

Evaluatie Bestuurlijke Lus Awb en internationale rechtsvergelijking

Ch.W. Backes, E.M.J. Hardy, A.M.L. Jansen, S. Polleunis en R. Timmers
met medewerking van M.A. Poortinga en E. Versluis

© 2014 WODC, Ministerie van Veiligheid & Justitie. Auteursrechten voorbehouden

Samenvatting

De bestuurlijke lus is het meest vernieuwende, maar wellicht ook het meest omstreden instrument in de kist met ‘finaliseringsgereedschap’ van de rechter. Inmiddels is meer dan vier jaar ervaring opgedaan met dit nieuwe instrument. Mede op verzoek van beide Kamers van de Staten Generaal is onderzocht welke ervaringen met de lus zijn opgedaan. De volgende hoofdvragen worden beantwoord:

- Heeft de invoering van de bestuurlijke lus geleid tot een doelmatiger en doeltreffender bestuursprocesrecht?
- Heeft de invoering van de bestuurlijke lus tot een verbetering of verslechtering van de positie van de burger geleid?
- Zijn er knelpunten of mogelijkheden tot verbetering?
- Wat valt er te leren van het bestuursprocesrecht in andere landen met het oog op verdere vergroting van de doelmatig- en doeltreffendheid van het Nederlandse bestuursprocesrecht in relatie tot rechtsbescherming voor de burger?

Het onderzoek is gestart in september 2013 en afgerond in juli 2014. In beginsel werden alle colleges van hoger beroep in het onderzoek betrokken. Omdat uit de gepubliceerde jurisprudentie en de literatuur naar voren kwam dat de lus nauwelijks werd toegepast in belastingzaken, gold dit echter niet voor de hogerberoepsrechters in belastingzaken (appelrechters en de Hoge Raad). Het onderzoek had voorts betrekking op vier rechtbanken (oude stijl), respectievelijk vier zittingsplaatsen van vier rechtbanken (na herindeling). De rechtbanken werden aldus gekozen dat een zekere geografische spreiding en een spreiding in sociaal economisch opzicht gewaarborgd was en ook rechtbanken van verschillende grootte vertegenwoordigd waren. Nagegaan is hoe vaak in de onderzoeksperiode gelust is en hoe vaak andere afdoeningsmodaliteiten gericht op finale geschilbeslechting (zelf in de zaak voorzien, rechtsgevolgen in stand laten) zijn ingezet.

Vervolgens is een steekproef van 161 dossiers onderzocht waarin de lus is toegepast en 84 dossiers waarin de rechter een besluit heeft vernietigd zonder dat een van de finaliseringsinstrumenten is toegepast. Voorts bestond het onderzoek uit interviews met de verschillende spelers die bij een bestuursrechtelijke procedure betrokken zijn. In totaal werden 10 rechters en twee staatsraden, vertegenwoordigers van bestuursorganen en 10 veelvuldig procederende partijen of partijvertegenwoordigers ondervraagd. De interviews met de rechters en staatsraden geven de persoonlijke opvatting en praktijk van de desbetreffende rechter weer, tenzij uitdrukkelijk anders is vermeld. Binnen een bepaald rechterlijk college kunnen die opvattingen en praktijken sterk uiteenlopen.

Voor de rechtsvergelijking met België en Duitsland werden enkele rechters, advocaten en wetenschappers uit Vlaanderen en Duitsland ondervraagd, deels telefonisch, deels ter plekke. De interviews hebben vooral bijgedragen aan een verdere verdieping en verificatie van de kennis van de onderzoekers. Voor het rechtsvergelijkende deel van dit onderzoek is gekozen voor de methode van ‘functionele microrechtsvergelijking’. Dat houdt in dat niet bepaalde rechtsregels of rechtsdogmatische instituten worden vergeleken, maar wordt vertrokken vanuit een bepaald

probleem of vraagstuk en wordt bekeken hoe dit probleem of vraagstuk in de verschillende landen wordt opgelost. Onderzocht werd dus of de finaliteit van bestuursrechtelijke uitspraken een onderwerp van aandacht en discussie vormt en zo ja, hoe de rechter de finaliteit van zijn beslissingen verhoogt indien een besluit van de overheid wordt vernietigd.

1. Heeft de lus geleid tot een doelmatiger en doeltreffender bestuursprocesrecht?

Frequentie van toepassing

De bestuurlijke lus wordt in verhouding tot andere afdoeningsmodaliteiten, gericht op definitieve geschilbeslechting, weinig toegepast. In iets minder dan 7% van alle zaken waarin de rechter een gebrek constateert van alle onderzochte rechterlijke colleges in de onderzoeksperiode werd de lus ingezet. Daar staan ongeveer 15 % tegenover waarin de rechtsgevolgen in stand werden gelaten en 19% waarin zelf in de zaak werd voorzien. Overigens zijn er zijn grote verschillen in de frequentie waarmee dit instrument wordt gebruikt. In de ene rechtbank is dat slechts in 2% van de zaken waarin de rechter een gebrek constateert, in een andere in 12% en bij de Centrale Raad van Beroep in 15%. Deze verschillen zijn slechts voor een beperkt deel verklaarbaar door de aard van de geschillen die bij de verschillende rechterlijke colleges voorliggen. In geschillen over rijksbelastingen wordt de bestuurlijke lus zo goed als nooit toegepast. Ook in het vreemdelingenrecht wordt minder dan gemiddeld gelust. Opvallend is dat de lus in procedures tegen besluiten over infrastructuurwerken uiterst zelden wordt toegepast en toepassing bovendien naar verhouding vaak niet succesvol is. Dat is anders dan de wetgever had verwacht. De beoogde versnelling van infrastructuurprojecten was immers een belangrijke reden tot introductie van dit instrument. Het is voor dit soort geschillen echter minder nodig en minder geschikt.

Wanneer wordt de lus (niet) ingezet?

Het belangrijkste criterium om al dan niet te besluiten om de lus in te zetten is de vraag of het resterende geschil en de noodzakelijke reparatie zijn te overzien. Bij eenvoudiger te herstellen gebreken waarbij zicht bestaat op het mogelijke reparatietraject en het uitzicht bestaat dat reparatie binnen beperkte termijn mogelijk is, wordt gelust. Is niet duidelijk wat na een tussenuitspraak zou moeten of kunnen gebeuren, of is de situatie complex, dan wordt afgezien van toepassing van de lus. Vaak maakt de rechter een afweging tussen verwachte tijdswinst en de extra energie en tijd die toepassing van de formele lus (met name de rechter) kost. Bezie men de positie van de formele lus tussen de informele lus enerzijds en het vernietigen en opnieuw voorzien anderzijds, dan wordt duidelijk waarom dit instrument verhoudingsgewijs weinig wordt ingezet. Voor eenvoudig te verhelpen gebreken wordt bij voorkeur de informele lus ingezet. Worden het gebrek en het hersteltraject te complex, dan gaan de meeste rechters over tot vernietiging en terugverwijzing. De formele lus zit daartussen in en heeft dus een relatief beperkt toepassingsbereik.

Er zijn aanzienlijke verschillen tussen de rechterlijke colleges hoe deze afweging uitpakt. Voor sommige rechters staat daarbij voorop dat de tijdswinst bij complexe gebreken en een complex hersteltraject in vergelijking met een vernietiging en terugverwijzing slechts beperkt lijkt te zijn (tegenindicatie voor toepassing lus). Voor andere rechters speelt een belangrijke rol hoe belangrijk het is dat partijen zo snel mogelijk duidelijkheid krijgen over hun rechtspositie. Bij een geschil over (i.e.) planschadevergoeding of een geschil tussen grote marktpartijen is dat bijvoorbeeld minder belangrijk dan bij een geschil over een primaire inkomensvoorziening (bijstand of subsidie aan een boer). Voor weer andere rechters moet er een bijzondere rechtvaardiging zijn voor toepassing van de formele lus in vergelijking met de informele lus en is deze bijzondere rechtvaardiging slechts bij wijze van uitzondering te vinden. Meerdere rechters geven ook aan dat een belangrijk criterium voor het al dan niet lussen samenhangt met de noodzaak of wenselijkheid dat de rechter de regie in handen houdt. De opdracht om een gebrek in

het kader van de lus te herstellen wordt door bestuursorganen vaak sneller en met meer prioriteit uitgevoerd dan de opdracht om na een vernietiging opnieuw te voorzien.

Gevolgen voor de werklast van rechters

De werklast van de individuele rechter stijgt door toepassing van de lus niet onaanzienlijk. Dat is echter op zich geen grond voor de rechters om de lus niet toe te passen. Ook de financiering van de gerechten – die is gebaseerd op einduitspraken en niet is gerelateerd aan tussenuitspraken - en het feit dat een zaak waarin de lus wordt toegepast langer duurt, maar financieel voor het gerecht niet meer oplevert dan een zaak zonder lus, zijn, zo blijkt uit de interviews, geen overwegingen die de beslissing om de lus toe te passen beïnvloeden. Wel gaven verschillende rechters aan dat de noodzaak om de werkvoorraad overzichtelijk te houden een belangrijke rol speelt. Door veel en lange tijd ‘zwevende lussen’ zullen zich moeilijk te beheersen pieken in de werklast van individuele rechters voordoen. Zaken met een complex hersteltraject en een moeilijk in te schatten of lange hersteltermijn worden daarom niet of minder vaak gelust. De werklast en de organisatorische en logistieke implicaties van het lussen zijn mede bepalend voor het (niet te vaak) toepassen van de lus. Een meer indirecte invloed van financieringsaspecten kunnen we niet uitsluiten. De kaders voor financiering van de rechterlijke colleges, vertalen zich in werkdruk en strak geplande zittingsroosters en aantallen einduitspraken per rechter.

Leidt de lus tot snellere definitieve geschilbeslechting?

Gemiddeld neemt de toepassing van de lus iets meer dan zeven maanden in beslag. De termijnen lopen, afgezien van enkele uitschieters, uiteen van acht tot 50 weken. Binnen deze totale termijn heeft de rechter langer nodig voor de beoordeling van de reparatie dan het bestuursorgaan voor de reparatie zelf nodig heeft. Met de nodige voorzichtigheid kan worden geconstateerd dat de geschillen waarin de lus succesvol wordt toegepast, aanzienlijk sneller definitief beslecht zijn dan de geschillen waarin de lus niet wordt toegepast.

Daar staat echter ten eerste tegenover dat soms zeer snel definitief kan worden beslecht zonder toepassing van de lus. Toepassing van de lus zou hier tot vertraging leiden. Ten tweede ontstaat in de ongeveer 20% van de gevallen waarin de lus is toegepast, maar dat niet succesvol is geweest, een aanzienlijke vertraging van doorgaans meer dan een half jaar. Toepassing van de lus leidt dus niet altijd tot versnelling, maar soms tot vertraging. Andersom: indien de lus niet wordt toegepast gaat geschilbeslechting soms beduidend sneller. Echter in veel gevallen duurt geschilbeslechting zonder toepassing van de lus aanzienlijk langer.

Is toepassing van de lus succesvol?

De toepassing van de lus is tamelijk succesvol. In gemiddeld ongeveer 80% van de dossiers waarin wordt gelust, leidt de einduitspraak tot definitieve geschilbeslechting. Tussen de rechterlijke colleges verschilt dit succes in beperkte mate. Bij sommige rechtbanken is 74 of 76% van de lussen succesvol, bij de Afdeling bestuursrechtspraak is dat 90%.

Samenvattend antwoord

De bestuurlijke lus heeft in de praktijk haar plaats veroverd in de gereedschapskist van instrumenten die kunnen worden gebruikt om geschillen sneller (dan vroeger) finaal te beslechten. Het is een instrument dat, in vergelijking met andere afdoeningsmodaliteiten, een minder ruim toepassingsterrein heeft en pas uit de kist wordt gehaald als de andere afdoeningsmodaliteiten niet inzetbaar zijn. Dan doet het echter doorgaans wat het moet doen. De invoering van de lus heeft bijgedragen aan een doelmatiger en doeltreffender bestuursprocesrecht, zij het dat de betekenis van dit instrument verhoudingsgewijs beperkt is en juist in zaken over infrastructuurprojecten weinig bijdraagt aan snellere en definitieve geschilbeslechting. Tussen de

onderzochte rechterlijke colleges, met name tussen de rechtbanken, doen zich aanzienlijke verschillen voor in de frequentie van de toepassing van de lus.

2. Heeft de invoering van de bestuurlijke lus tot een verbetering of verslechtering van de positie van de burger geleid?

Hoe vaak ziet de bestuursrechter daarvan af omdat er (derde-)belanghebbenden in het spel zijn? Uit de 161 dossiers waarin de lus is toegepast konden we deze informatie niet halen, omdat daarin nu juist belangen van derden blijkbaar niet aan het toepassen van de lus in de weg hebben gestaan. Het aandachtspunt dat belanghebbenden door de lus niet (onevenredig) mogen worden geschaad gaat doorgaans op in het door de rechters wel in de allermeeeste gevallen toegepaste criterium dat een gebrek en het hersteltraject overzichtelijk moet zijn om voor de lus te kiezen. Daarmee vallen geschillen waarin belanghebbenden onevenredig kunnen worden benadeeld doorgaans al buiten de boot. Voor het overige is de positie van onbekende derden wel degelijk een aandachtspunt bij de rechter.

De rechtspositie van partijen en derde-belanghebbenden

Het blijkt een heel sterk overheersende benadering te zijn dat de bestuurlijke lus wordt uitgesproken nadat de zitting heeft plaatsgevonden. Het toepassen van de lus voordat partijen zich ter zitting over de zaak hebben kunnen uitspreken, zoals door de wetgever bij de totstandkoming van de wettelijke regeling van de lus gesuggereerd, zou ook uit een rechtsstatelijk oogpunt al snel bedenkelijk kunnen gaan worden, tenzij het om gevallen gaat die zijn te scharen onder art. 8:54 Awb.

Aanwijzingen van de rechter met betrekking tot de inhoud van de reparatie, anders en verdergaand dan zou voortvloeien uit de benoeming van het gebrek in het aangevallen besluit, hebben wij in geen van de onderzochte dossiers kunnen ontdekken. De rechter gaat dus niet op de stoel van het bestuur zitten.

Duidelijk is dat de lus de rechtspositie verbetert van adressanten van besluiten waartegen beroep is ingesteld. Zij ontvangen doorgaans sneller een definitief – en meestal wel deugdelijk – besluit waaraan zij rechten kunnen ontleen. Het tegendeel is minder algemeen te zeggen. Derde-belanghebbenden die zich keren tegen een besluit zijn soms feitelijk niet gebaat bij toepassing van de lus. Het voornaamste nadeel voor hun positie is dat toepassing van de lus het conflict vernauwt tot de vraag of het voorliggende besluit al dan niet gerepareerd kan worden, terwijl na een vernietiging van het aangevallen besluit de mogelijkheden voor het vervolgtraject veel meer open liggen. De bestuurlijke lus kan, kortom, leiden tot fixatie of tunnelvisie aan de zijde van het bestuursorgaan. Andere wijzen van oplossing van het conflict kunnen door de bestuurlijke lus eerder uit beeld raken. Echter, grotere bedrijven in de positie van appellant ervaren toepassing van de lus vaak als voordelig. Deze bedrijven willen vooral rechtszekerheid. Die is door toepassing van de lus doorgaans sneller te verkrijgen.

3. Weinig knelpunten

De onderzoekers hebben geen aanwijzingen dat de invoering en toepassing van de bestuurlijke lus heeft geleid tot bestuurlijke luiheid c.q. slordiger besluitvorming. Herhaalde lussen komen wel eens voor, maar zijn uiterst zeldzaam, zo blijkt uit het onderzoek. Als de lus succesvol is, verdient het aanbeveling om het beroep tegen het oorspronkelijk besluit in ieder geval gegrond te verklaren en vervolgens ofwel de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten, dan wel het beroep tegen het na reparatie gewijzigde besluit ongegrond te verklaren.

Een uitwisseling van ervaring tussen met name rechtbanken en een discussie over nut en mogelijkheden van de bestuurlijke lus, het liefst mede aan de hand van concrete voorbeelden, zou de bereidheid van sommige rechterlijke colleges om dit instrument meer frequent toe te passen kunnen verhogen.

Overwogen kan worden om ook de rechtbanken in staat te stellen om bestuursorganen op te dragen een gebrek te herstellen. Feitelijk zijn de verschillen tussen het in de gelegenheid stellen en het geven van een opdracht kleiner dan het lijkt. Bovendien vergt het in de gelegenheid stellen een extra procedurestap. Een dergelijke opdracht heeft echter ook nadelen.

Rechtsstatelijke bedenkingen en de oplossing daarvoor

Deels naar aanleiding van het arrest waarin het Belgische Grondwettelijk Hof de Vlaamse regeling van de bestuurlijke lus heeft vernietigd, kunnen mogelijk twee rechtsstatelijke bedenkingen tegen de thans geldende Nederlandse regeling naar voren worden gebracht. De eerste bedenking betreft het beginsel van hoor en wederhoor. Appellanten moeten zich over een besluit waartegen zij opkomen in beginsel altijd ten overstaan van de rechter kunnen uitlaten. Een uitsluitend schriftelijke afhandeling van de zaak wordt met art. 6 EVRM verenigbaar geacht voor zover het gaat om kennelijk ongegronde of gegrunde zaken (art. 8:54 Awb). Wordt een besluit in het kader van een bestuurlijke lus door een nieuw besluit vervangen of van een nieuwe motivering voorzien, dan zou onzes inziens in beginsel ook ten aanzien van deze reparatiepoging moeten gelden dat appellanten zich daarover in beginsel ten overstaan van de rechter moeten kunnen uitspreken. Thans vindt na de herstelpoging doorgaans geen tweede zitting plaats. Te overwegen valt om partijen in de gelegenheid te stellen in beginsel altijd een tweede zitting te kunnen vragen, tenzij het beroep tegen het besluit in zijn herstelde vorm (inmiddels) kennelijk ongegrond is. Deze verandering zou het nut van de lus (snellere definitieve geschilbeslechting) in sommige gevallen iets doen verminderen en het animo om de lus toe te passen wellicht (nog) iets meer doen afnemen, maar ruimt wel niet onbelangrijke rechtsstatelijke bedenkingen uit de weg.

Het tweede mogelijke rechtsstatelijke manco van de lus betreft het recht op toegang tot de rechter. Een rechtsstatelijk probleem kan zich daarbij mogelijk voordoen als derden de toegang tot de rechter wordt ontnomen voor zover zij zich door een inhoudelijk gelijkblijvende, maar anders onderbouwde en gemotiveerde beslissing voor de eerste maal bezwaard voelen. Volgens het Belgische Grondwettelijk Hof kan dit een ongerechtvaardigde beperking van het recht op toegang tot de rechter inhouden. Deze opvatting gaat er vanuit dat ook een beroepsrecht moet bestaan als een besluit inhoudelijk niet is gewijzigd, maar wel van een andere motivering is voorzien. Te bedenken is dat ook buiten het instrument bestuurlijke lus situaties voorkomen waarin een gewijzigde motivering van een besluit niet tot gevolg heeft dat derden, die daar mogelijk bezwaar tegen zouden kunnen hebben alsnog een recht op bezwaar en beroep krijgen. Integendeel, vertrekpunt in het Nederlandse bestuursprocesrecht is dat men in beginsel niet in beroep kan gaan tegen een motivering van een besluit, maar slechts tegen de inhoud daarvan. Wij delen de opvatting van het Belgische Grondwettelijk Hof op dit punt daarom ook niet, maar achten deze opvatting wel verdedigbaar. Een discussie daarover in Nederland zou derhalve op zijn plaats zijn.

Als men deze bedenking wel onderschrijft, dan zou dit probleem in Nederland oplosbaar zijn door voor te schrijven om elke reparatie vorm te geven als een nieuw besluit. Derden die geen partij waren in het geding kunnen dan in beroep gaan tegen dit nieuwe besluit. Ook dit leidt echter in sommige gevallen tot een wezenlijke verzwaring van de procedure van de lus.

4. Wat valt er te leren van het bestuursprocesrecht in andere landen

Wat opvalt bij een vergelijking van de regeling en de discussie over de lus in Nederland enerzijds en in de twee andere landen anderzijds is het verschil van aandacht voor rechtsstatelijke implicaties van de lus. Ook in Nederland zijn voorafgaand aan en tijdens de introductie van de bestuurlijke lus her en der rechtsstatelijke bedenkingen geuit. Deze bedenkingen hebben vervolgens echter noch in de parlementaire discussie, noch in de discussie in de literatuur een wezenlijke of invloedrijke rol gespeeld en niet geleid tot wezenlijke bijstellingen van de voornemens van de regering. In België hebben de rechtsstatelijke bedenkingen geleid tot een zeer beperkte variant van de bestuurlijke lus, in Duitsland tot het geheel afwijzen van de introductie van een lus. Het is niet onwaarschijnlijk, maar ook niet te bewijzen, dat het feit dat beide landen over een grondwettelijk hof beschikken dat de grondwettigheid van wettelijke regelingen kan toetsen, bijdraagt tot een groter bewustzijn en een grotere alertheid in de parlementaire en in de publieke discussie van nieuwe wettelijke regelingen. Relativerend moet daarbij echter worden opgemerkt dat het rechtsstatelijk “geweten” in Duitsland niet altijd even alert blijkt te zijn en in België de constitutioneelrechtelijke bedenkingen nu juist ertoe hebben geleid dat de Belgische regeling een weffout bevat en daarmee juist ongrondwettelijk werd. Toch is de alertheid voor de grond- en mensenrechtelijke implicaties van bestuursprocesrechtelijke regelingen iets dat onzes inziens ook in Nederland meer aandacht zou kunnen krijgen.

Voor het overige is van de Belgische regeling van de lus niet veel te leren. Mogelijk kan Nederland iets leren van de bijzondere positie die het Fachplanungsrecht in Duitsland inneemt ten opzichte van algemene bestuursrecht. De zeer grondige voorbereidingsprocedure met relatief vroegtijdige participatiemogelijkheden rechtvaardigt volgens Duitse opvattingen bepalingen die het uit die procedure komend besluit zoveel mogelijk behoeden voor vernietiging. Thans is in Nederland nog geen (wettelijk) gevolg gegeven aan de suggesties van de Commissie Elverding tot introductie van een brede, vroegtijdige participatiemogelijkheid. Indien dat, bijvoorbeeld in het kader van de Omgevingswet, wel wordt uitgewerkt, zou erover nagedacht kunnen worden daaraan consequenties te verbinden in de rechtsbeschermingsfase. Daar pleit echter tegen dat er in het algemeen bestuursprocesrecht, onder andere door introductie van de lus, al heel veel instrumenten zijn ingevoerd die gericht zijn op het zo enigszins mogelijk in stand houden van (de rechtsgevolgen van) in detail foutieve besluiten. Of men, ook na introductie van een vroegtijdige, brede participatieprocedure, nog verder kan en zou moeten op deze weg, wagen wij te betwijfelen.

Een ander aspect verdient vanuit Nederlands perspectief wellicht ook nog aandacht. Dat betreft situaties waarbij een besluit over een omvangrijk project rechten van één of enkele weinige appellanten schendt, terwijl het voor het overige rechtmatig is. Duitse rechters vatten hun taak om het voorgelegde geschil definitief te beslechten dan ruim op en gaan actief op zoek naar mogelijke aanvullende besluiten waarmee de inbreuk op de individuele rechten van betrokkenen ongedaan kan worden gemaakt (bijvoorbeeld een extra geluidsscherm, een mitigerende of compenserende maatregel etc.). De Commissie Elverding heeft voor dergelijke situaties gesuggereerd om het besluit in stand te laten en aan diegenen wiens rechten geschonden zijn slechts een schadevergoeding toe te kennen. Een dergelijke oplossing ontmoet ernstige en onder meer rechtsstatelijke bezwaren. De Duitse oplossing om appellanten niet automatisch een recht op vernietiging toe te kennen van elk besluit dat in strijd met het recht is, maar hen te verwijzen naar een recht op aanvulling van het onrechtmatig besluit (indien dat mogelijk is), zou ook in Nederland kunnen worden overwogen. Deze oplossing lijkt het algemeen belang met betrekking tot het doorgang kunnen laten vinden van na grondige voorbereiding genomen besluiten en het respecteren van individuele wettelijke rechten op een betere wijze met elkaar te verbinden dan het voorstel van de Commissie Elverding dienaangaande. Bij het verdere nadenken over dit deel van het advies van de Commissie Elverding zou goed naar de Duitse praktijk moeten worden gekeken.