

De bestuursrechter hoeft helemaal niet zo lijdelijk te zijn als vaak wordt gedacht. Rechter Govaers brengt de mogelijkheden voor finale geschillenbeslechting in beeld, zodat ook de niet-ingewijde advocaat de kansen kan grijpen.¹

Bestuursrechter wordt actiever

Tijd voor finaliteit

Evert-Jan Govaers

Rechter sector bestuursrecht Rechtbank Roermond²

De laatste jaren wordt de bestuursrechter, met name gezien vanuit de optiek van bestuursorganen, nogal eens verweten erg formeel-juridisch bezig te zijn en de bestuurspraktijk uit het oog te verliezen. Aan de andere kant, gezien vanuit de rechtzoekende burger, wordt gesteld dat de bestuursrechter te weinig adequate rechtsbescherming biedt en dat niet zelden door het bestuur uiteindelijk een besluit wordt genomen dat de rechterlijke toets wél kan doorstaan. Mede in verband hiermee ligt het accent de laatste jaren meer en meer op ‘finale geschillenbeslechting’³ in vergelijking met de

andere taken van de bestuursrechter die daarmee vanzelfsprekend samenhangen, te weten rechtsbescherming en controle.⁴

Drie soorten afdoeningen

Art. 8:72 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) bevat drie soorten afdoeningen door de rechter na een gegrond verklaard beroep dat leidt tot vernietiging van het besluit:

- 1 het bestuursorgaan opdragen een *nieuw besluit* te nemen met inachtneming van de uitspraak (lid 4); deze bevoegdheid wordt in ongeveer 90% van de gevallen gehanteerd, maar verschuivingen zijn gaande... Voor finale geschillenbeslechting in het kader van de zitting en de uitspraak die volgt, beschikt de bestuursrechter namelijk over een aantal instrumenten als alternatief voor de ‘traditionele’ opdracht aan het bestuursorgaan om een nieuw besluit te nemen, namelijk:
- 2 de *rechtsgevolgen* van het besluit in

State, J.E.M. Polak, in 2000 getiteld ‘Effectieve bestuursrechtspraak’.

4 B.J. Schueler, ‘De drie taken van de bestuursrechter: rechtsbescherming, controle en geschillenbeslechting’, in: *Milieu & Recht* 2008, 4.

stand laten, de zogenoemde ‘gedektverklaring’ (lid 3); bij ABRS, CRvB en CBb gebeurde dit in respectievelijk 3%, 15% en 8% van de vernietigingen, bij de rechtbanken tussen de 5 en 9%;

- 3 bepalen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit, het zogenoemde ‘*zelfvoorzien* in de zaak’ (lid 4); rechtbanken doen dit in ongeveer 7% bij vernietigingen, de genoemde hogerberoepsinstanties in respectievelijk 13, 14 en 32%.⁵

In al deze drie gevallen grijpt de rechter in het bestuurlijk proces in.⁶ Bij de gedektverklaring neemt de rechter de beslissing om de gevolgen van dat besluit met zijn uitspraak te dekken. Dit op-

5 De voortrekkersrol van de CRvB past bij de voorgeschiedenis van deze instantie, die al vóór de Awb in de Beroepswet de bevoegdheid had om zelf in de zaak te voorzien. Daarnaast is er op het gebied van het socialezekerheidsrecht doorgaans sprake van sterk gebonden bevoegdheden. Zie verder B.J. Schueler, ‘De bestuursrechter als geschillenbeslechter’, in: *Trema* 2008, nr. 4; A.T. Marseille en R.R. van der Heide, ‘De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting door de bestuursrechter’, in: *JBplus* 2008, p. 78-92.

6 J.A.M. van Angeren, ‘De rechter als bestuurder-plaatsvervanger’, in: *JBplus*, 2007, p. 16-23.



treden als ‘bestuurder-plaatsvervanger’ wordt volgens Van Angeren sterker bij de opdracht een nieuw besluit te nemen met inachtneming van de overwegingen van de uitspraak. Het bestuur kan niet om de uitspraak van de rechter heen; alleen ten aanzien van de concrete invulling en formulering beschikt het bestuursorgaan over enige vrijheid.

Bij het ‘zelf voorzien’ doet de rechter zelf wat ook het bestuur ingevolge de uitspraak had moeten doen.⁷ Het geschil wordt finaal beslecht en het biedt de rechtzoekende eerder zekerheid. Dit laatste is van belang nu het bestuur met enige regelmaat zelfs de opdracht van de rechtbank om binnen een bepaalde termijn een nieuw besluit te nemen niet zonder meer opvolgt, hetgeen vaak weer het instellen van een rechtsmiddel noodzakelijk maakt.

Pleitbezorgers van finale geschillen-

beslechting⁸ stellen voor dat de bestuursrechter bij een gegrond beroep waarop een vernietiging volgt *eerst* kijkt of de rechtsgevolgen in stand kunnen worden gelaten⁹, *dan* kijkt of zelf in de zaak kan worden voorzien en pas in de *derde en laatste plaats* het bestuursorgaan de opdracht geeft een nieuw besluit te nemen.

Rechtsgevolgen in stand laten

De rechter kan de rechtsgevolgen in stand laten:

- bij een formeel *bevoegdheidsgebrek*, waarbij het wél bevoegde bestuursorgaan het besluit (alsnog) voor zijn rekening heeft genomen (bijvoorbeeld van college naar burgemeester of van college naar raad);
- in geval van een formeel of materieel motiveringsgebrek, dat het bestuursorgaan in de loop van de beroepsprocedure heeft hersteld (bijvoorbeeld

in het verweerschrift of een nader besluit);

- wanneer de feitelijke grondslag van het besluit niet juist of niet toereikend was, maar hangende het beroep het feitencomplex alsnog vast is komen te staan (bijvoorbeeld middels een –nieuwe– handavingsrapportage, een goed onderbouwd medisch advies of een nader proces-verbaal).

Zelf voorzien

De rechter kan volgens de dogmatiek zelf in de zaak voorzien indien er rechs (nog) maar één besluit mogelijk is. Dat is in beginsel onder meer niet het geval als:¹⁰

- er nog beleidsvrijheid of beoordelingsvrijheid voor het bestuursorgaan is;
- de feiten niet zijn komen vast te staan en nog nader feitelijk onderzoek nodig is;
- de hernieuwde besluitvorming specialistische kennis vereist.

8 Zoals, zonder anderen tekort te doen, D.A. Verburg, Th.G.M. Simons, B.J. van Ettekovens, B.J. Schueler en A.T. Marseille.

9 Zie ABRS 19 december 2007, LJN: BC0556 (i.h.b. r.o. 2.6.3) waarin de Afdeling vijfentwintig opmerkt dat de rechtbank ‘uit een oogpunt van finale geschillenbeslechting ten onrechte niet heeft onderzocht of de rechtsgevolgen van het besluit in stand kunnen blijven’.

10 Zie D.A. Verburg, *De bestuursrechtelijke uitspraak en het denkmodel dat daaraan ten grondslag ligt*, Uitgeverij Kerkebosch, 2008.

7 Of, om met Th.G.M. Simons, president van de Centrale Raad van Beroep, te spreken: hierbij doet de rechter als het ware de toga uit en doet wat het bestuur had moeten doen (rede gehouden ter gelegenheid van de presentatie van het boek *De bestuursrechtelijke uitspraak* van D.A. Verburg op 25 november 2008).

In beginsel kan volgens Verburg *wel* zelf in de zaak worden voorzien onder meer als:

- het bestuursorgaan het bezwaar niet-ontvankelijk had moeten verklaren;
- het een gebonden besluit betreft en de feiten vaststaan;
- het een zelfstandig schadebesluit betreft (schadevergoeding bepalen is een voorname taak van de rechter);
- het een boete of een andere punitieve sanctie betreft;
- er wel beleidsvrijheid of beoordelingsvrijheid is, maar deze in het specifieke geval volledig is ingevuld door beleid(sregels) die in het voorliggende geval van toepassing zijn;
- het bestuursorgaan (spontaan of desgevraagd) verklaart welk besluit het *zou* nemen als het daartoe de opdracht zou krijgen (en dat besluit wel rechtmatig wordt geoordeeld);
- de beginselen van behoorlijk bestuur dwingen tot het nemen van een bepaald besluit.

Jurisprudentie

De Afdeling bestuursrechtspraak bepaalde op 10 december 2008 (LJN: BG6401), in een zaak waarin een verkeersbesluit een rol speelde (inrijverbod voor vrachtauto's) twee belangrijke dingen:

- in het geval een besluit wordt vernietigd, *dient*¹¹ de rechtbank de mogelijkheden van finale beslechting van het geschil te onderzoeken, waarbij onder meer aan de orde is of er aanleiding is om met toepassing van art. 8:72 lid 3 Awb de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten;
- waarbij niet is vereist dat nog slechts één beslissing mogelijk is.

In het onderhavige geval, waarin een besluit wegens het ontbreken van een deugdelijke belangenafweging is vernietigd, kan er volgens de Afdeling, mede gelet op de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan, uit een oogpunt van proceseconomie aanleiding zijn om de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten indien:

.....

11 Let op de imperatieve formulering, terwijl de Awb spreekt over een 'kan-bepaling'. Naar mijn stellige overtuiging was deze uitspraak in het begin van het Awb-tijdperk ondenkbaar geweest. Zie recentelijk voor eenzelfde formulering ABR 6 april 2009, 200803001/1 (i.h.b. r.o. 2.2.1).

- het bestuursorgaan vasthoudt aan zijn besluiten
- het bestuursorgaan alsnog de vereiste belangenafweging heeft gemaakt, en
- de andere partijen zich daarover in voldoende mate hebben kunnen uitlaten.

Beslissend is daarbij of de inhoud van het vernietigde besluit na de alsnog kenbaar gemaakte belangenafweging de rechterlijke toets kan doorstaan.

Om het contrast duidelijk te maken: op 12 november 2008 (LJN: BH2161) ging het bij de Afdeling om de eigenaar van een wasstraat die opkwam tegen een besluit waarbij de gemeenteraad een parkeerterrein en een busstation aan het openbaar verkeer had onttrokken. De voorzieningenrechter had het beroep eerder gegrond verklaard, doch had bepaald dat de rechtsgevolgen ervan in stand konden blijven zover het de onttrekking betrof. Wél werd de raad opgedragen om nog een nader besluit te nemen omtrent mogelijke aan Carwash toe te kennen nadeelcompensatie. De Afdeling toonde zich kritisch en oordeelde dat de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit, waaraan geen toereikende belangenafweging ten grondslag ligt, *slechts in stand kunnen worden gelaten* indien:

- het bestuursorgaan alsnog inzicht heeft gegeven in de wijze waarop het de betrokken belangen heeft afgewogen, en
- de aldus kenbaar gemaakte belangenafweging het vernietigde besluit kan dragen.

Er kon niet worden uitgesloten dat de raad niet tot onttrekking op de wijze, als thans is geschied, zou hebben besloten indien hij had moeten voorzien in nadeelcompensatie voor Carwash. Voor het in stand laten van de rechtsgevolgen bestond onder die omstandigheden geen grond, aldus de Afdeling.

Hardheidsclausule

In een zaak waarin hij moest oordelen over de toepassing van de (voormalige) Wet voorzieningen gehandicapten (Wvg) oordeelde de Centrale Raad van Beroep dat het college van BW in de zeer bijzondere omstandigheden van dit geval aanleiding had moeten vinden om ten gun-

ste van betrokkenen af te wijken van de overige bepalingen van de Verordening. Oftewel, de hardheidsclausule. Niet vaak succesvol, maar hier wel! De Raad zag, met het oog op een finale beslechting van het geschil, dan ook aanleiding om zélf in de zaak te voorzien en de door appellanten aangevraagde voorziening in de vorm van een bruikleenauto toe te kennen.¹²

Wel dient de buitengrens van het geschil goed in ogenschouw te worden genomen. Finale geschillenbeslechting kan geen toepassing vinden om – buiten het aan de orde zijnde geschil om – een oordeel te geven over hetgeen partijen anderszins verdeeld houdt.¹³

Grijp uw kans

In het voorgaande zijn verschillende partijen de revue gepasseerd: de steeds actiever wordende, mee- en verder denkende rechter, die de balans tussen rechtsbescherming en efficiency hoog in het vaandel moet hebben staan en van wie soms nog een mentale gedragsverandering met het oog op finale geschillenbeslechting wordt gevergd; het bestuursorgaan dat zich (pro)actief opstelt en ter zitting over een gemachtigde beschikt met een toereikend en dus soms vergaand mandaat om 'zaken te kunnen doen'¹⁴, én de eisende en/of derde partij, (al dan niet met advocaat) die constructief meedenkt en doorgaans óók gebaat is bij het zo snel mogelijk verkrijgen van een (rechterlijk) oordeel over het betwiste besluit.

Als advocaat moet u daarbij op het volgende bedacht zijn. Bij een gegrond beroep waarin een vernietiging voorligt, hebt u namens de eisende cliënt de vergoeding van het griffierecht en de proceskosten al binnen. Dan liggen er kansen om ter zitting met het oog op de uitspraak die volgt de belangen van de cliënt zo helder en volledig mogelijk voor het voetlicht te brengen. Onderken dit goed en maak van de situatie gebruik. Grijp uw kans om de rechter ervan te overtuigen dat finale beslechting van het geschil hier en nu aangewezen is. Ook voor u is het tijd voor finaliteit!

.....

12 CRvB 2 mei 2007, LJN: BA4396. Zie ook CRvB 19 november 2008, LJN: BG5394.

13 CRvB 9 november 2007, LJN: BB7758.

14 Zie bijvoorbeeld ABR 4 juli 2007, LJN: BA8693 (i.h.b. r.o. 2.13).