

De Awb in cijfers

A.T. Marseille*

I Inleiding

Toen de Awb op 1 januari 1994 werd ingevoerd, bestond deze uit 217 bepalingen. Zestien jaar later, op 1 januari 2010, bestaat de Awb uit 492 bepalingen. Er zijn een paar artikelen geschrapt en heel veel toegevoegd. De bepalingen waarmee de Awb is verrijkt, kunnen in twee categorieën worden onderverdeeld. Enerzijds zijn er bepalingen waarvan al in 1994 was te voorzien dat ze ooit een plaats in de Awb zouden krijgen, omdat van meet af aan het plan bestond ze in de Awb op te nemen, als codificatie van geldend bestuursrecht.¹ Anderzijds zijn er bepalingen waarvan slechts een enkeling of misschien wel helemaal niemand op 1 januari 1994 vermoedde dat die in de Awb zouden worden opgenomen. Ze zijn de vrucht van voortschrijdende of gewijzigde inzichten over de ideale inrichting van het bestuursrecht.

Deze laatste categorie bepalingen, waaronder ik voor het gemak ook bepalingen reken die binnenkort vanwege voortschrijdende of gewijzigde inzichten in de Awb zullen worden opgenomen, vormt het onderwerp van deze bijdrage. Het betreft de regeling van het rechtstreeks beroep, de dwangsom voor niet op tijd beslissende bestuursorganen, de bestuurlijke lus, de wijziging van de procedures ter verkrijging van schadevergoeding in het bestuursrecht en de invoering van een relativiteitseis. Bij geen van die vijf gerealiseerde of nog te realiseren toevoegingen aan de Awb gaat het om de wettelijke verankering van in de jurisprudentie van de bestuursrechter vastgelegde rechtsregels. In alle gevallen betreft het welbewust geplande ingrepen ter wijziging van het bestuursrecht.

De vijf wijzigingen hebben met elkaar gemeen dat ze, ten minste ten dele, zijn ingegeven door de wens een bepaalde beleidsdoelstelling dichterbij te brengen. Het gaat om het vermijden van overbodige procedures (rechtstreeks beroep), snellere besluitvorming (dwangsom voor het niet op tijd beslissen), effectievere rechterlijke geschilbeslechting (bestuurlijke lus), een toegankelijker schadeprocedure (wijziging schadevergoedingsprocedures) en het beperken van de discussie bij de bestuursrechter tot aspecten van het bestreden besluit die raken aan een belang van de appellatant (relativiteitseis).

Juist vanwege de beleidsdoelstelling die met elk van die wijzigingen wordt nagestreefd, is het interessant om te kijken in hoeverre de wijzigingen zijn gestoeld op

* Mr. dr. A.T. Marseille is werkzaam bij de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

1 MvT, PG Awb I, p. 49.

kennis over de omvang van het probleem dat ermee zou moeten worden opgelost, alsmede op inzicht in de effecten van de voorgestelde wijzigingen. Anders gezegd: wordt de opname van de vijf wijzigingen in de Awb gerechtvaardigd door de cijfers? Die vraag zal ik in de komende paragrafen voor elk van de wijzigingen proberen te beantwoorden, waarna ter afsluiting enkele concluderende opmerkingen volgen.

2 Rechtstreeks beroep

In de Awb is bepaald dat beroep op de bestuursrechter pas mogelijk is als een voorprocedure bij het bestuur is doorlopen. In de meeste gevallen is dat de bezwaarprocedure. Al snel na de invoering van de Awb kwam de verplichte bezwaarprocedure onder vuur te liggen. Die zou lang niet altijd toegevoegde waarde hebben. Zeker als aan het primaire besluit een uitvoerige besluitvormingsprocedure was voorafgegaan, zou bezwaar geen zinvolle toevoeging aan de besluitvorming betekenen en geen reële heroverweging van het ter discussie gestelde besluit inhouden. In dergelijke gevallen zouden bestuur en burger er meer aan hebben als ze hun geschil direct aan de bestuursrechter zouden kunnen voorleggen.²

Ook de Commissie Evaluatie Awb I, die eind 1996 rapport uitbracht over het functioneren van de Awb, constateert dat kan worden betwijfeld of de bezwaarprocedure in alle gevallen toegevoegde waarde heeft.³ Haar twijfel is gebaseerd op de uitkomsten van de evaluatieonderzoeken naar het functioneren van de Awb, die twee jaar na de invoering voor het eerst werden uitgevoerd. De commissie geeft overigens niet aan op welke specifieke bevindingen van welke evaluatieonderzoeken haar constatering is gestoeld.

Wat moet er met de twijfel gebeuren? In haar rapport schetst de commissie zes mogelijke alternatieven voor de verplichte bezwaarprocedure.⁴ Ze stelt voor onderzoek te doen naar de voor- en nadelen van de verschillende varianten. De regering neemt het voorstel van de evaluatiecommissie niet over, maar komt in 2000 met een wetsvoorstel dat is gebaseerd op een van de door de commissie genoemde varianten, 'Het achterwege laten van de bezwaarprocedure als alle belanghebbenden en het bestuursorgaan daarmee instemmen'. Ter onderbouwing van de voorgestelde regeling baseert de regering zich geheel en al op de constatering van de evaluatiecommissie: 'De evaluatiecommissie meende dat de evaluatieonderzoeken voldoende aanknopingspunten boden om aan te nemen dat in bepaalde gevallen behoefte bestaat aan een zekere flexibilisering van de bezwaarschriftprocedure.'⁵ Op basis daarvan wordt een wetswijziging voorgesteld, die inhoudt dat de bezwaarprocedure kan worden overgeslagen als aan drie voorwaarden is voldaan: de

2 De discussie werd het hevigst gevoerd in het Nederlands juristenblad. Zie: M.B.W. Biesheuvel 'Weg met de bezwaarschriftenprocedure', *NJB* 1996, p. 930; P. Vanderheyden, 'Weg met de advocatuur', *NJB* 1996, p. 1111-1112; E. Alders, 'Deregulering ook voor de Awb', *NJB* 1996, p. 1113; C.A.J. Kortmann, 'Weg met de bezwaarschriftenprocedure?', *NJB* 1996, p. 1113; J.J.A. Bosch, 'De bezwaarschriftenprocedure moet blijven', *NJB* 1996, p. 1214-1215; B.E.M. Hendrickx, 'Weg met de bezwaarschriftenprocedure?', *NJB* 1996, p. 1371.

3 *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996*, verslag van de commissie evaluatie Algemene wet bestuursrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 1996.

4 *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996*, p. 53-54.

5 *Kamerstukken II 2000/01*, 27 563, nr. 3, p. 2.

bezwaarmaker moet het bestuursorgaan hebben verzocht om instemming met het overslaan van de bezwaarprocedure, het bestuursorgaan moet akkoord zijn en de rechtbank aan wie het bezwaarschrift vervolgens wordt doorgezonden mag geen overwegende bezwaren hebben.

De regeling van het rechtstreeks beroep is er niet zonder slag of stoot gekomen. Het idee om de bezwaarprocedure facultatief te maken, werd op veel plaatsen met reserves ontvangen.⁶ Vrees voor overbelasting van de bestuursrechter speelde daarbij een voornamelijk rol. Gezien de enorme zeefwerking van bezwaarprocedures zou een beperkt gebruik van de mogelijkheid van rechtstreeks beroep al tot een substantiële toename van beroepsprocedures bij de bestuursrechter leiden. Minister Donner beloofde de sceptische Eerste Kamer dan ook om de wet zo snel mogelijk te laten evalueren.

De wet trad op 1 september 2004 in werking.⁷ Eind 2005 was de evaluatie voltooid.⁸ Uit het evaluatierapport bleek dat nauwelijks van de regeling gebruik werd gemaakt. Het geringe gebruik bleek te wijten aan het bestuur en de rechter, maar met name aan de bezwaarmakers. In het licht van de cijfers die in het rapport te vinden zijn, kan ervan worden uitgegaan dat in ten hoogste 1 op de 1000 bezwaarzaken aan het bestuur wordt verzocht het bezwaar als beroep aan de rechtbank door te sturen. Veel van die weinige verzoeken sneuvelen onderweg. Het lijkt er op dat het bestuur niet meer dan 1 op de 10 verzoeken honoreert en dat de rechter ongeveer de helft van de bezwaarschriften die aan hem worden doorgestuurd met het verzoek ze als beroepschrift te behandelen, aan het bestuur terugstuurt, omdat hij ze niet geschikt vindt voor rechtstreeks beroep. Een optelsom van de beslissingen van bezwaarmaker, bestuur en bestuursrechter leert dat in niet meer dan 1 op de 20.000 bezwaarzaken de bestuursrechter zich direct over het geschil tussen bestuur en burger buigt.⁹

Dat is een totaal ander effect dan verwacht of beoogd. Bij een zo minieme mate van gebruik kan moeilijk worden volgehouden dat de wet in een behoefte voorziet. Als dat al het geval is, dan slechts in een zeer geringe behoefte. Twee reacties op de bevindingen van het evaluatieonderzoek zijn denkbaar: een laconieke en een principiële. De laconieke reactie is dat het geen probleem is dat er zo weinig gebruik van de regeling wordt gemaakt, want: baat het niet, het schaadt ook niet. De principiële reactie is dat een regeling waar zo sporadisch gebruik van wordt gemaakt, eigenlijk niet in de Awb thuishoort.

Los van de vraag of een laconieke of een principiële reactie het meest op zijn plaats is, laat de praktijk van het gebruik van de regeling van het rechtstreeks beroep zien dat de cijfers opname ervan in de Awb niet rechtvaardigen.

6 Zie met name het advies van de Raad van State, *Kamerstukken II 2000/01*, 27 563, A; voorts de memorie van toelichting, *Kamerstukken II 2000/01*, 27 563, nr. 3, p. 1-2, en het Verslag van de vaste commissie van Justitie, *Kamerstukken II 2000/01*, 27 563, nr. 5, p. 2-4.

7 Wet van 13 mei 2004, *Stb.* 2004, 220 (Wet rechtstreeks beroep).

8 B.M.J. van der Meulen, M.E.G. Litjens & A.A. Freriks, *Prorogatie in de Awb. Invoeringsevaluatie rechtstreeks beroep*, Wageningen: Universiteit, Recht en Bestuur, 2005.

9 A.T. Marseille, 'De geringe behoefte aan rechtstreeks beroep in het bestuursrecht', *Binnenlands bestuur* 14 april 2006, p. 35.

3 Een dwangsom voor niet op tijd beslissende bestuursorganen

Besluiten van het bestuur zijn aan termijnen gebonden. De Awb bevat een aantal bepalingen over termijnen. Ze zijn te vinden in hoofdstuk 4 (termijnen voor het besluiten op aanvragen) en hoofdstuk 7 (termijnen voor beslissingen op bezwaar). Bestuursorganen beslissen niet altijd op tijd. De wettelijke termijnen waaraan ze gebonden zijn, worden regelmatig overschreden. Hoe groot het probleem precies is, valt moeilijk te zeggen. Informatie over (on)tijdige besluitvorming door het bestuur is slechts fragmentarisch beschikbaar. Dat geldt anno 2010 evenzeer als het anno 1994 gold. Vanaf de invoering van de Awb zijn er echter voldoende indicaties die de conclusie rechtvaardigen dat een substantieel aantal bestuursorganen in een substantieel aantal gevallen wettelijke beslistermijnen overschrijden.¹⁰

Kan de wetgever een bijdrage leveren aan de oplossing van het probleem? Verschillende soorten oplossingen zijn denkbaar. Het probleem kan worden benaderd vanuit het gezichtspunt van het bestuur, dat verplicht is op tijd te beslissen, en vanuit het gezichtspunt van de burger, die niet te lang mag wachten op een beslissing. Wordt geredeneerd vanuit de burger, dan ligt het voor de hand hem een instrument in handen te geven dat er voor kan zorgen dat als het bestuur de beslistermijn overschrijdt, de vertraging binnen de perken blijft. Wordt het bestuur als startpunt genomen, dan kan het twee kanten op: de beslistermijnen kunnen worden aangepast aan de realiteit van de vertragingen, of het bestuur kan worden aangespoord meer werk te maken van de geldende termijnen.

De per 1 oktober 2009 gerealiseerde wijziging van de Awb (de ‘Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen’¹¹), tot stand gekomen op initiatief van de Tweede Kamerleden Wolfsen en Luchtenveld, geeft van alles een beetje. Het idee dat aan de wijziging ten grondslag ligt, is simpel. Zodra het bestuur een beslistermijn overschrijdt, kan de betrokken burger er voor zorgen dat het bestuur een dwangsom gaat verbeuren voor elke dag dat het besluit uitblijft. Van de betrokkene wordt enig geduld geveerd. Hij moet het bestuur in gebreke stellen, waarna dat twee weken de kans heeft het uitgebleven besluit alsnog te nemen. Verstrijken die twee weken zonder dat er een besluit is, dan moet het bestuur betalen en kan de burger incasseren: de eerste twee weken € 20 per dag, daarna twee weken lang dagelijks € 30, en ten slotte nog twee weken € 40, tot een maximum van zes weken en € 1260.

De dwangsomregeling is duidelijk, maar kan op verschillende manieren worden aangeprezen. Een bescheiden wetgever zou de regeling waarschijnlijk aanbevelen door te stellen dat de mogelijkheid het bestuur een dwangsom te laten verbeuren aan een actieve burger een instrument in handen geeft het bestuur te verleiden de termijnoverschrijding binnen de perken te houden. De gedachte achter zo’n bescheiden opstelling zou kunnen zijn dat het moeilijk is te voorspellen wat het effect van een dwangsomregeling op de tijdigheid van de bestuurlijke besluitvorming zal zijn, maar dat de regeling hoe dan ook genoegdoening zal verschaffen aan een burger die het besluit dat hij heeft gevraagd niet op tijd krijgt, hetzij

10 Zie voor een recent overzicht: A. Weggeman, ‘Awb en wetgeving’, *NTB* 2009, p. 86-88.

11 Wet van 28 augustus 2009, *Stb.* 2009, 383 (Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen).

omdat de vertraging beperkt blijft (als de ingebrekestelling resultaat heeft), hetzij vanwege de financiële compensatie (als de ingebrekestelling geen effect sorteert). De dwangsomregeling kan ook ambitieuzer worden gepresenteerd, namelijk als een instrument dat, door het gebruik dat burgers ervan maken, ervoor kan zorgen dat bestuursorganen er in het algemeen alerter op zijn dat zij hun besluiten op tijd nemen. Wolfsen en Luchtenveld presenteren hun regeling als instrument ter realisering van zo'n meer ambitieuze doelstelling: 'Het is daarom noodzakelijk dat de wetgever de regelgeving zodanig aanpast dat er aanvullend een sterke financiële prikkel wordt toegevoegd, zodat de termijnen in het bestuursrecht beter worden nageleefd.'¹²

In dat citaat ligt de veronderstelling besloten dat als belanghebbende burgers de mogelijkheid hebben een bestuursorgaan dat niet tijdig beslist een dwangsom te laten verbeuren, het uiteindelijke effect daarvan zal zijn dat het bestuur meer werk maakt van tijdige besluitvorming. Dat een dergelijk effect zal optreden, is niet uitgesloten, zij het dat het slechts een van de mogelijke effecten van de dwangsomregeling is. In de memorie van toelichting op het initiatiefwetsvoorstel wordt op geen enkele manier onderbouwd dat het waarschijnlijk is dat juist dit verstrekkende effect zal optreden.

De dwangsomregeling maakt nog te kort deel uit van de Awb om al iets over de daadwerkelijke effecten te kunnen zeggen, maar uit proefprojecten die voorafgaand aan de invoering zijn uitgevoerd, komt naar voren dat de bereidheid van burgers om de dwangsomprocedure in gang te zetten, gering is.¹³ Actie van burgers die met vertraagde besluitvorming worden geconfronteerd is een noodzakelijke voorwaarde om het door de wetgever beoogde en veronderstelde effect te bereiken. Nu betwijfeld kan worden of betrokken burgers in beweging willen komen, is het zeer de vraag of de uiteindelijke doelstelling van de wet – een meer tijdige besluitvorming door het bestuur – zal worden gerealiseerd.

Ook hier is weer een laconieke en een principiële reactie denkbaar. De laconieke reactie is: 'Hoe dan ook, de actieve burger bezit een instrument dat hem in zekere mate genoegdoening kan bieden als het bestuur niet op tijd beslist.' De principiële reactie is dat de Awb niet verdient te worden uitgebreid met een wettelijke regeling waarvan hoogst onzeker is of het ermee beoogde effect zal worden gerealiseerd.

Overigens heeft zich al wel een onbedoeld effect van de dwangsomregeling gerealiseerd: tegelijkertijd met de invoering van de dwangsomregeling is een aantal beslistermijnen van het bestuur verlengd.¹⁴ Het vooralsnog enig tastbare resultaat van het streven bestuursorganen sneller te laten beslissen, is derhalve dat zij daarvoor juist meer tijd krijgen.

4 De bestuurlijke lus

De bestuursrechter oordeelt over geschillen over besluiten van het bestuur, maar kan de betrokken partijen niet garanderen dat hij met zijn uitspraak hun geschil

12 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 934, nr. 3, p. 2.

13 Ch. Lagerweij-Duits, 'Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen. Gevolgen voorbestuursorganen', *NTB* 2008, p. 123-128; zie p. 127-128.

14 Wet van 28 augustus 2009, *Stb.* 2009, 383 (Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen).

definitief beslecht. Als hij een beroep ongegrond verklaart, is dat wel het geval. Hij bevestigt dan de rechtsverhouding zoals het bestuur die in het bestreden besluit heeft vastgelegd. Maar als hij een beroep gegrond verklaart en het bestreden besluit vernietigt, ligt dat anders. De vernietiging maakt geen eind aan de onzekerheid over de rechtsverhouding tussen bestuur en burger, die met het instellen van het beroep is ontstaan. Pas het nieuwe, na de vernietiging door het bestuur te nemen besluit kan daaraan een eind maken – tenminste, als tegen dat besluit niet opnieuw beroep wordt ingesteld. Eén op de vijf procedures bij de rechtbank eindigt zonder dat partijen duidelijkheid hebben over hun rechtsverhouding.¹⁵

Vanaf de invoering van de Awb is er discussie over de vraag hoe de rechter, als hij het bestreden besluit van het bestuur vernietigt, partijen rechtszekerheid kan bieden.¹⁶ De Awb verschaft de rechter weliswaar een paar instrumenten, zoals de bevoegdheid de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten of om de uitspraak van de rechter in de plaats van het vernietigde besluit te stellen,¹⁷ maar om die te kunnen toepassen is vereist dat de rechter weet welk besluit het bestuur na de vernietiging van het aangevochten besluit zal gaan nemen. Meestal weet hij dat niet, hetzij omdat het bestuur na de vernietiging nog aanvullend feitenonderzoek moet doen, hetzij omdat het besluit een bevoegdheid met beleidsvrijheid betreft en er voor het bestuur na de vernietiging nog keuzeruimte resteert.¹⁸

Al snel na invoering van de Awb is de gedachte opgekomen dat de bestuursrechter de mogelijkheid zou moeten hebben om na de vernietiging de regie te voeren over het herstel van het vernietigde besluit door het bestuur.¹⁹ In het bestuursrechtelijke jargon wordt gesproken van de bestuurlijke lus. Als de rechter van die bevoegdheid gebruik zou maken, zou dat een driedubbel positief effect hebben. In de eerste plaats zou de procedure bij de bestuursrechter eindigen zoals elke rechterlijke procedure eigenlijk dient te worden afgesloten: met duidelijkheid over de rechtsverhouding tussen partijen. Die duidelijkheid zou er in de tweede plaats sneller zijn dan wanneer de rechter – zoals in het bestuursrecht gebruikelijk is – na de vernietiging het geschil weer in handen van het bestuur geeft. De uitspraak van rechter, nadat die de regie heeft gevoerd over de afhandeling van het procedure na de constatering van het gebrek in het bestreden besluit, zou in de derde plaats minder vaak tot voortzetting van de rechtsstrijd leiden dan een nieuw besluit van het bestuur na de vernietiging.

De gedachtevorming over de bestuurlijke lus heeft geleid tot een regeling, opgenomen in het voorontwerp van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht.²⁰ Omdat de behandeling daarvan niet opschoot, hebben drie Tweede Kamerleden (Vermeij,

15 A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 148.

16 Zie voor een overzicht: A.C. Rop, *Definitieve geschilbeslechting: over schijnbewegingen en de grenzen van de rechterlijke verantwoordelijkheid* (preadvies voor de Jonge VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

17 Respectievelijk art. 8:72 lid 3 en 8:72 lid 4 Awb.

18 Zie M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 434 e.v.

19 B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

20 Zie: www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/Voorontwerpen/Wet-aanpassing-bestuursprocesrecht.

Koopmans en Neppéus) een initiatiefwetsvoorstel ingediend ter invoering van de bestuurlijke lus.²¹ Dat heeft er in geresulteerd dat de bestuurlijke lus per 1 januari 2010 in de Awb is opgenomen.²² De regeling houdt in dat als de rechter constateert dat het bestreden besluit onrechtmatig is en vernietigd moet worden, hij het bestuur in een tussenuitspraak kan uitnodigen een voorstel voor herstel van het geconstateerde gebrek te doen, zo mogelijk in de vorm van een nieuw besluit.²³ Gaat het bestuur op die uitnodiging in, dan betreft de rechter de reactie van het bestuur bij zijn eindoordeel over het geschil. Voor zover de rechter van oordeel is dat het nieuwe besluit rechtmatig is, kan hij het geschil tussen bestuur en burger definitief beslechten, door zijn fiat te geven aan het nieuwe besluit van het bestuur en het beroep daartegen ongegrond te verklaren.

Blijkens de memorie van toelichting gaan de initiatiefnemers er vanuit dat de regeling van de bestuurlijke lus het hiervoor genoemde driedubbele positieve effect zal hebben.²⁴ Waar is die veronderstelling op gebaseerd? Het is evident dat *als* de bestuursrechter zijn nieuw verworven bevoegdheid gebruikt, de procedure vaker zal eindigen met de definitieve beslechting van het geschil tussen partijen. Maar hoe vaak zal de rechter diens nieuwe instrumentarium toepassen? En als hij dat doet, zal dat er toe leiden dat partijen sneller dan nu duidelijkheid krijgen over hun rechtspositie, en dat de rechtsstrijd minder vaak wordt voortgezet?

Zowel onderzoek naar het gebruik door de bestuursrechter van diens discretionaire bevoegdheden (zoals het gebruik van zijn onderzoeksbevoegdheden en de bevoegdheid het vooronderzoek na de zitting te hervatten),²⁵ als onderzoek naar de besluitvorming door het bestuur na een vernietiging,²⁶ geeft aanleiding voor twijfel over de vraag of de invoering van de bestuurlijke lus tot de veronderstelde effecten zal leiden.

Bekend is dat het de bestuursrechter grote moeite kost vertraging te vermijden als hij van een of meer van zijn discretionaire bevoegdheden gebruik maakt. De benoeming van een deskundige in het kader van het vooronderzoek zorgt voor een vertraging van de afhandeling van het beroep van vijf maanden, heropening van het vooronderzoek na de zitting voor een vertraging van zeven maanden.²⁷ Is er reden te veronderstellen dat als de rechter gebruik maakt van zijn nieuw toebedeelde discretionaire bevoegdheid, de bestuurlijke lus, de vertraging wel binnen de perken zal blijven? Het aantal procedurele stappen dat moet worden gezet, stemt niet tot optimisme. Immers, toepassing van de bestuurlijke lus vergt dat de rechter in een tussenuitspraak formuleert welk gebrek aan het besluit kleeft, dat het bestuur de gelegenheid krijgt te beslissen of het een herstelpoging wil ondernemen en bij een positieve reactie op de uitnodiging van de rechter daartoe tijd krijgt voor her-

21 Wet bestuurlijke lus Awb, *Kamerstukken* 31 352.

22 Wet van 14 december 2009, *Stb.* 2009, 570 (Wet bestuurlijke lus).

23 A.T. Marseille, 'Katern Bestuurs(proces)recht, *AA Katern* 2008, p. 6144-6148; B.J. Schueler, 'De lus als ontknopning van het proces. De introductie van de bestuurlijke lus in de Awb', *TBR* 2008, 153, p. 786-798, zie p. 789-790.

24 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 3 en nr. 6.

25 Marseille 2004.

26 K.A. van der Veer & A.T. Marseille, 'Besluitvorming na een rechterlijke vernietiging: de achilleshiel van het bestuursrecht', *NJB* 2006, p. 2168-2175.

27 Marseille 2004, p. 82 en 100.

stel, dat de andere partijen de gelegenheid krijgen te reageren op de herstelpoging van het bestuur en dat er zo nodig nog een tweede zitting wordt gehouden, voordat de rechter zijn eindoordeel in een uitspraak neerlegt. Soms zijn de acties van partijen wel aan een termijn gebonden,²⁸ maar soms ook niet.²⁹

Of toepassing van de bestuurlijke lus tot *tijdwinst* leidt, is vooral afhankelijk van de vraag of de rechter er in slaagt de fase waarin het bestuur een door hem begeleidde herstelpoging onderneemt, korter te laten duren dan de periode die hernieuwde besluitvorming door het bestuur op dit moment in beslag neemt. De voortekenen zijn niet onverdeeld gunstig. Met name voor procedures bij de rechtbank geldt dat het bestuur er na een vernietiging behoorlijk snel in slaagt een nieuw besluit te nemen,³⁰ sneller dan de tijd die het leggen van de bestuurlijke lus – gezien alle daartoe te zetten stappen – naar verwachting in beslag zal nemen.

Of de bestuurlijke lus er voor zal zorgen dat partijen hun rechtsstrijd in de toekomst minder vaak voortzetten na de geschilbeslechtende uitspraak van de bestuursrechter dan nu na het nieuwe besluit van het bestuur na de vernietiging, moet worden afgewacht. Feit is dat met name in sociale zekerheidsgeschillen het nieuwe besluit van het bestuur na de vernietiging slechts in een beperkt aantal gevallen (minder dan 10%) tot een nieuwe procedure bij de bestuursrechter leidt.³¹

Beschikbaar empirisch onderzoek geeft geen aanleiding voor optimisme over het effect van de toepassing van de bestuurlijke lus op de tijd die de afhandeling van bestuursrechtelijke geschillen in beslag neemt en op de kans dat het geschil opnieuw bij de bestuursrechter terecht komt. Desondanks gaan de initiatiefwetgevers ervan uit dat de incorporatie van de bestuurlijke lus in de Awb er toe zal leiden dat geschillen sneller zullen worden beslecht, rechterlijke oordelen vaker zullen worden geaccepteerd. Zij zijn daarmee optimistischer dan gerechtvaardigd is op grond van resultaten van beschikbaar onderzoek over de praktijk van oordeelsvorming door de rechter en besluitvorming – na de vernietiging – door het bestuur.

5 Een verzoekschriftprocedure in schadegechillen

Tot aan de invoering van de Awb dienden voor het verkrijgen van vergoeding van schade ten gevolge van een onrechtmatig besluit twee stappen te worden gezet. De eerste stap was de vernietiging van het schadeveroorzakende besluit door de bestuursrechter, de tweede stap een vordering tot schadevergoeding bij de burgerlijke rechter. Artikel 8:73 Awb opende de mogelijkheid om, in het kader van het vernietigingsberoep, aan de bestuursrechter tevens te verzoeken het bestuur

28 Partijen hebben vier weken om te reageren op de herstelpoging van het bestuur (art. 8:51b lid 3 Awb) en de rechtbank heeft eveneens vier weken om, na afronding van de procedurele stappen in het kader van de bestuurlijke lus, te beslissen hoe de behandeling van het beroep wordt vervolgd (art. 8:51c Awb).

29 Het bestuursorgaan deelt de rechtbank zo spoedig mogelijk mee of het gebruik wil maken van de gelegenheid het geconstateerde gebrek aan het besluit te herstellen (art. 8:51b lid 1 Awb) en als het gebruikmaakt van die mogelijkheid, laat het eveneens zo spoedig mogelijk weten op welke wijze het gebrek is hersteld (art. 8:51b lid 2 Awb).

30 Van der Veer & Marseille 2006, p. 2171 en 2173.

31 Van der Veer & Marseille 2006, p. 2173.

tot schadevergoeding te veroordelen. De hoogste bestuursrechters oordeelden kort na de invoering van de Awb dat zij tevens bevoegd waren te oordelen over de reactie van het bestuur op een verzoek om vergoeding van door een vernietigd besluit veroorzaakte schade (in het bestuursrechtelijke jargon: een zelfstandig schadebesluit).³² De Hoge Raad oordeelde daarop dat die door de bestuursrechters aan zichzelf toebedeelde bevoegdheid niet afdoet aan de bevoegdheid en bereidheid van de civiele rechter te oordelen over geschillen over door vernietigde besluiten veroorzaakte schade.³³

Sindsdien staat vast dat er drie alternatieve wegen zijn om schade die is veroorzaakt door een vernietigd besluit vergoed te krijgen en dat de bevoegdheid van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter elkaar niet uitsluiten. Dat is bijzonder, want in de regel doen ze dat wel. Dat wordt om verschillende redenen als onbevredigend ervaren, zoals onder meer bleek op een in 2004 door het ministerie van Justitie georganiseerde expertmeeting.³⁴

Vervolgens werd de commissie-Scheltema ingesteld, die in 2007 een voorontwerp van een Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten presenteerde.³⁵ Voor wat betreft de nadeelcompensatie stelde de commissie voor om de reactie van een bestuursorgaan op een verzoek om compensatie van nadeel dat is ondervonden door de rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, steeds als nadeelcompensatiebesluit aan te merken. De consequentie daarvan is dat de bestuursrechter exclusief bevoegd is over dergelijke besluiten te oordelen.

Voor wat betreft de procedure van schadevergoeding werd voorgesteld om deels de bestuursrechter exclusief bevoegd te maken, deels de civiele rechter, en voor een beperkt aantal geschillen de bestaande keuzevrijheid in stand te laten. Voor zover de bestuursrechter de bevoegde rechter is, dient de procedure over schadevergoeding niet langer plaats te vinden via een verzoek ex artikel 8:73 Awb of als beroep tegen een door het bestuur genomen zelfstandig schadebesluit. In plaats daarvan wordt, als het aan de Commissie Scheltema ligt, een verzoekschriftprocedure geïntroduceerd. Een belanghebbende kan een verzoek tot veroordeling in de door hem als gevolg van een vernietigd besluit geleden schade bij de bestuursrechter indienen. Als enige voorwaarde geldt dat hij ten minste acht weken voor dat verzoek aan het bestuur heeft gevraagd hem zijn schade te vergoeden.³⁶

32 CRvB 28 juli 1994, AB 1995, 40 en 133 m.nt. Van Male, ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. Van Buuren (Van Vlodrop).

33 HR 19 december 1999, NJ 2000, 87 m.nt. Bloembergen onder NJ 2000, 88 (Groningen/Raatgever).

34 Memorie van toelichting op het Voorontwerp Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten, p. 10.

35 Voorontwerp Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten, 4 mei 2007; zie: www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/Voorontwerpen.

36 De literatuur over het voorontwerp is overvloedig. Zie onder meer: K.J. de Graaf & A.T. Marseille, 'Een weg uit het doolhof? Het Voorontwerp overheidsaansprakelijkheid gewogen', *NJB* 2007, p. 2010-2017; J.E.M. Polak, 'Goede polderoplossing. Maar slot op de toekomst van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming', *NJB* 2007, p. 2018-2023, R.J.N. Schlössels, 'Het voorontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten', *Gst.* 2007, p. 503-517, B.J. Schueler, 'De onrechtmatige overheidsdaad in het Voorontwerp Schadevergoeding', *NTB* 2007, p. 287-297.

Wat is de ratio van de wijzigingsvoorstellen? Blijkens de memorie van toelichting hinkt de commissie-Scheltema op twee gedachten. De ene gedachte is dat het huidige stelsel niet logisch in elkaar zit, de andere dat het niet werkbaar is. Over dat laatste valt onder meer te lezen dat zonder gespecialiseerde (en dus dure) juridische bijstand in de meeste gevallen niet goed valt uit te maken bij welke rechter men in een bepaald geval moet zijn, dat op dit moment door velen onzekerheid over de bevoegdheidsverdeling wordt ervaren en dat de verhouding tussen beide procedures ter verkrijging van schadevergoeding als ingewikkeld, verwarrend en onduidelijk wordt ervaren.³⁷ Geen van de uitspraken over de onwerkbaarheid van de bestaande bevoegdheidsverdeling wordt onderbouwd door onderzoek naar het functioneren daarvan in de praktijk. Geen wonder, want dergelijk onderzoek was ten tijde van de totstandkoming van het Voorontwerp niet beschikbaar.

Ook de voorgestelde veranderingen zijn gestoeld op niet onderbouwde stellingen. Zo wordt gesteld dat schade vaak een gevolg is van een complex van gebeurtenissen, dat in milieu- en ruimtelijkeordeningsprocedures partijen vaak de weg naar de burgerlijke rechter verkiezen boven een procedure bij de bestuursrechter, en dat schadeverzoeken naar aanleiding van onrechtmatige subsidiebesluiten (die het voorontwerp aan de civiele rechter toebedeelt, zij het dat wordt erkend dat het meer voor de hand had gelegen ze aan de bestuursrechter toe te bedelen) niet vaak voorkomen.³⁸ Dat zou allemaal kunnen kloppen, maar zeker is het niet, want informatie daarover is niet beschikbaar.

Al met al geldt voor het eerste argument voor een andere bestuursrechtelijke schadeprocedure ('het leidt tot een gebruikersvriendelijker systeem') dat dit niet gestoeld is op voldoende kennis van het feitelijk functioneren van het huidige systeem. Ook overigens valt op de claim van gebruikersvriendelijkheid nog wel wat af te dwingen. Zo zal de toewijzing van bepaalde categorieën schadegechillen aan de burgerlijke rechter tot gevolg hebben dat een gelaedeerde die wil procederen voor hogere kosten komt te staan, vanwege de hoogte van de griffierechten en de verplichting zich van professionele rechtsbijstand te voorzien.³⁹ Voor het tweede argument ('de omvorming van de schadeprocedure leidt tot een helderder bevoegdheidsverdeling') geldt dat het maar matig overtuigt, omdat de door de commissie voorgestelde rechtsmachtverdeling nauwelijks minder onhelder is dan de huidige.⁴⁰ Mocht het voorontwerp tot wet worden verheven, dan wordt dat in ieder geval niet gerechtvaardigd door enige cijfers.

6 Een relativiteitseis in het bestuursrecht

Het Nederlandse bestuursrecht kent geen relativiteitseis. Dat betekent dat niet alleen degene die door een besluit van het bestuur rechtstreeks wordt geraakt in een belang dat het bestuurorgaan bij de besluitvorming dient te betrekken, wordt aangemerkt als belanghebbende, maar eenieder die door het besluit rechtstreeks

37 Zie de memorie van toelichting op het Voorontwerp, respectievelijk p. 9, 31 en 33.

38 Zie de memorie van toelichting op het Voorontwerp, respectievelijk p. 35, 37 en 38.

39 T. Barkhuysen, 'Het consumentenperspectief op het Voorontwerp. Enkele kritische vragen', *NJB* 2007, p. 2024-2026.

40 De Graaf & Marseille 2007.

in zijn belang wordt geraakt. Het betekent tevens dat als een belanghebbende beroep instelt tegen een besluit, hij niet beperkt is in de argumenten die hij tegen dat besluit kan aanvoeren. Hij kan uiteraard argumenten naar voren brengen die verband houden met het belang waarin hij door het besluit is geraakt, maar ook argumenten die daar op geen enkele wijze verband mee houden.

Het ontbreken van een relativiteitseis in het Nederlandse bestuursrecht staat ter discussie. Sterker nog, invoering van een relativiteitseis is aanstaande. Nog niet voor het hele bestuursrecht, maar – in het kader van de naar alle waarschijnlijkheid ergens in 2010 in werking tredende Crisis- en herstelwet⁴¹ – al wel voor een aantal besluiten en procedures op het terrein van het omgevingsrecht. Artikel 1.9 van het de Crisis- en herstelwet luidt: ‘De administratieve rechter laat toetsing van het bestreden besluit aan een geschreven of ongeschreven rechtsregel achterwege, indien de rechtsregel niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich beroept op schending van die rechtsregel.’⁴²

Er zijn twee soorten argumenten ten faveure van de invoering van een relativiteitseis. Het ene argument is praktisch van aard en houdt in dat een ruime toegang tot de bestuursrechter, alsmede de mogelijkheid van beroepsgerechtigden om in de procedure bij de bestuursrechter ook aspecten van het ter discussie gestelde besluit aan de orde te stellen die geen verband houden met enig belang van de appellant, de procedure onnodig belast. Het andere argument is meer principieel en houdt in dat het in een bestuursrechtelijk systeem waarin de rechter slechts als taak heeft individuele rechtsbescherming te bieden en niet om de rechtmatigheid van bestuursbesluiten in extenso te toetsen, niet past dat de rechter aspecten van het bestreden besluit beoordeelt die op geen enkele wijze verband houden met een belang van de appellant.⁴³

Het praktische argument is van weinig betekenis. Uit onderzoek blijkt dat bestuursrechters op dit moment nauwelijks tijd kwijt zijn met het beoordelen van beroepsgronden die geen relatie hebben met enig belang van de appellanten die ze hebben aangevoerd.⁴⁴ Het is waarschijnlijker dat invoering van een relativiteitseis, met als consequentie dat de rechter ambtshalve voor elke beroepsgrond moet beoordelen of hij de rechtmatigheid van het bestreden besluit daaraan mag toetsen, de taak van de rechter zal verzwaren in plaats van verlichten. Het principiële argu-

41 Zie: *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 127. Zie voorts: www.minaz.nl/Actueel/Kamerstukken/2009/September.

42 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 127, nr. 3.

43 Zie onder meer: N. Verheij, ‘Uit zuinigheid naar relativiteit’, in: A.W. Heringa e.a., *Het bestuursrecht beschermd* (Stroink-bundel), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 85-98.

44 J.C.A. de Poorter e.a., *Herijking van het belanghebbendebegrip*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004; A.T. Marseille, ‘Belastende derden bij de bestuursrechter’, *NTB* 2005, p. 75-84. Zie voorts het advies dat de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht (de commissie-Scheltema, zij het een andere commissie dan de commissie-Scheltema die het voorontwerp over de schadeprocedure in het bestuursrecht tot stand bracht) in 2007 uitbracht over de mogelijke invoering van een relativiteitsvereiste in het bestuursrecht: www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/praktische%5Fuitvoering.

ment is zeker van betekenis, zij het dat over de overtuigingskracht ervan verschillend kan worden gedacht.⁴⁵

Wordt gekeken naar de memorie van toelichting op de Crisis- en herstelwet, die is bedoeld om zo veel mogelijk juridische obstakels die in de weg staan aan realisering van infrastructurele projecten uit de weg te ruimen, dan valt op dat noch het praktische, noch het principiële argument wordt genoemd ter onderbouwing van de invoering van een relativiteitseis. Op het eerste gezicht wellicht verbazend, bij nader inzien alleszins begrijpelijk. Het praktische argument snijdt immers geen hout, terwijl het principiële argument overtuigingskracht mist in de context van een wet die gericht is op stroomlijning en versnelling van besluitvorming. Gevolg van het ongenoemd laten van beide argumenten voor invoering van een relativiteitseis is echter wel dat de wetgever in het geheel geen onderbouwing geeft voor het opnemen van een relativiteitseis in de Crisis- en herstelwet. De memorie van toelichting beperkt zich tot een beschrijving van de consequenties van de invoering voor de procedure bij de bestuursrechter. Voor zover de opname van een relativiteitseis in de Crisis- en herstelwet de voorbode is van een introductie daarvan in de Awb (en naar verluidt is de in de Awb op te nemen bepaling identiek aan die van de Crisis- en herstelwet) dan zal het een hele toer worden daar een overtuigende motivering voor te vinden.⁴⁶

7 Conclusie

Nu de vijf toevoegingen aan de Awb zijn besproken, keer ik terug naar de in de inleiding opgeworpen vraag: zijn de wijzigingen gestoeld op kennis over de omvang van het probleem dat ermee zou moeten worden opgelost en op inzicht in de effecten van de voorgestelde wijzigingen? Kortweg: worden ze gerechtvaardigd door de cijfers? En zo nee, kunnen ze om andere redenen gerechtvaardigd worden geacht? Op de eerste vraag moet het antwoord ontkennend luiden. Wat betreft de tweede vraag kan van drie van de vijf wijzigingen worden geconstateerd dat het effect daarvan op het functioneren van het bestuursrecht minimaal of twijfelachtig is. De mogelijkheid van rechtstreeks beroep wordt nauwelijks benut, vooralsnog is zeer onzeker of de dwangsomregeling voor niet tijdig beslissende bestuursorganen er toe zal leiden dat zij hun besluiten sneller zullen nemen en de introductie van een relativiteitseis zal de taak van de bestuursrechter niet verlichten.

Voor de twee overige wijzigingen geldt dat het een kwestie van afwachten is. Zo is het volstrekt onduidelijk of de herinrichting van de schadeprocedure het gebruiks-

45 Zie: B.W.N. de Waard, 'Relativiteit en rechtsbescherming', *NTB* 2007, p. 7-14, M. Schreuder-Vlasblom, 'Relativiteit in het bestuursrecht; een discussiebijdrage', *NTB* 2007, p. 43-52, alsmede de repliek van De Waard ('Bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsleer en relativiteit', *NTB* 2007, p. 53-58) en de dupliek van Schreuder-Vlasblom ('Naschrift', *NTB* 2007, p. 58-60).

46 Voor een (zij het alleen voor wat betreft het principiële aspect) beter te onderbouwen alternatief kan inspiratie worden opgedaan bij het voorstel van Van Ettekoven en Schueler, wier proeve van een art. 8:69 lid 4 Awb als volgt luidt: 'De rechtbank kan, op verzoek van een partij, een beroepsgrond buiten beschouwing laten, indien de geschonden norm niet strekt tot bescherming van de belangen van de indiener van het beroepschrift.' Zie: B.J. van Ettekoven & B.J. Schueler, 'Ben ik mijn broeders hoeder? Over relativiteit in het bestuursrecht', *NTB* 2007, p. 248-252.

gemak daarvan zal bevorderen. Voor wat betreft de bestuurlijke lus hangt veel af van de mate waarin de bestuursrechter van zijn nieuw verworven bevoegdheid gebruik gaat maken. Hoe vaker hij dat doet, des te vaker zal de procedure bij de bestuursrechter resulteren in zekerheid bij partijen over hun rechtspositie. Maar of de bestuursrechter zich enthousiast of terughoudend zal tonen, is niet te zeggen. Of de twee andere doeleinden van de bestuurlijke lus (sneller rechtszekerheid voor partijen, minder vervolgpcedures) zullen worden gerealiseerd, is twijfelachtig. De balans is derhalve niet al te positief. Het optimisme van de wetgever over wat de vijf besproken wijzigingen voor het bestuursrecht kunnen betekenen, is voor wat betreft de reeds gerealiseerde veranderingen ongerechtvaardigd gebleken en lijkt voor de nog door te voeren veranderingen in hoofdzaak ongefundeerd. Een reden om toch met tevredenheid naar de wijzigingen te kijken, zou kunnen zijn dat ze – ook al is het effect ervan op het functioneren van het bestuursrecht gering – het bestuursrechtelijke systeem helderder en eenvoudiger maken. Bij het rechtstreeks beroep, de dwangsomregeling en de bestuurlijke lus is dat niet aan de orde. Voor de wijziging van de schadeprocedure geldt het slechts in geringe mate, nu die geen eind maakt aan de verbrokkelde en overlappende bevoegdheden van verschillende rechterlijke instanties. Invoering van een relativiteitseis kan wel gedacht worden voor verheldering van het bestuursrechtelijke systeem zorgen, maar zal het bestuursrecht voor het overige alleen maar ingewikkelder maken. Het advies aan degenen die in de komende jaren op grond van beleidsmatige overwegingen ingrepen in de Awb willen plegen, ligt voor de hand: zorg ervoor dat de aard en omvang van het via een toevoeging aan de Awb op te lossen probleem in kaart is gebracht en dat er ten minste enig inzicht is in de effecten ervan. Anders gezegd: geen instrumenteel gemotiveerde wetswijzigingen zonder gedegen cijfermatige onderbouwing. Dat vergroot de kans dat toevoegingen aan de Awb ook verrijkingen blijken te zijn.