Ettekoven, M.A. Pach & I.C. van der Vlies, *Alternatieven van en voor de bestuursrechter* (VAR-reeks 126), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 7-98.

A.H.J. Hofman

‘Het huwelijk tussen finaliteit en een efficiënte procedure’
Tijdschrift voor praktisch bestuursrecht nummer 1, februari 2011 / SDU uitgevers

L.M. Koenraad en J.L. Verbeek

‘Finaliseren doe je zo! De rol van de bestuursrechter bij het vaststellen van feiten na de constatering dat het bestreden besluit een gebrek kent’
Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht, aflevering 4, april 2009

A.T. Marseille

‘Snelle en effectieve geschilbeslechting door de bestuursrechter in de praktijk’, in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003 p. 75-91.

A.T. Marseille & R.R. van der Heide

‘De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting door de Bestuursrechter’ JBplus, SDU uitgevers 2009

J.E.M. Polak

‘Vijftien jaar geschillenbeslechting onder de Algemene wet bestuursrecht’
SDU Uitgevers 2009

J.E.M. Polak

‘Effectieve geschillenbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten’
Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht 2011, aflevering 1-2

J.E.M. Polak

Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000.
Polak 2002

B.B. van de Water

De toereikendheid van de middelen ter finale geschillenbeslechting

J.E.M. Polak
'Kroniek van het algemeen bestuursrecht'
NJB 2002 p. 468-475

Tak 1995
A.Q.C. Tak, '*Hoofdpijnen van het Nederlands bestuursprocesrecht*' Zwolle,
W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Anika van der Veer
Proefschrift 'Slagvaardige geschilbeslechting in het bestuursrecht', 2011

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008
W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *H.D. van Wijk. Hoofdstukken van bestuurs recht*,
Den Haag: Elsevier juridisch 2008

Mr. ing. L.J. (Luurt) Wildeboer
'Versnelling van beroepsprocedures door bestuurlijke lus'
Juridische actualiteiten belicht december 2008

P.A.Willemsen, M.C.J. Busscher, N. Groot, Ph.M. Langbroek en I.L.A. Langerak
'Definitieve geschilbeslechting becijferd: Een verslag van een onderzoek naar definitieve geschilbeslechting
bij de rechtbank Utrecht'
JBplus / SDU uitgevers 2010