Massale procedures

Jonge VAR-reeks
12

Massale procedures

Preadviezen uitgebracht door

Mr. L.A. van Heusden en mr. J.J. Westland
Mr. T.C. Gerverdinck en mr. C.A.H. Bikkers
Mr. C.J.M. van Doorn en prof. mr. I.N. Tzankova
Mr. drs. N.B.R. Koekkoek

Voor de bijeenkomst
van de Jonge VAR
op 13-12-2013

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2014

Aanbevolen citeerwijze: Jonge VAR-reeks 12

© 2014 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-894-2
NUR 823

www.bju.nl

Inhoud

Ten geleide 7

Massaal finaal 9
Mr. L.A. van Heusden en mr. J.J. Westland

Massaal procederen in het belastingrecht 69
Mr. T.C. Gerverdinck en mr. C.A.H. Bikkers

De afwikkeling van massaschade via Claim Afwikkelingsfaciliteiten: een grensoverschrijdende verkenning 95
Mr. C.J.M. van Doorn en prof. mr. I.N. Tzankova

Zakelijk verslag van de vergadering van de Jonge VAR van 13 december 2013 131
Mr. drs. N.B.R. Koekkoek

Ten geleide

Op 13 december 2013 vond de jaarlijkse bijeenkomst van de Jonge VAR plaats op een bijzondere locatie: in de Gotische Zaal van paleis Kneuterdijk waar de Raad van State is gevestigd. In deze klassieke zaal werd een modern thema door onze jonge preadviseurs onder de loep genomen. Massale procedures was het onderwerp, mede geïnspireerd op de procedure over de nationalisatie van SNS Reaal, die eerder dat jaar in hetzelfde gebouw had plaatsgevonden.

Preadviseurs waren Joanne Westland en Louise van Heusden (Raad van State), Tjebbe Gerverdinck (Hoge Raad) en Charlotte Bikkers (De Bont advocaten), Karlijn van Doorn (Tilburg University) en Ianika Tzankova (BarentsKrans en Tilburg University). Vanuit hun verschillende disciplines bezagen de preadviseurs het onderwerp en keken zij over elkaars grenzen heen. In de preadviezen staan finale geschilbeslechting in zaken met veel belanghebbenden, massazaken in het belastingrecht en de afwikkeling van massaschade centraal.

Met genoegen kijkt de VAR terug op de Jonge VAR-bijeenkomst. Het verslag van de levendige discussie is opgetekend door Nico Koekkoek (Raad van State). Met plezier biedt de VAR u dit boekje aan waarin de preadviezen zijn gebundeld. Het VAR-bestuur dankt de preadviseurs en de verslaglegger hartelijk voor hun inspanningen.

Ben Schueler,
Voorzitter van de VAR

Massaal finaal

De slagvaardige bestuursrechter in massazaken

*Mr. L.A. van Heusden en mr. J.J. Westland**

1	**Inleiding**	**11**
2	**Passeren van gebreken**	**15**
2.1	Inleiding	15
2.2	Verruiming van de mogelijkheid om gebreken te passeren	16
2.3	Het passeren van gebreken in theoretisch perspectief	17
2.4	Het passeren van gebreken door de Afdeling in de praktijk	18
2.5	Toepassingscriteria voor het passeren van gebreken	21
2.6	Het passeren van gebreken in massazaken	23
3	**Rechtsgevolgen in stand laten**	**27**
3.1	Inleiding	27
3.2	Rechtsgevolgen in stand laten in theoretisch perspectief	28
3.3	Rechtsgevolgen in stand laten door de Afdeling in de praktijk	29
3.4	Toepassingscriteria rechtsgevolgen in stand laten	31
3.5	De rechtsgevolgen in stand laten in massazaken	33
4	**Zelf in de zaak voorzien**	**37**
4.1	Inleiding	37
4.2	Het zelf in de zaak voorzien in theoretisch perspectief	37
4.3	Het zelf in de zaak voorzien door de Afdeling in de praktijk	38
4.4	Toepassingscriteria voor het zelf in de zaak voorzien	41
4.5	Het zelf in de zaak voorzien in massazaken	44
5	**Bestuurlijke lus**	**49**
5.1	Inleiding	49
5.2	De bestuurlijke lus in theoretisch perspectief	50
5.3	Een voor herstel vatbaar gebrek...?	51
5.4	De bestuurlijke lus door de Afdeling in de praktijk	52

* Louise van Heusden en Joanne Westland zijn werkzaam bij de directie Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Het preadvies is geschreven op persoonlijke titel. Met dank aan Lex Michiels voor zijn input op de eerdere concepten van dit preadvies.

5.5 Toepassingscriteria bestuurlijke lus 57
5.6 De bestuurlijke lus in massazaken 60

6 Conclusie: massaal finaal? 63

7 Stellingen 67

1 Inleiding

"700 SNS-aandeelhouders in beroep bij Raad van State" en "Raad van State ontvangt veel klachten over SNS REAAL", zo kopten diverse nieuwsmedia in februari 2013. Bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) werden in die maand bijna 700 beroepen ingesteld tegen het besluit van de minister van Financiën van 1 februari 2013 tot onteigening van effecten en vermogensbestanddelen van SNS REAAL N.V. Korte tijd later, op 25 februari 2013, doet de Afdeling uitspraak. De Afdeling oordeelt dat de minister bevoegd was tot onteigening van de effecten en de achtergestelde onderhandse leningen van SNS Bank en SNS REAAL en laat het besluit in zoverre dan ook in stand. Voor zover de minister ook alle vorderingen heeft onteigend die voormalige aandeel- en obligatiehouders in de toekomst zouden kunnen instellen, vernietigt de Afdeling het besluit.[1]

Deze zaak is een goed voorbeeld van wat wij in dit preadvies duiden als een massazaak: een beroepsprocedure tegen één besluit dat een groot aantal partijen rechtstreeks in hun belangen raakt. Een ander voorbeeld van een massazaak is de beroepsprocedure over de verbreding van de A4 bij Leiderdorp.[2] Hoewel tegen dit besluit lang niet zoveel beroepen zijn ingediend als tegen het hiervoor genoemde besluit tot onteigening van effecten en vermogensbestanddelen van SNS REAAL, raakt ook dit besluit een groot aantal partijen in hun belangen. De besluiten die ter beoordeling staan in massazaken, zoals de SNS-zaak en de A4-zaak, kenmerken zich door een lang bestuurlijk besluitvormingsproces, waarin veelal uitgebreid onderzoek wordt gedaan ten behoeve van de vaststelling van de relevante feiten en omstandigheden. Bij het nemen van deze besluiten heeft het bestuursorgaan beleids- en beoordelingsvrijheid, waardoor het bestuursorgaan een afweging moet maken tussen tegengestelde belangen. De besluiten worden veelal voorbereid met een inspraakprocedure en met toepassing van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb), waardoor betrokkenen nog voordat het besluit is genomen hun belangen aan het bestuursorgaan kenbaar kunnen maken. Massazaken staan bovendien vaak in de publieke belangstelling. Tot slot is een kenmerk van massazaken dat ook veel belangen spelen van burgers die niet deelnemen aan het proces, de zogenoemde onbekende derde-belanghebbenden. Naast zaken waarin burgers massaal beroep instellen tegen één besluit, doet zich een tweede categorie van massazaken voor, namelijk de zaken waarin in een kort tijdsbestek massaal individuele, met elkaar samenhangende conflicten ontstaan, gericht tegen meerdere besluiten. Daarnaast ontstaan massale geschillen

1 ABRvS 25 februari 2013, nr. 201301173/1/A3.
2 ABRvS 25 juli 2007, nr. 200602152/1 (BR 2007, 867).

als gevolg van de invoering van regelgeving of beleid. Ook dit zijn massazaken.[3] In dit preadvies beperken wij ons echter tot de eerste categorie van massazaken, namelijk de situatie dat beroep wordt ingesteld tegen één besluit dat vele burgers in hun belangen raakt.

Naast dat de bestuursrechter zich moet buigen over massazaken, ziet hij zich geconfronteerd met gewijzigde eisen die aan hem worden gesteld, waardoor hij een andere rol moet innemen. Voorheen stond de functie van de objectieve rechtmatigheidscontrole centraal, waardoor de rechter optrad als controleur van de rechtmatigheid van overheidsbesluiten. In de zuiverste vorm maakt het in dit objectieve model geen principieel verschil of de gebreken die de rechter constateert door een eiser of appellant zijn aangevoerd of niet; en het maakt al helemaal niet uit of de eiser of appellant door het gebrek in zijn belangen wordt geraakt.[4] In toenemende mate is echter de nadruk komen te liggen op het doel van subjectieve rechtsbescherming. In dit subjectieve model staat het belang van de rechtszoekende centraal en spitst de rechter zijn oordeel toe op de door de rechtszoekende aangevoerde beroepsgronden en zijn belangen.[5] In lijn met deze verschuiving van het objectieve naar het subjectieve model is er steeds meer kritiek gekomen op de praktijk van het 'kaal vernietigen'. Deze praktijk komt erop neer dat de bestuursrechter het bestreden besluit vernietigt, waarna het bestuursorgaan een nieuw besluit moet nemen, terwijl het niet altijd op basis van de uitspraak weet hoe dat besluit moet luiden. In 1993 laten Ten Berge en Widdershoven zich hier al kritisch over uit. Zij stellen dat de Nederlandse bestuursrechter zich sinds de invoering van de Wet Arob in 1976 meer als procedurebewaker gedraagt dan dat hij aan finale geschilbeslechting doet. Volgens hen komt de eigenlijke taak van de rechter, het geven van een materieel oordeel in een rechtsgeschil tussen burgers en overheid, teveel op de tweede plaats.[6] Verschillende auteurs, waaronder Polak[7] en Marseille[8], hebben zich hierover later ook kritisch uitgelaten. Bijzondere vermelding verdient in dit verband de dissertatie van Schueler uit 1994.[9] Schueler houdt hierin een pleidooi voor een meer prospectief proces bij de bestuursrechter, hetgeen inhoudt dat de discussie bij de bestuursrechter zich niet zou moeten beperken tot het bestreden besluit, maar tevens het te nemen vervangende besluit zou moeten omvatten. Volgens Schueler vormt deze beperking een belangrijke oorzaak voor het voortslepen van geschillen. De belangrijkste kritiek vanuit de literatuur en de praktijk is dat de kale vernietiging van een besluit ertoe leidt dat het geschil voortduurt en

3 Zie voor deze laatste categorie Y. Schuurmans, 'Massale procedures in het bestuursrecht', NJB 20, 1251.

4 In het huidige bestuursprocesrecht is de ambtshalve toetsing van besluiten een element dat is terug te voeren op het objectieve model.

5 Elementen van het subjectieve model in het huidige bestuursprocesrecht zijn onder meer het relativiteitsvereiste en artikel 8:69 van de Awb.

6 J.B.J.M. ten Berge & R.J.G.M. Widdershoven, 'Materiële rechtvaardigheid in administratieve rechtspraak', in: B. Hessels (red.), *De knikkers van het spel. Facultaire gedachten over materiële rechtvaardigheid*, Utrecht: 1993.

7 J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak, Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten (oratie)*, Deventer: Kluwer 2000.

8 A.T. Marseille, 'De bestuursrechter, Gemankeerd beslisser met beperkt bestuurlijk vermogen', *Bestuurskunde* (2001), p. 50-58.

9 B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien: Over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1994.

dat partijen hierdoor lang in onzekerheid verblijven over hun rechtspositie. Van de bestuursrechter wordt verlangd dat hij geschillen zodanig beslecht dat de rechtspositie van degene die beroep heeft ingesteld met de uitspraak van de bestuursrechter vast komt te staan. De geschilbeslechting moet echter niet alleen definitief, maar ook snel en efficiënt zijn. Van de rechter wordt aldus verlangd dat hij slagvaardig te werk gaat.[10] De kritiek heeft ertoe geleid dat het belang bij finale of definitieve geschilbeslechting steeds nadrukkelijker in beeld is gekomen, hetgeen in toenemende mate tot uitdrukking komt in het handelen van de bestuursrechter.

Dat de bestuursrechtspraak steeds meer in het teken is komen te staan van definitieve geschilbeslechting is allereerst terug te zien in de wetgeving. Naast de instrumenten die de rechter al had om geschillen definitief te beslechten, namelijk het in stand laten van de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit en het zelf in de zaak voorzien, is per 1 januari 2010 de rechterlijke bevoegdheid om een tussenuitspraak te doen in de Awb verankerd. Met deze zogenoemde bestuurlijke lus is bedoeld de bestuursrechter een bevoegdheid aan te reiken waarmee hij het bestuursorgaan ertoe kan bewegen nog tijdens het proces zodanige stappen te zetten dat het geschil finaal kan worden beslecht.[11] Voorts is de reikwijdte van artikel 6:22 van de Awb per 1 januari 2013 door de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht (hierna: de Wab) gewijzigd. Waar voorheen artikel 6:22 alleen kon worden toegepast bij schendingen van vormvoorschriften, kan het artikel nu in beginsel in alle gevallen worden toegepast. De bedoeling is dat hierdoor in meer zaken dan voorheen gebreken kunnen worden gepasseerd. Verder is met de inwerkingtreding van de Wab artikel 8:41a aan de Awb toegevoegd. Dit artikel bepaalt: "De bestuursrechter beslecht het hem voorgelegde geschil zoveel mogelijk definitief", en is bedoeld als stimulans voor de bestuursrechter om het hem voorgelegde geschil definitief te beslechten.[12] Het artikel onderstreept volgens Schueler het belang dat de wetgever toekent aan definitieve geschilbeslechting en markeert een belangrijk moment waarop de hoofdlijn van het kaal vernietigen en de uitzondering van finale geschilbeslechting zijn omgedraaid.[13] Niet alleen in de wetgeving, maar ook in de jurisprudentie is terug te zien dat het belang bij definitieve geschilbeslechting steeds nadrukkelijker in beeld is gekomen. Zo is de bestuursrechter rond 2008 zijn bevoegdheden om de rechtsgevolgen van een bestreden besluit in stand te laten of zelf in de zaak te voorzien op een andere manier gaan toepassen.[14] Tot 2008 was de lijn in de jurisprudentie dat deze instrumenten alleen konden worden toegepast indien rechtens nog maar één beslissing mogelijk was. Rond 2008 is dit criterium losgelaten en worden deze bevoegdheden ook in andere gevallen toegepast. Dat de focus van de bestuursrechter verschuift naar het beslechten van het geschil in plaats van algehele controle van de bestuurlijke besluitvorming

10 Zie voor de ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht en de bestuursrechtspraak tevens onder meer J.E.M. Polak, 'Veranderende perspectieven van de bestuursrechter', in bundel: *15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010 en B.J. van Ettekoven, J. Hoekstra & B.J. Schueler, 'Rechtsbescherming in het omgevingsrecht. Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht', nr. 37, *IBR* 2009, p. 7-18.

11 B.J. Schueler, 'De grote verandering. Finaliteit in een nieuw bestuursprocesrecht', *JBplus* 2012, p. 101-116.

12 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 450, nr. 8 p. 59.

13 Schueler 2012.

14 Zie bijvoorbeeld het jaarverslag 2007 van de Raad van State, p. 80-81.

blijkt daarnaast ook uit de nieuwe zaaksbehandeling van de rechtbanken[15] en uit de nieuwe werkwijze van de Afdeling ter zitting.[16] Deze nieuwe aanpak bij de rechtbanken en de Afdeling is erop gericht de omstandigheden te creëren dat de bestuursrechter vaker dan voorheen het geschil definitief kan beslechten.

Wij vermoeden dat de bestuursrechter, in het bijzonder de Afdeling, vanwege de integratie van wetgeving op het gebied van het omgevingsrecht, in de komende jaren steeds meer te maken zal krijgen met massazaken. Wij wijzen in dit verband op de op 1 oktober 2010 in werking getreden Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, de Crisis- en herstelwet (hierna: de Chw) die op 31 maart 2010 in werking is getreden, de ophanden zijnde Wet natuurbescherming[17] en de Omgevingswet.[18] Om die reden, en omdat wij beiden werkzaam zijn bij de directie bestuursrechtspraak van de Raad van State, zullen wij ons in het preadvies concentreren op geschillen die aan de orde komen bij de Afdeling.[19]

In dit preadvies wordt bezien in hoeverre de rechter zijn rol als slagvaardige geschilbeslechter kan vervullen in massazaken. Hierbij zullen wij de volgende rechterlijke instrumenten bespreken: het passeren van gebreken (artikel 6:22 van de Awb), het in stand laten van de rechtsgevolgen (artikel 8:72, derde lid, onder a van de Awb), het zelf in de zaak voorzien (artikel 8:72, derde lid onder b van de Awb) en de bestuurlijke lus (artikel 8:51a van de Awb). Kunnen deze instrumenten bijdragen aan een slagvaardig bestuursprocesrecht in massazaken? Of loopt de rechter in massazaken tegen de grenzen van zijn mogelijkheden aan?

15 Zie hiervoor http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Bestuursrecht/Pages/Wat-waarom-nieuwe-zaaksbehandeling.aspx/.

16 De gewijzigde indeling van zittingen is onderdeel van het project maatwerk van de Afdeling. Zie het jaarverslag van de Raad van State van 2012, te raadplegen op: http://jaarverslag.raadvanstate.nl/de-raad-als-bestuursrechter/snelle-en-finale-geschillenbeslechting/inhoudsvolle-bestuursrechtspraak-op-zitting/cDU261_Inhoudsvolle-bestuursrechtspraak-op-zitting.aspx.

17 Het wetsvoorstel Natuurbescherming ligt voor behandeling bij de Tweede Kamer (*Kamerstuk* 33 348). Alvorens de Tweede Kamer echter het wetsvoorstel zal behandelen wordt door de regering eerst een nota van wijziging opgesteld.

18 De Omgevingswet ligt op het moment van schrijven van dit preadvies (november 2013) voor advies bij de Raad van State. De verwachting is dat het advies begin 2014 aan de Tweede Kamer wordt aangeboden. De inwerkingtreding is in 2018 voorzien. Zie de Voortgangsbrief Stelselherziening Omgevingsrecht oktober 2013 van 28 oktober 2013 van de minister van Infrastructuur en Milieu.

19 Alle uitspraken die wij in dit preadvies aanhalen zijn te raadplegen op www.raadvanstate.nl.

2 Passeren van gebreken

2.1 Inleiding

Zoals in de inleiding reeds is weergegeven, ligt in het huidige bestuursprocesrecht meer de focus op de concrete belangen van de rechtzoekende en het belang van geschilbeslechting dan op het belang van objectieve rechtmatigheidscontrole. Vanuit dat perspectief is het niet altijd noodzakelijk dat een gebrek per definitie leidt tot een vernietiging van het besluit. Een voorbeeld kan dat illustreren. Stel, een bestuursorgaan legt een ontwerpbesluit ter inzage, maar vergeet een onderzoek dat mede ten grondslag ligt aan dat besluit ook ter inzage te leggen. Hierdoor is niet voldaan aan de eis in de Awb dat tezamen met het ontwerpbesluit ook de daarop betrekking hebbende stukken ter inzage worden gelegd. Het besluit is onrechtmatig, het beroep moet gegrond worden verklaard en het besluit moet worden vernietigd. Maar wat nu als de burger op de hoogte kon zijn van het onderzoek? Als de burger in de beroepsprocedure alsnog zijn bezwaren over dat onderzoek naar voren heeft kunnen brengen? Is het dan nog noodzakelijk dat het beroep gegrond wordt verklaard en het besluit wordt vernietigd? Als de rechter van oordeel is dat het aanvaardbaar is om een vernietiging achterwege te laten, dan biedt artikel 6:22 van de Awb hem hier de mogelijkheid toe. Op grond van dit artikel kan hij het gebrek in het besluit passeren. Het artikel luidt: "Een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, kan, ondanks schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel, door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist in stand worden gelaten indien aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld." Het toepassen van artikel 6:22 van de Awb is derhalve alleen aanvaardbaar als aannemelijk is dat de belanghebbenden niet zijn benadeeld. Blijkens de Memorie van Toelichting moet de vraag of belanghebbenden zijn benadeeld, betrokken worden op het gebrek en dus niet op het passeren van het gebrek. Het is dus de vraag of een belanghebbende door het gebrek is benadeeld en niet of een belanghebbende door het passeren van het gebrek wordt benadeeld. Het is een vraag van feitelijke aard: is het gebrek zodanig ondervangen dat de burger per saldo niet in zijn processuele positie is geschaad?[20] Ten tweede is van belang dat niet 'vast hoeft te staan' dat belanghebbenden niet zijn benadeeld. Een dergelijke eis zou in de praktijk niet werkbaar zijn. Immers, er kan nooit met zekerheid worden vastgesteld dat geen enkele belanghebbende is benadeeld. Daarom geldt de minder zware voorwaarde van 'het aannemelijk zijn'.[21] Tot slot is van belang dat 'de belanghebbenden' niet mogen zijn benadeeld.

20 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 14. Zie ook: M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2013, p. 896.

21 *Kamerstukken I* 2012/13, 32 450, G, p. 4.

De eis heeft betrekking op alle belanghebbenden. Niet alleen op de bezwaarde, de eiser of de appellant, maar ook op de belanghebbende die niet deelneemt aan de procedure.

2.2 Verruiming van de mogelijkheid om gebreken te passeren

Voorheen was het niet mogelijk om alle gebreken in een besluit te passeren. Artikel 6:22 van de Awb kon door de rechter slechts worden toegepast bij een schending van een vormvoorschrift. Een vormvoorschrift is een voorschrift dat geen eisen stelt aan de materiële inhoud van het besluit, maar strekt tot regeling van de procedure van de totstandkoming van een besluit of van de wijze waarop dit genomen en vastgelegd moet worden.[22] Daarbij kan gedacht worden aan regels over de inrichting van de bestuurlijke voorprocedure en aan beslistermijnen zonder fataal karakter. Bevoegdheids- en inhoudelijke mandaatgebreken werden in beginsel niet als vormgebreken aangemerkt. Ook schendingen van het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel werden veelal niet gepasseerd.[23] De wetgever achtte het evenwel onwenselijk dat de aard van de geschonden rechtsregel beslissend was bij de beantwoording van de vraag of een gebrek in een besluit kon worden gepasseerd. Naar zijn mening paste dit niet in een bestuursrecht dat gericht is op een materiële en zo mogelijke definitieve beslechting van het geschil; in een bestuursprocesrecht dat slagvaardig moet zijn. Volgens de wetgever diende bij de keuze om artikel 6:22 van de Awb al dan niet toe te passen uitsluitend beslissend te zijn of door de schending van het voorschrift iemand is benadeeld.[24] Het maakt in eerste instantie dus niet uit welke fouten in de besluitvorming zijn gemaakt of welke gebreken aan het besluit kleven. Is er geen benadeling, dan heeft de rechtzoekende geen valide reden om over die fouten of gebreken te klagen. Een vernietiging van een dergelijke fout of gebrek dient in dat geval volgens de wetgever geen redelijk doel.[25] Vanaf 31 maart 2010 is het voor besluiten waarop de Chw van toepassing is dan ook mogelijk geworden elke schending van een (on)geschreven of rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel te passeren met de introductie van artikel 1.5 van de Chw. Met de inwerkingtreding van de Wab op 1 januari 2013 is die mogelijkheid voor alle besluiten voorzien. Betekent het voorgaande nu dat de wetgever een ongebreidelde toepassing van artikel 6:22 van de Awb in de praktijk voor ogen had? Naar aanleiding van kritische vragen in de Eerste Kamer stelt de regering: "De voorgestelde verruiming…lijkt naar de letter gezien ruim. Dat betekent echter geenszins dat een bestuursorgaan of een bestuursrechter naar believen elke rechtsregel of elk rechtsbeginsel terzijde kan stellen. Alleen al niet, omdat het bij een substantiële schending van een rechtsregel of een rechtsbeginsel moeilijk denkbaar is dat geen enkele belanghebbende daardoor zou zijn benadeeld. In de jurisprudentie over artikel 1.5 van de Chw komt ook duidelijk naar voren dat,

22 *Kamerstukken I* 1991/92, 21 221, nr. 174b, p. 16.
23 Zie voor een uitgebreider overzicht van de jurisprudentie over vormgebreken onder meer Schreuder-Vlasblom 2013, p. 900-905; N.M. van Waterschoot, 'Het door de vingers zien van gebreken die de materiële inhoud niet raken', *JBplus* 2002, p. 181-194.
24 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 13-14.
25 Zie ook J.V. van Ophem, 'Bestuursprocesrecht anno 2013: slagvaardig procederen – klein gebrek geen bezwaar', *PRO* 2013, p. 6.

overeenkomstig de bedoeling van de wetgever, die bepaling wordt toegepast voor niet-substantiële gebreken."[26] Artikel 6:22 van de Awb heeft aldus volgens de wetgever een beperkter toepassingsbereik dan bij een eerste oppervlakkige lezing van het artikel zou kunnen worden gedacht.

2.3 Het passeren van gebreken in theoretisch perspectief

Zoals in de inleiding reeds is weergegeven, is de vraag naar de effectiviteit van de geboden rechtsbescherming sterker op de voorgrond komen te staan. De wetgever heeft de rechter om die reden mogelijkheden gegeven om een gebrek in een besluit te passeren. Immers, zo stelt de wetgever, met behulp van artikel 6:22 van de Awb kan de rechter zijn rol als geschilbeslechter beter uitoefenen.[27] Met deze ontwikkeling in de bestuursrechtspraak wordt evenwel in toenemende mate afstand genomen van de taak van de rechter als objectieve rechtmatigheidscontroleur, ofwel van de gedachte dat de bestuursrechter een rol heeft bij de bewaking van de legitimiteit van het overheidsoptreden.[28] Uit de kritiek die tegen (de verruiming van) artikel 6:22 van de Awb is geuit, blijkt dat deze ontwikkeling niet door een ieder met gejuich wordt ontvangen. Zo werd in de Eerste Kamer tijdens de parlementaire behandeling gesteld dat met de nieuwe regel een vrijbrief wordt gegeven aan het bestuur om besluiten te nemen die een (on)geschreven rechtsregel of algemeen beginsel schenden.[29] Ook Polleunis en Wenders wijzen erop dat bij de toepassing van artikel 6:22 van de Awb de signaalfunctie van een vernietiging, te weten dat het besluit onrechtmatig is, ontbreekt. Door het gebrek te passeren blijft de belangrijke corrigerende werking van een vernietiging richting het bestuur achterwege en wordt het er niet op gewezen dat een schending van het recht niet zonder gevolgen dient te blijven, zo stellen zij.[30] Rop stelt zelfs in zijn preadvies voor de Jonge VAR 2007 dat het passeren van schendingen van het recht wezensvreemd is aan de taak van de rechter, een verkeerd signaal geeft aan het bestuur en wantrouwen en onbegrip wekt bij de burger. Volgens hem zouden de rechter, het bestuur en de burger veel meer geholpen zijn met een kritische beschouwing van de gestelde voorschriften, waarbij alle voorschriften die slechts van symbolische aard zijn en geen invloed kunnen hebben op de uitkomst van de besluitvormingsprocedure zouden moeten worden geschrapt. Schending van de voorschriften die dan nog overblijven zou volgens Rop moeten leiden tot vernietiging van het besluit, waarbij onder omstandigheden ruimte kan bestaan om de rechtsgevolgen in stand te laten.[31] Mede met het oog op deze kritiek is het van belang vast te stellen hoe de bestuursrechter artikel 6:22 van de Awb in de praktijk toepast. In hoeverre schuift

26 *Kamerstukken I* 2012/13, 32 450, G, p. 3.
27 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 11-12, 216-217.
28 Zie ook J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011, p. 27-29.
29 *Kamerstukken I* 2011/12, 32 450, B, p. 3.
30 S. Polleunis & D.W.M. Wenders, 'Artikel 6:22 Awb en artikel 8:72, derde lid, Awb vergeleken: één pot nat of twee bevoegdheden met zelfstandig bestaansrecht?', *JBplus* 2011, p. 223.
31 A.C. Rop, 'Definitieve geschilbeslechting: over schijnbelemmeringen en de grenzen van de rechterlijke verantwoordelijkheid', in: A.C. Rop e.a., *Definitieve geschilbeslechting, Jonge VAR-reeks 6*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 28.

de rechter zijn rol als bewaker van de legitimiteit van bestuursoptreden door de toepassing van artikel 6:22 terzijde?

2.4 Het passeren van gebreken door de Afdeling in de praktijk

Dit preadvies leent zich niet voor een uitgebreid overzicht van de jurisprudentie over artikel 6:22 van de Awb. Wel zal een aantal opvallende zaken in de jurisprudentie van de Afdeling uit 2013 worden besproken, mede om te illustreren hoe het artikel in de praktijk wordt toegepast. Daarbij zal zowel worden gekeken naar de jurisprudentie over het oude artikel 6:22 van de Awb, waarbij overigens geen aandacht zal worden besteed aan de discussie of een voorschrift een vormvoorschrift is of niet, als naar de jurisprudentie over artikel 1.5 van de Chw en het nieuwe artikel 6:22 van de Awb dat overigens nog slechts een beperkt aantal keren is toegepast.[32]

Allereerst heeft de Afdeling enkele uitspraken gedaan waarin zij uiteenzet in welke gevallen geen toepassing kan worden gegeven aan artikel 6:22 van de Awb. Allereerst blijkt uit de jurisprudentie dat zodra de rechter een gebrek constateert, oordeelt dat dit gebrek hersteld moet worden en de bestuurlijke lus toepast, geen ruimte bestaat om het gebrek in de einduitspraak te passeren. Met de toepassing van de bestuurlijke lus wordt het gebrek namelijk feitelijk niet gepasseerd, zo oordeelt de Afdeling.[33] Ook in ABRvS 17 juli 2013 ziet de Afdeling geen mogelijkheden om het gebrek te passeren. In die zaak had de raad het perceel van appellant abusievelijk voor natuurdoeleinden bestemd, terwijl hij had beoogd de gronden voor agrarische doeleinden te bestemmen. De Afdeling oordeelt dat aan het verzoek van de raad om het gebrek met toepassing van artikel 6:22 van de Awb te passeren geen gevolg wordt gegeven, omdat de eigenaar van de gronden door het gebrek is benadeeld. Zonder het gebrek zou de eigenaar de gronden immers voor andere doeleinden mogen gebruiken.[34] Uit deze uitspraak kan worden opgemaakt dat indien het besluit zonder het gebrek een ander rechtsgevolg zou hebben gehad, geen ruimte bestaat voor het passeren van het gebrek.

Indien we voorts bezien welke aard de gebreken hebben die de Afdeling passeert, dan valt op dat de jurisprudentie over het passeren van gebreken casuïstisch is. Daarom kan geen eenduidig antwoord worden gegeven op de vraag welke gebreken al dan niet in aanmerking komen om te worden gepasseerd. Opvallend is evenwel dat het grootste aantal uitspraken over artikel 6:22 van de Awb en artikel 1.5 van de Chw betrekking heeft op de situatie zoals die aan het begin van dit hoofdstuk is uiteengezet. Een bestuursorgaan legt een op het besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan betrekking hebbend stuk dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de beoordeling van het bestemmingsplan ten onrechte niet ter inzage.

32 Uit de jurisprudentie blijkt dat de Afdeling ook gebreken passeert, zonder expliciete toepassing van artikel 6:22 van de Awb. Deze jurisprudentie zal in dit preadvies evenwel niet worden behandeld.
33 ABRvS 24 juli 2013, nr. 201301705/1/A2.
34 ABRvS 17 juli 2013, nr. 201203926/1/R4.

De Afdeling passeert een dergelijke fout in de voorbereidingsprocedure, mits is voldaan aan twee voorwaarden. In de eerste plaats is van belang dat de appellant alsnog kennis heeft kunnen nemen van het stuk en dit heeft kunnen betrekken bij zijn beroep. In de tweede plaats moeten ook andere belanghebbenden op de hoogte kunnen zijn van het bestaan van het stuk, bijvoorbeeld omdat het is genoemd in de plantoelichting. Aangenomen mag worden dat bedoelde belanghebbenden in dat geval een zienswijze naar voren zouden hebben gebracht waarin zou zijn gewezen op het niet ter inzage liggen van het stuk, dan wel dat zij, na desgevraagd inzage te hebben gekregen in het stuk, na kennisneming daarvan een zienswijze naar voren zouden hebben gebracht en eventueel beroep zouden hebben ingesteld, zo oordeelt de Afdeling.[35] Een enigszins vergelijkbare zaak is ABRvS 2 mei 2013, waarin de staatssecretaris de stukken van internet die bij het voornemen tot afwijzing van de aanvraag om verblijfsvergunning waren betrokken, niet bij het voornemen had gevoegd. Omdat de vreemdeling in beroep alsnog heeft kunnen reageren op de inhoud van de stukken, wordt het gebrek gepasseerd.[36]

Een ander voorbeeld van een gebrek dat kan worden gepasseerd is een gebrek in de kennisgeving en de bekendmaking van het besluit. Zo vernietigt de Afdeling niet het besluit, indien de zakelijke inhoud van het besluit niet juist is weergegeven in de kennisgeving.[37] Zo was in ABRvS 20 februari 2013 in de kennisgeving gesteld dat de aanvraag zag op een wijziging van een vergunning, terwijl de aanvraag eigenlijk betrekking had op een oprichtingsvergunning. De Afdeling past evenwel artikel 6:22 van de Awb toe en vernietigt het besluit niet.[38] Ook in een geval waarin het ontwerpbesluit mogelijk ten onrechte niet naar belanghebbenden was toegezonden, passeert de Afdeling het eventuele gebrek. De Afdeling overweegt daartoe dat de belanghebbenden niet zijn benadeeld, omdat zij wel van de terinzagelegging van het ontwerpbesluit op de hoogte waren gebracht.[39] Indien het gemeentebestuur evenwel ten onrechte niet op tenminste één niet-elektronische wijze kennis heeft gegeven van het ontwerpbesluit, dan wordt het gebrek niet gepasseerd. Volgens de Afdeling kan in een dergelijk geval namelijk niet worden uitgesloten dat eventuele derden niet door het gebrek zijn benadeeld.[40] Uit de jurisprudentie over de gebreken in de kennisgeving en de bekendmaking van een besluit kan worden afgeleid dat, indien de kennisgeving in zijn geheel ontbreekt, de Afdeling vanwege de belangen van derden geen mogelijkheid ziet om het gebrek te passeren, terwijl zij hiertoe doorgaans wel ruimte ziet, indien de kennisgeving of bekendmaking niet ontbreekt, maar de inhoud daarvan onjuist of onvolledig is geweest.

Indien het besluit gebrekkig is voorbereid, omdat niet de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (afdeling 3.4 van de Awb) is toegepast, dan valt op dat

35 Zie onder meer ABRvS 17 april 2013, nr. 201207814/1/R1; ABRvS 24 juli 2013, nr. 201210101/1/R3 en ABRvS 16 oktober 2013, nrs. 201301423/1/R4 en 201301424/1/R4.
36 ABRvS 2 mei 2013, nr. 201210329/1/V1.
37 ABRvS 2 oktober 2013, nr. 201301661/1/R1 en ABRvS 20 februari 2013, nr. 201107330/1/A4.
38 ABRvS 20 februari 2013, nr. 201107330/1/A4.
39 ABRvS 3 april 2013, nr. 201208431/1/R4.
40 Zie onder meer ABRvS 16 januari 2013, nrs. 201208653/1/R3 en 201208653/2/R3 en ABRvS 2 april 2013, nr. 201209484/3/A4.

de Afdeling het gebrek soms wel en soms niet passeert. Zo laat de Afdeling in ABRvS 16 januari 2013 een vernietiging wegens dit gebrek achterwege. De Afdeling neemt daarbij in aanmerking dat appellant zijn belangen kenbaar heeft kunnen maken in de bezwaarprocedure. Omdat het besluit bovendien een weigering van een sloopvergunning betreft en niet is gebleken dat er derde-belanghebbenden zijn die een rechtens te beschermen belang hebben bij de weigering, is niet aannemelijk dat belanghebbenden door het achterwege laten van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure zijn benadeeld, zo overweegt de Afdeling.[41] In ABRvS 22 augustus 2013 is een beroep tegen een besluit tot verlening van een omgevingsvergunning aan de orde. Ook dit besluit is ten onrechte niet voorbereid met toepassing van afdeling 3.4 van de Awb. De Afdeling oordeelt in dat geval dat niet aannemelijk is dat geen enkele potentiële belanghebbende door het gebrek is benadeeld. De Afdeling ziet dan ook geen ruimte voor de toepassing van artikel 6:22 van de Awb.[42] Het verschil met voornoemde zaak is duidelijk, nu in die zaak een weigering en geen verlening van een vergunning ter beoordeling stond. In ABRvS 8 mei 2013 was evenwel ook een verlening van een vergunning aan de orde, te weten een vergunning voor het veranderen van een veehouderij. Ook dit besluit was ten onrechte niet voorbereid met toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure, maar in deze uitspraak oordeelt de Afdeling dat niet aannemelijk is dat belanghebbenden door het niet toepassen van afdeling 3.4 van de Awb zijn benadeeld. De Afdeling passeert het gebrek dan ook.[43] Waarom de Afdeling in de zaak van 22 augustus 2013 in de belangen van derden aanleiding ziet om het gebrek niet te passeren, terwijl zij in de zaak van 8 mei 2013 stelt dat eventuele derde-belanghebbenden niet door het niet toepassen van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure zijn benadeeld, blijkt niet uit de overwegingen van de Afdeling.[44]

Het ten onrechte niet ter inzage leggen van een stuk, het onjuist of gebrekkig kennisgeven of bekendmaken van een besluit en het ten onrechte achterwege laten van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure, zijn gebreken die ook reeds onder het oude recht werden gepasseerd. Bij een blik op de jurisprudentie over artikel 1.5 van de Chw valt op dat de rechter de verruimde mogelijkheden die het artikel biedt ten opzichte van het oude artikel 6:22 van de Awb aangrijpt om ook materiële gebreken te passeren. Zo passeert de Afdeling in ABRvS 19 juni 2013 twee inhoudelijke gebreken. Allereerst had de raad in strijd met artikel 3.1.6, tweede lid, van het Besluit ruimtelijke ordening niet in de plantoelichting beschreven dat het plan voorzag in een actuele regionale behoefte. Ten tweede had de raad in strijd met de Ruimtelijke Verordening Gelderland niet aangegeven hoe de ontwikkeling die het plan mogelijk maakte zich verhield tot een eventuele intergemeentelijke

41 ABRvS 16 januari 2013, nr. 201204974/1/A2.
42 ABRvS 22 augustus 2013, nr. 201306853/2/A2.
43 ABRvS 8 mei 2013, nr. 201108590/1/A4.
44 Eventuele reden voor het verschil kan zijn gelegen in de aard van het besluit, omdat in de zaak van 8 mei 2013 het beroep gericht was tegen een vergunning voor het veranderen van een veehouderij, terwijl in de zaak van 22 augustus 2013 een omgevingsvergunning voor de bouw van een woning ter beoordeling stond. Een andere reden zou misschien kunnen zijn dat in de zaak van 8 mei 2013 geen ander dan de appellant belanghebbende bij het besluit is, omdat bijvoorbeeld in de omgeving van de veehouderij geen woningen staan of andere agrariërs werkzaam zijn.

samenwerking ter zake van detailhandel. Eerst ter zitting stelde de raad dat het plan voorzag in een actuele regionale behoefte. De Afdeling leidt hieruit af dat het plan ook in overeenstemming is met de intergemeentelijke samenwerking ter zake van detailhandel. Gelet op de toelichting van de raad ter zitting passeert de Afdeling de twee gebreken.[45] Een ander voorbeeld is ABRvS 27 maart 2013, waarin het besluit gebrekkig was, omdat de plantoelichting in strijd met de provinciale verordening geen verantwoording over de verhouding tussen het plan en de regionale afspraken met betrekking tot woningbouwcapaciteit bevatte. Ook in deze zaak had de raad eerst in de beroepsprocedure zijn standpunt hieromtrent uiteengezet. Omdat belanghebbenden niet door de strijd met de Verordening waren benadeeld, passeert de Afdeling ook hier het gebrek met toepassing van artikel 1.5 van de Chw.[46] Uit deze jurisprudentie kan worden afgeleid dat de Afdeling sinds de inwerkingtreding van de Chw het passeren van gebreken niet meer beperkt tot de gevallen, waarin een vormvoorschrift is geschonden. Ook materiële gebreken kunnen volgens de Afdeling worden gepasseerd.

2.5 Toepassingscriteria voor het passeren van gebreken

Nu is uiteengezet wat artikel 6:22 van de Awb inhoudt, is weergegeven welke toepassing de wetgever voor ogen had, is bezien hoe het artikel in rechtstheoretisch perspectief moet worden geplaatst en een overzicht is gegeven van de jurisprudentie, zal in het navolgende worden getracht een aantal toepassingscriteria te formuleren die de rechter houvast kunnen bieden bij de beantwoording van de vraag of een gebrek al dan niet kan worden gepasseerd. Zoals hiervoor reeds is vermeld, is de jurisprudentie over het passeren van gebreken zeer casuïstisch. Dit is niet verrassend, omdat de vraag of belanghebbenden door het gebrek zijn benadeeld van feitelijke aard is. Oftewel, eenzelfde gebrek kan in de ene situatie niet worden gepasseerd, terwijl in een andere zaak de omstandigheden zodanig zijn dat niet aannemelijk is dat de belanghebbenden door het gebrek zijn benadeeld. De rechter dient dan ook in iedere zaak een nieuwe afweging te maken of het gebrek kan worden gepasseerd. Er kunnen evenwel een drietal situaties worden onderscheiden, waarin de bevoegdheid zich niet leent voor een definitieve beslechting van het geschil, omdat de belangen van derden zich daartegen verzetten.

Ten eerste kan de rechter het gebrek niet passeren indien zonder het gebrek een ander besluit zou zijn genomen. In dat geval is immers niet aannemelijk dat belanghebbenden niet door het gebrek zijn benadeeld. In dat verband is de hiervoor genoemde uitspraak van 17 juli 2013 illustratief. Als de raad niet per abuis de gronden van appellant voor natuurdoeleinden had bestemd, maar de gronden overeenkomstig de bedoeling van de raad voor agrarische doeleinden had bestemd, dan zou de eigenaar van de gronden andere bouw- en gebruiksmogelijkheden hebben dan hij op grond van de bestemming “Natuur” heeft. Oftewel, zonder de omissie van de raad had het besluit een ander rechtsgevolg gehad. De Afdeling ziet in een dergelijk geval naar onze mening terecht geen ruimte om het gebrek te passeren.

45 ABRvS 19 juni 2013, nr. 201301238/1/R6.
46 ABRvS 27 maart 2013, nr. 201205606/1/R3.

Ten tweede moet de rechter zich afvragen of de belanghebbenden door het gebrek in het besluit zouden kunnen zijn benadeeld in verband met schade die is geleden door het gebrek. Toepassing van artikel 6:22 van de Awb voorkomt namelijk dat het gebrek leidt tot een vernietiging van het bestreden besluit. Met een vernietiging zou evenwel komen vast te staan dat het bestuursorgaan onrechtmatig heeft gehandeld en staat de mogelijkheid open om de overheid voor de schade vanwege het onrechtmatige handelen aansprakelijk te stellen. Belanghebbenden zouden er aldus belang bij kunnen hebben dat het besluit wordt vernietigd, waarna, zo mogelijk, met toepassing van artikel 8:72, derde lid, van de Awb, het besluit alsnog definitief kan worden beslecht door de rechtsgevolgen in stand te laten.[47] Voor zover bekend, heeft de Afdeling evenwel nog geen uitspraken gedaan waarin zij oordeelt dat een gebrek niet kan worden gepasseerd, omdat belanghebbenden vanwege eventuele schade belang zouden kunnen hebben bij een vernietiging van het bestreden besluit.

Tot slot dient de rechter een gebrek volgens ons niet te passeren indien het gebrek de materiële inhoud van het besluit raakt, indien de belangenafweging op inhoudelijke punten gebrekkig is geweest. Een voorbeeld moge dit verduidelijken. Als het bestuursorgaan in de bestuurlijke fase ten onrechte een zienswijze van een indiener buiten beschouwing heeft gelaten, hoeft dat niet tot vernietiging te leiden als de inhoudelijke bezwaren van diegene wel in de afweging zijn betrokken. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien in andere zienswijzen soortgelijke bezwaren zijn aangevoerd. In zoverre is het besluit vanuit inhoudelijk oogpunt dus niet gebrekkig. In een dergelijk geval bestaat er in beginsel geen beletsel om het gebrek te passeren. Dit ligt evenwel anders als de bezwaren van de indiener van de zienswijze geenszins in de belangenafweging zijn meegenomen. Ook in de hiervoor geschetste situatie dat de raad bij zijn afweging ten onrechte niet heeft betrokken of het plan past binnen de regionale en provinciale behoefte voor woningbouw of detailhandel, kan worden gesteld dat het gebrek de materiële inhoud van het besluit raakt. Indien de afweging van de relevante feiten en belangen op inhoudelijke punten gebrekkig is geweest, zal de rechter doorgaans het bestuursorgaan tijdens de beroepsprocedure de kans geven het gebrek te herstellen. Dat het bestuursorgaan tijdens de beroepsprocedure dan alsnog de vereiste zorgvuldige afweging maakt en het besluit deugdelijk motiveert, kan naar onze mening evenwel geen reden zijn om het gebrek te passeren. Door een dergelijke aanvullende motivering van het bestuursorgaan tijdens de beroepsprocedure van belang te achten, passeert de rechter het gebrek namelijk feitelijk niet. Hij biedt alleen ruimte voor herstel. In dit verband is volgens ons niet van belang of het bestuursorgaan het gebrek herstelt in het verweerschrift of ter zitting of dat het bestuursorgaan de motivering aanpast in het kader van een bestuurlijke lus. Het ligt op de weg van de rechter om in zulke gevallen niet artikel 6:22 van de Awb toe te passen, maar, zo mogelijk, met toepassing van artikel 8:72 van de Awb de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten.

47 Polleunis & Wenders 2011, p. 222.

2.6 Het passeren van gebreken in massazaken

Aan het slot van dit hoofdstuk wordt de vraag beantwoord of artikel 6:22 van de Awb tevens succesvol kan worden toegepast in massazaken. Wat moet de rechter voor ogen houden als hij een gebrek wil passeren in massazaken? In hoeverre kan het artikel bijdragen aan een definitieve geschilbeslechting en een slagvaardig bestuursprocesrecht in massazaken? Loopt de rechter in massazaken tegen de grenzen van de bevoegdheid aan, waardoor hij het gebrek niet kan passeren?

Allereerst zullen we bezien welke gevolgen de in de wet weergegeven voorwaarde voor de toepassing van artikel 6:22 van de Awb, te weten dat aannemelijk moet zijn dat belanghebbenden niet door het gebrek zijn benadeeld, in zijn algemeenheid heeft voor het passeren van gebreken in massazaken. In dit verband is relevant dat het belangrijkste kenmerk van massazaken is dat het besluit veel partijen in hun belangen raakt. Betekent dit dan ook dat in potentie veel partijen door het gebrek zouden kunnen zijn benadeeld? In dat verband is van belang of het gebrek dat de rechter wil passeren betrekking heeft op het hele besluit. Als het gebrek ziet op de materiële inhoud van het besluit, dan kan het zijn dat het gebrek niet het hele besluit raakt. Indien bijvoorbeeld een bestemmingsplan betrekking heeft op een groot buitengebied en ten aanzien van één perceel geen zorgvuldige belangenafweging is gemaakt, dan raakt dit gebrek alleen het besluit voor zover het betrekking heeft op dat perceel. Hiervoor is echter bepleit dat een gebrek niet kan worden gepasseerd indien het gebrek ziet op de materiële inhoud van het besluit. Indien we in dat licht bezien welke overige gebreken, gelet op de jurisprudentie van de Afdeling, veelal in aanmerking kunnen komen om te worden gepasseerd, dan valt op dat deze in beginsel het hele besluit raken. Indien bijvoorbeeld ten onrechte een op het besluit betrekking hebbend stuk niet ter inzage is gelegd, de kennisgeving van het besluit niet volledig is of de wettelijk voorgeschreven voorbereidingsprocedure niet is gevolgd, dan is het hele besluit onrechtmatig. Als een gebrek het hele besluit aantast, dan betekent dit dat degenen die door het besluit in hun belangen worden geraakt, in potentie ook door het gebrek kunnen zijn benadeeld. Zo overweegt de Afdeling in de eerder genoemde zaak van 16 januari 2013 dat het besluit een weigering van een sloopvergunning betreft, niet is gebleken dat er derde-belanghebbenden zijn die een rechtens te beschermen belang hebben bij de weigering en daarom niet aannemelijk is dat belanghebbenden door het achterwege laten van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure zijn benadeeld. Oftewel, indien weinig partijen door een besluit in hun belangen worden geraakt, dan zullen ook weinigen door het gebrek zijn benadeeld. In een massazaak waarin veel partijen door het besluit in hun belangen worden geraakt, is de kans dus groter dat er veel belanghebbenden zijn die door het gebrek worden benadeeld. Daarbij komt dat de rechter zich in een massazaak geconfronteerd ziet met belanghebbenden die niet aan de procedure deelnemen. Dit leidt er in de eerste plaats toe dat de rechter een grondig onderzoek moet doen naar het antwoord op de vraag wie door het gebrek kunnen zijn benadeeld. In de tweede plaats zal de rechter meer omstandigheden bij zijn oordeel moeten betrekken voordat hij kan construeren dat niet aannemelijk is dat belanghebbenden door het gebrek zijn benadeeld. Illustratief in dit verband is een vergelijking van de jurisprudentie over het niet ter inzage leggen van stukken in bestemmingsplanzaken met de uitspraak van de vreemdelingenrechter over de vreemdeling die ten onrechte geen kennis had kunnen nemen van

stukken die waren betrokken bij het voornemen om zijn verblijfsvergunning af te wijzen. In de vreemdelingenzaak raakt het voornemen omtrent afwijzing alleen de vreemdeling in zijn belangen. In het kader van het passeren van het gebrek is daarom alleen van belang of hij in beroep kennis heeft kunnen nemen van het stuk. In een massazaak, bijvoorbeeld een beroepsprocedure tegen een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan, zijn er echter meer partijen die door het besluit worden geraakt. Indien een op het bestemmingsplan betrekking hebbend stuk niet ter inzage is gelegd, dan raakt dit gebrek het hele besluit en kunnen in potentie alle belanghebbenden door het gebrek zijn benadeeld, ook degenen die niet aan de procedure deelnemen. Daarom moet de rechter ook bij zijn oordeel betrekken of deze onbekende derden op de hoogte konden zijn van het ontbrekende stuk en in beroep konden gaan. Vanwege de aanwezigheid van eventuele onbekende derde-belanghebbenden geldt voor de rechter in massazaken aldus een verzwaarde onderzoeks- en motiveringsplicht als hij een gebrek wenst te passeren.

Indien we daarnaast de concrete toepassingsvoorwaarden bezien die in de vorige paragraaf zijn uiteengezet, dan is het allereerst de vraag welke gevolgen de voorwaarde heeft, inhoudende dat zonder het gebrek geen ander besluit zou zijn genomen, voor de toepassing van artikel 6:22 in massazaken. In dit verband is relevant dat de besluiten in massazaken zich veelal kenmerken door beleidsvrijheid. Dit betekent dat het bestuursorgaan in beginsel de eerst aangewezene is om alle relevante belangen af te wegen. Blijkens de jurisprudentie ziet de Afdeling ruimte om artikel 6:22 van de Awb toe te passen in gevallen waarin het gebrek de materiële inhoud van het besluit raakt en de afweging dus gebrekkig is geweest. Indien de Afdeling deze jurisprudentie continueert, dan dient de rechter actief te onderzoeken of door middel van herstel van het gebrek het besluit in stand kan blijven. Dit betekent dat de rechter in massazaken, zo mogelijk voor, of anders tijdens de zitting, aan het bestuursorgaan zou moeten vragen of de afweging anders was uitgevallen als het gebrek niet aan het besluit zou kleven. Een kritische houding van de rechter in dit verband is aangewezen. Indien bijvoorbeeld een bestuursorgaan bij de vaststelling van een bestemmingsplan dat voorziet in een groot aantal woningen niet heeft onderzocht of het plan ook voorziet in een regionale behoefte, dan dient het bestuursorgaan dit onderzoek alsnog te verrichten en aan de hand van de uitkomsten van dit onderzoek alsnog een deugdelijke afweging te maken. De rechter moet erop toe zien dat een bestuursorgaan in een dergelijk geval niet te makkelijk naar het gewenste resultaat, namelijk de instandhouding van het besluit, toe redeneert. Een passieve houding van de rechter op dit punt zou ertoe kunnen leiden dat aan de voorwaarde dat artikel 6:22 alleen kan worden toegepast indien zonder het gebrek geen ander besluit zou zijn genomen, te makkelijk afbreuk zou worden gedaan.

Indien de rechter zich voorts afvraagt of de belanghebbenden door het gebrek zouden kunnen zijn benadeeld in verband met schade die is geleden door het gebrek, dan is van belang dat besluiten in massazaken besluiten betreffen waarbij het bestuursorgaan een afweging moet maken tussen verschillende belangen. Indien de belangen tegengesteld zijn, dan werkt het besluit voor de één uit in zijn voordeel, terwijl de ander aanzienlijke schade kan lopen door de gevolgen die het besluit met zich brengt. Hetzelfde geldt voor de gevolgen van het gebrek. Kan het zijn dat het gebrek voor de één geen consequenties heeft, dan kan het gebrek voor de

ander terdege tot schade leiden. Indien één van de belanghebbenden zich geconfronteerd ziet met schade, dan kan de rechter niet meer stellen dat niet aannemelijk is dat belanghebbenden niet door het gebrek zijn benadeeld. Oftewel, zeker in massazaken kan het zijn dat de rechter, vanwege uit het gebrek voortvloeiende schade, aanloopt tegen de grenzen van artikel 6:22 van de Awb. Uit de jurisprudentie van de Afdeling blijkt overigens niet dat de rechter zich expliciet rekenschap geeft van de vraag of de benadeling van belanghebbenden kan liggen in de omstandigheid dat zij schade hebben geleden door het gebrek. Wellicht dat, mede gelet op de in de inleiding geschetste ontwikkeling dat de rechter zich meer geconfronteerd ziet met massazaken, in de toekomst een dergelijke overweging wel expliciet ten grondslag wordt gelegd aan het oordeel dat de Afdeling niet overgaat tot toepassing van artikel 6:22 van de Awb.

Tot slot dient de rechter een gebrek naar onze mening niet te passeren indien de afweging van de relevante feiten en belangen op inhoudelijke punten gebrekkig is geweest. Zoals hiervoor reeds is uiteengezet, kenmerken besluiten in massazaken zich door de keuzevrijheid die het bestuur heeft bij het nemen van het besluit. Een gebrek op inhoudelijke gronden zal dan ook in massazaken vaak zijn gelegen in een gebrekkige belangenafweging, waarbij de rechter het bestuursorgaan in de gelegenheid moet stellen het gebrek te herstellen. Voor het passeren van het gebrek bestaat in dat geval naar onze mening geen ruimte. Dit betekent dat in massazaken artikel 6:22 van de Awb volgens ons veelal niet zal kunnen worden toegepast bij gebreken die de materiële inhoud van het besluit raken.

Geconcludeerd kan aldus worden dat ook in massazaken gebreken kunnen worden gepasseerd, maar dat voor de rechter wel een aantal aandachtspunten gelden die hij in ogenschouw moet nemen bij toepassing van de bevoegdheid. Ten eerste rust op de rechter een verzwaarde plicht om te onderzoeken welke belanghebbenden door het gebrek kunnen zijn benadeeld. Vanwege eventuele derde-belanghebbenden die niet deelnemen aan de procedure, zal de rechter daarnaast zijn oordeel dat het gebrek kan worden gepasseerd uitvoeriger moeten motiveren. Voorts zal de rechter actief op zoek moeten gaan naar het antwoord op de vraag of zonder het gebrek hetzelfde besluit zou zijn genomen. Bovendien zal de rechter in ogenschouw moeten nemen dat de eventuele benadeling van belanghebbenden ook kan zijn gelegen in de omstandigheid dat een belanghebbende schade kan hebben geleden door het gebrek. Tot slot zal de toepassing van artikel 6:22 van de Awb in massazaken veelal beperkt zijn tot gebreken die de materiële inhoud van het besluit niet raken.

3 Rechtsgevolgen in stand laten

3.1 Inleiding

Op grond van artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder a, van de Awb kan de bestuursrechter bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan geheel of gedeeltelijk in stand blijven. Deze bevoegdheid is lange tijd door de bestuursrechter terughoudend toegepast. De reden hiervoor is onder meer dat de bestuursrechter wil voorkomen dat hij door het hanteren van deze bevoegdheid de bestuurlijke keuzevrijheid doorkruist. In de praktijk betekende dit dat indien na de vernietiging voor het bestuur nog beslissingsalternatieven bestonden die andere rechtsgevolgen teweeg zouden kunnen brengen, de bestuursrechter zijn bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten niet gebruikte. Hij hanteerde in dit verband het criterium dat er rechtens nog maar één beslissing mogelijk mag zijn.[48] Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin de bestuursrechter een besluit vernietigt wegens een motiveringsgebrek en het bestuursorgaan tijdens de procedure alsnog een draagkrachtige motivering geeft.[49] Ook kon de bestuursrechter de rechtsgevolgen in stand laten indien een aanvankelijk gebrek in de advisering tijdens de procedure was hersteld en het bestreden besluit daardoor kon worden gedragen.[50] Het aantal zaken waarin de bestuursrechter overging tot het in stand laten van de rechtsgevolgen was echter beperkt. Dit blijkt ook uit de derde evaluatie van de Awb. In het rapport hierover van onder andere Schueler en Drewes, staat dat in 2005 in 9% van de gevallen waarin een besluit werd vernietigd, de bestuursrechter de rechtsgevolgen hiervan in stand liet.[51] Consequentie van de beperkte toepassing van de bevoegdheid was dat een uitspraak van de bestuursrechter die de vernietiging van een besluit inhield veelal niet leidde tot finale beslechting van het geschil. Onder aanhoudende kritiek over het geringe geschilbeslechtende vermogen van de bestuursrechter, zoals besproken in de inleiding, is in 2008 het criterium dat nog maar één beslissing mogelijk mag zijn, verlaten.[52] Het loslaten van dit criterium illustreert naar onze mening de gewijzigde rol van de bestuursrechter en onderstreept het belang dat hij toekent aan finale geschilbeslechting. Dit belang is opnieuw benadrukt met inwerkingtreding van de Wab. In de wetsgeschiedenis hiervan komt uitdrukkelijk naar voren dat de bestuursrechter indien hij een gebrek in het bestreden besluit constateert,

48 Onder meer ABRvS 22 juni 2005, nr. 200409537/1.
49 ABRvS 21 november 2001, *BR* 2002, p. 698 m.nt. P. van der Ree.
50 ABRvS 18 augustus 2000, *Gst.* 2000, 7129, 7.
51 B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter, onderdeel van de derde evaluatie van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007.
52 Zie bijvoorbeeld ABRvS 26 maart 2008, nr. 200705490/1 en ABRvS 10 december 2008, nr. 200802431/1.

de mogelijkheden onderzoekt voor finale geschilbeslechting. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat een voorwaarde voor het in stand laten van de rechtsgevolgen is dat het dictum van het bestreden besluit niet anders moet komen te luiden. Op deze en andere voorwaarden voor toepassing van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten zal in dit hoofdstuk worden ingegaan. Hiertoe zal in de volgende paragraaf eerst kort iets worden gezegd over de achtergrond van de bevoegdheid en de in de literatuur gesignaleerde moeilijkheden in de toepassing ervan. In de paragraaf daarna geven wij een overzicht van de jurisprudentie van de Afdeling met betrekking tot het in stand laten van de rechtsgevolgen. Op basis van het jurisprudentieoverzicht in paragraaf 3.3. en in de 3.2 geschetste achtergrond, zullen wij proberen toepassingscriteria te formuleren in paragraaf 3.4. Tot slot zal in paragraaf 3.5 worden bezien hoe deze toepassingscriteria zich verhouden tot massazaken. Hierbij speelt de volgende vraag een centrale rol: in hoeverre loopt de bestuursrechter in massazaken aan tegen de grenzen van zijn bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten?

3.2 Rechtsgevolgen in stand laten in theoretisch perspectief

De bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten is veelbesproken. Volgens Marseille en Van der Heide verbaast dit niet omdat deze bevoegdheid, en de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien, het ideaal belichamen van finale geschilbeslechting.[53] Toch werd er tot voor kort weinig gebruik gemaakt van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten. Dit had in de eerste plaats te maken met de rolverdeling tussen bestuur en rechter; het bestuur is beslisser, de rechter toetser. Indien en zodra de bestuursrechter derhalve oordeelde dat het bestreden besluit onrechtmatig was, was het bestuur opnieuw aan zet om een nieuw besluit te nemen. Alleen als duidelijk was dat dit besluit hetzelfde zou luiden, kon de bestuursrechter de rol als beslisser overnemen. Zoals gezegd betekende dit in de praktijk dat de bestuursrechter alleen de rechtsgevolgen in stand liet indien het bestuur geen enkele keuzevrijheid meer had bij de uitoefening van diens bevoegdheid en zeker was dat het bestuur zijn besluit op de juiste feiten had gebaseerd. Onder meer Schueler heeft bepleit dat aanwending van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten vanuit een meer offensief perspectief kan worden beschouwd.[54] Rechters die bereid zijn hun creativiteit en energie in te zetten ten behoeve van finale geschilbeslechting, zouden meer resultaat kunnen boeken.[55] Het bestuurlijk besluitvormingsprimaat was echter niet de enige reden voor terughoudendheid in toepassing van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten. Een andere factor was het verschil in toetsingsmoment. De bestuursrechter beoordeelt namelijk een besluit *ex tunc*. Dit houdt in dat hij het besluit beoordeelt in het licht van de feiten en omstandigheden zoals zij waren op het moment van het nemen van het besluit. Het bestuur beslist *ex nunc*, hetgeen betekent dat het beslist op basis van de feiten zoals zij zijn op het moment waarop het besluit wordt

53 A.T. Marseille & R.R. van der Heide, 'De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting door de bestuursrechter', *JBplus* 2008, p. 78-92.
54 Schueler 1994.
55 Marseille & Van der Heide 2008.

genomen. Indien de rechter de rechtsgevolgen in stand laat, en dus in zoverre de rol van bestuur op dat moment overneemt, dan diende hij zich op de hoogte te stellen van de feitelijke en juridische situatie *ex nunc*. Indien de rechter niet over de vereiste kennis beschikte van de feitelijke en juridische situatie *ex nunc*, kon dit aanleiding vormen zijn bevoegdheid de rechtsgevolgen in stand te laten niet toe te passen. Ook de eventuele benadeling van derde-belanghebbenden kon voor de bestuursrechter aanleiding vormen de rechtsgevolgen niet in stand te laten, maar te volstaan met een kale vernietiging. Sommige van deze factoren vormen thans ook nog aanleiding voor de bestuursrechter om zijn bevoegdheid tot het in stand laten van de rechtsgevolgen niet toe te passen. De belangrijkste verandering die in dit opzicht is waar te nemen is dat de attitude van de rechter is veranderd. Daar waar de bevoegdheden om een geschil finaal te beslechten, waaronder het in stand laten van de rechtsgevolgen, eerst moesten worden verantwoord, moet nu het ongebruikt laten ervan worden verantwoord. In de volgende paragraaf gaan wij hier nader op in.

3.3 Rechtsgevolgen in stand laten door de Afdeling in de praktijk

Op basis van de jurisprudentie van de Afdeling kunnen verschillende categorieën van zaken worden onderscheiden waarin de rechtsgevolgen in stand kunnen worden gelaten. De eerste categorie is dat gedurende de procedure de juridische situatie is gewijzigd, waardoor het gebrek zich thans (*ex nunc*) niet meer voordoet. Zie bijvoorbeeld ABRvS 6 november 2013.[56] In deze zaak oordeelt de Afdeling dat het bestemmingsplan is vastgesteld in strijd met de Verordening ruimte Noord-Brabant 2011. De Afdeling overweegt dat zij aanleiding ziet te onderzoeken of met toepassing van artikel 8:72, derde lid, van de Awb de rechtsgevolgen in stand kunnen worden gelaten. Volgens de Afdeling bestaat hiertoe aanleiding nu inmiddels een nieuwe ruimtelijke verordening geldt voor de provincie. De Afdeling constateert dat het besluit hiermee niet in strijd is, zodat het besluit geen inhoudelijke heroverweging behoeft. De rechtsgevolgen van het bestreden besluit worden in stand gelaten. Een ander voorbeeld is ABRvS 24 juli 2013.[57] Hierin overweegt de Afdeling dat in verband met de inwerkingtreding van de wijziging van de Wabo en enkele andere wetten om de planologische status van gronden en opstallen bepalend te laten zijn voor de mate van milieubescherming alsmede om de positie van agrarische bedrijfswoningen aan te passen (plattelandswoningen), *ex nunc* geen sprake is van een beperking van de bedrijfsvoering zoals appellant had betoogd. De Afdeling zag in deze gewijzigde wetgeving aanleiding de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand te laten.

Een volgende categorie van zaken is die waarin de feiten inmiddels dusdanig zijn gewijzigd dat het gebrek *ex nunc* zich niet meer voordoet. Dit was het geval in ABRvS 30 oktober 2013.[58] Hierin overweegt de Afdeling dat verweerder ten

56 ABRvS 6 november 2013, nr. 201207075/1/R2.
57 ABRvS 24 juli 2013, nr. 201109822/1/R3.
58 ABRvS 30 oktober 2013, nr. 201300432/1/A1.

onrechte geen advies heeft gevraagd aan de plan- en adviescommissie monumenten en beschermd stadsgezicht over de verlening van een tijdelijke omgevingsvergunning voor het plaatsen van een bouwbord. Nu de termijn waarbinnen het bouwbord aanwezig mocht zijn inmiddels echter ruimschoots was verstreken, zag de Afdeling aanleiding de rechtsgevolgen van het besluit tot verlening van de tijdelijke omgevingsvergunning in stand te laten. Volgens de Afdeling bestond geen aanleiding meer om verweerder opnieuw op het bezwaar te laten beslissen en advies te laten vragen aan de commissie.

De derde categorie van zaken is die waarin gedurende de procedure het gebrek is hersteld. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de Afdeling concludeert dat aan het bestreden besluit onvoldoende onderzoek ten grondslag ligt en het bestuursorgaan gedurende de procedure een nader onderzoeksrapport overlegt. Zo constateert de Afdeling in ABRvS 24 juli 2013 dat in het aanvullend akoestisch onderzoek, dat is gedaan na de vaststelling van het bestreden besluit, wel voldoende is onderbouwd dat van een representatieve invulling van het bestemmingsplan is uitgegaan. De Afdeling oordeelt dat hierin aanleiding bestaat om de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand te laten.[59] Eenzelfde situatie kan zich voordoen in het geval dat de Afdeling constateert dat de motivering van het bestreden besluit gebrekkig is. Indien het bestuursorgaan dit tijdig onderkent en nog hangende de (hoger)beroepsprocedure een nadere motivering geeft, kan de Afdeling onder omstandigheden de rechtsgevolgen in stand laten. Dit heeft de Afdeling bijvoorbeeld gedaan in ABRvS 23 oktober 2013 inzake een besluit over een boete op grond van de Wet arbeid vreemdelingen. Volgens de Afdeling kon de nadere motivering van de staatssecretaris het besluit dragen, zodat de rechtsgevolgen in stand konden worden gelaten.[60]

Een bijzondere categorie van zaken vormen die waarin de rechtsgevolgen in stand worden gelaten na toepassing van de (in)formele lus. In deze zaken constateert de Afdeling een gebrek waarna het bestuursorgaan in de gelegenheid wordt gesteld dit gebrek te herstellen. In het geval dat het bestuursorgaan dit doet zonder dat een nieuw besluit wordt genomen, kan de Afdeling – zoals hiervoor is besproken voor categorie 3 – overgaan tot het in stand laten van de rechtsgevolgen. In dat geval wordt immers, evenals in de hiervoor genoemde gevallen, het aan het bestuursorgaan overgelaten of het vasthoudt aan het bestreden besluit en wordt de bestuurlijke keuzevrijheid dus niet doorkruist. Nog tijdens de rechterlijke procedure kan op die manier het gebrek worden hersteld.[61]

Tot slot zijn ons uitspraken opgevallen waarin de Afdeling expliciet overweegt dat zij geen aanleiding ziet tot toepassing van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten. Zo oordeelt de Afdeling in ABRvS 25 september 2013 dat van een deugdelijke motivering niet is gebleken en dat zij geen zicht heeft op de uitkomst van een hernieuwde beoordeling van de aanvraag van appellant aan de thans geldende regelgeving. Daarbij betrekt de Afdeling dat een beroep liep

59 ABRvS 24 juli 2013, nr. 201211005/1/R2.
60 ABRvS 23 oktober 2013, nr. 201206323/1/V6.
61 ABRvS 18 september 2013, nr. 201113132/1/R1.

tegen een nieuw bestemmingsplan waarvan de uitkomst nog onbekend was.[62] In ABRvS 4 september 2013 oordeelt de Afdeling dat de zaak zich niet leent voor toepassing van haar bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten: "Daartoe overweegt de Afdeling dat het advies van het REO nog niet beschikbaar is. Gelet hierop is de volledige motivering van dit advies nog niet bekend. In verband daarmee is het ook niet duidelijk of de raad afdoende op dit advies heeft kunnen reageren."[63] Of hetzelfde besluit zou gelden ondanks herstel van het gebrek, was de Afdeling in beide zaken kennelijk niet duidelijk.

3.4 Toepassingscriteria rechtsgevolgen in stand laten

Bij de toepassing van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten is naar onze mening allereerst van belang te bezien welke aspect(en) hiertoe aanleiding kunnen geven. In de hiervoor besproken jurisprudentie komt naar voren dat zaken die aanleiding geven tot het in stand laten van de rechtsgevolgen in verschillende categorieën kunnen worden onderverdeeld. De eerste twee categorieën betreffen de zaken waarin de bestuursrechter weliswaar *ex tunc* oordeelt dat het besluit onrechtmatig is, maar *ex nunc* blijkt dat de onrechtmatigheid is weggenomen doordat de juridische en/of feitelijke situatie is gewijzigd. Een derde categorie zijn de zaken waarin herstel van het gebrek plaatsvindt hangende de (hoger-) beroepsprocedure. Dit kan zich voordoen indien het bestuursorgaan hangende het (hoger)beroep bij de bestuursrechter nader onderzoek inbrengt of een nadere motivering geeft ter reparatie van een gebrek in de besluitvorming. Dit vergt een alerte houding van het bestuur. Het bestuur zal immers tijdig moeten signaleren dat er een gebrek is in de besluitvorming en hierop actie moeten ondernemen. Een actieve bestuursrechter kan hierin een rol spelen door het bestuursorgaan aan te sporen het gebrek tijdig te herstellen. Zo kan de bestuursrechter in het vooronderzoek constateren dat er een of meer gebreken aan het besluit kleven. Dit kan hij kenbaar maken door al voor zitting met toepassing van artikel 8:45 van de Awb vragen te stellen aan partijen over dit gebrek.[64] De Afdeling past deze methode naar onze indruk ook steeds meer toe.[65] Tevens kan de rechter gebruik maken van de informele dan wel formele lus,[66] die immers een verlenging van de procedure bij de bestuursrechter tot gevolg heeft. Ook kan de uitkomst van een voorlopige-voorziening-procedure het bestuursorgaan aansporen een gebrek in het besluit hangende de (hoger)beroepsprocedure te herstellen. Dit illustreert ABRvS 24 juli 2013.[67] In de hieraan voorafgegane uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening heeft de voorzitter zijn verwachting uitgesproken over de rechtmatigheid van het besluit. Naar aanleiding hiervan heeft verweerder aanvullend akoestisch onderzoek uitgevoerd en ingebracht in de procedure. Dit had tot gevolg dat in de hoofdzaak de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand konden worden gelaten. De derde categorie van zaken vergt derhalve een actieve opstelling van het

62 ABRvS 25 september 2013, nr. 201210910/1/R1.
63 ABRvS 4 september 2013, nr. 201211527/1/R4.
64 Marseille & Van der Heide 2008.
65 Jaarverslag Raad van State 2012.
66 Op de informele en formele lus zal verder worden ingegaan in hoofdstuk 5 van dit preadvies.
67 ABRvS 24 juli 2013, nr. 201300489/1/R4.

bestuursorgaan, maar ook van de bestuursrechter. Voor beide partijen geldt naar onze mening dat zij hierin nog stappen voorwaarts kunnen zetten. Zo zou vaker gebruik kunnen worden gemaakt van de mogelijkheid om voor de zitting vragen te stellen en zou ook op zitting al kunnen worden besproken wat partijen een wenselijke uitkomst vinden in het geval de rechter oordeelt dat het besluit onrechtmatig is en moet worden vernietigd. Recente ontwikkelingen op dat vlak, zoals het programma Maatwerk van de Afdeling,[68] geven aanleiding tot optimisme. Kortom, bij de toepassing van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten, zal moeten worden bezien welke omstandigheden aanleiding geven artikel 8:72, derde lid, toe te passen en wat dit van de bestuursrechter in een concrete zaak vergt. Hierbij geldt dat een creatieve en actieve bestuursrechter meer succes zal boeken in de finale beslechting van een geschil.[69]

Voorts hanteert de Afdeling naar onze indruk in alle drie de categorieën van zaken een aantal voorwaarden voor toepassing van de bevoegdheid. De volgende uitspraak illustreert dit. In ABRvS 6 april 2009 oordeelt de Afdeling dat het hoger beroep tegen het besluit van de staatssecretaris tot afwijzing van het verzoek van appellant om artikel 64 van de Vreemdelingenwet 2000 toe te passen, kennelijk gegrond is en dat het besluit dient te worden vernietigd. Met het oog op de finale beslechting van het geschil overweegt de Afdeling: "In een geval als het onderhavige, waarin een besluit is vernietigd omdat het onzorgvuldig is voorbereid en onvoldoende is gemotiveerd, kan er uit een oogpunt van proceseconomie aanleiding zijn om de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten indien het bestuursorgaan vasthoudt aan zijn besluit en alsnog onderzoek verricht en het besluit voldoende motiveert en de andere partijen zich daarover in voldoende mate hebben kunnen uitlaten. Daarbij is beslissend of de inhoud van het vernietigde besluit na het alsnog verrichte onderzoek en de kenbaar gemaakte motivering de rechterlijke toets kan doorstaan."[70] Uit deze uitspraak leiden wij de volgende voorwaarden af. De eerste voorwaarde is dat vast moet staan dat het bestuursorgaan ondanks het gebrek wenst vast te houden aan het besluit. Indien onzeker is of dit het geval is, brengt respect voor het bestuurlijk besluitvormingsprimaat met zich dat de bestuursrechter afziet van toepassing van zijn bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten. Een tweede voorwaarde is dat partijen zich over de gewijzigde omstandigheden, dan wel het herstel dat heeft plaatsgevonden, in voldoende mate hebben kunnen uitlaten. Deze voorwaarde vloeit voort uit het beginsel van hoor en wederhoor en het verdedigingsbeginsel. Verder is voor toepassing van de bevoegdheid vereist dat het besluit de rechterlijke toets kan doorstaan. In dit verband is van belang dat het herstel voldoende concreet is. Dit laatste kan worden afgeleid uit ABRvS 31 juli 2013, waarin de Afdeling overweegt dat zij in de door verweerder ter zitting uitgesproken verwachting dat de vastgestelde hogere grenswaarden in het nieuwe besluit ongewijzigd zullen worden vastgesteld, geen aanleiding ziet om

68 Zie het jaarverslag van de Raad van State van 2012, te raadplegen op: http://jaarverslag.raadvanstate.nl/de-raad-als-bestuursrechter/snelle-en-finale-geschillenbeslechting/inhoudsvolle-bestuursrechtspraak-op-zitting/cDU261_Inhoudsvolle-bestuursrechtspraak-op-zitting.aspx.

69 Zie hierover Marseille & Van der Heide.

70 ABRvS 6 april 2009, nr. 200803001/1. Zie ook ABRvS 2 oktober 2013, nr. 201209728/1/ A3, ABRvS 15 oktober 2013, nr. 201208647/1/V4 en ABRvS 16 oktober 2013, nr. 201208929/1/V4.

de rechtsgevolgen in stand te laten.[71] Tevens is, gelet op de *ex nunc* beoordeling bij toepassing van de bevoegdheid, van belang dat het besluit steunt op een volledig en actueel inzicht in de feiten en de regelgeving op het moment van de uitspraak. Tot slot is, zoals ook besproken in paragraaf 3.2, vereist dat derde-belanghebbenden door toepassing van de bevoegdheid niet in hun belangen worden geschaad. In de uitspraken van de Afdeling die wij hebben bekeken wordt de aanwezigheid van derden niet vaak expliciet aangevoerd als reden om af te zien van toepassing van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten.

3.5 De rechtsgevolgen in stand laten in massazaken

Zoals uit voorgaande bespreking van de toepassingscriteria blijkt, zijn de grenzen van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten niet zozeer gelegen in de aard van het gebrek dat tot vernietiging heeft geleid. In beginsel kan de bevoegdheid worden aangewend voor zowel materiële als formele gebreken. De grenzen zijn terug te voeren op de staatsrechtelijke verhouding tussen het bestuur en de bestuursrechter en de rechtsbescherming van partijen.[72] Het is om die reden dat uit de jurisprudentie van de Afdeling blijkt dat een voorwaarde voor toepassing van de bevoegdheid is dat vaststaat dat het bestuur ondanks het gebrek vasthoudt aan zijn besluit. Dit vergt onderzoek door de bestuursrechter. Naarmate het gebrek op een later moment gedurende de procedure wordt onderkend en het besluit zich meer kenmerkt door bestuurlijke keuzevrijheid, zal het naar onze mening voor de bestuursrechter lastiger zijn om vast te stellen of het bestuur aan het besluit vasthoudt. Met name in de derde categorie waarin herstel van het gebrek hangende de procedure plaats moet vinden zal de bestuursrechter hier tegenaan lopen. Volgens ons hoeft deze voorwaarde, ook in massazaken met besluiten met bestuurlijke keuzevrijheid, geen valkuil te zijn. Een en ander kan grotendeels worden ondervangen door een gedegen vooronderzoek en onderzoek ter zitting. Indien het gebrek immers tijdig wordt onderkend kan het bestuur worden gevraagd of het ondanks het gebrek wenst vast te houden aan het besluit. Het verdient in dit verband de voorkeur om, waar mogelijk, al voor zitting het gebrek aan de orde te stellen in de vorm van een brief met vragen voor de zitting, zodat de vertegenwoordiger van verweerder hierop is voorbereid en beschikt over het vereiste mandaat op zitting. Aangezien massazaken al een behoorlijke werklast voor de bestuursrechter creëren, is denkbaar dat gebreken niet in een vroegtijdig stadium worden onderkend zodat het bestuur niet kan worden gevraagd of hij vasthoudt aan het besluit ondanks het gebrek of de gebreken. In die gevallen kan de bestuursrechter ook na zitting een en ander aan de orde stellen, bijvoorbeeld door toepassing van de (in)formele bestuurlijke lus.[73] De eerste voorwaarde behoeft derhalve niet te betekenen dat de bestuursrechter in massazaken aanloopt tegen de grenzen van zijn bevoegdheid. Wel vereist het een zeer actieve houding van de rechter, met name in de derde categorie waarin actief handelen van het bestuursorgaan is vereist tijdens de rechterlijke procedure.

71 ABRvS 31 juli 2013, nr. 201206145/1/R4.
72 Polleunis & Wenders 2011.
73 Hierop zal nader worden ingegaan in hoofdstuk 5.

De tweede voorwaarde voor toepassing van de bevoegdheid tot het in stand laten van de rechtsgevolgen is dat partijen zich in voldoende mate hebben kunnen uitlaten over de gewijzigde (juridische) feiten en/of omstandigheden dan wel het herstel dat gedurende de procedure heeft plaatsgevonden. Afhankelijk van de aard van het gebrek en de wijze waarop het eventuele herstel heeft plaatsgevonden, behoeven ook deze voorwaarden geen beletsel te vormen voor toepassing van de bevoegdheid in massazaken. Ook hier geldt echter dat tijdig moet worden onderkend dat er aanleiding kan bestaan tot het in stand laten van de rechtsgevolgen. Dit geldt te meer in het geval van gebreken met een 'grotere omvang', gebreken die van grotere invloed zijn op de inhoud van het bestreden besluit. Indien bijvoorbeeld een aanvullend onderzoek naar de luchtkwaliteit wordt ingebracht, moeten partijen dit tijdig ontvangen zodat zij eventueel een contra-expertise hierover kunnen laten opstellen. Vanwege de tijd die hiermee gemoeid is, zal het aanvullend onderzoek – in lijn met eisen van een goede procesorde – niet onevenredig laat in de procedure mogen worden gebracht. Indien dit onverhoopt wel het geval is, zal partijen extra tijd moeten worden gegeven om te reageren. In massazaken, waarin over het algemeen veel onderzoeken deel uitmaken van de besluitvorming, zal hier extra aandacht voor moeten zijn. Opnieuw is hierin een rol voor de bestuursrechter weggelegd. De rechter dient er zorg voor te dragen dat partijen kunnen reageren op de gewijzigde omstandigheden dan wel het nadere standpunt of onderzoek van verweerder. De grens van de bevoegdheid tot het in stand laten van de rechtsgevolgen wordt volgens ons bereikt als de tijd die partijen moeten krijgen om te reageren vanuit een oogpunt van efficiëntie en snelheid niet opweegt tegen het belang bij finaliteit. De rechter zal hier in het concrete geval een afweging van moeten maken. Denkbaar is dat in massazaken de uitkomst vaker zal zijn dat het belang bij finaliteit niet opweegt tegen het belang bij een efficiënte en tijdige uitspraak.

Een volgende voorwaarde is dat het besluit *ex nunc* de rechterlijke toets kan doorstaan. Hiervoor is vereist dat de bestuursrechter kennis heeft van alle actuele feiten en omstandigheden die relevant zijn voor de besluitvorming. Naar verwachting is dit in massazaken een hele opgave voor de bestuursrechter, die bovendien slechts gedeeltelijk kan worden verminderd door een actieve opstelling van zijn kant. Het volgende voorbeeld illustreert dit. De raad stelt een bestemmingsplan vast voor de herontwikkeling van het centrum van de gemeente. Deze herontwikkeling maakt deel uit van een grotere, het gehele centrum omvattende herontwikkeling. Appellanten betogen dat het distributieplanologisch onderzoek, op basis waarvan de behoefte aan onder andere nieuwe winkels in het gebied wordt onderbouwd, onvolledig is. Naar aanleiding hiervan brengt de raad een nader onderzoek in de procedure. De Afdeling bereidt de zaak voor en formuleert voorafgaand aan de zitting vragen die op zitting zullen worden besproken. Enige tijd later komt de zaak op zitting. De Afdeling constateert dat appellanten terecht stellen dat het aan het bestreden besluit ten grondslag gelegde onderzoek onvolledig is. Dit heeft de raad ook erkend door het inbrengen van het nadere onderzoek. De Afdeling ziet aanleiding om te bezien of op basis van dit nadere onderzoek de rechtsgevolgen in stand kunnen worden gelaten. Hiervoor zal de Afdeling *ex nunc* moeten bezien of het distributieplanologisch onderzoek zorgvuldig is uitgevoerd en representatief is voor de feitelijke situatie in het gebied. Inmiddels is echter het bestemmingsplan voor een ander deel van het centrum in werking getreden en is dit ook deels

gerealiseerd. Appellanten voeren terecht aan dat deze omstandigheid nog niet is meegenomen in het nadere onderzoek van de raad. De Afdeling ziet zich alsdan geconfronteerd met een nieuwe situatie, waarvan zij bovendien zelf geen deskundige kennis heeft. Om die reden kan de Afdeling niet beoordelen of het bestreden besluit *ex nunc* de rechterlijke toets kan doorstaan. De Afdeling ziet daarom af van het in stand laten van de rechtsgevolgen. Zoals dit voorbeeld illustreert is het voor de bestuursrechter lastiger *ex nunc* het besluit te toetsen in het geval dat de relevante feiten een dynamisch geheel vormen, en in mindere of meerdere mate wijzigen gedurende de procedure. Hierbij kan een rol spelen dat de bestuursrechter niet altijd beschikt over de vereiste deskundigheid om *ex nunc* te beslissen. Kortom, naarmate het gebrek meer invloed heeft op de inhoud van het besluit en het samenstel van relevante feiten een dynamischer geheel vormt, zal de bestuursrechter eerder tegen de grenzen van zijn bevoegdheid aanlopen. In massazaken, die zich kenmerken door uitgebreide onderzoeken en een lange voorbereidingsprocedure, zullen deze factoren zich eerder voordoen. Alleen de lengte van de procedure brengt immers al met zich dat de relevante feiten en omstandigheden kunnen zijn gewijzigd. Wij verwachten dan ook dat deze voorwaarde de toepassing van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten bemoeilijkt. Wellicht dat in deze situatie de (in)formele bestuurlijke lus in combinatie met het in stand laten van de rechtsgevolgen een oplossing kan bieden. Hierop zal in hoofdstuk 5 nader worden ingegaan.

Polleunis en Wenders stellen dat als er derde-belanghebbenden zijn van wie belangen rechtstreeks door het besluit worden geraakt en die niet als partij deelnemen aan de procedure, dit in de weg lijkt te staan aan toepassing van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten.[74] Uitgaande van deze invulling van de voorwaarden betekent dit in massazaken vrijwel steeds dat de rechtsgevolgen niet in stand kunnen worden gelaten. Dit lijkt ons onwenselijk en bovendien niet steeds nodig. Volgens ons is de aanwezigheid van derde-belanghebbenden in massazaken zeker een aspect dat de toepassing van de rechterlijke bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten bemoeilijkt. Of derde-belanghebbenden worden benadeeld moet echter niet in het algemeen worden beantwoord, maar dient te worden beoordeeld aan de hand van het gebrek en de invloed die dit heeft op het bestreden besluit. In geval van een klein gebrek in de motivering dat tijdens de procedure wordt hersteld, valt niet in te zien dat derden door het in stand laten van de rechtsgevolgen zullen worden benadeeld. Dit is wellicht anders indien het gebrek samenhangt met een inspraakmoment van derden dat ten onrechte niet is gehouden en waarvan de verwachting bestaat dat als inspraak had plaatsgevonden dit had geleid tot een andere uitkomst. Wij menen dat de aanwezigheid van derde-belanghebbenden niet automatisch betekent dat de rechtsgevolgen niet in stand kunnen worden gelaten. Dit is afhankelijk van de aard van het gebrek, de gevolgen die het heeft voor de besluitvorming en de wijze waarop herstel tijdens de procedure plaatsvindt. In dit verband wijzen wij op de mogelijkheid om op grond van artikel 8:26 van de Awb derde-belanghebbenden als partij uit te nodigen in de procedure. Hoewel de voorwaarde de mogelijkheden van de bestuursrechter om de

74 Polleunis & Wenders 2011.

rechtsgevolgen in stand te laten in massazaken beperkt, is het naar onze mening niet uitgesloten dat de rechter zijn bevoegdheid hiertoe gebruikt in zaken waarin derde-belanghebbenden zijn betrokken.

4 Zelf in de zaak voorzien

4.1 Inleiding

Ingevolge artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder b, van de Awb kan de bestuursrechter bepalen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan. Dit is één van de meest geschikte instrumenten voor de bestuursrechter om het geschil slagvaardig te beslechten. De rechter bepaalt immers zelf hoe het geschil wordt opgelost en de partijen krijgen duidelijkheid en zekerheid over het antwoord op de vraag hoe het besluit zal luiden. Reparatie door het bestuursorgaan en nieuwe procedures zijn niet meer nodig.

De rechter kan op verzoek van een van de partijen zelf in de zaak voorzien, maar kan ook ambtshalve besluiten tot toepassing van de bevoegdheid. De rechter kan evenwel alleen zelf voorzien na een vernietiging van het bestreden besluit. Als de bestuursrechter na de vernietiging zelf in de zaak voorziet, moet hij dat doen in het licht van het rechtsregime en de feiten en omstandigheden zoals die bestaan ten tijde van het doen van de uitspraak, de zogenoemde *ex nunc*-toetsing. Daarbij kan de rechter alleen zelf voorzien binnen het bereik van de aangewende bestuursbevoegdheid. Dit betekent dat de rechter niet meer kan doen dan het bestuursorgaan had kunnen en moeten doen.[75] De bestuursrechter kan zijn uitspraak deels in de plaats stellen van het besluit. Dat gebeurt meestal omdat het besluit ook slechts voor een deel is vernietigd, maar soms ook omdat de rechter voor één besluitonderdeel wel mogelijkheden ziet om zelf in de zaak te voorzien, terwijl voor het andere besluitonderdeel de uitspraak niet in de plaats kan treden van het vernietigde besluit. Dit zien we met name terug in bestemmingsplanzaken waarin de rechter voor het ene perceel soms wel een nieuwe planregeling kan vaststellen, terwijl dit voor een ander perceel niet mogelijk is.[76] Indien de rechter bepaalt dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit dan dient de uitspraak ingevolge artikel 8:80 van de Awb overeenkomstig de voor dat besluit voorgeschreven wijze te worden bekendgemaakt door het bevoegde bestuursorgaan.

4.2 Het zelf in de zaak voorzien in theoretisch perspectief

De bevoegdheid van de bestuursrechter om na de gegrondverklaring van het beroep zijn uitspraak in de plaats te stellen van het vernietigde besluit, kent het

75 Zie ook Schreuder-Vlasblom 2013, p. 982.
76 Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 oktober 2013, nrs. 201206743/1/R1 en 201304796/1/R1.

bestuursprocesrecht al een lange tijd.[77] In de praktijk werd evenwel terughoudend met de bevoegdheid omgegaan. In de Memorie van Toelichting bij de wijziging van artikel 8:72 van de Awb in het kader van de Wab wordt door de wetgever benadrukt dat als uitgangspunt geldt dat de rechter het aan hem voorgelegde geschil zo definitief mogelijk beslecht, indien en voor zover zijn staatsrechtelijke positie en de beschikbare informatie dit toelaten.[78] De wetgever geeft aan de instrumenten van artikel 8:72, derde lid, van de Awb, de voorkeur boven de andere uitspraakbevoegdheden. Door de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten of door zelf in de zaak te voorzien, kan het geschil immers, in tegenstelling tot bijvoorbeeld het geven van een opdracht aan het bestuursorgaan, volledig en definitief worden beslecht. In de Memorie van Toelichting wordt erop gewezen dat bij de wens om het geschil zo definitief mogelijk te beslechten wel een belangrijke kanttekening past. De rechter mag een geschil niet definitief beslechten als dit afstuit op het zogeheten primaat van het bestuur. De bestuursrechter mag niet treden in de keuzevrijheid die de wetgever bewust aan het bestuur heeft toevertrouwd, omdat de bestuursrechter anders het bestaande stelsel van machtsevenwicht, dat gebaseerd is op democratische legitimatie, in gevaar kan brengen.[79] Bij de beantwoording van de vraag of de bestuursrechter zelf in de zaak kan voorzien, moet de bestuursrechter dus balanceren tussen twee belangrijke uitgangspunten. Enerzijds moet hij de partijen zo snel mogelijk duidelijkheid geven over hun onderlinge rechtsposities. Anderzijds moet hij het bestuur de mogelijkheid laten om naar eigen inzicht invulling te geven aan de beleids- en beoordelingsvrijheid die de wetgever hem heeft gegeven. In de volgende paragraaf zal worden uiteengezet hoe de rechter in de praktijk de balans zoekt tussen deze twee uitgangspunten.

4.3 Het zelf in de zaak voorzien door de Afdeling in de praktijk

Het zelf in de zaak voorzien treedt de afgelopen jaren steeds meer op de voorgrond.[80] Dit heeft mede te maken met de ontwikkeling dat naar huidig inzicht het gebruik van de bevoegdheid minder vaak afstuit op de keuzevrijheid van het bestuur dan in het verleden wel werd aangenomen. Voorheen werd de uitspraak namelijk alleen in de plaats gesteld van het vernietigde besluit, indien rechtens nog slechts één besluit mogelijk was.[81] Thans wordt in de uitspraken van de Afdeling gesteld dat voor het zelf voorzien in de zaak niet altijd meer is vereist dat nog slechts één beslissing mogelijk is.[82] De bestuursrechter zal bij het gebruik van zijn bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien evenwel de overtuiging moeten hebben dat de uitkomst van het geschil, in het geval het bestuursorgaan opnieuw in de zaak zou voorzien, geen andere zal zijn.[83] Daarbij komt dat de rechter alleen zelf in

77 De Poorter & De Graaf 2011, p. 156.
78 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 55.
79 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 55.
80 Schreuder-Vlasblom 2013, p. 981.
81 Zie onder meer ABRvS 7 maart 2007, nr. 200600709/1 en ABRvS 3 december 2008, nr. 200709071/1.
82 Zie onder meer ABRvS 11 februari 2009, nr. 200803828/1.
83 ABRvS 27 februari 2013, nr. 201203303/1/A1.

de zaak kan voorzien ten aanzien van aangelegenheden waarover partijen zich in de procedure hebben kunnen uitlaten.[84]

Indien de jurisprudentie wordt bezien, dan valt allereerst op dat de Afdeling zelf in de zaak voorziet, in zaken waarin het bestuursorgaan niet aan een inhoudelijk beoordeling van het besluit had behoren toe te komen. Dit is bijvoorbeeld het geval als het bezwaarschrift niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard. Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter dan zelf het bezwaar alsnog niet-ontvankelijk verklaart.[85] Ook kan deze situatie zich voordoen als het bestuursorgaan een besluit heeft genomen, maar daartoe niet bevoegd was. Zo oordeelt de Afdeling in ABRvS 30 oktober 2013 dat het college van burgemeester en wethouders op grond van de Woonschepenverordening geen bevoegdheid heeft om aanvullende eisen te stellen aan het gedrag van een bewoner van een woonschip. Het college van burgemeester en wethouders is dan ook niet bevoegd om de ligplaatsvergunning in te trekken vanwege de omstandigheid dat de bewoner niet had voldaan aan de aanvullende eisen. De Afdeling vernietigt daarom het besluit op bezwaar en herroept het primaire intrekkingsbesluit.[86] Tevens zijn er zaken waarin de rechter zelf in de zaak voorziet als het bestuursorgaan weliswaar aan een inhoudelijke beoordeling van het besluit heeft mogen toekomen, maar niet heeft voldaan aan een wettelijke regeling die voorschrijft hoe het besluit had behoren te luiden, zoals de belastingwetgeving die voorschrijft hoe hoog een bepaalde toeslag of belasting moet zijn.[87]

Indien de wettelijke regeling op grond waarvan het bestuursorgaan een besluit neemt, het bestuursorgaan bij het nemen van dat besluit beleids- of beoordelingsvrijheid laat, dan is de rechter terughoudend met het zelf in de zaak voorzien. Zo oordeelt de Afdeling in ABRvS 17 april 2013, dat de rechter niet zelf voorziend een last onder dwangsom kan opleggen, omdat het tot de taak van het bestuursorgaan hoort om alle relevante belangen die bij het nemen van een dergelijk besluit aan de orde zijn, af te wegen.[88] In ABRvS 8 februari 2012 oordeelt de Afdeling dat de raad bij de vaststelling van een bestemmingsplan beleidsvrijheid heeft, waar de Afdeling niet in kan treden. De Afdeling ziet daarom geen aanleiding om zelf in de zaak te voorzien.[89] Zelfs indien de keuzevrijheid beperkt is door de inhoud van beleidsregels, ziet de Afdeling blijkens de jurisprudentie doorgaans geen aanleiding om zelf in de zaak te voorzien. Daartoe wordt overwogen dat het bestuursorgaan voorafgaand aan het nemen van een nieuw besluit de beleidsregels zodanig kan wijzigen dat deze niet langer aan het nemen van het besluit in de weg staan.[90] Nu de bestuurlijke beleidsvrijheid wordt ingeperkt door de beginselen van behoorlijk bestuur of algemene rechtsbeginselen, kan het zijn dat de Afdeling vanwege deze beginselen ruimte ziet om haar uitspraak in de plaats te stellen van het vernietigde

84 ABRvS 20 maart 2013, nr. 201112448/1/T1/A3.
85 Zie bijvoorbeeld ABRvS 24 juli 2013, nr. 201210080/1/A1 en ABRvS 8 augustus 2012, nrs. 201008120/1/A4 en 201008176/1/A4.
86 ABRvS 30 oktober 2013, nr. 201211600/1/A3.
87 Zie bijvoorbeeld ABRvS 22 februari 2012, nr. 201106240/1/A2.
88 ABRvS 17 april 2013, nr. 201204332/1/A4
89 ABRvS 8 februari 2012, nr. 201112112/1/R3.
90 ABRvS 27 februari 2013, nr. 201203303/1/A1.

besluit.[91] Hoewel een bestuursorgaan bij het nemen van een handhavingsbesluit in beginsel een eigen afweging kan maken tot welk bedrag maximaal kan worden verbeurd, stelt de Afdeling in ABRvS 4 april 2012 bijvoorbeeld dit bedrag zelf vast, omdat het bestuursorgaan in strijd met het verbod op '*reformatio in peius*'[92] het maximaal te verbeuren bedrag in zijn besluit op bezwaar had verhoogd. De Afdeling stelt vanwege de beperking die dit rechtsbeginsel met zich brengt zelf het maximaal te verbeuren bedrag vast overeenkomstig het bedrag dat in het primaire besluit was vastgelegd.[93] Tevens kan het zijn dat het bestuursorgaan aan de rechter aangeeft op welke manier het van zijn keuzevrijheid gebruik zou willen maken. In een dergelijk geval kan de bestuursrechter, mede vanwege proceseconomische redenen, ruimte zien om zijn uitspraak in de plaats te stellen van het vernietigde besluit. Zo stelt de Afdeling in ABRvS 14 augustus 2013 zelf een vergunningvoorschrift van een milieuvergunning vast, nadat het college hierom had verzocht en de partijen hadden gesteld dat zij zich met het voorgestelde vergunningvoorschrift konden verenigen.[94]

Verder zien we in de jurisprudentie terug dat de rechter niet zelf in de zaak voorziet indien niet vaststaat dat het bestuursorgaan een ander besluit moet nemen. In ABRvS 23 september 2009 vernietigt de Afdeling een besluit tot goedkeuring van een bestemmingsplan, omdat het college onvoldoende had onderzocht of ter plaatse van de nieuwe woning een goed woon- en leefklimaat kon worden gewaarborgd. De Afdeling ziet geen aanleiding om zelf in de zaak te voorzien, omdat, zo overweegt zij, niet kan worden uitgesloten dat het geconstateerde gebrek in het bestreden besluit in een nieuw te nemen besluit kan worden gerepareerd.[95] Derhalve staat niet nog niet vast dat het college goedkeuring had behoren te onthouden. Een ander voorbeeld is ABRvS 4 april 2012, waarin de rechtbank zelf in de zaak had voorzien, omdat zij stelde dat geen vrijstelling mocht worden verleend, nu ernstig moest worden betwijfeld of aan de normen van de geluidregelgeving kon worden voldaan. De Afdeling oordeelt evenwel dat niet was uitgesloten dat door het stellen van maatwerkvoorschriften of door het treffen van andere maatregelen aan de normen van de geluidregelgeving kon worden voldaan. In dat geval zou de vrijstelling dus toch kunnen worden verleend. De rechtbank heeft dan ook ten onrechte zelf in de zaak voorzien, zo oordeelt de Afdeling.[96] Eenzelfde redenering zien we terug in ABRvS 9 november 2011. De rechtbank had in die zaak zelf voorzien door de bouwvergunning voor het reeds gerealiseerde bouwplan te weigeren, omdat niet was voldaan aan de bouwverordening. De Afdeling oordeelt evenwel dat het college door toepassing van de ontheffingsbevoegdheden van de bouwverordening alsnog de bouwvergunning kan verlenen. De rechtbank heeft dan ook ten onrechte zelf in de zaak voorzien, zo oordeelt de Afdeling.[97]

---

91 Zie ook Schueler & Drewes e.a 2007, p. 54.
92 Een burger mag door het instellen van bezwaar of beroep er niet slechter voor komen te staan dan wanneer hij geen bezwaar of beroep had ingesteld.
93 ABRvS 4 april 2012, nr. 201105509/1/A3.
94 ABRvS 14 augustus 2013, nr. 201207024/1/A4.
95 ABRvS 23 september 2009, nr. 200807341/1/R2.
96 ABRvS 4 april 2012, nr. 201109398/1/A1.
97 ABRvS 9 november 2011, nr. 201102282/1/H1.

Ook als blijkt dat wel een ander besluit zou moeten worden genomen, voorziet de bestuursrechter niet zelf in de zaak, indien niet alle informatie kenbaar is die nodig is om te bepalen hoe dat besluit dan zou moeten luiden. Zo wordt in ABRvS 19 december 2012 een verzoek om zelf in de zaak te voorzien afgewezen. De Afdeling oordeelt dat de in het bestemmingsplan opgenomen geluidzone niet strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. De Afdeling stelt evenwel dat zij niet zelf in de zaak kan voorzien, omdat op dat moment niet kan worden vastgesteld wat de omvang van de geluidzone zou moeten zijn.[98] Een ander voorbeeld is ABRvS 14 maart 2012, waarin de Afdeling oordeelt dat een bepaald voorschrift van de omgevingsvergunning voor milieu ertoe leidt dat een overschrijding van de geluidgrenswaarden plaatsvindt. Het college had een concreet voorstel gedaan voor de wijziging van het voorschrift. Volgens de Afdeling kan daaruit evenwel niet worden opgemaakt of de voorgestelde wijziging van het voorschrift ertoe leidt dat een overschrijding van de geluidgrenswaarden wordt voorkomen. De Afdeling ziet dan ook geen aanleiding om overeenkomstig het voorstel van het college zelf in de zaak te voorzien.[99]

Tot slot zien we in de jurisprudentie van de Afdeling, met name in bestemmingsplanzaken, terug dat de rechter aan het zelf in de zaak voorzien de voorwaarde stelt dat de belangen van derden niet door het zelf in de zaak voorzien mogen worden geschaad. De Afdeling ziet in de belangen van derden geen beletsel om zelf een bestemmingsplanregeling vast te stellen, indien met die nieuwe planregeling alleen de bestaande legale situatie als zodanig wordt bestemd.[100] Een ander voorbeeld is ABRvS 27 februari 2013, waarin de Afdeling zelf de maximale bouwhoogte in het bestemmingsplan vaststelt op tien meter, omdat de raad abusievelijk geen maximale bouwhoogte in het bestemmingsplan had vastgelegd. Omdat de gemeente de gronden zelf in eigendom had en een maximale bouwhoogte van tien meter voldoende was voor de bouwplannen die de gemeente had, oordeelt de Afdeling dat er geen derde-belanghebbenden zijn die door het beperken van de maximale bouwhoogte kunnen worden benadeeld.[101] In ABRvS 20 februari 2013 stelt de Afdeling evenwel, ondanks het uitdrukkelijke verzoek van partijen, niet zelf voorziend een planregeling vast. Volgens de Afdeling is namelijk niet uitgesloten dat belangen van derden zouden worden geschaad als de Afdeling dat wel zou doen.[102]

4.4 Toepassingscriteria voor het zelf in de zaak voorzien

Nu een overzicht is gegeven van de jurisprudentie, zal in het navolgende worden getracht een aantal toepassingscriteria te formuleren die de rechter houvast kunnen bieden bij de beantwoording van de vraag of hij zijn uitspraak in de plaats kan stellen van het vernietigde besluit. Welke grenzen zijn aan de toepassing van de bevoegdheid verbonden? In de literatuur is door Ortlep bepleit dat, naast het

98 ABRvS 19 december 2012, nr. 201012525/1/R3.
99 ABRvS 14 maart 2012, nr. 201012528/1/A4.
100 Zie bijvoorbeeld ABRvS 27 juni 2012, nr. 201009842/1/R2.
101 ABRvS 27 februari 2013, nr. 201210134/1/R2.
102 ABRvS 20 februari 2013, nr. 201207364/1/R4.

uitgangspunt dat zelf in de zaak voorzien niet aan de orde is als het bestreden besluit is gebaseerd op beleids- en/of beoordelingsvrijheid, de volgende factoren een rol spelen bij de vraag of al dan niet zelf in de zaak kan worden voorzien: de duur van de procedure, de urgentie van de treffen voorziening, een uitdrukkelijk verzoek van partijen, de belangen van derde-belanghebbenden, de rechterlijke overtuiging dat het bestuursorgaan het gebrek aan het bestreden besluit niet gaat of kan herstellen en de waarschijnlijkheid dat een nader onderzoek geen ander licht op de zaak zal kunnen werpen.[103] Hoewel al deze factoren bij de afweging van de bestuursrechter relevant kunnen zijn, kunnen sommige factoren naar onze mening geen doorslaggevende rol spelen bij de beantwoording van de vraag of moet worden afgezien van het zelf in de zaak voorzien. Ongeacht de duur van de procedure, de urgentie van de te treffen voorziening en een eventueel uitdrukkelijk verzoek van partijen, wordt van de rechter immers verwacht dat hij zo slagvaardig mogelijk het geschil beslecht.[104] Als hij de mogelijkheid ziet om partijen duidelijkheid en zekerheid te geven over hoe het besluit zal luiden, dan moet hij deze mogelijkheid aangrijpen. Dat een procedure nog niet lang duurt, dat er geen spoedeisend belang is gemoeid met het zelf in de zaak voorzien of dat een uitdrukkelijk verzoek van partijen ontbreekt, kunnen dan ook geen omstandigheden zijn die de rechter ervan weerhouden zijn uitspraak in de plaats te stellen van het vernietigde besluit. De overige factoren die Ortlep noemt, kunnen voor de rechter evenwel wel doorslaggevend zijn om niet zelf in de zaak te voorzien. Er zijn volgens ons, mede gelet op de jurisprudentie, vier cumulatieve voorwaarden, waaraan moet worden voldaan voordat de bestuursrechter toepassing kan geven aan artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder b, van de Awb.

In de eerste plaats kan de bestuursrechter alleen zelf in de zaak voorzien, indien hij daarmee niet treedt in de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan. De rechter dient dus allereerst te bezien of de wetgever het bestuursorgaan keuzevrijheid heeft gegeven bij het nemen van zijn besluit. In dat geval is het in de eerste plaats aan het bestuursorgaan om een afweging te maken tussen alle relevante feiten en belangen of om te beoordelen hoe een wettelijke bepaling moet worden ingevuld. Dat het besluit is gebaseerd op keuzevrijheid, betekent echter nog niet zonder meer dat de bestuursrechter moet afzien van het zelf in de zaak voorzien. Zoals uit de jurisprudentie blijkt, kan de vrijheid van het bestuursorgaan namelijk beperkt zijn door algemene rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel of de beginselen van behoorlijk bestuur. De rechter kan echter alleen zelf in de zaak voorzien, indien het beginsel de vrijheid zodanig beperkt, dat het bestuursorgaan geen beslissingsalternatieven meer heeft. Dit zal niet vaak voorkomen. Zo beperkt bijvoorbeeld het motiveringsvereiste weliswaar de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan, maar ook bij inachtneming van het motiveringsvereiste zal in veel gevallen niet vaststaan hoe het besluit zou moeten luiden. De beleidsvrijheid kan daarnaast ook beperkt zijn door de inhoud van beleidsregels, waaraan de bestuursrechter het bestuursorgaan in beginsel gebonden mag achten. Hoewel enige terughoudendheid noodzakelijk is, vanwege de mogelijkheid die de wet biedt om vanwege bijzondere omstandigheden van de beleidsregel af te wijken (artikel 4:84

103 R. Ortlep, noot bij ABRvS 21 maart 2012, nr. 201105950/1/A1, *AB* 2012/233.
104 Zie ook artikel 8:41a van de Awb.

van de Awb), zijn wij van mening dat de bestuursrechter in de inhoud van beleidsregels reden kan zien om zijn uitspraak in de plaats te stellen van het vernietigde besluit. De vraag of de uitkomst van het geschil in het geval het bestuursorgaan zelf opnieuw in de zaak zou voorzien geen andere zal zijn, dient namelijk *ex nunc* te worden beoordeeld. Behoudens het bijzondere geval dat het bestuursorgaan in de beroepsprocedure reeds te kennen heeft gegeven dat een wijziging van de beleidsregels op handen is, hoeft de omstandigheid dat het bestuursorgaan wellicht de beleidsregel in de toekomst zou kunnen wijzigen voordat hij een nieuw besluit neemt, dus geen reden te zijn om af te zien van de toepassing van artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder b, van de Awb.[105] Deze benadering past ons inziens meer in een stelsel waarin de nadruk ligt op slagvaardige geschilbeslechting dan een meer terughoudende opstelling in dit verband. Daarnaast kan het zijn dat de keuzevrijheid niet zozeer wordt beperkt door algemene rechtsbeginselen of beleidsregels, maar dat het bestuursorgaan de rechter verzoekt om zelf in de zaak te voorzien, waarbij het aangeeft wat de inhoud moet zijn van de beslissing van de rechter die in de plaats treedt van het besluit. Het bestuursorgaan maakt dan tijdens de beroepsprocedure een keuze tussen de resterende beslissingsalternatieven die het nog heeft. Die keuze kan dan als basis dienen voor de inhoud van de beslissing die de rechter in de plaats stelt van het vernietigde besluit. De bestuursrechter hoeft in dat geval in de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan geen beletsel te zien om zelf in de zaak te voorzien. Hierbij geldt evenwel blijkens de hiervoor vermelde jurisprudentie de kanttekening dat in een dergelijk geval alle partijen zich moeten hebben kunnen uitlaten over het door het bestuursorgaan gekozen alternatief en de onderbouwing daarvan.[106]

In de tweede plaats kan de rechter alleen zelf in de zaak voorzien, indien hij de overtuiging heeft dat herstel van het gebrek moet leiden tot een besluit met een andere inhoud dan het vernietigde besluit. Dit is onder meer aan de orde in zaken in zaken waarin het bestuursorgaan om redenen van bevoegdheid of een niet-ontvankelijk bezwaar niet aan een inhoudelijke beoordeling van het besluit had behoren toe te komen. Omdat het bestuursorgaan in die gevallen maar één beslissing had kunnen nemen, kan de rechter zijn uitspraak in de plaats stellen van het vernietigde besluit. Indien een besluit echter door de bestuursrechter wordt vernietigd wegens gebreken die na reparatie niet hoeven te leiden tot een wijziging van de inhoud van het besluit, dan dient het bestuursorgaan de gelegenheid te krijgen om zijn fouten te herstellen. Als bijvoorbeeld blijkt dat door het opstellen van een deugdelijke motivering of het verrichten van nader onderzoek het besluit alsnog in stand kan blijven, dan kan de rechter niet zelf in de zaak voorzien. Ook indien blijkt dat het bestuursorgaan nog niet al zijn wettelijke mogelijkheden heeft benut om tot hetzelfde besluit te komen, bijvoorbeeld door de toepassing van vrijstellings- of ontheffingsbevoegdheden, dan kan de rechter zijn uitspraak niet in de plaats te stellen van het vernietigde besluit.

105 Zie vergelijkend ook Schueler, Drewes e.a. 2007, p. 54 en ABRvS 27 februari 2013, nr. 201203303/1/A1, AB 2013/144, m.nt. H.E. Bröring.
106 Schueler 2012, p. 110.

In de derde plaats moet de rechter beschikken over alle feiten die benodigd zijn om een beslissing te kunnen nemen. Ook hier geldt de belangrijke voorwaarde dat alle partijen zich over deze feiten hebben kunnen uitlaten. Heeft de vaststelling van de feiten een zeer specialistisch karakter, dan zal de rechter zich bovendien moeten afvragen of hij voldoende materiedeskundigheid heeft voor het vaststellen van de feiten en of hij over de benodigde expertise beschikt om tot finale geschilbeslechting over te gaan. Indien de rechter tot de conclusie komt dat hij niet de verantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling op zich kan nemen, dan dient nader onderzoek te worden verricht. Hoewel de rechter ook eigen bevoegdheden heeft tot het instellen van nader onderzoek, zoals door middel van het benoemen van een deskundige, zal de rechter het doorgaans aan de partijen overlaten om alle benodigde feiten boven tafel te krijgen. Het aandragen van de relevante feiten behoort immers in beginsel tot het domein van partijen. Zij dragen meer kennis van de voor de zaak relevante feiten en weten over welk bewijsmateriaal zij beschikken.[107]

Tot slot dient aannemelijk te zijn dat derde-belanghebbenden door het zelf voorzien niet in hun belangen worden geschaad. De rechter dient dus actief te onderzoeken welke gevolgen zijn beslissing zou kunnen hebben voor belanghebbenden die niet aan het proces deelnemen en zich aldus ook niet hebben kunnen uitlaten over het voornemen van de rechter om zelf in de zaak te voorzien. In dat verband is van belang dat er veel situaties zijn waarin belanghebbenden recht hebben op participatie in de besluitvorming. Indien de rechter zelf in de zaak voorziet, wordt hen deze participatiemogelijkheid ontnomen. Dit hoeft op zichzelf nog geen belemmering te vormen voor het zelf in de zaak voorzien. Als de rechter evenwel de verwachting heeft dat de belanghebbenden met enige kans op succes hun bezwaren kenbaar hadden kunnen maken in het besluitvormingsproces, dan dient dit de rechter ervan te weerhouden artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder b, van de Awb toe te passen.

4.5 Het zelf in de zaak voorzien in massazaken

De rechter dient bij het zelf in de zaak voorzien dus rekening te houden met de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan, de overtuiging dat herstel van het gebrek moet leiden tot een ander besluit, zijn kennis van de feiten en de eventuele belangen van derden. In hoeverre spelen deze factoren een complicerende rol in massazaken? Wat moet de rechter in massazaken voor ogen houden als hij zijn uitspraak in de plaats wil stellen van het vernietigde besluit?

Zoals wij in de inleiding reeds hebben weergegeven, kenmerken de besluiten die ter beoordeling staan in massazaken zich door de beleids- en beoordelingsvrijheid die de wetgever het bestuursorgaan bij het nemen van het besluit heeft toegekend. Hoewel deze vrijheid ook in massazaken wordt beperkt door algemene rechtsbeginselen en beleidsregels, is de rechter in massazaken daardoor in beginsel beperkt in zijn mogelijkheden tot zelf voorzien. Dit laat evenwel onverlet dat

107 ABRvS 8 december 2010, nr. 201003451/1/H3, *AB* 2011/27, m.nt. Y.E. Schuurmans.

het bestuursorgaan ook in een massazaak tijdens de beroepsprocedure een keuze kan maken tussen de beslissingsalternatieven die hem resteren. Die keuze kan dan als basis dienen voor de inhoud van de beslissing die de rechter in de plaats stelt van het vernietigde besluit. De rechter hoeft hierbij niet afhankelijk te zijn van een verzoek van partijen. Met een actieve opstelling tijdens de voorprocedure, bijvoorbeeld door het stellen van vragen voorafgaand aan de zitting, kan de rechter het bestuursorgaan ertoe bewegen de beslissingsalternatieven te heroverwegen en een keuze te maken. Een voorbeeld moge dit verduidelijken. De raad stelt een bestemmingsplan op teneinde de bouw van een grote woonwijk mogelijk te maken. De raad acht deze ontwikkeling echter alleen toelaatbaar, indien het project wordt voorzien van een goede landschappelijke inpassing. De raad legt deze voorwaarde evenwel in strijd met de huidige jurisprudentie niet vast in het bestemmingsplan. De bestuursrechter zou in een dergelijk geval ervoor kunnen kiezen om de raad voorafgaand aan de zitting te vragen hoe de planregeling zou moeten luiden, indien de Afdeling tot het oordeel komt dat de raad ten onrechte de landschappelijke inpassing niet in het plan heeft gewaarborgd. Hierbij zou de raad dan kunnen aangeven hoe de landschappelijke inpassing die hij noodzakelijk acht, vorm dient te krijgen. Door een dergelijke actieve opstelling tijdens de voorprocedure krijgt het bestuursorgaan de gelegenheid om weloverwogen een nieuwe beslissing te nemen. Het is dan aanbevelenswaardig dat het bestuursorgaan verplicht wordt reeds voor de zitting zijn keuze kenbaar te maken, zodat ook de andere partijen de mogelijkheid krijgen om zich uit te laten over het door het bestuursorgaan gekozen alternatief. Indien de keuze en de onderbouwing van het bestuursorgaan de rechterlijke toetsing kunnen doorstaan, dient de rechter zich in een massazaak er nog wel van te overtuigen dat belangen van derden niet door het zelf in de zaak voorzien worden geschaad. In het hiervoor weergegeven voorbeeld is niet aannemelijk dat eventuele derde-belanghebbenden, de omwonenden, worden benadeeld. De kans dat zij hun belangen kenbaar hadden willen maken in het besluitvormingsproces is namelijk klein, omdat hun belangen juist gediend zijn met een goede landschappelijke inpassing van het plan.

De keuzevrijheid die kenmerkend is voor de besluiten die in massazaken ter beoordeling staan, leidt ertoe dat als het besluit wordt vernietigd er een aanmerkelijke kans aanwezig is dat niet vaststaat dat het herstel van het gebrek moet leiden tot een besluit met een andere inhoud dan het vernietigde besluit. De wettelijke regeling waaraan het bestuursorgaan zijn bevoegdheid ontleent, bepaalt immers niet hoe het besluit zou moeten luiden. Het bestuursorgaan dient een belangenafweging te maken die het weliswaar moet onderbouwen, maar waarvan de uitkomst niet vaststaat. Dit betekent dat een eventueel gebrek in massazaken veelal kan worden gerepareerd door het besluit alsnog te voorzien van een deugdelijke onderbouwing door bijvoorbeeld nader onderzoek te verrichten of door de motivering van het besluit aan te passen. Een voorbeeld hiervan is de hiervoor vermelde zaak over het bestemmingsplan waarin de raad onvoldoende had onderzocht of ter plaatse van de nieuwe woning een goed woon- en leefklimaat kon worden gewaarborgd. Het is in eerste instantie aan de raad om te bepalen onder welke omstandigheden volgens hem nog sprake is van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat. Door het doen van nader onderzoek naar de gevolgen van het plan en het verrichten van een belangenafweging naar aanleiding van de uitkomsten van dit onderzoek, kan de raad zijn besluit voorzien van een deugdelijke onderbouwing en alsnog een besluit

nemen met dezelfde inhoud als het vernietigde besluit. De rechter kan in dergelijke gevallen niet tot de overtuiging komen dat de uitkomst van het geschil, in het geval het bestuursorgaan opnieuw in de zaak zou voorzien, geen andere zal zijn dan indien hij zijn uitspraak in de plaats stelt van het vernietigde besluit. Hierdoor zal de rechter in massazaken minder snel zelf in de zaak kunnen voorzien.

Uiteraard dient de rechter ook in massazaken te beoordelen of nader feitenonderzoek kan bijdragen aan zijn beslissing. De rechter moet zich bovendien afvragen of hij over voldoende deskundigheid van de materie beschikt om de feiten te kunnen vaststellen. Dit is niet zonder meer kenmerkend voor massazaken. Ook in geschillen waarin besluiten aan de orde zijn die slechts één of enkele partijen in hun belangen raken, dient de rechter immers kennis te hebben van alle relevante feiten. Ook in die geschillen kan de feitenvaststelling een zodanig specialistisch karakter hebben dat de rechter tot het oordeel komt dat hij niet de verantwoordelijkheid kan dragen voor de juistheid van de vaststelling van de feiten. Zo zal de rechter bij de beantwoording van de vraag of iemand in aanmerking komt voor een uitkering op grond van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen ook niet de expertise hebben om de mate van arbeidsongeschiktheid te bepalen. Massazaken kenmerken zich evenwel door uitgebreide onderzoeken en een lange voorbereidingsprocedure. Alleen de lengte van de procedure zal al met zich brengen dat er lange tijd verstrijkt tussen de vaststelling van de feiten door het bestuursorgaan bij de voorbereiding van het besluit en de vaststelling van de feiten door de rechter, indien hij *ex nunc* wil beoordelen of hij zelf in de zaak kan voorzien. De kans dat de relevante feiten tussentijds zijn gewijzigd, is in massazaken aldus groot. Daarbij komt dat de materie in massazaken zodanig ingewikkeld kan zijn dat de rechter de benodigde expertise mist.[108] Deze factoren zullen het gecompliceerd maken voor de rechter om in massazaken zelf in de zaak te voorzien.

Tot slot zal de rechter in massazaken eerder tot het oordeel kunnen komen dat de belangen van derden zich verzetten tegen het zelf in de zaak voorzien. Deze derde-belanghebbenden nemen niet allemaal deel aan het proces. Hierdoor moet de rechter zelf actief onderzoeken wie door het besluit in hun belangen zouden kunnen worden geraakt en wie benadeeld zouden kunnen worden door de beslissing die hij in de plaats wil stellen van het vernietigde besluit. In massazaken waarin besluiten aan de orde zijn die een uitkomst zijn van de afweging tussen tegengestelde belangen, is de kans groot dat de rechter in het belang van de één zelf voorziend een beslissing wil nemen, maar dat dit afstuit op de belangen van de ander. Zo zal het in het belang van de initiatiefnemer zijn indien de rechter geluidvoorschriften vaststelt die een hogere geluidbelasting toelaten, terwijl omwonenden zich hierdoor geconfronteerd zien met meer geluidoverlast. Indien de rechter de verwachting heeft dat deze belanghebbenden met enige kans op succes hun bezwaren kenbaar hadden kunnen maken in het besluitvormingsproces, dan is niet aannemelijk dat derde-belanghebbenden niet door het zelf voorzien in hun belangen worden geschaad en kan de rechter geen toepassing geven aan

108 In dit verband willen wij wijzen op het voorbeeld dat reeds is gegeven in paragraaf 3.5 over de rechter die over onvoldoende deskundigheid beschikt om te beoordelen of het distributieplanologisch onderzoek deugdelijk is.

artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder b, van de Awb. Daarnaast dient de rechter voor ogen te houden dat hoe meer partijen door een besluit in hun belangen worden geraakt, hoe belangrijker de kenbaarheid van de beslissing wordt die hij in de plaats stelt van het vernietigde besluit. De derde-belanghebbenden die niet aan het proces deelnemen zullen immers niet altijd bekend zijn met het feit dat er een geding en dus een uitspraak over dat besluit is. In dit verband is het niet altijd afdoende dat het bestuursorgaan voldoet aan het bepaalde in artikel 8:80 van de Awb en de uitspraak bekendmaakt overeenkomstig de voor het besluit voorgeschreven wijze. In recente uitspraken van de Afdeling waarin de bestuursrechter zelf voorziend een bestemmingsplanregeling vaststelt, zien we dit terug. Vanaf 1 januari 2010 zijn de overheden in de meeste gevallen verplicht hun bestemmingsplannen via de landelijke voorziening ruimtelijkeplannen.nl beschikbaar te stellen. Indien de rechter zelf voorziend een wijziging in het bestemmingsplan aanbrengt, dan is deze wijziging echter niet zonder meer terug te zien op de landelijke website. Dit is vanuit het oogpunt van rechtszekerheid onwenselijk. Indien de Afdeling in bestemmingsplanzaken zelf in de zaak voorziet geeft zij sinds korte tijd daarom aan het bestuursorgaan de opdracht de wijzigingen die de Afdeling heeft aangebracht te verwerken in het elektronisch vastgestelde plan dat te raadplegen is op de landelijke voorziening, www.ruimtelijkeplannen.nl.[109] Deze jurisprudentie illustreert derhalve dat hoe strenger de eisen van de wetgever worden ten aanzien van de (elektronische) beschikbaarheid van de inhoud van besluiten, hoe meer de rechter zich dus in massazaken moet afvragen of het afdoende is dat zijn uitspraak overeenkomstig artikel 8:80 van de Awb wordt bekendgemaakt, indien hij zelf in de zaak voorziet. Uit het voorgaande blijkt dat de derde-belanghebbenden bij het zelf in de zaak voorzien in massazaken een complicerende factor zijn.

Aan het einde van dit hoofdstuk concluderen wij dat de bestuursrechter in massazaken een actieve opstelling moeten hebben teneinde te voorkomen dat hij niet zelf in de zaak kan voorzien vanwege de keuzevrijheid van het bestuursorgaan. Voorts dient hij in massazaken voor ogen te houden dat slechts in beperkte gevallen zal vaststaan dat herstel van het gebrek zal leiden tot een besluit met een andere inhoud dan het vernietigde besluit. Indien wel vaststaat dat het besluit anders zou moeten luiden, dan dient de bestuursrechter zich af te vragen of hij kennis heeft kunnen nemen van alle feiten en omstandigheden die relevant zijn voor het nemen van een beslissing. Tot slot dient de rechter zich in massazaken bewust te zijn van de complicatie dat het besluit derden in hun belangen raakt die niet aan het proces deelnemen.

109 De eerste uitspraak waarin een dergelijke opdracht aan het bestuursorgaan is gegeven is ABRvS 27 maart 2013, nr. 201207066/1/R2.

5 Bestuurlijke lus

5.1 Inleiding

Met inwerkingtreding van de Wet bestuurlijke lus Awb op 1 januari 2010 zijn twee nieuwe afdelingen aan de Awb toegevoegd; afdeling 8.2.2a. en afdeling 8.2.7.[110] Aan de hierin opgenomen artikelen ontleent de bestuursrechter de bevoegdheid om bij tussenuitspraak het bestuursorgaan in de gelegenheid te stellen een gebrek of meerdere gebreken in het bestreden besluit te herstellen of te laten herstellen binnen de in de tussenuitspraak bepaalde hersteltermijn. Deze tussenuitspraak vermeldt zoveel mogelijk op welke wijze herstel kan plaatsvinden (artikel 8:80a, tweede lid) en kan daarnaast al een eindoordeel bevatten over beroepsgronden die niet slagen.[111] Ervan uitgaande dat het bestuursorgaan gebruik maakt van de bestuurlijke lus – hetgeen bij een tussenuitspraak van de hoogste bestuursrechter verplicht is (artikel 8:51d) – deelt het bestuursorgaan na het herstel zo spoedig mogelijk mede op welke wijze herstel heeft plaatsgevonden (artikel 8:51b, tweede lid). Aan partijen wordt vervolgens een termijn van vier weken geboden om schriftelijk hun zienswijzen naar voren te brengen over de wijze waarop herstel heeft plaatsgevonden (artikel 8:51b, derde lid). Op basis van deze zienswijzen beoordeelt de bestuursrechter of een tweede zitting nodig is of dat hij op basis van de stukken zich voldoende voorgelicht acht om een einduitspraak te doen.[112] Voor het achterwege laten van een tweede zitting heeft de bestuursrechter geen toestemming nodig van partijen (artikel 8:57, tweede lid). Bij de einduitspraak beschikt de bestuursrechter over alle uitspraakbevoegdheden als bedoeld in afdeling 8.2.6 van de Awb. Zo kan hij gebruik maken van zijn bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten, bijvoorbeeld als de nadere motivering van het bestreden besluit wel

110 De bestuurlijke lus is in twee afdelingen van de Awb opgenomen in verband met de behoefte van de wetgever om duidelijk te maken dat de bestuurlijke lus ook reeds tijdens het vooronderzoek kan worden toegepast. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 3, p. 7.

111 Naar onze indruk streeft de bestuursrechter er in de regel naar om al bij tussenuitspraak zoveel mogelijk aan te geven welke beroepsgronden slagen en welke niet, zodat in de einduitspraak de omvang van het geding beperkt wordt tot het in de tussenuitspraak geconstateerde gebrek of de gebreken en de wijze waarop herstel hiervan heeft plaatsgevonden. Bijvoorbeeld ABRvS 31 oktober 2012, 201205048/1/T1/R2. Behoudens zeer uitzonderlijke gevallen komt de Afdeling niet terug op een in de tussenuitspraak gegeven oordeel, zie bijvoorbeeld ABRvS 27 december 2012, 201106650/1/R4.

112 Wij merken in dit verband op dat uit de jurisprudentie over de bestuurlijke lus volgt dat de bestuursrechter niet zelf beoordeelt of het gebrek is hersteld, doch dat hij slechts een oordeel vormt over het herstel aan de hand van de ingediende zienswijzen. Dit volgt bijvoorbeeld uit de uitspraak ABRvS 1 augustus 2012, nr. 201012872/1/A4, waarin de Afdeling aanneemt dat een beroep van rechtswege is ontstaan, doch gelet op de zienswijze van appellant ervan uitgaat dat dit beroep moet worden geacht te zijn ingetrokken, nu appellant zelf aangeeft met het besluit te kunnen instemmen. De Afdeling beziet vervolgens niet zelfstandig of het gebrek is hersteld.

toereikend is,[113] hij kan zelf in de zaak voorzien, maar ook opnieuw 'lussen'. Als herstel heeft plaatsgevonden doordat het bestuursorgaan een nieuw besluit heeft genomen, dan kan de bestuursrechter bovendien op grond van artikel 6:19 van de Awb zowel het oude als het nieuwe besluit beoordelen. Dit is slechts anders indien partijen daarbij onvoldoende belang hebben.[114]

5.2 De bestuurlijke lus in theoretisch perspectief

Met de Wet bestuurlijke lus Awb is beoogd de gereedschapskist van de bestuursrechter uit te breiden met een bevoegdheid die leidt tot meer finale geschilbeslechting. De bestuurlijke lus biedt een alternatief voor de praktijk van 'kaal vernietigen', die erop neerkomt dat de bestuursrechter het bestreden besluit vernietigt waarna het bestuursorgaan opnieuw een besluit moet nemen terwijl op basis van de uitspraak niet duidelijk wordt welk besluit in de toekomst moet gelden.[115] Deze praktijk is, zoals in de inleiding is besproken, al geruime tijd onderhevig aan kritiek. Onderdeel van deze kritiek is dat de rechterlijke bevoegdheden om de rechtsgevolgen in stand te laten of zelf in de zaak te voorzien onvoldoende leiden tot finale geschilbeslechting,[116] nu deze vanwege de klassieke opvatting in het bestuursrecht dat de bestuursrechter het besluitvormingsprimaat van het bestuur dient te respecteren, in veel gevallen niet werden toegepast. De indieners van het wetsvoorstel deelden deze kritiek. Volgens hen worden de nadelen van de praktijk van kaal vernietigen het meest gevoeld in het omgevingsrecht. De Memorie van Toelichting vermeldt hierover dat de aanleiding voor het wetsvoorstel is gelegen in de weerbarstige praktijk van de uitvoering van grote en kleine besluiten om te bouwen, om de mobiliteit te vergroten of om de leefkwaliteit te verbeteren. In de Memorie van Toelichting komt verder tot uitdrukking dat de maatschappij erbij gebaat is dat de bestuursrechter vaker dan voorheen geschilbeslechtend optreedt zodat Nederland niet op slot gaat. Wij onderscheiden in de Memorie van Toelichting drie doelen van de bestuurlijke lus: efficiëntere bestuursrechtspraak, snellere bestuursrechtspraak en finale bestuursrechtspraak.

De uitbreiding van de gereedschapskist van de bestuursrechter met de bestuurlijke lus moet volgens ons in het licht worden gezien van de finaliteitslag die gaande is in het bestuursrecht en meer in het algemeen de verdergaande subjectivering van de bestuursrechtsrechtspraak, waarbij steeds meer de nadruk komt te liggen op de rechtsbescherming van een partij die voor haar persoonlijke belang opkomt en het klassieke idee van de objectieve rechtmatigheidscontrole ter behartiging van het algemeen belang vervaagt.[117]

113 Bijvoorbeeld ABRvS 28 december 2011, nr. 201003064/1/R2.
114 Zo kan er onvoldoende belang zijn bij beoordeling van het nieuwe besluit als het besluit volledig tegemoet komt aan de bezwaren van appellant.
115 Dit verschijnsel is door Polak aangeduid als bestuurlijk pingpongen. Zie Polak 2000.
116 Onder meer Polak 2000; en A.R. Neerhof, 'Van effectieve bestuursrechters en geschillen die voorbijgaan...? De bevoegdheden van de bestuursrechter om geschillen definitief op te lossen', *JBplus* 2 1999, p. 71-87.
117 Zie hierover het preadvies van B.J. van Ettekoven e.a. 2009.

5.3 Een voor herstel vatbaar gebrek...?

Al vanaf de inwerkingtreding van de Wet bestuurlijke lus Awb, en blijkens de wetsgeschiedenis ook al daarvoor, bestaat discussie over de vraag in welke gevallen het zinvol is de bestuurlijke lus toe te passen. De wetsgeschiedenis biedt hiervoor weinig houvast, anders dan dat de bestuurlijke lus moet bijdragen aan efficiëntere, snellere en finale bestuursrechtspraak.[118] Gesproken wordt over een voor herstel vatbaar gebrek.[119] Een gebrek wordt gedefinieerd als: "Een strijdigheid met een geschreven of ongeschreven rechtsregel die kan leiden tot vernietiging van het bestreden besluit indien deze niet tijdens de beroepsprocedure wordt weggenomen."[120] Wanneer een gebrek geacht moet worden herstelbaar te zijn is evenwel niet vermeld. Er worden slechts een aantal voorbeelden genoemd waarin het niet is aangewezen de bestuurlijke lus toe te passen. Zo wordt toepassing van de bestuurlijke lus niet zinvol geacht indien andere uitspraakbevoegdheden kunnen worden toegepast, zoals de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien.[121] Ook wordt de bestuurlijke lus niet zinvol geacht indien de feitelijke en/of juridische situatie inmiddels aanzienlijk is gewijzigd waardoor niet valt te overzien of herstel van het gebrek binnen een redelijke termijn mogelijk is. Tevens wordt de situatie genoemd waarin het oordeel van de bestuursrechter noodzaakt tot het betrekken van derde-belanghebbenden bij de voorbereiding van het nieuwe besluit die (nog) niet als partij aan het geding deelnemen, de zogenoemde onbekende derden.[122] Tot slot wordt in de Memorie van Toelichting geconcludeerd dat de bestuursrechter per individueel geval moet bezien welke handelwijze naar verwachting het meest bijdraagt aan een rechtmatige afronding van besluitvorming binnen een redelijke termijn.[123] Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer vulden de indieners van het wetsvoorstel de Memorie van Antwoord aan met onder meer de stelling dat de grootte van het gebrek niet uitmaakt, zolang het maar herstelbaar is. Een ernstig gebrek zal volgens hen in de praktijk wel minder goed te herstellen zijn. Verder volgt uit de Memorie van Antwoord dat de bestuursrechter de bestuurlijke lus in beginsel niet moet toepassen wanneer hij in een meerpartijengeschil verwacht dat tijdens de lus een inhoudelijk ander besluit zal worden genomen. Hierdoor zouden derden kunnen worden benadeeld.[124]

118 Dat de bestuurlijke lus als finaliseringsinstrument moet bijdragen aan efficiëntere, snellere en finale bestuursrechtspraak volgt ook uit de behandeling van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht in het najaar van 2012. In de (eerste) nota van wijziging (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 450, nr. 8, p. 59) zet de regering, in de toelichting op de wijzigingen in artikel 8:72 Awb, uiteen hoe de rechter dient te finaliseren. Hierbij beschrijft de regering drie belangen die de bestuursrechter moet behartigen: hij moet zo finaal mogelijk beslissen, hij moet in de verhouding tussen het bestuur en de rechter niet méér ingrijpen in de bestuursbevoegdheid dan nodig is en hij moet snellere geschilbeslechting voorrang geven boven tragere. Vervolgens wordt in de nota van wijziging de volgorde besproken waarin de finaliseringsinstrumenten moeten worden toegepast.

119 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 351, nr. 6, p. 15.

120 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 351, nr. 6, p. 14.

121 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 351, nr. 6, p. 15.

122 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 351, nr. 6, p. 15.

123 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 351, nr. 6, p. 15.

124 *Handelingen I* 2009/10, p. 165-166.

Ondanks dat nu al de nodige ervaring is opgedaan met de bestuurlijke lus, lijkt de bestuursrechter in de praktijk nog te worstelen met de vraag wanneer een gebrek als een voor herstel vatbaar gebrek moet worden aangemerkt. In het vervolg van dit hoofdstuk zullen wij een poging doen enige lijnen en criteria te ontdekken in de jurisprudentie van de Afdeling over de bestuurlijke lus tot nu toe. In paragraaf 5 zullen vervolgens op basis van paragraaf 4 toepassingscriteria worden geformuleerd in het licht bezien van de hiervoor geschetste ontstaansgeschiedenis en achtergrond van de Wet bestuurlijke lus. In paragraaf 6 zal tot slot worden ingegaan op de vraag hoe deze criteria zich verhouden tot massazaken.

5.4 De bestuurlijke lus door de Afdeling in de praktijk

De bestuurlijke lus is nu bijna vier jaar in de Awb verankerd. Daarvoor was de lus echter al opgenomen in het toenmalige artikel 20.5a, tweede lid, van de Wet milieubeheer.[125] De Afdeling paste de lus voor het eerst toe in ABRvS 8 april 2005.[126] In deze tussenuitspraak constateert de Afdeling een aantal gebreken in het nationaal toewijzingsbesluit broeikasgasemissierechten. De Afdeling concludeert onder meer dat verweerders onvoldoende hebben gemotiveerd waarom een van de appellanten niet als 'bekende nieuwkomer' kan worden aangemerkt. De door de Afdeling geconstateerde gebreken zijn, zo volgt uit de einduitspraak van 9 september 2005,[127] door verweerders hersteld bij een wijzigingsbesluit. De van rechtswege ontstane beroepen tegen dit wijzigingsbesluit zijn vervolgens door de Afdeling ongegrond verklaard, waarmee een einde kwam aan het geschil. De eerste tussenuitspraken van de Afdeling op grond van artikel 46, zesde lid, van de Wet op de Raad van State (artikel 8:51a van de Awb) dateren van 17 maart 2010. Een van deze tussenuitspraken ging over een besluit van de commissie voor indicatiestelling van het Regionaal Expertise Centrum Vierland waarbij een aanvraag om een indicatie voor leerling gebonden financiering was afgewezen. De Afdeling constateerde een gebrek in het aan het bestreden besluit ten grondslag gelegde onderzoek.[128] In de einduitspraak liet de Afdeling de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand.[129] De lus wordt sindsdien met enige regelmaat toegepast door de Afdeling. In 2010 zijn door de Afdeling 25 tussenuitspraken gedaan.[130] In 2011 telden wij 52 tussenuitspraken,[131] in 2012 114[132] en in 2013 telden wij 163 tussenuitspraken.[133] In de cijfers van het aantal tussenuitspraken zien wij niet terug dat er een verschil bestaat tussen de Ruimtelijke-ordeningskamer en de Algemene

125 Overigens bevat het artikel nog steeds de verplichting om in geval een beroep tegen een nationaal toewijzingsbesluit als bedoeld in artikel 16.24, eerste lid, van de Wm gegrond is, de bestuurlijke lus toe te passen.
126 ABRvS 8 april 2005, nr. 200409626/1 en 38 andere nummers.
127 ABRvS 9 september 2005, nr. 200409630/2 en 31 andere nummers.
128 ABRvS 17 maart 2010, nr. 200906320/1/T1/H2.
129 ABRvS 8 september 2010, nr. 200906320/1/H2.
130 Jaarverslag Raad van State 2010, p. 152.
131 Wij hebben het aantal tussenuitspraken geteld van 2011, zoals dit volgt uit de website www.raadvanstate.nl.
132 Jaarverslag van de Raad van State van 2012.
133 Ook voor dit aantal geldt dat wij dit afleiden uit de website van de Raad van State.

Kamer van de Afdeling.[134] Ongeacht de verschillende besluiten die de kamers van de Afdeling behandelen, lijken zij even ambitieus in toepassing van de bestuurlijke lus.[135]

De Afdeling lijkt bij de vraag of zij al dan niet overgaat tot toepassing van de lus een afweging te maken van verschillende doelen van bestuursrechtspraak. Bezien wordt hoe de bestuurlijke lus in het concrete geval zich verhoudt tot doelen van tijdigheid, efficiëntie en finaliteit.[136] Hierbij spelen verschillende factoren een rol. In lijn met de bedoeling van de wetgever is een van de factoren die meespeelt of de Afdeling beschikt over een andere bevoegdheid die kan leiden tot finale geschilbeslechting. Zo koos de Afdeling ervoor om in ABRvS 15 mei 2013 zelf voorziend een planregel vast te stellen.[137] De Afdeling overweegt hiertoe dat verweerder en appellant beiden belang erbij hebben dat de planregel op die manier zal worden vastgesteld en dat niet aannemelijk is dat derden hierdoor in hun belangen zullen worden geraakt. Toepassing van de lus, waardoor verweerder zelf de planregel had moeten vaststellen, had in dit geval tot eenzelfde resultaat geleid, maar had veel langer geduurd en werd daarom achterwege gelaten. Uit de jurisprudentie leiden wij dan ook af dat de bestuurlijke lus alleen in beeld komt als geen ander finaliseringsinstrument kan worden toegepast, omdat de bestuursrechter bijvoorbeeld niet beschikt over voldoende informatie om zelf in de zaak te voorzien of omdat het bestuursorgaan over beleidsvrijheid beschikt en onduidelijk is hoe die zal worden ingevuld. Dit betekent echter niet dat de keuze steeds valt op de formele bestuurlijke lus middels een tussenuitspraak (artikel 8:51a). De aard van het gebrek en/of de aard van de zaak kunnen met zich brengen dat de bestuursrechter bijvoorbeeld besluit tot toepassing van de zogenoemde informele bestuurlijke lus.[138] De informele bestuurlijke lus houdt in dat de bestuursrechter aan partijen schriftelijk verzoekt om nadere informatie. Dit kan tijdens het vooronderzoek via een zogenoemde griffiersbrief (artikel 8:64), maar ook in een latere fase door een gemotiveerde beslissing om te schorsen of het heropenen van het onderzoek ter zitting (artikel 8:68). Hoewel dit lastig is terug te zien in de jurisprudentie van de Afdeling, lijkt de Afdeling vooral in het geval van kleine gebreken, of bij twijfel over de vraag of sprake is van een gebrek, de informele lus toe te passen. Naar onze indruk speelt hierbij een rol of uit de proceshouding van partijen kan

134 De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is onderverdeeld in drie juridische kamers: de Ruimtelijke-ordeningskamer, de Vreemdelingenkamer en de Algemene kamer.

135 Wij realiseren ons dat het aantal tussenuitspraken niet direct iets zegt over het percentage tussenuitspraken dat wordt gedaan ten opzichte van het totale aantal uitspraken en het totale aantal uitspraken waarin de verschillende Afdeling tot een gegrond beroep concludeert. Wij menen echter dat wij hieruit wel voorzichtig kunnen afleiden dat de ambitie van de verschillende kamers bij toepassing van de bestuurlijke lus niet wezenlijk verschilt.

136 Bijvoorbeeld ABRvS 4 september 2013, nr.201211527/1/R4. In deze uitspraak overwoog de Afdeling dat gelet op de aard van de zaak toepassing van de bestuurlijke lus niet tot tijdswinst zou leiden. Ook ABRvS 13 maart 2013, nr. 201206742/1/R1. Hierin overwoog de Afdeling dat voor toepassing van de bestuurlijke lus geen aanleiding bestaat aangezien verweerder al een herziening van het bestreden besluit voorbereidde.

137 ABRvS 15 mei 2013, nr. 201201261/1/R2.

138 Met Polak zijn wij van mening dat de inwerkingtreding van de Wet bestuurlijke lus Awb niet tot gevolg heeft dat de informele lus niet langer mag worden toegepast door de bestuursrechter. Zie hiervoor J.E.M. Polak, 'Effectieve geschilbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten', NTB 2011/2. In het jaarverslag van de Raad van State van 2010 is een en ander ook vermeld (Jaarverslag Raad van State, p. 153).

worden afgeleid dat zij bereid zijn mee te werken aan een informele bestuurlijke lus. Indien dit het geval is kan toepassing van de formele bestuurlijke lus op grond van artikel 8:51a van de Awb onnodig juridiseren. Aan toepassing van de informele bestuurlijke lus kleven enkele nadelen. Zo heeft toepassing van de informele lus geen formele status en kan medewerking derhalve niet worden afgedwongen. Daarnaast is de bestuursrechter formeel gezien niet gebonden aan de beslissing en is de informele lus slecht kenbaar en controleerbaar, in het bijzonder voor derden.[139] Daarbij komt dat de bestuursrechter bij heropening van het onderzoek verplicht is een tweede zitting te houden, tenzij partijen toestemming geven dit achterwege te laten. Onder omstandigheden kan het dan ook beter zijn de formele bestuurlijke lus van artikel 8:51a toe te passen. Tot slot kan de Afdeling er ook voor kiezen om in plaats van toepassing te geven aan de bestuurlijke lus, het bestuursorgaan een opdracht te geven als bedoeld in artikel 8:72, vierde lid, van de Awb. Dit heeft de Afdeling bijvoorbeeld gedaan in ABRvS 22 augustus 2012 inzake beroepen tegen een bestemmingsplan voor een buitengebied van een gemeente.[140] Omdat het geven van een opdracht minder garantie biedt op finale geschilbeslechting, komt deze bevoegdheid veelal pas in beeld wanneer de andere finaliseringsinstrumenten niet kunnen worden toegepast.[141]

Een volgende factor bij toepassing van de bestuurlijke lus die mee kan spelen is de aard van het gebrek en of die zich leent voor toepassing van de bestuurlijke lus. Het aantal gebreken lijkt hierbij niet zozeer van doorslaggevende betekenis. Zo werd op 4 mei 2010 een tussenuitspraak gedaan waarbij de Afdeling vijf gebreken constateerde in het bestreden besluit.[142] Evenmin lijkt het aantal appellanten van doorslaggevende betekenis. De Afdeling heeft bijvoorbeeld een tussenuitspraak gedaan in een zaak die 23 appellanten telde.[143] Of een nieuw besluit moet worden genomen of slechts een aanvullende motivering, lijkt voor de Afdeling ook niet relevant.[144] Wel lijkt van belang of de Afdeling kan overzien hoe het gebrek zal worden hersteld en of dit mogelijk is binnen een redelijke termijn. Dit kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit ABRvS 16 november 2011,[145] waarin de Afdeling overweegt: "Fortress B.V. heeft verzocht om toepassing van de bestuurlijke lus. Gelet op hetgeen in overweging 2.5.2. is overwogen ziet de Afdeling geen aanleiding voor toepassing van artikel 8:51a en verder van de Awb in samenhang met artikel 46, zesde lid, van de Wet op de Raad van State. Onduidelijk is gebleven hoe het gebleken gebrek kan worden hersteld en binnen welke termijn dit zou kunnen

139 B.J. van Ettekoven & A.P. Klap, 'De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus', *JBplus*, 2010, p. 182-199.
140 Zie bijvoorbeeld de zaak ABRvS 22 augustus 2012, nr. 201101467/1/R2.
141 Zie hierover D.A. Verburg, 'Finale geschilbeslechting en haar stiefkind, de "aangeklede" opdracht om een nieuw besluit te nemen', *JBplus*, p. 153-178.
142 ABRvS 4 mei 2010, nr. 200901819/1/T1/M1. In de einduitspraak konden door het herstel van verweerder de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand worden gelaten. ABRvS 24 november 2010, nr. 200901819/1/M1.
143 ABRvS 18 november 2011, zaak 200908600/1/T1/R4.
144 Polak stelt in dit verband dat voorwaarde voor toepassing van de lus niet is dat de verwachting moet bestaan dat geen besluit in andere zin zal worden genomen. Voldoende is dat de verwachting bestaat dat de geconstateerde gebreken in het besluit kunnen worden hersteld. Zie Polak 2011.
145 ABRvS 16 november 2011, nr. 201102792/1/H1.

worden gerealiseerd." Tevens volgt dit volgens ons uit ABRvS 22 februari 2012.[146] Kort gezegd overweegt de Afdeling in deze zaak dat geen enkel zicht bestaat op herstel van het gebrek, zodat geen aanleiding bestaat tot toepassing van de bestuurlijke lus. Ook kan dit naar onze mening worden afgeleid uit de concrete aanwijzingen voor herstel, zoals deze uit verschillende uitspraken volgen[147] en uit het feit dat de Afdeling afzag van toepassing van de lus in de zaak ABRvS 25 april 2012.[148] In deze laatste zaak zag de Afdeling af van toepassing van de bestuurlijke lus omdat nader onderzoek nodig was en het de Afdeling onduidelijk was hoe het bestuursorgaan dit zou gaan aanpakken. Of de Afdeling op het moment van het doen van een tussenuitspraak kan overzien hoe herstel kan plaatsvinden en of dit binnen een redelijke termijn kan, lijkt onder meer af te hangen van het stadium van de besluitvorming waarin het bestuursorgaan terugvalt bij herstel van het gebrek. Zo overweegt de Afdeling in een uitspraak van 27 december 2012: "Voor zover de raad heeft verzocht om toepassing te geven aan artikel 46, zesde lid, van de Wet op de Raad van State (bestuurlijke lus) overweegt de Afdeling dat zij hiertoe, gelet op de aard van het gebrek en het stadium in de procedure waarin een passende beoordeling aanwezig dient te zijn, geen aanleiding ziet."[149] Ook lijkt de Afdeling, anders dan de Memorie van Toelichting doet vermoeden, de omvang van het gebrek in dit verband van belang te achten, en dan met name de invloed die het heeft op de inhoud van het bestreden besluit.[150]

Los van de vraag of een gebrek als herstelbaar gebrek kan worden aangemerkt, is voorts de aard van de zaak een factor die meespeelt, namelijk of de specifieke omstandigheden van de zaak zich lenen voor toepassing van de bestuurlijke lus. Er kunnen zaaksgebonden omstandigheden zijn die toepassing van de bestuurlijke lus op voorhand indiceren of juist afraden. Zo kan de omstandigheid dat de bestuurlijke lus al eerder is toegepast een reden vormen om niet opnieuw te lussen. Voor zover wij hebben gezien gebeurt het zelden dat de Afdeling twee keer een lus toepast.[151] Een indicator om af te zien van de bestuurlijke lus vormt voorts het feit dat een bestuursorgaan al meerdere keren een gebrekkige beslissing heeft genomen op hetzelfde bezwaar. Het is in dat geval niet aannemelijk dat een nieuwe herstelpoging wel zal slagen. In sommige situaties blijkt uit de proceshouding van partijen dat het geschil zich niet beperkt tot het voorliggende besluit. Toepassing van de lus kan dan weliswaar tot herstel van het besluit leiden, doch hiermee zal het geschil niet zijn beslecht.[152] Daarentegen kan het ook zo zijn dat de verwachting bestaat dat met de vernietiging van het bestreden besluit het geschil is beëindigd,

146 ABRvS 22 februari 2012, LJN BV 6564, BR 2012, 75 m.nt. H.E. Woldendorp. Zie bijvoorbeeld ook ABRvS 7 december 2011, LJN BU7002, BR 2012, 26 m.nt. H.E. Woldendorp.
147 ABRvS 23 oktober 2013, nr. 201210732/1/R2, ABRvS 17 juli 2013, nr. 201300042/1/R2, ABRvS 24 juli 2013, nr. 201210101/1/R3, ABRvS 17 juli 2013, nr. 201300042/1/R2.
148 ABRvS 25 april 2013, LJN BW3863, BR 2012, 136 m.nt. Woldendorp, JM 2012, 83 m.nt. Zijlmans.
149 ABRvS 27 december 2012, nr. 201207675/1/R2.
150 ABRvS 29 februari 2012, nr. 201003801/1/R2.
151 ABRvS 3 augustus 2011, nr. 201009223/1/T2/R3.
152 Het is mede hierom dat in de praktijk in toenemende mate de wens wordt geuit om de toegang tot de bestuursrechter te verruimen, zodat ook niet-besluiten aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd en op die manier meer recht kan worden gedaan aan het "werkelijke geschil dat partijen verdeeld houdt". Hierover ging bijvoorbeeld de jaarvergadering van de VAR op 24 mei 2013, met als onderwerp "Het besluit voorbij..."

in die zin dat hierna geen juridische discussie meer bestaat. In beide gevallen zal de Afdeling doorgaans afzien van toepassing van de bestuurlijke lus. Zo heeft de Afdeling in ABRvS 13 juni 2012 overwogen dat geen aanleiding bestond tot toepassing van de bestuurlijke lus aangezien de uitspraak na de vernietiging van een deel van het bestreden bestemmingsplan niet noodzaakte tot herziening van dit bestemmingsplan.[153] In twee zaken, waarin partijen ter zitting overeenstemming hebben bereikt, heeft de Afdeling aanleiding gezien juist wel een bestuurlijke lus toe te passen. Zo erkende verweerder in een van die zaken dat een planregel in het bestemmingsplan onjuist was geformuleerd. De Afdeling stelde verweerder in de gelegenheid de planregel aan te passen op de tussen partijen overeengekomen wijze, waarna zij hierover een einduitspraak deed.[154] Kennelijk zag de Afdeling in de concrete omstandigheden van het geval aanleiding de regierol aan zich te houden, ondanks dat naar verwachting het geschil met het nieuwe besluit zou zijn beëindigd. Ook de regierol kan derhalve in een concrete zaak aanleiding geven te lussen.

Tot slot is een factor die meespeelt of belanghebbenden die niet als partij aan het geding deelnemen, de zogenoemde onbekende derde-belanghebbenden, door toepassing van de lus onevenredig kunnen worden benadeeld (artikel 8:51a, eerste lid). Deze uit de wet voortvloeiende voorwaarde voor toepassing van de bestuurlijke lus is niet een veel voorkomende motivering in uitspraken van de Afdeling over de bestuurlijke lus. Wij hebben slechts een gering aantal uitspraken gevonden waaruit expliciet volgt dat de Afdeling een en ander betrekt in haar afweging. De Afdeling overweegt in ABRvS 3 april 2013 dat geen aanleiding bestaat tot inwilliging van het verzoek van het bestuursorgaan om toepassing van de bestuurlijke lus nu "niet op voorhand kan worden uitgesloten dat daardoor belangen van derden onevenredig zullen worden geschaad".[155] Het ging in deze zaak om de vaststelling van een bestemmingsplan voor het buitengebied van de gemeente Nederweert. De Afdeling constateert dat een planregel over het toegestane gebruik niet overeenkomt met de kennelijke bedoeling van de raad van de gemeente Nederweert. De raad had beoogd om het gebruik als burgerwoning van een agrarische bedrijfswoning als zodanig te verbieden, maar had in plaats daarvan alleen expliciet het gebruik als burgerwoning van een binnen hetzelfde bouwvlak van een veehouderij gelegen agrarische bedrijfswoning verboden. De Afdeling concludeert strijd met artikel 3:2 van de Awb. Een volgend gebrek dat de Afdeling constateert is dat de raad onvoldoende inzichtelijk had gemaakt dat voor appellant een goed woon- en leefklimaat kon worden gegarandeerd gelet op de laad- en losmogelijkheden van een nabijgelegen bedrijf. Het besluit werd ook in zoverre in strijd geacht met artikel 3:2 van de Awb. Voor beide gebreken geldt dat herstel hiervan noodzaakt tot het betrekken van derde-belanghebbenden in de procedure. Bij herstel van het eerste gebrek is van belang dat de gebruiksmogelijkheden zullen worden beperkt van agrarische bedrijfswoningen in het plangebied. In geval van het tweede gebrek zullen de belangen van het betreffende bedrijf moeten worden betrokken in de besluitvorming. Wij vermoeden dat met name herstel van het eerste gebrek voor

153 ABRvS 13 juni 2012, nr. 201110173/1/R4.
154 ABRvS 26 september 2012, 201107508/1/T1/R4, *AB* 2013, 63 m.nt. M.R. Borman.
155 ABRvS 3 april 2013, nr. 201206438/1/R1.

de Afdeling aanleiding is geweest om af te zien van de bestuurlijke lus, nu herstel hiervan vergt dat belanghebbenden die niet als partij aan het geding deelnamen in de procedure moesten worden betrokken. Voor de Afdeling was op voorhand niet uit te sluiten dat deze onbekende derden niet onevenredig zouden worden geschaad door toepassing van de bestuurlijke lus. Uit ABRvS 5 juni 2013 volgt dat de Afdeling de belangen van derden ook betrekt in zijn keuze voor een finaliseringsinstrument. In deze zaak overweegt de Afdeling dat zij afziet van het zelf in de zaak voorzien gelet op de belangen van derden, maar aanleiding ziet de bestuurlijke lus toe te passen. Hierbij valt op dat de Afdeling het bestuursorgaan een specifieke opdracht voor herstel gaf.[156] Daarbij droeg de Afdeling het bestuursorgaan zoals gebruikelijk op het nieuwe besluit op de normale manier bekend te maken, zodat derden ervan op de hoogte kunnen geraken en ertegen kunnen opkomen. Wellicht dat het geven van een specifieke opdracht, waaronder dat het nieuwe besluit op de wettelijk voorgeschreven wijze bekend moet worden gemaakt, ook in de zaak Nederweert tot toepassing van de bestuurlijke lus had kunnen leiden.

5.5 Toepassingscriteria bestuurlijke lus

Uit de jurisprudentie over de bestuurlijke lus leiden wij af dat de Afdeling bij de vraag of zij overgaat tot toepassing van de lus een afweging maakt van de doelen van bestuursrechtspraak (tijdigheid, efficiëntie en finaliteit), of – anders gezegd – de belangen die de bestuursrechter moet behartigen. Dit is naar onze indruk in lijn met de bedoeling van de wetgever. In deze afweging spelen verschillende factoren een rol. Teneinde een overzichtelijke bespreking hiervan mogelijk te maken, onderscheiden wij hierin vier categorieën: ander finaliseringsinstrument, aard van het gebrek, aard van de zaak en de aanwezigheid van derde-belanghebbenden.

Zoals in de vorige hoofdstukken al aan de orde is gekomen, en ook uit bovenstaande bespreking van de jurisprudentie volgt, beschikt de bestuursrechter over meer instrumenten om een geschil finaal te beslechten dan alleen de bestuurlijke lus. In overeenstemming met de literatuur en de parlementaire geschiedenis hanteert de Afdeling hier een zekere volgorde in. Zo zal zij eerst bezien of het gebrek met toepassing van artikel 6:22 van de Awb kan worden gepasseerd, alvorens de mogelijkheden te onderzoeken om de rechtsgevolgen in stand te laten of zelf in de zaak te voorzien. Volgens Van Ettekoven en Klap volgt dit stappenplan ook dwingend uit de volgorde van de wet.[157] In het geval dat andere finaliseringsinstrumenten niet kunnen worden toegepast, komt de bestuurlijke lus in beeld. De reden voor deze volgorde is dat de bestuurlijke lus leidt tot een verlenging van de rechterlijke fase. Deze verlenging wordt slechts dan gerechtvaardigd geacht indien toepassing van andere instrumenten geen soelaas biedt. Polak schrijft hierover dat de bestuursrechter er goed aan doet eerst te onderzoeken of de zaak finaal kan worden afgedaan zonder bestuurlijke lus, omdat de bestuurlijke lus micro gezien leidt tot een vertraging van de procedure. De bestuurlijke lus vergt immers twee uitspraken van de rechter, de tussenuitspraak en de einduitspraak, met daar tussenin

156 ABRvS 5 juni 2013, nr. 201208623/1/T1/A4. Zie voor de specifieke opdracht r.o. 9.
157 Van Ettekoven & Klap 2010.

actie van het bestuursorgaan ter uitvoering van de hem door de rechter geboden gelegenheid of gegeven opdracht tot herstel van de vastgestelde gebreken in zijn besluit.[158] Kortom, voordat de bestuurlijke lus wordt toegepast, dient de bestuursrechter eerst te bezien of andere bevoegdheden vanuit een oogpunt van snelheid en efficiëntie de voorkeur verdienen.

Uit de jurisprudentie over de bestuurlijke lus leiden wij voorts af dat de Afdeling afziet van toepassing van de bestuurlijke lus, indien zij niet kan overzien op welke wijze en binnen welke termijn een gebrek kan worden hersteld. Naar onze indruk is in dit verband relevant in welke fase van het bestuurlijk besluitvormingsproces het bestuursorgaan terugvalt bij herstel van het gebrek – grofweg onderverdeeld in: het vergaren van feiten, de feitenkwalificatie, de inhoudelijke beoordeling en de motivering van de uitkomst[159] –, en de invloed die herstel van het gebrek zal hebben op het besluit. Kort gezegd komt het erop neer dat als het bestuursorgaan door herstel van het gebrek terugvalt in een vroeg stadium van het besluitvormingsproces en herstel van het gebrek van wezenlijke invloed is op de inhoud van het besluit, de bestuurlijke lus in zoverre beter kan worden vermeden. Het volgende voorbeeld illustreert dit. De Afdeling oordeelt dat het besluit van de raad van de gemeente Overbetuwe tot vaststelling van het bestemmingsplan "De Nieuwe Rietgraaf e.o." is genomen in strijd met artikel 7.26c, eerste lid, van de Wm. Het verzoek van de raad om toepassing te geven aan de bestuurlijke lus wijst de Afdeling af. Zij overweegt hiertoe dat: "zij hiertoe geen aanleiding ziet gelet op de aard van het gebrek, in het bijzonder gelet op het stadium van de planprocedure waarop het MER[160] aanwezig dient te zijn in verband met de afweging die met gebruikmaking van de uitkomsten van het MER in de planprocedure dient te worden gemaakt".[161] Indien herstel van het gebrek echter van het bestuursorgaan vergt dat het terugvalt in een vroeg stadium van de besluitvorming, maar herstel niet van overwegende invloed zal zijn op de inhoud van het besluit, dan kan de bestuurlijke lus wel oplossing bieden. Dit is bijvoorbeeld het geval indien ten onrechte geen onderzoek is gedaan naar schaduwhinder in de voorbereiding van een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan dat onder andere voorziet in nieuwbouw van appartementen in een bestaande woonwijk.[162] Er zijn vier combinaties van deze factoren – fase van besluitvorming en invloed van herstel – mogelijk: vroeg stadium besluitvorming met grote invloed, vroeg stadium met beperkte invloed, laat stadium met grote invloed en een laat stadium met beperkte invloed. Naar onze indruk is in ieder geval de combinatie van een gebrek in een vroeg stadium van de besluitvorming

158 Polak 2011.

159 Marseille en Sietses onderscheiden vier soorten gebreken: motivering, feitenvaststelling, feitenkwalificatie en inhoudelijke beoordeling. Zie hiervoor A.T. Marseille & D. Sietses, 'De finaliseringsslag in het bestuursrecht', NJB 2013/497.

160 Een milieueffectrapport is een hulpmiddel bij de besluitvorming en kan leiden tot wijziging in de uitvoering van een besluit of de daaraan te verbinden maatregelen, welke wijzigingen ook weer kunnen doorwerken in andere onderdelen van het besluit. Zie M.A. Collignon, 'De bestuurlijke lus in de praktijk', BR 2010, p. 395. Het MER speelt met andere woorden een grote rol in de beginfase van de besluitvorming en werkt door in de verdere fasen hiervan.

161 ABRvS 29 februari 2012, nr. 201003801/1/R2. Deze overweging is later in verschillende zaken herhaald, onder meer ABRvS 22 mei 2013, nr. 201203015/1/R3. Dat de fase van besluitvorming waarin het bestuursorgaan terugvalt bij herstel van het gebrek van belang is blijkt ook uit de zaak ABRvS 10 oktober 2012, nr. 201104791/1/A4 en uit de zaak 25 april 2012, nr. 201107370/1/A2.

162 Zie ABRvS 10 oktober 2012, nr. 201201441/1/T1/R1.

met een vermoedelijk grote invloed op de inhoud van bestreden besluit, een indicatie om af te zien van de bestuurlijke lus. De combinatie die zich juist wel leent voor toepassing van de lus is een gebrek dat het bestuursorgaan doet terugvallen in een slotfase van de besluitvorming, terwijl herstel van het gebrek niet van grote invloed zal zijn op de inhoud van het bestreden besluit.[163] Alvorens toepassing te geven aan de bestuurlijke lus dient de bestuursrechter dus te bezien of herstel van het gebrek ertoe leidt dat het bestuursorgaan terugvalt in een vroeg stadium van het besluitvormingsproces en welke invloed herstel heeft op de inhoud van het bestreden besluit. In zoverre is de grootte van het gebrek, anders dan de parlementaire geschiedenis doet vermoeden, naar onze mening wel van belang.

Uit bovenstaande bespreking van de jurisprudentie volgt naar onze mening dat wat betreft de aard van de zaak vele factoren een rol spelen, die bovendien door de Afdeling niet steeds op dezelfde manier worden meegewogen. Dit maakt de jurisprudentie over de bestuurlijke lus zeer casuïstisch. Er zijn echter wel factoren te ontwaren op basis waarvan toepassing van de bestuurlijke lus minder zinvol lijkt. Zo is toepassing van de bestuurlijke lus niet geïndiceerd op het moment dat uit de stukken en de houding van partijen blijkt dat het geschil het bestreden besluit overstijgt.[164] Evenmin is de bestuurlijke lus aangewezen indien de verwachting bestaat dat met herstel van het gebrek het geschil teneinde komt. Toepassing van de bestuurlijke lus terwijl een eerste lus niet succesvol is geweest, is eveneens een indicatie om terughoudend te zijn om opnieuw te lussen. Dit geldt ook voor de situatie waarin het bestuursorgaan al meerdere malen een onrechtmatig besluit heeft genomen. De door de wetgever genoemde situatie dat de feitelijke en/of juridische situatie aanzienlijk is gewijzigd vormt eveneens een omstandigheid om rekening mee te houden, aangezien in dat geval na de lus een compleet ander geschil kan voorliggen. Afhankelijk van de verdere omvang van de zaak, onder andere het aantal appellanten, kan dit aanleiding vormen niet te lussen. De regierol van de bestuursrechter biedt in dat geval geen of nauwelijks toegevoegde waarde ten opzichte van een nieuwe beroepsprocedure. Daarbij komt dat het in het belang van partijen kan zijn om niet binnen de kaders van de bestuurlijke lus te hoeven opereren maar gebruik te kunnen maken van de ruimte die de bestuurlijke fase biedt. Er zijn nog meer zaaksgebonden factoren denkbaar die een rol kunnen spelen in de afweging of een bestuurlijke lus moet worden toegepast. Volgens ons moet hier ook ruimte voor zijn en is dit bovendien in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever, die immers stelde dat: “de bestuursrechter per individueel geval moet bezien welke handelwijze naar verwachting het meest bijdraagt aan een rechtmatige afronding van besluitvorming binnen een redelijke termijn.” Al met al is een casuïstische benadering van de toepassing van de bestuurlijke lus volgens ons gerechtvaardigd.

In artikel 8:51a, eerste lid, tweede volzin van de Awb is bepaald dat de lus geen toepassing vindt indien belanghebbenden die niet als partij aan het geding deelnemen daardoor onevenredig kunnen worden benadeeld. Wij begrijpen de jurisprudentie van de Afdeling aldus dat als herstel van het gebrek vergt dat de

163 Bijvoorbeeld ABRvS 201100033/1/T1/R4.
164 Zie hiervoor Schueler 2012.

belangen van derden die niet als partij aan het geding deelnemen nog moeten worden meegewogen, moet worden afgezien van toepassing van de bestuurlijke lus. Dit volgt volgens ons niet uit de wet. Het feit dat belangen van derden nog moeten worden meegewogen betekent immers niet dat zij automatisch onevenredig kunnen worden benadeeld door toepassing van de bestuurlijke lus. Dit neemt niet weg dat de omstandigheid dat belangen van derden nog moeten worden meegewogen ertoe kan leiden dat op het moment van toepassing van de bestuurlijke lus het voor de Afdeling niet te overzien is hoe het gebrek zal worden hersteld en binnen welke termijn. In zoverre is de aanwezigheid van derde-belanghebbenden die niet als partij aan het geding deelnemen, een omstandigheid waarmee de bestuursrechter rekening dient te houden.

Tot slot sluiten wij zeker niet uit dat ook minder principiële overwegingen en praktische beperkingen een rol spelen bij de toepassing van de bestuurlijke lus. De bestuursrechter dient immers naast het belang bij finale geschilbeslechting tevens rekening te houden met doorlooptijden en een efficiënte besteding van beschikbare middelen. Daarbij kan hij zich in de praktijk bovendien geconfronteerd zien met organisatorische belemmeringen die te maken hebben met bijvoorbeeld zittingsroosters en een beperkte capaciteit aan mankracht. Naar onze mening is het reëel dat de bestuursrechter in de praktijk ook hiermee rekening houdt. Het moge echter duidelijk zijn dat de rol die dit speelt van ondergeschikte aard moet zijn.

5.6 De bestuurlijke lus in massazaken

Het is de vraag hoe bovenstaande toepassingscriteria voor de bestuurlijke lus zich verhouden tot massazaken. Het eerste criterium voor toepassing van de lus, dat geen ander instrument voorhanden moet zijn dat vanuit een oogpunt van tijdigheid, efficiëntie en finaliteit meer is aangewezen, is naar onze indruk geen criterium dat eraan in de weg staat dat de bestuursrechter de lus toepast in massazaken. Anders is de vraag of de andere instrumenten minder snel kunnen worden toegepast in massazaken, waardoor in massazaken de bestuursrechter wellicht sneller naar de bestuurlijke lus moet uitwijken. Het criterium op zichzelf vormt volgens ons geen beletsel. Gelet op de wetsgeschiedenis kan hieraan worden toegevoegd dat het in massazaken, in aanmerking genomen de al lange voorbereidingsprocedure, extra belangrijk is om te bezien of er niet een andere rechterlijke bevoegdheid is die sneller en efficiënter tot finale geschilbeslechting leidt. Dit impliceert echter dat finale geschilbeslechting in massazaken belangrijker is dan in andere zaken. Dit is naar ons idee niet zo.

Het tweede toepassingscriterium inzake de aard van het gebrek zal naar onze indruk tot meer moeilijkheden leiden in massazaken. In massazaken waarin de besluitvormingsprocedures vaak lang zijn, zal de bestuursrechter er extra op bedacht moeten zijn in welke fase van de besluitvorming het bestuursorgaan terugvalt bij herstel van het gebrek. Herstel van een gebrek in een vroege fase van besluitvorming, bijvoorbeeld bij herstel van het hiervoor besproken gebrek in de milieueffectrapportage, betekent immers dat de hele procedure op dat onderdeel opnieuw moet worden doorlopen, met alle gevolgen van dien. De vaststelling van de bestuurlijke fase waarin herstel moet plaatsvinden, is kortom in de eerste plaats

van belang voor de vraag of herstel mogelijk is. Daarnaast is het van belang voor de vraag of herstel binnen een redelijke termijn mogelijk is. In massazaken zullen bovendien meer belangen een rol spelen en zijn meer aspecten te ontwaren die van grote invloed zijn op de inhoud van het besluit. Zo zal in een massazaak met betrekking tot een groot infrastructureel project niet alleen onderzoek moeten worden gedaan naar de gevolgen voor de geluidbelasting, maar ook naar de gevolgen voor de luchtkwaliteit, het milieu en eventueel de invloed hiervan op beschermde diersoorten. De bestuursrechter dient hierop bedacht te zijn bij de vaststelling van de aard van het gebrek en – meer in het specifiek – de invloed die herstel op het besluit zal hebben. Gelet op deze twee beoordelingspunten van de bestuursrechter is het te begrijpen dat de Afdeling in ABRvS 7 december 2011 afzag van toepassing van de bestuurlijke lus.[165] In deze zaak was door een groot aantal belanghebbenden onder meer beroep ingesteld tegen het besluit van provinciale staten van Limburg tot vaststelling van het inpassingsplan "Buitenring Parkstad Limburg". De Afdeling oordeelt dat een toereikend inzicht in de gevolgen van de weg voor de Natura 2000-gebieden Geleenbeekdal en Brunssummerheide ontbreekt. Wat betreft toepassing van de bestuurlijke lus overweegt de Afdeling: "Het is aan provinciale staten om te bepalen of en zo ja, welke onderzoeken in dat verband nodig zijn en in hoeverre hierbij binnen het kader van de passende beoordelingen kan worden gebleven. Afhankelijk van de aard van het mogelijk nieuwe besluit zal moeten worden bezien of ook andere dan natuuronderzoeken nodig zijn en of de thans uitgevoerde onderzoeken aanvulling behoeven. De Afdeling heeft in dit verband geen aanleiding gezien toepassing te geven aan artikel 8:51a van de Awb (bestuurlijke lus)." Het risico dat toepassing van de bestuurlijke lus in dit geval, gelet op het stadium waarin herstel moet plaatsvinden en de invloed van het herstel op het besluit, niet zou leiden tot finale geschilbeslechting (een niet succesvolle lus) werd door de Afdeling te groot geacht. Dit risico kan naar onze mening echter deels worden verkleind, waarbij bedacht moet worden dat de toevoeging van de bestuurlijke lus aan het instrumentenkistje van de bestuursrechter juist samenhing met de wens om in grote zaken meer armslag te creëren voor de bestuursrechter om zaken finaal af te doen. Het is de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever om in deze zaken te onderzoeken of de bestuurlijke lus kan worden toegepast, nu het belang bij finaliteit in deze gevallen zeer groot wordt geacht. Het risico op een onsuccesvolle lus in massazaken kan naar onze mening doorgaans tot een aanvaardbaar niveau worden verkleind door een duidelijke omschrijving van het gebrek in combinatie met een eveneens duidelijke herstelopdracht en – waar mogelijk – een toelichting van de lus op zitting.[166] Een goed voorbeeld van een tussenuitspraak met een heldere omschrijving van het nodige herstel is de eerder aangehaalde zaak ABRvS 5 juni 2013.[167] In deze zaak zet de Afdeling de gebreken stapsgewijs uiteen en omschrijft zij duidelijk welke vervolgstappen moeten worden genomen en welke afweging daarbij moet worden gemaakt. Voorts dient de bestuursrechter naar onze mening in massazaken een ruimere termijn te stellen voor herstel,

165 ABRvS 7 december 2011, nr. 201011757/1/R1 en 201012728/1/R1(BPL).

166 Van Ettekoven en Klap schrijven hierover dat het succes van de bestuurlijke lus in hoge mate afhankelijk is van de wijze waarop de bestuursrechter het bestuur aanwijzingen geeft om de geconstateerde gebreken te herstellen. Gelet hierop zou volgens hen dan ook beter van een 'bestuursrechterlijke lus' kunnen worden gesproken. Van Ettekoven & Klap 2010.

167 ABRvS 5 juni 2013, nr. 201208623/1/T1/A4.

zodat de bestuurlijke lus niet tot overhaast onderzoek met daaruit voortvloeiende gebrekkige besluitvorming leidt. Te meer gelet op de beleids- en beoordelingsvrijheid die het bestuur heeft in massazaken.

Wat betreft de factoren die een rol kunnen spelen gelet op de aard van de zaak is in het algemeen niet te zeggen of dit tot moeilijkheden leidt in toepassing van de bestuurlijke lus in massazaken. Wij verwachten echter wel dat naarmate de zaak in omvang toeneemt, er meer indicaties kunnen zijn om de bestuurlijke lus niet toe te passen. Zo is denkbaar dat de bestuursrechter in massazaken zich vaker geconfronteerd ziet met het feit dat een juridisch eindoordeel over de zaak het daadwerkelijke geschil niet beslecht. Ook is denkbaar dat de regierol van de bestuursrechter niet wenselijk is omdat meer ruimte nodig is voor overleg dan dat redelijkerwijs mogelijk is binnen het kader van de bestuurlijke lus, in welk verband je immers aan termijnen bent gebonden. Wij menen dat naarmate er meer indicatoren zijn om af te zien van de lus, het belang bij toepassing van de lus niet meer opweegt tegen het voordeel van de zaak terugleggen bij het bestuursorgaan, eventueel met een opdracht op grond van artikel 8:72, vierde lid, van de Awb.

In massazaken spelen veel belangen een rol. Dit betekent dat bij herstel van een inhoudelijk gebrek in het besluit, zeker als het dictum van het besluit wijzigt, opnieuw deze belangen zullen moeten worden meegewogen. Het is om die reden dat Koenraad en Verbeek stellen dat toepassing van de bestuurlijke lus achterwege dient te blijven indien in een meerpartijengeschil een reële kans bestaat dat herstel van het gebrek leidt tot wijziging van het dictum van het bestreden besluit. Volgens hen kan toepassing van de bestuurlijke lus in dat geval leiden tot processuele complicaties en daarmee nodeloze vertraging.[168] Wij kunnen ons voorstellen dat in massazaken juist vanwege de hoeveelheid belangen die een rol spelen, het voor de bestuursrechter lastig is te overzien of herstel kan plaatsvinden en of dit binnen een redelijke termijn is te voorzien. Hierbij dient naar onze mening echter onderscheid te worden gemaakt tussen de situatie dat veel derde-belanghebbenden nog in de procedure moeten worden betrokken met parallelle belangen en de situatie waarin veel derde-belanghebbenden nog in de procedure moeten worden betrokken met tegengestelde belangen. In de eerste situatie is het louter een kwestie van het aantal belanghebbenden dat tot complicaties kan leiden. Hoewel dit vanuit praktisch oogpunt lastig kan zijn, en wellicht ook een ruimere hersteltermijn vereist, behoeft dit naar onze mening geen beletsel te vormen voor toepassing van de bestuurlijke lus in massazaken. Dit is anders in de situatie dat tegengestelde belangen van derden in de afweging moeten worden meegenomen. De uitkomst van de belangenafweging is in dat geval lastiger te voorspellen waardoor het in veel gevallen voor de bestuursrechter niet mogelijk zal zijn te overzien of herstel kan plaatsvinden en of dit binnen een redelijke termijn is te voorzien. Kortom, in massazaken met veel derde-belanghebbenden met tegengestelde belangen verwachten wij dat de bestuursrechter tegen de grenzen zal aanlopen van zijn mogelijkheden om met toepassing van de lus het geschil finaal te beslechten.

168 L.M. Koenraad & 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', NTB 2011, 12.

6 Conclusie: massaal finaal?

Aan het begin van dit preadvies stelden wij de vraag in hoeverre de rechter zijn rol als slagvaardige geschilbeslechter kan uitoefenen in massazaken. Deze vraag proberen wij in deze conclusie te beantwoorden op basis van de hiervoor besproken finaliseringsinstrumenten en aan de hand van de kenmerken van de besluiten die ter beoordeling staan in massazaken. Deze kenmerken zijn: een lang besluitvormingsproces, uitgebreide onderzoeken, de toepassing van afdeling 3.4 van de Awb, beleids- en beoordelingsvrijheid, de afweging van tegengestelde belangen en de aanwezigheid van derde-belanghebbenden die niet aan het proces deelnemen. De kenmerken zijn niet geheel van elkaar te onderscheiden. Zo wordt het nemen van het besluit vaak voorafgegaan door een lang besluitvormingsproces, hetgeen samenhangt met de toepassing van afdeling 3.4 van de Awb en het uitgebreide onderzoek dat wordt verricht ten behoeve van de vaststelling van de relevante feiten en omstandigheden. Eenzelfde samenhang bestaat tussen de tegengestelde belangen en de aanwezigheid van derde-belanghebbenden die niet aan het proces deelnemen.

Allereerst is het lange besluitvormingsproces van invloed op de mogelijkheden die de bestuursrechter heeft voor slagvaardige geschilbeslechting in massazaken. Door het lange besluitvormingsproces kunnen de (juridische) feiten en/of omstandigheden op het moment dat uitspraak wordt gedaan zijn gewijzigd ten opzichte van de vaststelling van de feiten ten tijde van het voorbereiden van het besluit. Dit kan de rechter in een lastig parket brengen. In de eerste plaats is dit het geval bij toepassing van de bevoegdheden om de rechtsgevolgen in stand te laten en zelf in de zaak te voorzien. Vanwege de beoordeling *ex nunc* bij het gebruik van deze bevoegdheden dient de rechter te bezien of de relevante feiten en omstandigheden zijn gewijzigd, waarna hij moet onderzoeken welke gevolgen een eventuele wijziging heeft voor het bestreden besluit. Zoals in de vorige hoofdstukken reeds is uiteengezet zal de rechter doorgaans niet over de vereiste deskundigheid beschikken om deze nieuwe feiten en omstandigheden te kwalificeren. Daarnaast doet zich de complicatie voor dat ook partijen de gelegenheid moeten krijgen om hun standpunt uiteen te zetten over de vaststelling van de feiten en de vraag welke gevolgen deze nieuwe feiten en omstandigheden hebben voor de te nemen beslissing van de rechter. De bestuursrechter dient zich hiervan terdege bewust te zijn. Ook voor de bestuurlijke lus geldt dat gewijzigde feiten en omstandigheden aanleiding kunnen geven om de bevoegdheid hiertoe niet toe te passen, nu herstel van het gebrek in geval van gewijzigde feiten en/of omstandigheden kan leiden tot een compleet nieuw geschil. In dat geval zal de regie van de bestuursrechter doorgaans geen of nauwelijks toegevoegde waarde hebben ten opzichte van een nieuwe beroepsprocedure. Het lange besluitvormingsproces kan daarnaast een indicatie

zijn om niet te lussen, namelijk als herstel van het gebrek van het bestuur vergt dat het terugvalt in een vroege fase van de besluitvorming.

Voorts kenmerken besluiten die in massazaken ter beoordeling staan zich door de beleids- en beoordelingsvrijheid die aan het bestuursorgaan is toegekend voor het nemen van een besluit. Deze keuzevrijheid leidt ertoe dat de rechter vaak niet kan vaststellen dat het bestuursorgaan ondanks het gebrek hetzelfde besluit zou nemen, hetgeen een complicatie vormt bij het passeren van gebreken en het in stand laten van de rechtsgevolgen in massazaken. Indien de rechter zelf in de zaak wil voorzien, kan de keuzevrijheid van het bestuursorgaan ook tot complicaties leiden. De bestuursrechter zal vanwege de beleidsvrijheid immers regelmatig niet de overtuiging hebben dat bij herstel van het gebrek een besluit moet worden genomen met een andere inhoud dan het vernietigde besluit. Indien dit wel vaststaat dan dient de bestuursrechter bovendien vanwege de bestuurlijke keuzevrijheid het bestuursorgaan ertoe te bewegen een keuze te maken tussen de beslissingsalternatieven die hem resteren. Deze omstandigheden kunnen in de weg staan aan het zelf in de zaak voorzien. Voor het toepassen van de bestuurlijke lus vormt de keuzevrijheid van het bestuursorgaan doorgaans geen beletsel. Sterker nog, de bestuurlijke keuzevrijheid kan juist de reden vormen om over te gaan tot de aanwending van dit instrument.

In massazaken spelen tot slot ook belangen van derden die niet aan het proces deelnemen. Dit kan voor de bestuursrechter aanleiding vormen zijn finaliseringsinstrumenten in massazaken niet toe te passen. Allereerst dient de rechter indien hij het gebrek wil passeren, de rechtsgevolgen in stand wil laten of zelf in de zaak wil voorzien, actief te onderzoeken wie door het besluit rechtstreeks in hun belangen worden geraakt. Bij het passeren van gebreken is daarnaast relevant of deze belanghebbenden door het gebrek zijn benadeeld, terwijl bij het in stand laten van de rechtsgevolgen en het zelf in de zaak voorzien moet worden beoordeeld of de derden door toepassing van de bevoegdheid in hun belangen worden geschaad. In massazaken waarin een besluit ter beoordeling staat dat veel partijen in hun belangen raakt en het besluit het resultaat is van een afweging van tegengestelde belangen, is de kans groter dat één van deze partijen door het gebrek of de aanwending van de bevoegdheid wordt benadeeld. Zo is de kans groter dat één van de belanghebbenden schade heeft geleden door het gebrek, hetgeen een beletsel vormt voor het passeren van gebreken. Voor het in stand laten van de rechtsgevolgen in massazaken geldt dat zich eerder grote gebreken zullen voordoen waarvan niet is uit te sluiten dat herstel tijdens de rechterlijke procedure tot benadeling leidt van derden. In massazaken is voorts de kans groter dat derde-belanghebbenden een participatiemogelijkheid hebben waarin zij met succes hun bezwaren kenbaar kunnen maken, hetgeen in de weg staat aan het in stand laten van de rechtsgevolgen dan wel het zelf in de zaak voorzien. In zaken die zich lenen voor toepassing van de bestuurlijke lus is de aanwezigheid van derde-belanghebbenden van belang bij beantwoording van de vraag of herstel kan plaatsvinden en of dit binnen een redelijke termijn kan plaatsvinden. In dit kader dient de rechter het soort belangen in te schatten ten opzichte van de belangen van partijen die deelnemen aan de procedure. Zijn dit parallelle of tegengestelde belangen? In het laatste geval zal toepassing van de lus vaker achterwege blijven omdat de rechter niet zal kunnen overzien hoe het besluit wordt hersteld en binnen welke termijn.

Sommige van de kenmerken van besluiten die in massazaken ter beoordeling staan brengen in combinatie met de toepassingcriteria van de finaliseringsinstrumenten aldus met zich dat de rechter het geschil niet slagvaardig kan beslechten. Dit betekent evenwel niet dat de rechter in massazaken geenszins in staat is om partijen duidelijkheid te geven over hun rechtspositie. Onze conclusie is dat hoewel het voor de rechter een uitdaging kan zijn om te gaan met de complicaties die de besluiten in massazaken met zich brengen voor de toepassing van zijn finaliseringsinstrumenten, hij met een creatieve opstelling en een actieve houding veel obstakels kan wegnemen. Zoals juristen wel vaker een vraag beantwoorden, luidt ook ons antwoord op de vraag of de rechter zijn rol als slagvaardige geschilbeslechter kan uitoefenen in massazaken: "Dat hangt ervan af."

7 Stellingen

Tijdens de bijeenkomst op 13 december 2013 hebben wij de volgende stellingen voorgelegd.

Stelling 1: Vanwege de keuzevrijheid die het bestuur heeft bij het nemen van besluiten die in massazaken ter beoordeling staan, kan artikel 6:22 van de Awb in massazaken veelal niet worden toegepast bij gebreken die de materiële inhoud van het besluit raken.

Stelling 2: In massazaken dient de rechter af te zien van toepassing van de bestuurlijke lus indien herstel van het gebrek van het bestuur vergt dat het terugvalt in een vroege fase van het bestuurlijke besluitvormingsproces, terwijl herstel naar verwachting van grote invloed zal zijn op de inhoud van het bestreden besluit. In alle andere gevallen staat de aard van het gebrek ook in massazaken niet aan toepassing van de lus in de weg.

Stelling 3: De aanwezigheid van derde-belanghebbenden in massazaken vormt alleen in geval van het vermoeden van tegengestelde belangen een indicatie om af te zien van toepassing van de bestuurlijke lus.

Stelling 4: De rechter kan in massazaken alleen tot slagvaardige geschilbeslechting komen als hij zich actiever opstelt in de voorprocedure.

Massaal procederen in het belastingrecht

*Mr. T.C. Gerverdinck en mr. C.A.H. Bikkers**

1	**Inleiding**	**71**
2	**De wettelijke regeling voor collectieve afdoening van massaal bezwaar**	**73**
2.1	De voorgeschiedenis	73
2.2	Introductie van de wettelijke regeling	74
2.3	De aanwijzing als massaal bezwaar	74
2.4	De rechtsvraag	75
2.5	Rechter beslist in voordeel Belastingdienst	76
2.6	Rechter beslist in voordeel van belanghebbenden	76
2.7	Individuele afdoening	76
2.8	Herziening naar aanleiding van onherroepelijke rechterlijke uitspraak	77
2.9	Termijnen	78
3	**Evaluatie van de wettelijke regeling**	**79**
3.1	Inleiding	79
3.2	Beroep alleen mogelijk tegen de rechtsvraag	79
3.3	Onterechte aanwijzing als massaal bezwaar	81
3.4	Strijd met artikel 6 EVRM?	81
3.5	Wanneer is bezwaar 'massaal'?	82
3.6	Selectie van zaken	82
3.7	Geen invloed op de procedure	83
3.8	Geen hoorzitting	83
3.9	Tussenconclusie	84
4	**Ervaringen in de praktijk**	**85**
4.1	Inleiding	85
4.2	Aanleiding tot aanwijzing	85
4.3	Aanwijzing als massaal bezwaar	86
4.4	De selectie van de bezwaren voor de proefprocedure	88
4.5	Status proefprocedures	88

* Mr. T.C. Gerverdinck is als gerechtsauditeur verbonden aan het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad der Nederlanden en werkzaam voor de Belastingkamer. Mr. C.A.H. Bikkers is advocaat bij De Bont Advocaten te Amsterdam.

5 Alternatieve vormen van afdoening 89

6 Conclusie 93

1 Inleiding

De Belastingdienst is een organisatie die gewend is aan grote aantallen. Zo volgt uit het beheersverslag van de Belastingdienst van het jaar 2011 dat er in dat jaar in totaal ruim 69,5 miljoen aanslagen en beschikkingen inzake toeslag zijn verwerkt.[1] Mede door digitalisering van de processen is de Belastingdienst in staat om een dergelijke hoeveelheid beschikkingen te 'produceren'. De Belastingdienst ontvangt jaarlijks ook een groot aantal bezwaarschriften. In 2011 lag dat aantal op 616.334. Het uitgangspunt is dat al die bezwaren individueel worden afgedaan door de belastinginspecteurs. Over het algemeen lukt het heel aardig om al die bezwaren tijdig af te doen (in 2011 werd een score van 99,3% behaald). Toch ontvangt de Belastingdienst soms zoveel bezwaarschriften dat individuele afdoening ervan ondoenlijk is. De wetgever heeft daarom gemeend de Belastingdienst de mogelijkheid te moeten geven om bij massaal bezwaar via een collectieve uitspraak op alle bezwaren ineens te kunnen beslissen. Deze mogelijkheid is al in 2003 in de wet opgenomen, maar recent is deze pas voor het eerst toegepast. Op zich is het opvallend dat de regeling voor massaal bezwaar zo weinig is toegepast, omdat er in de fiscale praktijk met enige regelmaat kwesties zijn die tot een groot aantal bezwaarschriften leiden. Blijkbaar wordt dat in de praktijk op een andere manier opgelost.

In dit preadvies zullen wij eerst de wettelijke regeling beschrijven (hoofdstuk 2). Vervolgens geven wij de kritiek weer die in de vakliteratuur al is verschenen op de wettelijke regeling, aangevuld met onze eigen observaties (hoofdstuk 3). In hoofdstuk 4 gaan wij nader in op de ervaring die is opgedaan met de wettelijke regeling voor massaal bezwaar in de zaken over de zogenoemde bedrijfsopvolgingsfaciliteit (BOF) in de schenk- en erfbelasting. Daarna proberen wij te achterhalen waarom de wettelijke regeling zo weinig wordt toegepast en beschrijven we een alternatieve wijze waarop in de praktijk wordt omgegaan met massale bezwaren (hoofdstuk 5). We eindigen met een conclusie en een aantal stellingen voor de vergadering van de Jonge VAR op 13 december 2013.

1 Beheerverslag Belastingdienst 2011, p. 32. Te raadplegen via http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/jaarverslagen/2012/05/16/bijlage-kamerbrief-over-beheerverslag-belastingdienst-2011.html.

2 De wettelijke regeling voor collectieve afdoening van massaal bezwaar

2.1 De voorgeschiedenis

Met enige regelmaat wordt de Belastingdienst geconfronteerd met een groot aantal bezwaarschriften die dezelfde rechtsvraag aan de orde stellen. Dat dit 'massale' vormen kan aannemen blijkt wel uit de ongeveer 1,4 miljoen bezwaarschriften die eind jaren negentig werden ingediend over een kwestie met betrekking tot de belastingheffing over vakantiegeld.[2] Alle bezwaarschriften individueel afdoen zou een groot beslag leggen op de menskracht van de Belastingdienst en zou ook forse kosten meebrengen. Daarom werd in een aantal beleidsbesluiten aangekondigd dat de Belastingdienst een praktische beleidslijn zou volgen bij het afdoen van de bezwaren.[3] Deze beleidslijn hield in dat:[4]

- bezwaren zoveel mogelijk met instemming van de belanghebbende worden aangehouden totdat de administratieve rechter in belastingzaken heeft beslist;
- indien een belanghebbende daarmee niet akkoord gaat het bezwaar wordt afgewezen;
- in het algemeen geen toezeggingen worden gedaan om ambtshalve op onherroepelijk vaststaande aanslagen terug te komen; en
- in het bijzonder in het geval van de vakantiegeldkwestie de bezwaren niet individueel worden afgedaan, maar per advertentie in de dagbladpers wordt meegedeeld dat en waarom de bezwaren niet individueel worden afgedaan.

Uiteindelijk besliste de Hoge Raad in het voordeel van de Belastingdienst[5] en werden de bezwaarschriften collectief via een advertentie afgedaan. Ons is niet bekend of er belastingplichtigen waren die zich hiertegen hebben verzet.

2 *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 349, nr. 3, p. 1.
3 Besluit Staatssecretaris van Financiën van 17 december 1996, nr. AFZ96/3312M, *BNB* 1997/91 en Besluit Staatssecretaris van Financiën van 7 maart 1997, nr. AFZ97/754M, *BNB* 1997/166.
4 Dit ontlenen wij aan de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel 28 349 (Invoering in de Algemene wet inzake rijksbelastingen van de mogelijk tot het doen van collectieve uitspraak op massaal bezwaar).
5 HR 16 juni 1999, *BNB* 1999/286 en 287.

2.2 Introductie van de wettelijke regeling

De in de praktijk toegepaste regeling stelde de Belastingdienst in staat om de massaal ingediende bezwaarschriften op een efficiënte manier af te doen. Die wijze van afdoening was echter niet in overeenstemming met het wettelijk uitgangspunt van dat moment dat alle bezwaarschriften individueel worden afgedaan. Dit werd door de wetgever als een onwenselijke situatie gezien. In 2001 werd dan ook een wetsvoorstel ingediend om de Belastingdienst een wettelijke grondslag te bieden om bij massaal bezwaar een collectieve uitspraak op massaal bezwaar te kunnen doen.[6] Uiteindelijk is per 1 april 2003 artikel 25a van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR) in werking getreden.[7]

2.3 De aanwijzing als massaal bezwaar

Artikel 25a, lid 1, AWR geeft de minister van Financiën de bevoegdheid om in geval dat een groot aantal bezwaren is gericht tegen de beslissing op eenzelfde rechtsvraag, die bezwaren aan te wijzen als massaal bezwaar. Die aanwijzing geldt ook voor accessoire kwesties die zich lenen voor niet-individuele afdoening. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een verzoek om een proceskostenvergoeding in de bezwaarfase. Hoewel volgens de wet het primaat voor toepassing van de regeling van massaal bezwaar ligt bij de minister van Financiën, wordt die bevoegdheid in de praktijk uitgeoefend door de staatssecretaris van Financiën (hierna: de staatssecretaris).

Uit de Memorie van Toelichting volgt dat het moet gaan om een geval waar de Belastingdienst voorziet dat een groot aantal ingediende bezwaren tot een zeer grote werklast zal leiden. Voorts moet de Belastingdienst op goede gronden van oordeel zijn dat de bezwaren op grond van het geldende recht afgewezen moeten worden en dat de belastingrechter redelijkerwijs tot hetzelfde oordeel zal komen.[8] Als de staatssecretaris het advies van de Belastingdienst overneemt, dan wijst hij de bezwaren die de rechtsvraag betreffen aan als massaal bezwaar. Een afschrift van de aanwijzing wordt naar de Tweede Kamer gezonden. De aanwijzing treedt in werking als de Tweede Kamer vier weken na de toezending niet kenbaar heeft gemaakt zich er niet in te kunnen vinden. Gelet op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in het belastingrecht kunnen individuele belastingplichtigen zich niet verzetten tegen het besluit tot aanwijzing van de staatssecretaris.

De staatssecretaris kent aan een of enkele bezwaarschriften niet de status van massaal bezwaar toe (artikel 25a, lid 3, AWR). Deze 'pilotzaken' zullen worden voorgelegd aan de rechter ter beantwoording van de rechtsvraag. Volgens de Memorie van Toelichting zal de staatssecretaris er met name op letten dat de uitgezonderde bezwaren adequaat gemotiveerd zijn en dat zoveel mogelijk relevante

6 *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 349.
7 Wet van 19 december 2002, *Stb.* 2003, 10.
8 *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 349, nr. 3, p. 2.

aspecten aan de orde komen.[9] Voorts zal de staatssecretaris een inspecteur aanwijzen die de door hem voorziene collectieve uitspraak op het massale bezwaar zal doen (artikel 25a, lid 4, AWR).

De staatssecretaris kan alvorens tot aanwijzing als massaal bezwaar over te gaan advies inwinnen bij externe deskundigen. De toelichting bij het wetsvoorstel noemt als mogelijke adviseurs: de voorzitter van een organisatie van belastingadviseurs, een hoogleraar belastingrecht of een oud-lid van de rechterlijke macht of het parket bij de Hoge Raad.[10]

De aanwijzing als massaal bezwaar brengt mee dat belanghebbenden die onder de aanwijzing vallen niet worden gehoord (artikel 25a, lid 6, AWR).

2.4 De rechtsvraag

De aanwijzing als massaal bezwaar geldt voor alle bezwaren die alleen de rechtsvraag betreffen. Het begrip rechtsvraag moet in dit verband ruim worden opgevat, omdat ook eventuele accessoire kwesties en aspecten van feitelijke aard die onverbrekelijk zijn verbonden met de rechtsvraag geacht worden van die rechtsvraag deel uit te maken.[11] In de wetsgeschiedenis is als voorbeeld van een rechtsvraag genoemd de vraag of in een bepaalde situatie het gelijkheidsbeginsel noopt tot toekenning van een faciliteit aan een groep belastingplichtigen waarvoor de faciliteit door de wetgever niet is bedoeld.[12] De beantwoording van die (rechts)vraag vergt van de rechter onder meer een feitelijk oordeel over de vergelijkbaarheid van de vermeend ongelijk behandelende gevallen. Van een zuivere rechtsvraag in rechtstheoretische zin is dus geen sprake. In cassatietermen zou dit een gemengd oordeel worden genoemd.[13]

Alleen bezwaarschriften die niet meer dan de aangewezen rechtsvraag aan de orde stellen lopen mee in het massaal bezwaar. Als het bezwaar ook nog andere geschilpunten dan de rechtsvraag bevat, komt het dus niet in aanmerking voor collectieve afdoening. In dat geval moet de gewone rechtsgang worden gevolgd. Dit biedt de belanghebbende een mogelijkheid om onder de aanwijzing van massaal bezwaar uit te komen. Het aanvoeren van een ondergeschikt geschilpunt[14] is voldoende om een individuele behandeling van het bezwaar af te dwingen. Dit kan gezien worden

9 *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 349, nr. 3, p. 5.
10 Volgens P.G.M. Jansen zou hier een rol weggelegd kunnen zijn voor de procureur-generaal bij de Hoge Raad; P.G.M. Jansen, 'Collectieve afdoening van massaal bezwaar', *WFR* 2002/969.
11 *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 349, nr. 3, p. 4.
12 Het is nu juist een variant op deze vraag die in 2012 voor het eerst heeft geleid tot toepassing van de wettelijke regeling van massaal bezwaar. De opstellers van de Memorie van Toelichting lijken met de kennis van nu haast over profetische gaven te beschikken. Voor een uitgebreide beschrijving van de toepassing van artikel 25a AWR in de praktijk verwijs ik naar hoofdstuk 4.
13 Zie hierover onder meer R.E.C.M. Niessen & C.M. Bergman, *Cassatie in belastingzaken*, Deventer: Kluwer 2006, p. 96-97.
14 Een belanghebbende zou bijvoorbeeld de bevoegdheid van de inspecteur ter discussie kunnen stellen.

als een (informele) mogelijkheid van '*opting out*'.[15] Het moet uiteraard wel gaan om een geschilpunt dat niet accessoir is aan de rechtsvraag.

2.5 Rechter beslist in voordeel Belastingdienst

Als de Hoge Raad[16] beslist in het voordeel van de Belastingdienst, dan zal de door de staatssecretaris aangewezen inspecteur (thans) binnen zes weken na het onherroepelijk worden van die uitspraak een collectieve uitspraak op bezwaar doen (artikel 25, lid 7, AWR). Alle bezwaren worden daarbij geacht ontvankelijk te zijn (dus bijvoorbeeld ook bezwaren die te laat zijn ingediend of die zijn ingediend door of namens iemand die geen belanghebbende is). De collectieve uitspraak wordt bekendgemaakt in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws-, of huis-aan-huisblad, dan wel op een andere geschikte wijze. Het is niet mogelijk om in beroep te gaan tegen de collectieve uitspraak. Wel kan een belanghebbende de 'eigen' inspecteur binnen een redelijke termijn verzoeken om de collectieve uitspraak te vervangen door een individuele uitspraak (artikel 25a, lid 9, AWR). Tegen die individuele uitspraak kan vervolgens wel beroep worden ingesteld, met dien verstande dat het beroep niet meer dan de rechtsvraag kan betreffen. Andere geschilpunten kunnen dan niet meer worden aangevoerd.

2.6 Rechter beslist in voordeel van belanghebbenden

Als de Hoge Raad de Belastingdienst geheel of gedeeltelijk in het ongelijk stelt, vervalt de aanwijzing als collectief bezwaar (artikel 25a, lid 11, AWR). De 'gewone' regels voor het doen van uitspraak op bezwaar herleven dan, zodat alle bezwaren individueel afgedaan moeten worden door de daartoe bevoegde inspecteur. Zo zal onder meer de ontvankelijkheid van het bezwaar beoordeeld moeten worden. De inspecteur zal zich moeten houden aan de wettelijke termijnen voor het doen van uitspraak op bezwaar. Het ligt voor de hand dat de inspecteurs van de Belastingdienst zich bij het doen van uitspraak op bezwaar zoveel als mogelijk zullen bedienen van een standaard motivering.

2.7 Individuele afdoening

Als het bezwaar meer omvat dan de rechtsvraag, is de regeling van artikel 25a AWR niet van toepassing en moet het bezwaar individueel worden behandeld. Een belanghebbende kan in dat geval met de inspecteur afspreken dat het bezwaar wordt aangehouden en dat pas uitspraak wordt gedaan als de aangewezen rechtsvraag door de Hoge Raad is beantwoord. Als een belanghebbende niet wil wachten op een rechterlijke beslissing over de rechtsvraag, dan kan hij de inspecteur verzoe-

15 Zie R.H. Happé, *Afwikking van massaschade in het belastingrecht: de collectieve uitspraak op bezwaar, Het wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade*, Den Haag: Boom 2006, p.42-43.

16 Wij gaan ervan uit dat uiteindelijk de Hoge Raad zal beslissen over een op de voet van artikel 25a AWR aangewezen rechtsvraag.

ken om uitspraak op bezwaar te doen. Artikel 25a, lid 12, AWR schrijft in dat geval voor dat de inspecteur op de rechtsvraag in het nadeel beslist van de belanghebbende. Nadat de inspecteur uitspraak op bezwaar heeft gedaan kan de belanghebbende in beroep gaan tegen zowel de afwijzende beslissing over de rechtsvraag als de overige elementen van de uitspraak op bezwaar. Op die manier kan hij een procedure voeren over de rechtsvraag die loopt naast de massale procedure. In theorie is het zelfs mogelijk dat de Hoge Raad eerder beslist in een individuele zaak dan in de massale procedure. Dit ligt echter niet voor de hand, omdat de inspanning bij een massale procedure erop gericht zal zijn om zo snel mogelijk antwoord van de rechter op de rechtsvraag te krijgen (zie paragraaf 2.9).

Als de Hoge Raad in de massale procedure in het voordeel van de belanghebbende beslist, dan is de inspecteur verplicht om alsnog ambtshalve aan het individuele bezwaar over de rechtsvraag tegemoet te komen (artikel 25a, lid 12, AWR).

2.8 Herziening naar aanleiding van onherroepelijke rechterlijke uitspraak

Als de rechtsvraag geheel of gedeeltelijk in het voordeel van de belanghebbende is beantwoord, dan werkt die beslissing ook door naar belanghebbenden die geen bezwaar hebben aangetekend, maar van wie de aanslag ten tijde van de aanwijzing als massaal bezwaar nog niet onherroepelijk vaststond (artikel 25a, lid 13, AWR). Deze regeling is per 1 januari 2004 in werking getreden, met terugwerkende kracht tot 1 april 2003.[17] Uit de parlementaire behandeling volgt dat er vooral praktische overwegingen aan de regeling ten grondslag liggen. De gedachte is dat niemand ermee gebaat is als belanghebbenden ter behoud van rechten massaal bezwaarschriften indienen.[18]

De regeling verplicht de inspecteur om als de uitspraak van de Hoge Raad daartoe aanleiding geeft, alle aanslagen die nog niet onherroepelijk vaststaan ambtshalve te herzien. Volgens artikel 25a, lid 13, AWR moet herziening plaatsvinden binnen een jaar na beantwoording van de rechtsvraag. Een praktisch probleem van deze regeling is dat de inspecteur wel moet weten welke aanslagen hij moet herzien. De inspecteur is namelijk niet zonder meer op de hoogte van alle aanslagen waarvoor de beslissing relevant is. Zo zijn in belastingaangiften de bestanddelen van het inkomen niet tot in detail gespecificeerd en is de inspecteur ook niet bekend met de aftrekposten van individuele belastingplichtigen als die niet zijn vermeld in de aangifte. Dat kan zich voordoen als een belanghebbende op basis van de heersende leer veronderstelde dat geen recht bestond op de aftrekpost.[19] Belanghebbenden die voor ambtshalve herziening in aanmerking komen doen er dan ook verstandig aan om de inspecteur hiervan op de hoogte te stellen.

17 Wet van 18 december 2003, *Stb.* 2003, 528.
18 *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 026, nr. 5, p. 14.
19 *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 026, nr. 5, p. 15.

Belanghebbenden kunnen de belastinginspecteur alleen verzoeken om hun aanslag te herzien als zij bekend zijn met de rechterlijke uitspraak. In de parlementaire behandeling is opgemerkt dat de Belastingdienst een voor belanghebbenden gunstige uitspaak in het kader van massaal bezwaar op zo ruim mogelijke schaal via de media bekend zal maken. Daarbij zullen belanghebbenden worden opgeroepen bekend te maken dat zij tot de doelgroep behoren.[20] Vanaf het moment van de rechterlijke uitspraak bedraagt de herzieningstermijn maximaal vijf jaren (artikel 25a, lid 13, AWR).

2.9 Termijnen

Als een rechtsvraag is aangewezen voor massaal bezwaar, is het voor de praktijk van belang dat deze zo snel mogelijk door de hoogste rechter wordt beantwoord. De geselecteerde zaken volgen de normale rechtsgang, maar er zijn een aantal wettelijke mogelijkheden om de duur van de procedure te verkorten. Ten eerste bestaat de mogelijkheid om met instemming van partijen de bezwaarfase over te slaan door rechtstreeks beroep in te stellen bij de rechter. Deze mogelijkheid van prorogatie is opgenomen in artikel 7:1a van de Awb. Verder kan de hoger beroepsfase worden overgeslagen door het instellen van sprongcassatie tegen de uitspraak van de rechtbank (artikel 28, lid 3, AWR). Bij de rechter kan nog het verzoek worden ingediend om de zaak versneld te behandelen. Zo ligt er een snelweg naar de Hoge Raad die rechtstreeks loopt van aanslag, naar beroep bij de rechtbank, naar cassatieberoep.

In het civiele recht is de mogelijkheid geïntroduceerd voor de feitenrechter om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad.[21] Hierdoor kunnen rechtsvragen meteen worden voorgelegd aan de Hoge Raad, zonder dat de rechtbank eerst uitspraak hoeft te doen en partijen beroep in cassatie moeten indienen. Hierdoor kan belangrijke tijdwinst worden geboekt bij de beantwoording van een rechtsvraag. De staatssecretaris onderzoekt nog of het belastingrecht ook verrijkt moet gaan worden met het instrument van prejudiciële vragen.[22] Uiteindelijk is het de wetgever die daarover zal beslissen. Het komt ons voor dat prejudiciële vragen een waardevolle aanvulling van het arsenaal van mogelijkheden van partijen en de rechter kan zijn om zo snel mogelijk duidelijkheid te krijgen over een rechtsvraag. Het gaat het bestek van dit preadvies verder te buiten om nader in te gaan om het fenomeen prejudiciële vragen.[23]

---

20 *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 026, nr. 5, p. 15.

21 Wet van 9 februari 2012 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de civiele kamer van de Hoge Raad (Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad), *Stb.* 2012, 65.

22 Brief van de staatssecretaris van Financiën van 20 maart 2013, nr. AFP2013/62M, p. 5, NTFR 2013/623.

23 Zie over prejudiciële vragen in het belastingrecht onder meer M.J.C. Pieterse, 'Evenwicht is een dynamische toestand, Over schuivende machten en de rechtsvormende rol van de Hoge Raad', NJB 2013, 2512.

3 Evaluatie van de wettelijke regeling

3.1 Inleiding

Het wetsvoorstel tot introductie van de regeling voor massaal bezwaar werd destijds in de literatuur kritisch ontvangen.[24] Verschillende auteurs signaleerden knelpunten in de regeling, met name op het gebied van de rechtsbescherming. In dit hoofdstuk besteden wij aandacht aan de al geformuleerde punten van kritiek en vullen dit aan met onze eigen observaties.

3.2 Beroep alleen mogelijk tegen de rechtsvraag

Unaniem kritisch is de literatuur over artikel 25a, lid 9, AWR, ingevolge welke bepaling het beroep tegen de individuele uitspraak slechts de rechtsvraag kan betreffen. Deze bepaling is in strijd met het uitgangspunt dat een belastingprocedure over de hele aanslag gaat en dat het partijen vrijstaat om in iedere stand van de procedure nieuwe elementen van de aanslag aan de orde te stellen.[25] Het is duidelijk dat de bepaling van artikel 25a, lid 9, AWR een belangrijke beperking is van die vrijheid van de belanghebbende. Naar aanleiding van kritische vragen van de VVD-fractie is de wetgever nader ingegaan op de achtergrond van artikel 25a, lid 9, AWR. In de nota naar aanleiding van het verslag is het volgende opgemerkt:[26]

> "De leden van de VVD-fractie hebben er moeite mee dat een hofprocedure na een collectieve uitspraak slechts de rechtsvraag kan betreffen. Dat is begrijpelijk; die moeite bestaat ook bij de opstellers van het wetsvoorstel. Toch is na afweging besloten te komen tot de voorgestelde bepaling. Bij een normale procedure is de situatie ontstaan dat gedurende de rechtsgang, tot en met de procedure voor het gerechtshof, door beide procederende partijen nog nieuwe materiële elementen in de discussie kunnen worden betrokken. De inspecteur kan in de bezwaarfase bijvoorbeeld toegeven dat het bezwaar terecht is maar dat er bij nader inzien een aantal inkomensbestanddelen nog niet in de heffing waren betrokken, zodat de aanslag toch niet te hoog is. Andersom

24 E.J.M.Rosier, 'Een kudde belastingplichtigen en hun rechtsbescherming', *WFR* 2002/965; P.G.M. Jansen, 'Collectieve afdoening van massaal bezwaar', *WFR* 2002/969; R.H. Happé, 'Ongewenste fanmail', *WFR* 2002/1124; E. Poelmann, 'Invoering van de mogelijkheid tot het doen van een collectieve uitspraak op massaal bezwaar; het nieuwe artikel 25a AWR', *TFB* 2003/1; R.H. Happé, 'Afwikkeling van massaschade in het belastingrecht: de collectieve uitspraak op bezwaar', in: *Het wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade*, Den Haag: Boom 2006 en Y. Schuurmans, 'Massale procedures in het bestuursrecht', *NJB* 2013/1251.

25 Hoge Raad 24 januari 2003, *BNB* 2003/172.

26 *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 349, nr. 5, p. 9.

kan de belastingplichtige bijvoorbeeld bij het hof nog inbrengen dat de aanslag nog lager moet zijn dan hij in zijn bezwaarschrift al stelde. Voor dit soort door de belanghebbende ingebrachte elementen is dus in feite het verstrijken van de bezwaartermijn niet meer relevant. Dit aspect van negatie van de bezwaartermijn is niet bewust in de procesregels gebracht maar is daar als het ware vanzelf in terechtgekomen. In normale gevallen geldt voor belastingplichtigen die niet in bezwaar waren gekomen, vanzelfsprekend niet een mogelijkheid van negatie van de bezwaartermijn.
Bij massaal bezwaar ligt het in het gros van de gevallen anders. Daarbij gaat het niet om belastingplichtigen die toch al bezwaar hebben en daarbij ook de rechtsvraag meenemen. Dergelijke bezwaren kunnen geen massaal bezwaar zijn en voor hen geldt dus niet het voorschrift dat een beroep slechts de rechtsvraag kan betreffen. Bij massaal bezwaar gaat het om de duizenden belastingplichtigen, soms honderdduizenden, die proforma bezwaar maken door middel van door de vakbond, de consumentenbond, de accountant of wie dan ook uitgedeelde standaardformulieren, of op de bezwaargolf meedrijven met behulp van op internet ter beschikking gestelde modellen. Aan de gebruikelijke ontvankelijkheidsvoorschriften hoeven zij op grond van het zesde lid, laatste volzin, niet te voldoen. Zou het voorgestelde negende lid niet gelden, dan zouden zij, na de collectieve uitspraak, dus een groot aantal maanden na de belastingaanslag, alsnog in beroep kunnen komen inzake een geheel andere kwestie.
Dit tegen elkaar afwegende ben ik tot de conclusie gekomen dat dit laatste een ongerechtvaardigde bevoordeling zou betekenen van degenen die massaal bezwaar hebben aangetekend ten opzichte van belastingplichtigen die dat niet hebben gedaan, wellicht naar aanleiding van een toezegging van de staatssecretaris in niet-bezwaargevallen de aanslag ambtshalve te zullen verminderen indien de uitspraak van de Hoge Raad daartoe aanleiding geeft. Ik wijs erop dat door de redactie van het negende lid de inspecteur zijnerzijds, in afwijking van de normale gang van zaken, ook niet de mogelijkheid heeft de kwestie van de rechtsvraag te pareren met een verhoging van het belastbare inkomen op een ander punt. Ook in die zin is hier dus sprake van een evenwichtige maatregel.
Een laatste aspect hierbij is dat het zich kan voordoen dat de Belastingdienst, met name ook door het niet van toepassing zijn van de normale ontvankelijkheidsvoorschriften, niet meer over de mogelijkheid beschikt om adequaat op nieuwe door de belastingplichtige gestelde feiten te reageren. Zonder het negende lid zou men zodanige maatregelen moeten nemen dat deze mogelijkheid wel bestaat, waardoor een groot deel van het efficiencyvoordeel zou verdwijnen."

De door de wetgever gegeven argumenten overtuigen ons niet en rechtvaardigen ons inziens niet de categorische beperking van de beroepsmogelijkheden voor alle belanghebbenden die onder de aanwijzing als massaal bezwaar vallen. Daar komt bij dat de wet niet de mogelijkheid biedt om onder het massaal bezwaar uit te kunnen, anders dan de 'informele *opting out*', zoals beschreven in paragraaf 2.4. Om van die mogelijkheid gebruik te kunnen maken moet de belanghebbende ten tijde van het instellen van het bezwaar wel op de hoogte zijn van deze manier om onder de aanwijzing uit te komen. Als het bezwaarschrift is ingediend vóór de toepassing van artikel 25a AWR, zou de belanghebbende om onder de aanwijzing als massaal bezwaar uit te komen de gronden van zijn bezwaar moeten aanvullen met een extra geschilpunt. Het is de vraag of dat hangende de massale procedure mogelijk is.

Een en ander verdient niet de schoonheidsprijs. Ons inziens zou de mogelijkheid van '*opting out*' voor een ieder duidelijk uit de wet moeten blijken. Nu is die mogelijkheid alleen voorbehouden aan belanghebbenden die de 'truc' van het aanvoeren van een extra geschilpunt kennen en dat ook tijdig doen. De wetgever zou er ons inziens goed aan doen de regeling op dit punt te wijzigen door een wettelijke mogelijkheid van *opting out* te creëren.

3.3 Onterechte aanwijzing als massaal bezwaar

Het is denkbaar dat een belanghebbende meent dat zijn bezwaar ten onrechte is aangewezen als massaal bezwaar, omdat zijn bezwaar een andere rechtsvraag betreft. Het is de vraag over welke rechtsmiddelen een belanghebbende beschikt om zich tegen een in zijn ogen onterechte aanwijzing te verzetten. Hij kan natuurlijk bij bezwaar een extra geschilpunt aanvoeren, om op die manier onder de aanwijzing als massaal uit te komen. Verder zijn de mogelijkheden beperkt. De belanghebbende zou nog kunnen overwegen om de zaak voor te leggen aan de voorzieningenrechter. Het is de vraag of een belanghebbende daarvan veel heil hoeft te verwachten. Als het aan de wetgever ligt niet in ieder geval. Volgens de Memorie van Toelichting ligt het voor de hand dat de voorzieningenrechter hangende het massaal bezwaar negatief zal beslissen op een verzoek om een voorlopige voorziening.[27]

3.4 Strijd met artikel 6 EVRM?

In de literatuur[28] is de vraag aan de orde gesteld of de aanwijzing als massaal bezwaar in gevallen waar (ook) een bestuurlijke boete in geschil is tot een beperking van het in artikel 6 EVRM opgenomen recht op toegang tot de rechter zou kunnen leiden.[29] Gelet op het individuele karakter van een boete menen wij dat gevallen waar een boete in het geschil is zich niet lenen voor aanwijzing als massaal bezwaar en dat de boete ook niet gezien kan worden als een accessoire kwestie die onderdeel uitmaakt van de rechtsvraag. Aangezien aanslagen en boetes bij afzonderlijke beschikkingen worden vastgesteld,[30] kunnen wij ons voorstellen dat als de rechtsvraag de uitleg van materieel recht betreft, er voor de aanslag de 'massale' procedure wordt gevolgd en voor de boete de normale rechtsgang. Van strijd met artikel 6 EVRM zal ons inziens dan ook niet snel sprake zijn.

27 *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 349, nr. 3, p. 4.
28 E.J.M.Rosier, 2002, p. 967.
29 Bij bezwaren die alleen een belastingaanslag betreffen is dit hoe dan ook geen probleem, omdat geschillen over zuivere belastingkwesties volgens de rechtspraak van het EHRM buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM vallen (zie onder meer EHRM 12 juli 2001, 44759, 98; Ferrazzini tegen Italië, NJ 2004/435, BNB 2005/222).
30 Hoge Raad 25 april 2008, BNB 2008/175.

3.5 Wanneer is bezwaar 'massaal'?

Het is onduidelijk bij welk aantal bezwaren voldaan is aan de voorwaarde van 'massaal bezwaar'. Een nadere kwantificering ontbreekt in de wet en de toelichting daarop. De maatstaf is volgens de Memorie van Toelichting dat de Belastingdienst voorziet dat het grote aantal bezwaren tot een zeer grote werklast zal leiden.[31] Maar wat is een 'zeer grote werklast' voor een organisatie als de Belastingdienst, waar het afdoen van een substantieel aantal bezwaarschriften tot de 'core-business' behoort? Wij roepen in herinnering dat uit het beheersverslag van het jaar 2011 blijkt dat de Belastingdienst 616.334 bezwaarschriften heeft ontvangen.[32] In de literatuur zijn nogal uiteenlopende aantallen bezwaren genoemd die als ondergrens voor de aanwijzing als massaal bezwaar kunnen dienen. Zo heeft de redactie van Vakstudie Nieuws bepleit om een drempel in te voeren van 5.000 bezwaren.[33] Rosier denkt daarentegen aan een drempel van 100.000 bezwaarschriften.

Het ontbreken van een drempel in de wettelijke regeling heeft in de praktijk nog niet geleid tot twijfel of onduidelijkheid over de toepassing van de regeling van massaal bezwaar. De enige keer dat de regeling tot op heden is toegepast, ging het om een verwacht aantal van 50.000 bezwaarschriften.[34] Afgezet tegen het totaal aantal ingediende bezwaren (ruim 600.000 in 2011) kan in ieder geval geconstateerd worden dat het om een relatief groot aantal bezwaren gaat.

3.6 Selectie van zaken

Een punt van kritiek betreft de selectie van de zaken die zullen worden voorgelegd aan de rechter ter beantwoording van de rechtsvraag (de pilotzaken). De wet laat de selectie van de zaken volledig over aan de staatssecretaris. Volgens Jansen[35] ligt het voor de hand dat steeds meerdere zaken worden geselecteerd, omdat met de mogelijkheid rekening gehouden moet worden dat in een of meer gevallen het beroep geen doorgang vindt. De enige keer dat de regeling van massaal bezwaar is toegepast, heeft de selectie van zaken plaatsgevonden in overleg met de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie en de Vereniging van Estate Planners in het Notariaat (zie paragraaf 4.4). Wij vinden het verstandig dat de selectie van zaken heeft plaatsgevonden in samenspraak met de beroepsorganisaties. Daarmee wordt het draagvlak voor de gekozen zaken vergroot. Bovendien is het in een ieders belang dat de rechtsvraag zo goed mogelijk beantwoord kan worden door de rechter.

---

31 *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 349, nr. 3, p. 2.
32 Beheerverslag Belastingdienst 2011, p. 74. Te raadplegen via http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/jaarverslagen/2012/05/16/bijlage-kamerbrief-over-beheerverslag-belastingdienst-2011.html.
33 *V-N* 2002/23.3.
34 Besluit staatssecretaris van Financiën van 23 oktober 2012, BLKB2012, 1665M, *V-N* 2012/57.19.
35 P.G.M. Jansen, 2002, p. 973.

3.7 Geen invloed op de procedure

Belanghebbenden die onder de aanwijzing als massaal bezwaar vallen kunnen geen invloed uitoefenen op het verloop van de procedure. Zij zijn afhankelijk van de verrichtingen van de (adviseurs van de) belanghebbenden van de zaken die worden uitgeprocedeerd. Daar het de beantwoording van een rechtsvraag betreft, is het de vraag of dit een groot nadeel is. Het lijkt vooral nadelig te zijn als de selectie van de zaken die worden uitgeprocedeerd te wensen over laat. Belanghebbenden zou dan op voorhand de kans ontnomen worden om de argumenten die voor hun zaak van belang kunnen zijn – en die in de geselecteerde zaken niet of onvoldoende uit de verf komen – aan te voeren. Bij een goede selectie van representatieve zaken zal dit probleem zich niet voordoen.

Wij vragen ons af hoeveel belanghebbenden het werkelijk als een nadeel ervaren dat zij niet zelf over de rechtsvraag kunnen procederen. Veel belanghebbenden zitten daar helemaal niet op te wachten. Een standaard (proforma) bezwaarschrift is bij massaal bezwaar vaak gratis te downloaden van de website van bijvoorbeeld de vakbond of accountantskantoor (zie ook de in paragraaf 3.2 geciteerde passage uit de wetsgeschiedenis) en is dan ook snel ingediend. Het zelf bij de rechter procederen over de rechtsvraag is een heel ander verhaal en vergt veel meer inspanning van de belanghebbende. Door de aanwijzing als massaal bezwaar kunnen de indieners van de bulk van de bezwaarschriften zich de kosten en moeite van het procederen besparen en de uitkomst in de voorgelegde zaken afwachten. Belanghebbenden kunnen zich door de herzieningsregeling de moeite van het doen van bezwaar zelfs geheel besparen. Als de rechtsvraag in hun voordeel wordt beantwoord, profiteren ze daar immers ook van.

3.8 Geen hoorzitting

Het dient geen betoog dat het in alle gevallen achterwege laten van een hoorzitting een beperking is van de rechtsbescherming van een belanghebbende. Deze beperking vinden wij wel te rechtvaardigen, omdat het houden van een hoorzitting in een massale procedure over een rechtsvraag toch weinig toegevoegde waarde lijkt te hebben. Bovendien geldt in de fiscale procedure het wettelijk uitgangspunt dat alleen maar wordt gehoord op verzoek[36] en is het animo voor een hoorzitting in een massale procedure waarschijnlijk niet groot.

36 Op grond van artikel 25, lid 4, AWR wordt de belanghebbende, in afwijking van artikel 7:2 van de Algemene wet bestuursrecht, gehoord op zijn verzoek. Het is echter beleid van de Belastingdienst om geen gebruik van deze wettelijke uitzondering. Artikel 12, lid 1, van het Besluit Fiscaal Bestuursrecht (Besluit van 5 juli 2011, *Stcrt.* 2011, 12570) bepaalt te dezen:
"1. In afwijking van artikel 25, eerste lid, van de AWR ligt het initiatief voor het horen van belanghebbende, conform artikel 7:2 van de Awb, bij de inspecteur. Als belanghebbende niet reageert op de uitnodiging, dan neemt de inspecteur contact met hem op."

3.9 Tussenconclusie

Artikel 25a AWR geeft de Belastingdienst de mogelijkheid om op een efficiënte manier om te gaan met het fenomeen van massaal bezwaar. Doordat een paar zaken worden uitgeprocedeerd kan er snel duidelijkheid worden verkregen over een voor de praktijk belangrijke rechtsvraag. Dat is niet alleen in het belang van de Belastingdienst, maar ook voor belanghebbenden en de fiscale praktijk. Hoewel artikel 25a AWR primair een instrument is ten behoeve van de fiscus, kunnen ook belanghebbenden baat hebben bij een aanwijzing als massaal bezwaar. Het gros van de indieners van massaal bezwaar zit er niet op te wachten om zelf over de rechtsvraag te moeten procederen. Zij kunnen door de aanwijzing als massaal bezwaar het verloop van de procedure rustig afwachten, zonder dat zij zelf een inspanning hoeven te leveren. Ook belanghebbenden die geen bezwaar hebben gemaakt, kunnen door de herzieningsregeling toch profiteren van een voor hen gunstige rechterlijke uitspraak.

Er moet wel een prijs worden betaald voor de efficiency. Met name de bepaling dat na een beslissing op de rechtsvraag andere geschilpunten niet meer aan de orde kunnen komen achten wij een ongerechtvaardigde inbreuk op de rechtsbescherming van belanghebbenden (zie paragraaf 3.1). Wij menen dat de wetgever er goed aan zou doen de regeling op dat punt te wijzigen. Het geheel overziend menen wij dat de voordelen van de regeling opwegen tegen de nadelen ervan. De regeling voldoet ons inziens aan de eisen van doeltreffendheid en doelmatigheid, die aan wetgeving kunnen worden gesteld.[37] Het is opmerkelijk dat de regeling in meer dan tien jaar nog maar één keer is toegepast. In het volgende hoofdstuk gaan wij hier nader op in.

37 Volgens de nota 'Zicht op wetgeving', (*Kamerstukken II*, 1990/91, 22 008, nrs. 1 en 2) dienen wetten onder meer doeltreffend en doelmatig te zijn. Dat betekent dat de wet tot verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen dient te leiden. Dit is het vereiste van doeltreffendheid (effectiviteit). Daarnaast dient de wet niet tot onnodige inefficiëntie in de samenleving of bij de overheid te leiden, wat bekend staat als het vereiste van doelmatigheid (efficiëntie). De wet moet op een efficiënte manier en met zo weinig mogelijk negatieve neveneffecten bijdragen aan de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen.

4 Ervaringen in de praktijk

4.1 Inleiding

Tot voor kort leek de bepaling van artikel 25a AWR een dode letter. Naar aanleiding van een uitspraak van 13 juli 2012 van Rechtbank Breda is nu voor het eerst – dat wil zeggen: negen jaar na de invoering ervan – de regeling toegepast in de praktijk.[38] In dit hoofdstuk gaan wij nader in op deze eerste toepassing van de regeling. Wij behandelen achtereenvolgens wat de aanleiding tot aanwijzing als massaal bezwaar is geweest, de inhoud van de aanwijzing, hoe de selectie van de proefprocedures heeft plaatsgevonden en wat op dit moment de status van de proefprocedures is.

4.2 Aanleiding tot aanwijzing

In artikel 35 ev. Successiewet is een vrijstelling opgenomen voor schenking of vererving van ondernemingsvermogen (de zogenoemde bedrijfsopvolgingsregeling, ook wel BOF). Deze vrijstelling houdt in het kort in dat de verkrijger zowel bij schenking als bij vererving van ondernemingsvermogen geen schenk- of erfbelasting betaalt als de bedrijfsopvolger gedurende minimaal 5 jaar de onderneming voortzet.

In de in de inleiding genoemde zaak erfde de belanghebbende landbouwgronden, machines en een boerderij. Deze zaken hadden eerst behoord tot het ondernemingsvermogen van de erflater, maar waren vervolgens voor een deel verpacht aan de erfgenaam. Daardoor erfde de belanghebbende geen ondernemingsvermogen en kon hij volgens de wet de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet toepassen. De belanghebbende stelde zich voor de rechtbank op het standpunt dat hij gediscrimineerd werd omdat een verkrijging uit het privé-vermogen van een erfenis op dezelfde manier moest worden behandeld als de verkrijging van ondernemingsvermogen. Rechtbank Breda stelde de belanghebbende in het gelijk. Zij oordeelde dat de wetgever in beginsel onderscheid mag maken tussen privé- en ondernemingsvermogen, maar dat met het opnemen van de zeer ruime bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet de grenzen van het toelaatbare zijn overschreden. Volgens de Rechtbank Breda is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit dan ook in strijd is met het gelijkheidsbeginsel als bedoeld in artikel 26 IVBPR en artikel 14 EVRM.

38 Rechtbank Breda 13 juli 2012, *V-N* 2012/43.20.

Het gevolg van de uitspraak van Rechtbank Breda is dat de vrijstelling voor ondernemingsvermogen niet alleen voor ondernemingsvermogen maar voor iedere verkrijging krachtens schenking of uit een nalatenschap zou kunnen gelden. De schenk- en erfbelasting zou dan feitelijk voor een groot deel buiten werking zijn gesteld. Dit zou voor de staat grote budgettaire gevolgen hebben. Als de Hoge Raad de uitspraak van de rechtbank geheel in stand zou laten, is berekend dat de budgettaire derving tot € 1 miljard of meer per jaar zal oplopen.[39]

De Belastingdienst heeft direct bij kennisneming van de uitspraak onderkend dat de uitspraak van de rechtbank tot een massale bezwarenstroom zal gaan leiden en maatregelen genomen. Deze maatregelen bestonden eruit dat de bezwaarschriften die binnenkwamen naar aanleiding van de uitspraak van de rechtbank zijn aangehouden en dat er voorbereidingen zijn getroffen om artikel 25a AWR toe te passen.[40] Daar waar de wettelijke termijn voor het doen van de uitspraak op bezwaar dreigde te verlopen, is deze termijn conform de bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht verdaagd.

4.3 Aanwijzing als massaal bezwaar

Naar aanleiding van de uitspraak van de rechtbank heeft de Belastingdienst een groot aantal bezwaarschriften ontvangen die zijn gericht tegen aanslagen erf- of schenkbelasting. Dit is voor de staatssecretaris aanleiding geweest om de regeling van massaal bezwaar van artikel 25a AWR toe te passen. Daartoe heeft hij bij besluit van 23 oktober 2012[41] (hierna: het besluit) de bezwaarschriften tegen aanslagen erf- en schenkbelasting waarbij voor niet ondernemingsvermogen geen bedrijfsfaciliteit wordt verleend aangewezen als massaal bezwaar als bedoeld in artikel 25a AWR.[42]

In het besluit spreekt de Belastingdienst de verwachting uit dat het totale aantal bezwaarschriften mogelijk zal oplopen tot meer dan 50.000 bezwaarschriften op jaarbasis. Het is ons niet duidelijk of in dit aantal ook de aanslagen zijn begrepen die onder de herzieningsregeling van artikel 25a, lid 13, AWR zouden kunnen vallen (zie paragraaf 2.8).

39 Brief staatssecretaris van Financiën inzake Kamervragen van het lid Omtzigt aan de staatssecretaris van Financiën over de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1956, 22 augustus 2012, DGB, 12, 4747 U.

40 Brief vaste commissie voor Financiën inzake het besluit aanwijzing bezwaarschriften tegen aanslagen erf- en schenkbelasting als massaal bezwaar, 20 november 2012, DGB, 2012, 7023.

41 Aangezien de termijn voor het doen van uitspraak zes weken (gerekend vanaf het einde van de bezwaartermijn) en de maximale verdagingstermijn eveneens zes weken bedraagt, diende aanwijzing tot massaal bezwaar uiterlijk op 24 oktober 2012 plaats te vinden, te weten 12 weken na 1 augustus 2012 (datum publicatie uitspraak). Het besluit tot aanwijzing als massaal bezwaar van 23 oktober 2012 was (net) binnen de termijn.

42 Besluit minister van Financiën, 25 oktober 2012, BLKB 2012, 1665M, aanwijzing bezwaarschriften tegen aanslagen erf- en schenkbelasting als massaal bezwaar, *Stcrt.* 2012, 22059.

In het besluit formuleert de staatssecretaris de rechtsvraag waar de bezwaarschriften betrekking op moeten hebben. Het betreft de volgende rechtsvraag:

> "Brengt toepassing van het gelijkheidsbeginsel als bedoeld in artikel 26 van het IVBPR of artikel 14 van het EVRM met zich dat de (voorwaardelijke) onbelaste geconserveerde waarde van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1956 (van 75%) (tekst jaar 2007 tot en met 2009) dan wel de (voorwaardelijke) vrijstelling van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1956 (van tenminste 83%) (tekst jaar 2010 en volgende) ook op ander vermogen dan ondernemingsvermogen van toepassing is?"

Daarnaast heeft de staatsecretaris in het besluit opgenomen dat de Belastingdienst op goede gronden van oordeel is dat de bezwaren op grond van het geldende recht afgewezen moeten worden en dat de administratieve rechter in belastingzaken redelijkerwijs tot hetzelfde oordeel zal komen. Deze verwachting baseert de Belastingdienst op een recent arrest van de Hoge Raad.[43] In dat arrest heeft de Hoge Raad het oordeel van Rechtbank en Gerechtshof Arnhem in stand gelaten dat geen sprake is van een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling. In dit arrest ging het om een jaar waarin de vrijstelling minder hoog was dan in de zaak van Rechtbank Breda.

In het besluit wijst de staatssecretaris de volgende bezwaarschriften, waarin uitsluitend bovenvermelde rechtsvraag aan de orde is, aan als massaal bezwaar:

> "– de bezwaarschriften waarop ten tijde van de dagtekening van het besluit (23 oktober 2012) nog geen uitspraak is gedaan; en
> – de bezwaarschriften die worden ingediend tot en met de dag voorafgaande aan de dag waarop de in artikel 25a, zevende lid, van de AWR bedoelde collectieve uitspraak wordt gedaan, dan wel de dag voorafgaande aan de dag waarop de in artikel 25a, elfde lid, van de AWR bedoelde uitspraak onherroepelijk wordt."

Verder is in het besluit opgenomen dat indienen van bezwaar niet nodig is als de Belastingdienst niet geheel in het gelijk wordt gesteld. In dat geval zullen namelijk de aanslagen worden herzien ook als de belastingplichtige geen bezwaar heeft ingediend. Voorwaarde daarvoor is wel dat de aanslag op het moment van de dagtekening van het besluit nog niet onherroepelijk vaststaat.

Wij concluderen dat het besluit voldoet aan de voorwaarden die artikel 25a AWR en de Memorie van Toelichting stelt aan een aanwijzing als massaal bezwaar. De rechtsvraag is duidelijk en afgebakend. Verder heeft de Belastingdienst toegelicht dat het op goede gronden van oordeel is dat de bezwaren op grond van het geldende recht afgewezen moeten worden.

43 Hoge Raad 9 december 2011, *BNB* 2012/309.

4.4 De selectie van de bezwaren voor de proefprocedure

In overleg met de beroepsorganisaties (zie paragraaf 3.6) heeft de staatssecretaris zes representatieve bezwaarschriften geselecteerd die te maken hebben met de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. In deze zes zaken komen verschillende aspecten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit en verschillende feitelijke situaties aan bod. Er zijn zowel zaken die de erfbelasting als zaken die de schenkbelasting betreffen geselecteerd. De zes proefprocedures zijn afkomstig uit verschillende delen van het land, zodat er ook geografische spreiding is. Hierdoor hebben verschillende regionale rechtbanken zich kunnen uitspreken over de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.[44]

De periode tussen de datum van de publicatie van de uitspraak van de rechtbank op 13 juli 2012 en het besluit tot aanwijzing op 23 oktober 2012, is benut om een beeld te krijgen van de omvang van de bezwarenstroom en om de bezwaren te selecteren voor de te voeren proefprocedures. Ondanks dat de wettelijke regeling ervan uitgaat dat de staatssecretaris de uit te procederen zaken selecteert, heeft de staatssecretaris via de Belastingdienst een aantal beroepsorganisaties benaderd om via de daarbij aangesloten advocaten/belastingadviseurs tot een selectie van zaken te komen. De advocaten/belastingadviseurs die uiteindelijk de proefprocedures hebben gevoerd hebben een afspraak gemaakt met de staatssecretaris over de vergoeding van kosten voor de door hen verrichte werkzaamheden.

4.5 Status proefprocedures

Bij alle zes de proefprocedures is de bezwaarfase overgeslagen en is rechtstreekst beroep ingesteld bij de rechtbank. In alle zes de beroepen hebben de rechtbanken inmiddels uitspraak gedaan. In vijf gevallen is het beroep van de belanghebbende op artikel 26 BUPO en artikel 14 EVRM afgewezen. In één geval is belanghebbende in het gelijk gesteld. Het betrof hier wederom Rechtbank Breda, die oordeelde in lijn met de uitspraak waarmee alles is begonnen. Vervolgens is sprongcassatie ingesteld tegen de uitspraken van de verschillende rechtbanken.

Op 22 november 2013 heeft de Hoge Raad in alle bovengenoemde zaken arrest gewezen.[45] In alle zaken heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de vrijstelling van ondernemingsvermogen voor de erf- en schenkbelasting niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. De wetgever heeft volgens de Hoge Raad geen ongerechtvaardigd onderscheid gemaakt tussen het belasten van ondernemingsvermogen en het belasten van ander vermogen. Op 4 december heeft de landelijk directeur Belastingdienst/Particulieren, namens de inspecteur, collectief uitspraak op bezwaar gedaan. Hij heeft alle bezwaarschriften afgewezen en de opgelegde aanslagen gehandhaafd.

44 Besluit staatssecretaris van Financiën van 25 juni 2013, BLKB2013, 817M, *Stcrt.* 2013, 18868, *V-N* 2013/36.22.

45 Hoge Raad 22 november 2013, *V-N* 2013/59.21.

5 Alternatieve vormen van afdoening

Het is opmerkelijk dat artikel 25a AWR pas één keer is toegepast, terwijl het toch met enige regelmaat voorkomt dat de Belastingdienst grote aantallen bezwaarschriften over eenzelfde onderwerp ontvangt. Een recent voorbeeld zijn de bezwaren die zijn ingediend met betrekking tot de pseudo-eindheffing voor hoge lonen (ook wel crisisheffing genoemd).[46] Op basis van deze regeling zijn werkgevers in 2013 16% loonbelasting verschuldigd over salarissen boven een bruto salaris van € 150.000,- (toetsingsmoment 2012). Volgens het Centraal Bureau voor Statistiek levert de crisisheffing de staatskas ongeveer zeshonderd miljoen op.[47] Met name betaald voetbalorganisaties worden door deze maatregel getroffen.[48]

Voor bezwaarschriften die de crisisheffing aan de orde stellen heeft de Belastingdienst gekozen voor een alternatieve wijze van afdoening. De Belastingdienst biedt de indieners van deze bezwaarschriften de mogelijkheid om een vaststellingsovereenkomst[49] te sluiten. In de vaststellingsovereenkomst zijn een aantal rechtsvragen geformuleerd. Als de belanghebbende met die rechtsvragen en de vaststellingovereenkomst akkoord gaat, zal de inspecteur het bezwaar aanhouden totdat de hoogste rechterlijke instantie heeft beslist in een aantal proefprocedures. De ondertekenaars van de vaststellingsovereenkomst hoeven dus niet zelf over hun zaak te procederen. Als de rechtsvragen door de rechter zijn beantwoord zal de inspecteur het bezwaar binnen een redelijke termijn, overeenkomstig de rechterlijke beslissing, afhandelen.

Door zich akkoord te verklaren met de vaststellingsovereenkomst ziet de belanghebbende onvoorwaardelijk af van het recht om beroep in te stellen. Als een belanghebbende andere grieven wil aanvoeren dan die zijn opgenomen in de vaststellingsovereenkomst, kan geen gebruik gemaakt worden van de vaststellingsovereenkomst. Na het sluiten van de vaststellingsovereenkomst kan de belanghebbende geen nieuwe grieven en geschilpunten meer toevoegen aan het bezwaar. Tevens ziet een belanghebbende daarmee af van een eventuele schadevergoeding wegens termijnoverschrijding van de beslistermijn van de inspecteur.

---

46 Andere voorbeelden: een wijziging in de kansspelbelasting voor speelautomaten (Gerechtshof Amsterdam 19 juli 2012, *V-N* 2012/44.5) en de zaken over de wijze waarop in de btw rekening moet worden gehouden met het privé-gebruik van een auto van de zaak (de zogenoemde BUA-correctie, Hoge Raad 21 december 2012, *V-N* 2013/5.20).

47 http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/arbeid-sociale-zekerheid/publicaties/artikelen/archief/2013/2013-3920-wm.htm.

48 Het verlengen van deze heffing zorgt er mede voor dat clubs teruggeworpen worden in een saneringsoperatie. Daarbij stellen de bond en clubs dat het verlengen van de heffing de Europese concurrentiepositie kan doen verslechteren. http://www.knvb.nl/nieuws/28623/betaald-voetbal-start-procedure-tegen-crisisheffing.

49 Vaststellingsovereenkomst inzake bezwaar crisisheffing, *V-N* 2013/42.11.

De vaststellingsovereenkomst bevat een bijlage met een toelichting, waarin de volgende voor- en nadelen van de vaststellingsovereenkomst zijn beschreven:

(i) Veel werkgevers hebben bezwaar gemaakt tegen de crisisheffing. Een groot deel van die werkgevers noemt dezelfde of vergelijkbare argumenten in hun bezwaarschriften. Het is efficiënt als slechts enkele van die zaken aan de rechter worden voorgelegd, waarbij toch alle argumenten aan bod komen.
(ii) De werkgever hoeft niet of nauwelijks extra kosten te maken of extra werkzaamheden te verrichten voor het verdere doorlopen van de bezwaar- en beroepsprocedures.
(iii) Als de werkgever voor de vaststellingsovereenkomst kiest, dan zullen de individuele feiten en omstandigheden van het betreffende geval niet worden meegewogen. Van deze individuele feiten doet de werkgever dan definitief en onvoorwaardelijk afstand.

De vaststellingsovereenkomst vertoont een aantal overeenkomsten en verschillen met de wettelijke regeling van artikel 25a AWR. Een overeenkomst is dat het bezwaar wordt aangehouden en dat de beslissing afhankelijk wordt gesteld van de uitkomst van een proefprocedure. Een andere overeenkomst is dat de reikwijdte van de aanwijzing/overeenkomst is beperkt tot de aangewezen rechtsvra(a)g(en). Als een belanghebbende meer geschilpunten wil aanvoeren kan hij geen gebruik maken van de vaststellingsovereenkomst of valt hij buiten het massaal bezwaar.

Een verschil is dat de ondertekenaar van de vaststellingsovereenkomst een individuele uitspraak krijgt waartegen hij niet in beroep kan komen. De belanghebbende die onder de regeling van massaal bezwaar valt, kan verzoeken om een geïndividualiseerde uitspraak waartegen hij wel in beroep kan komen. Een ander verschil is dat een belanghebbende bij de massale bezwaarprocedure automatisch onder de aanwijzing valt, terwijl de belanghebbenden bij de vaststellingsovereenkomst daar zelf voor kan kiezen.

Door de Belastingdienst is niet toegelicht waarom in het geval van de crisisheffing de regeling van massaal bezwaar niet is toegepast. Wij krijgen de indruk dat door de verschillende rechtsvragen die zijn geformuleerd in de vaststellingsovereenkomst en de diversiteit aan praktijksituaties die zich kunnen voordoen, artikel 25a AWR voor dit geval minder geschikt is geacht.

Het mag opmerkelijk genoemd worden dat de Belastingdienst de publiekrechtelijke wettelijke regeling die uitdrukkelijk bedoeld is voor massaal bezwaar negeert en in plaats daarvan de civielrechtelijke weg van een vaststellingsovereenkomst kiest. Onrechtmatig zal deze keuze tegen de achtergrond van de twee-wegen-leer[50] niet zijn, want uit niets blijkt dat deze wettelijke regeling exclusief bedoeld is. En verder beschikken wij ook niet over aanwijzingen dat de Belastingdienst de privaatrechtelijke weg is ingeslagen om de rechten van de burger, die zijn vastgelegd in de wettelijke regeling, te frustreren. Toch plaatsen wij vraagtekens bij het kennelijk gemak waarmee de keuze is gemaakt. Brengt het primaat van de wetgever en

50 Hoge Raad 26 januari 1990, BNB 1990/162.

het daarmee samenhangende legaliteitsbeginsel niet mee dat voorrang zou moeten gegeven worden aan toepassing van de wettelijke regeling en dat alleen voor het alternatief gekozen wordt als daarvoor zwaarwichtige redenen aan te wijzen zijn? Wij hebben die zwaarwichtige redenen niet gezien.

6 Conclusie

In dit preadvies hebben wij een analyse gegeven van de wettelijke regeling van massaal bezwaar in artikel 25a AWR. Het is opmerkelijk te noemen dat deze bepaling sinds de inwerkingtreding op 1 april 2003 nog maar één keer toegepast. Het is immers bekend dat de Belastingdienst met enige regelmaat grote aantallen bezwaarschriften over eenzelfde onderwerp ontvangt.

Artikel 25a AWR geeft de Belastingdienst de mogelijkheid om op een efficiënte manier om te gaan met het fenomeen van massaal bezwaar. In het geval dat een duidelijk afgebakende rechtsvraag leidt tot het indienen van een grote hoeveelheid bezwaarschriften, kan de Belastingdienst – dankzij de regeling van artikel 25a AWR – versneld een aantal van de ingediende bezwaarschriften als pilotzaken uitprocederen. Op die wijze kan in de praktijk snel duidelijkheid over een belangrijke rechtsvraag worden verkregen. Daarmee wordt voorkomen dat de vele bezwaren en daaropvolgende beroepsprocedures een onevenredige druk op de rechtspleging leggen. Hoewel artikel 25a AWR primair een instrument is ten behoeve van de fiscus, kunnen ook belanghebbenden baat hebben bij een aanwijzing als massaal bezwaar. Daarbij kan gedacht worden aan het feit dat de massale procedure van artikel 25a AWR geen moeite en geld hoeft te kosten voor een belanghebbende en dat belanghebbenden mee kunnen profiteren van de uitkomst van de procedure als de rechtsvraag in hun voordeel wordt beantwoord.

Toch is de rechtsbescherming van een belanghebbende bij toepassing van artikel 25a AWR niet optimaal. De wetgever zou er in onze ogen dan ook goed aan doen om belanghebbenden een voor iedereen kenbare wettelijke mogelijkheid van *opting out* te bieden en om de beroepsmogelijkheden voor de belanghebbenden die volgens de aanwijzing onder de regeling van massaal bezwaar vallen niet te beperken.

Samenvattend constateren wij dat er een goede reden is om in de AWR een regeling voor massaal bezwaar op te nemen. Naar wij begrijpen is de regeling ook naar tevredenheid toegepast. De regeling is echter niet voor alle gevallen van massaal bezwaar effectief gebleken. Daarom heeft de Belastingdienst voor dergelijke gevallen zelf een oplossing gevonden. Zo bieden ze indieners van bezwaarschriften de mogelijkheid om een vaststellingsovereenkomst te sluiten. Ondanks dat deze keuze tegen de achtergrond van de twee-wegen-leer ons inziens niet onrechtmatig is, plaatsen wij onze vraagtekens bij het kennelijke gemak waarmee de keuze voor de vaststellingsovereenkomst is gemaakt.

Dit preadvies leidt wat ons betreft tot de volgende drie stellingen die kunnen dienen ter discussie:

Stelling 1: De praktijk redt zich prima zonder artikel 25a AWR. De bepaling voorziet dan ook in een niet bestaande behoefte.

Stelling 2: Efficiency mag ten koste gaan van rechtsbescherming.

Stelling 3: Artikel 25a AWR is zowel in het voordeel van de fiscus als in het voordeel van de belanghebbende.

Stelling 4: Als de Belastingdienst de publiekrechtelijke wettelijke regeling van massaal bezwaar negeert en in plaats daarvan de civielrechtelijke weg van de vaststellingsovereenkomst kiest, zal de Belastingdienst daarvoor zwaarwichtige redenen moeten aanvoeren.

De afwikkeling van massaschade via Claim Afwikkelingsfaciliteiten: een grensoverschrijdende verkenning

*Mr. C.J.M. van Doorn en prof. mr. I.N. Tzankova**

1	**Inleiding**	**97**
1.1	Massaschade: over de grenzen heen	97
1.2	Plan van aanpak	98
2	**Claim Afwikkelingsfaciliteiten**	**101**
2.1	Definitie Claim Afwikkelingsfaciliteiten	101
2.2	Negen elementen	101
2.3	Een onderzoeksagenda voor CAf	105
3	**Massaschade en het belang van procedurele rechtvaardigheid**	**109**
3.1	De theorie van procedurele rechtvaardigheid	109
3.2	Procedurele rechtvaardigheid en afwikkeling van massaschade	111
4	**Een collectieve afwikkeling van massaschade in het privaatrecht: het juridische kader**	**113**
4.1	Collectieve actie	113
4.2	Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM)	114
5	**Enkele Nederlandse schadefondsen nader beschouwd**	**117**
5.1	DES	117
5.2	Dexia	118
5.3	Misbruik van minderjarigen in de Rooms-Katholieke kerk	120
5.4	Instituut Asbestslachtoffers (IAS)	122

* Karlijn van Doorn is als docent en onderzoeker verbonden aan het Departement Privaatrecht van Tilburg University. Ianika Tzankova is advocaat bij Barents Krans te Den Haag en als bijzonder hoogleraar Mass Claim Dispute Resolution verbonden aan het Departement Privaatrecht van Tilburg University.

6 *'Common ground'* en procedurele rechtvaardigheidslessen naar aanleiding van de vier besproken Nederlandse schadefondsen 125
6.1 'Common ground': analyse van de vier Nederlandse schadefondsen en hun CAf 125
6.2 Lessen vanuit het oogpunt van procedurele rechtvaardigheid 127

7 Tot slot: samenvatting, conclusie en stellingen ter discussie 129

1 Inleiding

1.1 Massaschade: over de grenzen heen

Massaschade is een verschijnsel dat in meerdere opzichten grensoverschrijdend is en zich niet aan rechtsregels houdt die bedacht zijn om het economische en maatschappelijke leven ordelijk te laten verlopen. Zo houdt massaschade geen rekening met landsgrenzen. Door de toenemende globalisering en onderlinge economische verwevenheid, strekt een schadetoebrengend voorval dat een groot aantal betrokkenen raakt zich al snel over meerdere jurisdicties uit.[1] Ook houdt massaschade geen rekening met de grenzen van traditionele rechtsgebieden. De aard van het schadevoorval kan zich kenmerken door zowel private als openbare orde-elementen, hetgeen met name speelt als de publieke gezondheid of veiligheid in het gedrang komt. Massaschade gaat dan over de grenzen van het privaat- en het bestuursrecht heen.

In deze bijdrage kijken wij eveneens over de grenzen van het privaat- en bestuursrecht heen en gaan wij op zoek naar '*common ground*' bij de afwikkeling van massaschade. Die is wat ons betreft evident aanwezig. Of een geval van massaschade via het privaatrecht dan wel via het bestuursrecht wordt afgewikkeld, onder de eindstreep wordt vaak een schadefonds gevormd dat op een rechtvaardige manier verdeeld moet worden over de individuele benadeelden. Deze schadefondsen kunnen een uiteenlopende basis of grondslag hebben en afhankelijk daarvan meer in het privaatrecht of het bestuursrecht gesitueerd zijn. Zo kennen we de collectieve schikkingen die in het kader van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade tussen belangenorganisaties van benadeelden en schadeveroorzakers gesloten zijn en de vorming van een schadefonds inhouden. We kunnen ook denken aan de schadefondsen die gevormd zijn in het kader van de Wet tegemoetkoming schade bij rampen, het Schadefonds Geweldsmisdrijven, het Instituut Asbestslachtoffers, maar ook aan *ad hoc* schadefondsen zoals de fondsen opgericht naar aanleiding van de Cafébrand in Volendam, de Bijlmerramp, de vuurwerkramp in Enschede of het speciaal voor de slachtoffers van seksueel misbruik in het jongensinternaat Bleijerheide[2] opgericht fonds. Ook in internationaal verband, met name in Amerika, worden in een geval van massaschade geregeld schadefondsen opgericht vanuit verschillende grondslagen, om de schade van individuele benadeelden te

1 Dat brengt complexe vragen over het toepasselijke recht en de bevoegde rechter mee waar het internationaal privaatrecht geen eenduidig antwoord op geeft, zie bijvoorbeeld het onderzoek van H. Van Lith, '*The Dutch Collective Settlements Act and Private International Law*', Den Haag: WODC 2010.

2 http://www.volkskrant.nl/vk/nl/2686/Binnenland/article/detail/3390158/2013/02/07/Fondsslachtoffers-misbruik-Bleijerheide.dhtml.

compenseren. Men denke aan het 9/11-schadefonds, het BP-schadefonds om de gevolgen voor Amerikaanse slachtoffers van de olieramp te compenseren of het fonds ter afwikkeling van de schade ontstaan door het gebrekkige anticonceptiemiddel Dalkon Shield.

Hoewel de gebeurtenissen die tot schade leiden veel aandacht krijgen in de media en in de juridische literatuur, is er relatief weinig bekend over de manier waarop een fonds wordt ingericht en de wijze waarop de vorderingen van de slachtoffers conform de schadefondsen worden afgewikkeld. In de literatuur worden deze afwikkelingsfaciliteiten samengevat onder de overkoepelende term *Claims Resolution Facilities* (ofwel 'Claim Afwikkelingsfaciliteiten', ook wel 'CAf'). Een belangrijk aspect in het kader van deze CAf is de vraag hoe het totaal beschikbare bedrag in het fonds verdeeld wordt over de individuele benadeelden en hoe dat wordt gelegitimeerd. Wat de genoemde schadefondsen immers gemeenschappelijk hebben, is dat zij nooit toereikend zijn om de volledige schade van alle benadeelden te vergoeden. Er zal steeds water bij de wijn moeten worden gedaan.

1.2 Plan van aanpak

Middels deze bijdrage willen wij een eerste aanzet geven tot het op meer fundamentele wijze nadenken over en vergaren van '*best practices*' die ingezet kunnen worden bij (toekomstige) inrichting en afwikkeling van schadefondsen. Daartoe zullen wij in deze bijdrage verschillende aspecten in dit verband nader belichten en beschouwen.

Allereerst gaan wij in op het meer overkoepelende fenomeen van Claim Afwikkelingsfaciliteiten, CAf (paragraaf 2). De algemene vraagstukken die in dat kader spelen en de problematische aspecten die worden onderkend, komen ook aan de orde. Dat de inzet van de CAf in een categorie gevallen tot een efficiënte en effectieve afwikkeling van massaschade leidt, beschouwen wij als een gegeven en een startpunt van onze verkenning.

Ten aanzien van de inrichting en afwikkeling van schadefondsen en CAf'en wordt procedurele rechtvaardigheid geregeld als aandachtspunt genoemd. Volgens de theorie van procedurele rechtvaardigheid is voor de acceptatie van de uitkomst van een procedure van belang dat de procedure aan een aantal vereisten voldoet. Volgens de theorie zal de betrokkene in dat geval eerder geneigd zijn om de uitkomst te accepteren, ook als deze niet optimaal of zelfs nadelig is. Wij zullen in paragraaf 3 meer uitgebreid stilstaan bij de theorie van procedurele rechtvaardigheid en het belang daarvan voor de afwikkeling van massaschade.

Vervolgens zullen wij vanuit de bestaande kennis en theorieën over de CAf en procedurele rechtvaardigheid enkele Nederlandse schadefondsen nader beschouwen en analyseren. Deze Nederlandse gevallen van massaschade en de als reactie daarop gevormde schadefondsen bespreken we in paragraaf 5. Voor een goed begrip van de grondslag en het kader waarbinnen enkele van deze fondsen gevormd zijn, bespreken wij daaraan voorafgaand het bestaande juridische (privaatrechtelijke) kader om massaschade collectief af te wikkelen en schadefondsen op te richten (paragraaf 4).

In paragraaf 6 reflecteren we vervolgens op de afwikkelingsfaciliteiten rondom de besproken schadefondsen en de gehanteerde verdeelmechanismen. We stellen vast op welke punten er sprake is van '*common ground*' en signaleren positieve ontwikkelingen en verbeterpunten. In paragraaf 7 sluiten we deze bijdrage af met een samenvatting, een conclusie en enkele stellingen ter discussie.

Onze ambitie in het kader van deze bijdrage is vooral verkennend. Wij trachten om het thema collectieve afwikkeling van massaschade in een nieuw en breder kader te plaatsen en over de grenzen van het privaat- en bestuursrecht heen te kijken. Wij willen de vele vragen die bij het ontwerp van een CAf beantwoord moeten worden voor het voetlicht brengen en vooral de aandacht vestigen op het voordeel dat er te behalen valt als er meer aandacht is voor procedurele rechtvaardigheid.

2 Claim Afwikkelingsfaciliteiten

2.1 Definitie Claim Afwikkelingsfaciliteiten

'Claim Afwikkelingsfaciliteiten' (CAf) is een generieke term die gebruikt wordt om een grote verscheidenheid aan entiteiten te beschrijven die claims tegen potentiële schadefondsen verwerken en afhandelen.[3] De inrichting van Claim Afwikkelingsfaciliteiten roept veel vragen op. Een paar voorbeelden ter illustratie: hoe moeten de fondsen onder de benadeelden worden verdeeld, wat zijn relevante criteria, verdeelsleutels en subcategorieën, hoe om te gaan met frauduleuze claims, hoe worden '*due process*' en procedurele rechtvaardigheid vertaald in het ontwerp van de CAf, welke netwerken zijn nodig, hoe de logistieke uitdagingen aan te pakken om de faciliteiten in ontwikkelingslanden te laten werken?

2.2 Negen elementen

De Claim Afwikkelingsfaciliteiten verschillen aanzienlijk in vorm. De basis voor de CAf kan een nationale dan wel internationale wettelijke basis zijn, publiek- of privaatrechtelijk, een gerechtelijke uitspraak[4] of een schikkingsovereenkomst. De CAf kan worden opgericht op initiatief van een partij die verantwoordelijk wordt gehouden voor een voorval dat massaschade heeft veroorzaakt en zelfs door een partij die zelf niet verantwoordelijk wordt gehouden voor het voorval, maar om een andere reden belang kan hebben bij een bepaalde vorm van afwikkeling, zoals aansprakelijkheidsverzekeraars, moederondernemingen of de overheid.

De CAf kan pro-actief worden opgericht voorafgaand aan een gerechtelijke procedure, na de procedure en kan zelfs geïntegreerd worden in de procedure. "De variëteit aan beschikbare opties om een Claim Afwikkelingsfaciliteiten te ontwikkelen is overweldigend. Een van de theoretische kenmerken van een dergelijke faciliteit is de mogelijkheid om de faciliteit volledig af te stemmen op specifieke behoeften van elke zaak", aldus McGovern.[5]

3 F.E. McGovern, 'The What and Why of Claims Resolution Facilities', 57 *Stanford Law Review* 1361-1389 (2005).

4 In 'Alternative Courts? Litigation-induced Claims Resolution Facilities', 57 *Stanford Law Review* 1429 (2005), bespreekt D.R. Hensler de "*privately designed, financed, and administered organizations for giving away money, established as a result of the settlement of mass litigation in trial and bankruptcy courts.*"

5 McGovern 2005, p. 1362.

McGovern onderzoekt het fenomeen al langere tijd en heeft negen verschillende elementen onderkend aan de hand waarvan elke CAf kan worden geanalyseerd of verklaard.[6] Deze houden verband met (1) de functie van de faciliteit,[7] (2) de metafoor die het beste de karakteristieken van de faciliteit omvat,[8] (3) de legitimatiegrondslag en/of financieringsbron,[9] (4) de omvang en gelijksoortigheid van de claims, (5) de organisatie van de CAf,[10] (6) de criteria op basis waarvan het in aanmerking komen voor een vergoeding onder de CAf wordt bepaald,[11] (7) de schademethodiek,[12] (8) compensatie[13] en (9) implementatie.[14] Deze elementen worden hierna kort nader toegelicht.

Functie van de faciliteit
In het algemeen kan een CAf twee mogelijke functies vervullen. Zij kan worden ingezet om het totale fondsbedrag vast te stellen en dat onder de individuele benadeelden te verdelen. Zij kan ook worden ingezet om alleen de fondsen uit te keren. Tot slot kan een CAf ook worden opgezet om voorzieningen of remedies te treffen die niet concreet leiden tot de uitkering van een financiële vergoeding, maar eerder bepaalde voorzieningen verstrekken.

Karakteristieke metafoor
Gelet op het feit dat een CAf een variëteit aan toepassingen kent, is een van de eerste uitdagingen bij het adresseren van de legitimiteitsvraag de bepaling van de metafoor die de faciliteit het beste karakteriseert. De aansprakelijkheidsmetafoor ('*tort methaphor*') houdt in dat de partij die schade heeft veroorzaakt de kosten daarvan moet internaliseren door benadeelden in de oorspronkelijke toestand, van voor het voorval, te brengen door het exacte bedrag aan schade te vergoeden. De welzijn-metafoor ('*welfare paradigm*') gaat uit van een vangnet aan sociale voorzieningen dat ervoor moet zorgen dat in bepaalde basisbehoeften wordt voorzien. Er is geen verband met een onrechtmatige daad noch zijn er anderszins tekortkomingen die tot de schade hebben geleid. De humanitaire metafoor (de '*war reparations metaphor*') impliceert meerdere elementen, zoals vergelding en genoegdoening.

Hoe meer de partij die de schade heeft veroorzaakt hiervoor verantwoordelijk kan worden gehouden, hoe waarschijnlijker het is dat de schadeafwikkeling noodzakelijkerwijs als een individuele aangelegenheid zal worden ervaren. Daartegenover staat dat hoe meer de schade gezien wordt als pech of een uiting van 'het lot', hoe eerder een gestandaardiseerde collectieve afwikkeling als adequaat zal worden geaccepteerd.

6 McGovern 2005, p. 1362-1375.
7 McGovern 2005, p. 1363-1365.
8 McGovern 2005, p. 1365-1366.
9 McGovern 2005, p. 1366-1367.
10 McGovern 2005, p. 1368-1370.
11 McGovern 2005, p. 1370-1371.
12 McGovern 2005, p. 1372-1373.
13 McGovern 2005, p. 1373-1374.
14 McGovern 2005, p. 1374-1375.

De legitimatiegrondslag en/of financieringsbron
Een CAf kan worden opgericht bij wet of bij een bestuursbesluit. Zij kan voortvloeien uit internationale publiekrechtelijke samenwerkingsverbanden, een privaatrechtelijke collectieve actie, een faillissement, een collectieve schikking of een eenzijdig aanbod. De fondsen kunnen ter beschikking worden gesteld door een overheid, internationale organisaties of een of meerdere partijen die verantwoordelijk worden gehouden. Zowel de basis voor de fondsvorming, alsmede de afkomst van de gelden zijn van invloed op het bepalen van het toepasselijke metafoor en de inrichting van de CAf, in termen van organisatie, methodologie en betalingsmethoden. Doorgaans wordt aangenomen dat hoe sterker de link is met de overheid, hoe meer legitimiteit de CAf geniet. En omgekeerd: een *ad hoc* opgerichte CAf, zal meer moeite moeten doen om haar bestaan en design te legitimeren.

Omvang en gelijksoortigheid van de claims, toekenningscriteria en schademethodiek
Met betrekking tot het design van een CAf merkt McGovern op dat wanneer de benadeelden meer gelijk gesitueerd zijn, de tolerantie voor fijnmazige ongelijkheden bij de schadebepaling groter zal zijn als daar tegenover een bepaalde efficiëntie in het afwikkelingsproces staat. De CAf wordt dan ook doorgaans opgericht volgens het '*inquisitorial*' model en niet volgens het '*adversarial*' model. Dat betekent dat een neutrale derde de claims actief onderzoekt en beoordeelt en dat er minder ruimte voor partijen en hun belangenbehartigers is om het vaststellingsproces 'over te nemen'.

Reeds de enkele aanwezigheid of beschikbaarheid van een schadefonds zal (frauduleuze) claims kunnen aantrekken van partijen die eigenlijk niet tot de groep van gerechtigden behoren. Het uitfilteren hiervan noopt tot een afweging en balanceren tussen het beheersen van transactiekosten en het buiten de deur houden van claims die niet in de CAf thuishoren. Er zijn wel bepaalde standaardrichtlijnen die gevolgd kunnen worden bij de bepaling van de kring van gerechtigden. Er zijn minstens tien verschillende methoden voor de schadeuitkeringen, die variëren van de gelijke verdeling van de schadefondsen onder alle benadeelden tot het doorlopen of nabootsen van een heuse gerechtelijke procedure, waar bewijzen en argumenten worden gepresenteerd aan een panel dat vervolgens een beslissing neemt. Het is ook mogelijk dat een en dezelfde CAf meerdere van die schadevaststellingsprocedures openstelt, afhankelijk van de mate van zekerheid die als wenselijk wordt bevonden voordat een bepaalde uitkering wordt gedaan. Doorgaans is het zo dat hoe hoger de uitkering, hoe meer zekerheid er moet zijn dat de benadeelde daartoe gerechtigd is, hoe zwaarder het beoordelingsproces. We zien dat bijvoorbeeld terug in de Dalkon Shield-zaak waarin de benadeelden drie afwikkelingsmodaliteiten ter beschikking stonden.[15] Afwikkelingsmodaliteit 1, ontworpen voor benadeelden met claims van lage waarde vanwege gebrek aan bewijs of beperkt lichamelijk letsel, gaf recht op een vast bedrag aan vergoeding. Afwikkelingsmodaliteit 3, opgezet voor de benadeelden met het meest ernstige

15 Zie in dat verband nader C.J.M. van Doorn en M. de Bruijn, 'Een collectieve afwikkeling van massaschade: verdeelsleutels voor individuele benadeelden', *NJB* 2013-41, p. 2856-2863.

letsel, bevatte de meest op het individu gerichte aanpak.[16] Het verzamelen van empirische data over de keuzes die benadeelden maakten, leerde dat een groot deel van de benadeelden, ook benadeelden die in eerste instantie voor verdeelsleutel 3 opteerden, uiteindelijk koos voor de meer standaard verdeelsleutel 1.[17]

Compensatiemogelijkheden
De mogelijkheden in relatie tot de inrichting van een CAF worden slechts beperkt door de verbeeldingskracht van hun ontwerpers. Uitgangspunt is vergoeding in geld. Dat kan zijn in de vorm van contanten, aandelen of andere financiële instrumenten of waardepapieren. Het is ook mogelijk dat de compensatie in natura plaatsvindt, denk aan medische ingrepen of andere gezondheidszorg faciliteiten, woningherstel, aanbieden van opleidingen en dergelijke.

Implementatie
Eén van de minst besproken maar meest belangrijke variabelen in een CAf ziet op de manier van implementatie en het operationeel maken daarvan. Sommige faciliteiten zijn onderworpen aan een (gerechtelijk) toezicht vóór, tijdens en na het operationeel maken daarvan. Anderen zijn ten aanzien van het ontwerp van de processen die worden gevolgd onderworpen aan een gerechtelijk toezicht, maar niet ten aanzien van de toepassing daarvan. Wanneer de faciliteit deel uitmaakt van een meer omvattende schikking, kan ze een relatief klein onderdeel zijn van een groter geheel dat aan toetsing is onderworpen. Met name wanneer de oprichting van de CAf niet opgelegd is van overheidswege, maar van een gerechtelijk of zelfregulerend besluit, lijkt er minder aandacht te zijn voor de resultaten van het 'schadeuitdelingsproces' of de implementatie. Het ligt aan het beleid en de deskundigheid van een specifiek gerecht of rechter of het ontwerp, het functioneren en het resultaat van de compensatieregeling worden gevolgd, geëvalueerd en gerapporteerd. Zodra ze operationeel zijn, zijn sommige faciliteiten volledig transparant, andere zijn slechts transparant voor de individuele begunstigden, en weer andere zijn ondoorgrondelijk voor derden.

In het kader van CAf moet tot slot een onderscheid worden gemaakt tussen het ontwerp en de implementatie van een CAf die ziet op letselschade én van een CAf die met andere (financiële) zaken van doen heeft. Met name in letselschadezaken kunnen een inadequaat ontwerp en implementatie van de claimafwikkelingsfaciliteit resulteren in ontevredenheid bij cliënten en toename van de emotionele kosten van de claimafwikkeling.

16 G.M. Vairo, 'Georgine, the Dalkon Shield Claimants Trust and the rhetoric of Mass Tort Claims Resolution', *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 31-79 (1997), p. 133-138. Zie ook K.R. Feinberg, 'The Dalkon Shield Claimants Trust', *Law and Contemporary Problems* vol. 53-4 (1990), p. 105-112.

17 Vairo 1997, p. 134. Ook in Amerikaanse verdeelplannen voor fondsen die gevormd zijn voor schade ten gevolge van de blootstelling aan asbest zien we een dergelijke keuzemogelijkheid voor de te volgen verdeelsleutel terug, zie F.E. McGovern, 'The Evolution of Asbestos Bankruptcy Trust Distribution Plans', *NYU Annual Survey of American Law*, vol. 62-163 (2006), p. 173.

2.3 Een onderzoeksagenda voor CAf

Zoals hiervoor al werd aangegeven, varieert de mate van publieke controle of monitoring van het ontwerp, de implementatie en het functioneren van een CAf. Er zijn voorbeelden van CAf'en die zijn opgezet op verzoek van een gerecht, wetgever, regering of toezichthouder die officiële verslagen hebben uitgebracht van hun bevindingen en activiteiten (bijvoorbeeld van het aantal eisers dat zich meldde bij de CAf ten opzichte van het totale aantal geschatte eisers, het gemiddelde bedrag aan individuele schadevergoedingen en de totale kosten van het schadetoedelingsproces, waaronder begrepen niet alleen de vergoedingen, maar ook de transactiekosten). Hoe belangrijk de evaluatie van een CAf ook moge zijn, er blijken geen algemene richtlijnen te bestaan die een dergelijke evaluatie faciliteren. In 1990 publiceerde het RAND-instituut[18] een onderzoek naar het – toen nieuwe – fenomeen van CAf.[19] Het RAND-onderzoek benoemde enkele sleutelvragen ten aanzien van het functioneren van CAf die men empirisch zou moeten beantwoorden om te weten of de rol van dergelijke faciliteiten in het claimafwikkelingsproces gerechtvaardigd was. Het onderzoek werd in 2004 opnieuw uitgebracht.[20] Het onderzoek stelde opnieuw een onderzoeksagenda naar CAf voor, waarvan de resultaten zouden kunnen bijdragen aan de verbetering van het functioneren van bestaande CAf'en. Tegelijkertijd zou dat bijdragen aan de verbetering van toekomstige alternatieven voor CAf'en.

De RAND-onderzoeksagenda bevatte een voorstel voor de ontwikkeling van een rechtsvergelijkende database, waardoor een studie naar het afwikkelingspatroon van verschillende faciliteiten in termen van uitkomsten, transactiekosten en procedurele rechtvaardigheid[21] mogelijk zou zijn. De onderzoeksagenda benadrukte ook de behoefte aan meer en betere informatie over hoe effectief de faciliteiten in werkelijkheid zijn, in termen van 'doen wat ze beloven en horen te doen', maar ook in termen van het voorkomen van nadere of vervolgprocedures. Tot slot bepleitte de onderzoeksagenda dat de rechters die doorgaans de oprichting en ontwerp van een CAf moeten goedkeuren, meer zouden moeten weten over de reactie van benadeelden op de faciliteiten: hoe goed begrijpen eventuele gerechtigden wat zij moeten doen om compensatie te verkrijgen; hoe tevreden zijn zij met de uitkomst; zijn er bepaalde groepen die specifieke problemen ondervinden in het kader van de CAf?[22]

---

18 De RAND Corporation is een van oorsprong Amerikaanse denktank, in 1946 opgezet door de Amerikaanse luchtmacht. In mei 1948 werd RAND een onafhankelijke organisatie zonder winstoogmerk. RAND is een samentrekking van *research and development*. RAND-onderzoek richt zich op het ontwikkelen van oplossingen voor complexe problemen door onderzoekers van verschillende academische specialisaties bij elkaar te brengen en op het verschaffen van praktische begeleiding door inzicht te verschaffen in beleidskeuzen en barrières voor beleidsimplementaties.

19 D.R. Hensler, 'Assessing Claims Resolution Facilities, What We Need to Know', *Law and Contemporary Problems*, v. 53, no. 4, Autumn 1990, p. 175-188; M.A. Peterson, 'Giving Away Money: Comparative Comments on Claims Resolution Facilities', *Law and Contemporary Problems*, v. 53, no. 4, Autumn 1990, p. 113-136.

20 D.R. Hensler, *Assessing Claims Resolution Facilities, What We Need to Know*, RAND Corporation reprint series 2004.

21 Zie hierover nader paragraaf 3 van deze bijdrage.

22 Hensler 1990, p. 177-181.

Andere determinanten met betrekking tot de CAf die werden genoemd in de RAND-studie en die niets van doen hebben met hun inrichting of implementatie, maar die mogelijk een belangrijk effect hebben (gehad) op hun functioneren, zijn:

a. het beleid dat gevolgd is bij het bepalen van de vergoedingen;
b. de volgorde van betalingen;
c. de manier waarop potentiële gerechtigden attent zijn gemaakt op de mogelijkheden onder een CAf;
d. in hoeverre ervoor gekozen is om de uitvoering van de CAf over te laten aan een nieuw *ad hoc* opgerichte en op zichzelf staande organisatie in plaats van het inschakelen van een bestaande private of publieke instelling om de fondsen te verdelen;
e. wat was het wervings- en selectiebeleid ten aanzien van het personeel dat nodig was voor de CAf; en
f. de rol die toebedeeld is aan advocaten in het kader van een CAf, zowel aan hen die benadeelden vertegenwoordigen als aan de advocaten die optreden namens de Claim Afwikkelingsfaciliteiten.[23]

Bijna tien jaar na de heruitgave in 2004 van het RAND-onderzoek uit 1990, moeten wij constateren dat het onderzoek nog altijd relevant en bijzonder *up to date* is. Hoewel er een aantal vergelijkende studies is geweest naar het functioneren van de CAf,[24] is er weinig verbetering opgetreden in onze kennis over het functioneren en de inrichting van dergelijke faciliteiten.

Know how met betrekking tot de inrichting en uitvoering van Claim Afwikkelingsfaciliteiten die het resultaat zijn van een gerechtelijke activiteit is zeldzaam en ziet vooral op het ontwerp van de kennisgeving die wordt gestuurd aan bekende en onbekende leden van de groep benadeelden.[25] Zoals een onderzoek van het RAND-instituut, uitgevoerd in 2008, het verwoordde:[26] "Een sluier van geheimzinnigheid valt over *class action litigation* vanaf het moment dat de rechter een schikking goedkeurt en uiteindelijk is maar weinig informatie beschikbaar over het aantal *class members* dat daadwerkelijk compensatie ontvangt."

23 Hensler 1990, p. 184.

24 Een verzameling van tien '*case studies*' naar het functioneren en de inrichting van CAf'en, kan worden gevonden in een publicatie uit 2007 van H.M. Holtzmann en E. Kristjansdottir, *International Mass Claims Processes: Legal and Practical Perspectives*, Oxford University Press 2007. Het boek behandelt een scala aan onderwerpen die variëren van het kiezen van een locatie voor de CAf, administratie, personeelsbeleid en computersupport, tot de deelname van eisers in de planning van het claimproces, het gebruik van sampling en de inzet van communicatie en andere aanverwante meer of minder praktische zaken.

25 Rust Consulting, Inc. & Kinsella Media, LLC, Plain Language Primer for Class Action Notice (undated), http://www.kinsellamedia.com/Knowledge_Sharing.aspx; Rust Consulting, Inc., Class Action Settlements: What You Should Know About Claim Filing Services, http://www.rustconsulting.com/pdfs/ClaimFilingServices.pdf; T.B. Hilsee, S.R. Wheatman & G.M. Intrepido, 'Do You Really Want Me To Know My Rights? The Ethics Behind Due Process In Class Action Notice Is More Than Just Plain Language: A Desire To Actually Inform', 18 *Georgetown Journal of Legal Ethics* 1359-1382 (2005).

26 N.M. Pace & W.B. Rubinstein, *How Transparent Are Case Outcomes: Empirical Research on the Availibility of Class Action Claims Data*, RAND Working Paper Series WR-599-ICJ, 2008.

Dit heeft ten minste twee duidelijke nadelen: er is geen leerproces én er is geen mogelijkheid om te evalueren of het distributieproces überhaupt wel succesvol is geweest en, voor zover van toepassing, of de voorafgaande gerechtelijke procedure de tijd en moeite wel rechtvaardigde.

3 Massaschade en het belang van procedurele rechtvaardigheid

3.1 De theorie van procedurele rechtvaardigheid

Zoals hiervoor vermeld, bevatte de onderzoeksagenda van het RAND-instituut een voorstel voor de ontwikkeling van een rechtsvergelijkende database, waardoor een vergelijkende studie naar de afwikkeling van schadeclaims volgens verschillende CAf'en mogelijk zou worden. Een aspect waarop de data geanalyseerd zouden moeten worden volgens de RAND-onderzoeksagenda, is de procedurele rechtvaardigheid. De RAND-onderzoeksagenda geeft aan dat bij het ontwerpen van een CAf advocaten, rechters en andere betrokkenen vaak meer gericht zijn op de uitkomst of het eindresultaat voor de benadeelde: wie krijgt welk bedrag, voor welk letsel, en welke andere verliezen komen voor vergoeding in aanmerking?[27] Uit onderzoek blijkt echter dat ook de procedure die wordt gevolgd om het resultaat te behalen, van belang is voor de waardering van het eindresultaat door de benadeelde.

Belangrijk voor de theorie van procedurele rechtvaardigheid is het onderzoek van Thibaut en Walker.[28] Zij kwamen tot de conclusie dat partijen betrokken bij een civielrechtelijk geschil een voorkeur hadden voor procedures die hen de mogelijkheid gaven enige input te leveren ten opzichte van procedures die die mogelijkheid niet in zich hadden. Sterker nog: procedures die partijen actief betrokken bij het proces werden door hen als meer rechtvaardig ervaren, ook al pakte de uitkomst van de procedure negatief voor hen uit. Thibaut en Walker hebben aldus laten zien dat partijen niet alleen geïnteresseerd zijn in de uitkomst van hun geschil; het proces dat doorlopen wordt om die uitkomst te bereiken is ook belangrijk. Negatieve eindoordelen worden meer geaccepteerd wanneer zij de uitkomst zijn van een procedure die door partijen als eerlijk en rechtvaardig wordt ervaren. Onderzoek nadien bevestigt dit beeld grotendeels.[29] Tyler en Lind hebben gezocht naar een

27 Hensler 1990, p. 178.

28 J. Thibaut en L. Walker, *Procedural justice: a psychological analysis*, Hillsdale NJ: Erlbaum 1975.

29 Zie onder meer E.A. Lind en T.R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Plenum Press 1988; T. R. Tyler, 'The Relationship of the Outcome and Procedural Fairness: How Does Knowing the Outcome Influence Judgement About the Procedure?', *Social Justice Research* 1996 vol. 9 nr. 4, p. 311-32. Zie verder H.F.M. Crombag en P.J. van Koppen, 'Rechtvaardigheid', in P.J. van Koppen e.a., *Het recht van binnen, De psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2002. Zie echter ook K. van den Bos, 'Assimilation and contrast in organizational justice: the role of primed mindsets in the psychology of the fair process effect', *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 2002 vol. 89, p. 866-880, die laat zien dat de ervaren procedurele rechtvaardigheid in wisselwerking staat met hoe mensen de verkregen uitkomst ervaren. Kritisch is M.J. Lerner, 'The Justice Motive: Where social psychologists found it, how they lost it and why they may not find it again', *Personality and Social Psychology Review* 2003-7, p. 388-399.

verklaring voor dit verschijnsel. Zij denken dat mensen zo veel waarde hechten aan procedures die gevolgd worden vanwege de normatieve functie die hiervan uit gaat. Volgens Tyler en Lind ontlenen mensen hun eigen identiteit aan het feit dat ze deel uitmaken van bepaalde groepen in de samenleving. Wanneer een individu in een procedure met waardigheid en respect behandeld wordt, bevestigt dat de status en de positie die het individu in de groep heeft.[30]

Er is veel onderzoek gedaan naar de factoren die het concept procedurele rechtvaardigheid invullen. Tyler concludeert in 1988 dat er geen universele en allesbepalende factoren aan te wijzen zijn. De ideale procedure bestaat daarom ook niet: de procedure moet altijd toegesneden zijn op de situatie en is tijd- en cultuurgebonden.[31] Wel overlappen de resultaten uit de diverse onderzoeken elkaar[32] en kan uit de onderzoeken een aantal factoren gedestilleerd worden dat in ieder geval een rol speelt. Erg belangrijk voor mensen is de mogelijkheid tot *inspraak in het proces*. Door participatie in het proces hebben mensen de mogelijkheid om hun verhaal te doen. Zij willen gehoord worden en hebben behoefte aan een '*voice*'. Een volgende factor van belang is *toegang hebben tot een neutrale beslisser*. De procedure voor die neutrale beslisser moet consistent en nauwkeurig zijn, dat wil zeggen dat procedures duurzaam moeten zijn voor verschillende mensen door de tijd heen en dat beslissingen moeten worden genomen op basis van correcte informatie. Rechtvaardigheidsoordelen worden eveneens beïnvloed door de *informatie die mensen ontvangen met betrekking tot de procedure, maar ook over de uitkomst daarvan*. Wanneer mensen uitleg, advies en begeleiding krijgen omtrent de te volgen procedure en de uitkomst die daaruit volgt wordt toegelicht, zal dit bijdragen aan het gevoel rechtvaardig te worden c.q. zijn behandeld. Ook een *respectvolle en waardige bejegening* maakt dat mensen meer tevreden zijn over de procedure en het gevoel hebben rechtvaardig behandeld te zijn.[33]

30 T.R. Tyler en E.A. Lind, 'A relational model of authority in groups', in M.P. Zanna, *Advances in Experimental Social Psychology*, San Diego: Academic Press 1992, p. 115-191 en T.R. Tyler, 'Psychological Models of Justice Motive: Antecedents of Distributive and Procedural Justice', *Journal of Personality and Social Psychology* 1994 vol. 67 nr. 5, p. 850-863. Zie ook H. Tajfel, *Differentation between social groups: studies in the social psychology of inter-group relations*, New York: Academic Press 1978.

31 Zie T.R. Tyler, 'What is procedural justice? Criteria used by citizens to assess the fairness of legal procedures', *Law and Society Review* 1988 vol. 22 nr. 1, p. 103-136, m.n. p. 128-132.

32 Zo zetten Thibaut en Walker '*proces controll*' af tegen '*decision controll*', Thibaut en Walker 1975; onderscheidt Leventhal zes relevante factoren: "*consistency, the ability to suppress bias, decision quality or accuracy, correctability, representation and ethicality*", G.S. Leventhal 'What Should Be Done with Equity Theory?' in K. J. Gergen e.a., *Social Exchange: Advances in Theory and Research*, New York: Plenum Press 1980; en noemen Tyler en Lind "*standing (being treated with dignity and respect), trust (honesty, the absence of bias and making an informed decision based on the facts of the case) and neutrality (ethical behaviour, act fairly)*", Lind en Tyler 1988, en Tyler en Lind 1992.

33 Er zijn onderzoekers die deze laatste twee belangen niet onder procedurele rechtvaardigheid scharen, maar spreken over onafhankelijke vormen van rechtvaardigheid. Het belang van informatie over de procedure en de uitkomst is in hun visie een uiting van informatieve rechtvaardigheid en het belang van een respectvolle en waardige bejegening van interpersoonlijke rechtvaardigheid. Zie voor meer informatie J.A. Colquitt, 'On the Dimensionality of Organizational Justice: A Construct Validation of a Measure,' *Journal of Applied Psychology* 2001, p. 386-400 en J van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken*, (diss. Tilburg UvT) 2010, p. 23-25.

3.2 Procedurele rechtvaardigheid en afwikkeling van massaschade

Het concept van procedurele rechtvaardigheid is op verschillende deelgebieden onderzocht en gebleken is dat eerlijke procedures op veel terreinen belangrijk zijn.[34] Procedurele rechtvaardigheid houdt verband met de tevredenheid over juridische beslissingen in civiele geschillen, maar speelt ook in procedures buiten de rechtszaal en in schikkingsprocessen.[35] Hoewel de rol van procedurele rechtvaardigheid in het kader van een collectieve schikkingsovereenkomsten ter afwikkeling van massaschade nog niet als zodanig is onderzocht, is er wel meer bekend over waar benadeelden waarde aan hechten in zaken die geëindigd zijn middels een schikking.[36] Benadeelden willen hun zaak geschikt zien op een waardige, zorgvuldige en onbevooroordeelde wijze. In dat verband is voor benadeelden van belang dat ze kunnen deelnemen in de oplossing van hun schikking: dat ze hun mening kenbaar kunnen maken over problemen en voorgestelde oplossingen. Wij vermoeden dat deze uitingen van procedurele rechtvaardigheid ook van belang zijn in het kader van collectieve schikkingsovereenkomsten of schadefondsen ter afwikkeling van massaschade.[37] De RAND-onderzoeksagenda gaat hier eveneens van uit. De onderzoeksagenda pleit ervoor om conform de wijze waarop diverse onderzoeken de ervaren procedurele rechtvaardigheid bij verschillende manieren om geschillen op te lossen in kaart hebben gebracht, zo ook de ervaren procedurele rechtvaardigheid in het kader van verschillende CAf'en te onderzoeken en in kaart te brengen.[38]

Naar ons idee is aandacht voor aspecten van procedurele rechtvaardigheid in het kader van een collectieve afwikkeling van massaschade onmisbaar. In een geval van massaschade is er veelal een beperkte som geld beschikbaar om de schade van vele benadeelden te voldoen. Dat kan zijn omdat er slechts beperkte verzekerde sommen beschikbaar zijn of kan verband houden met (dreigende) insolventie van de schadeveroorzakers. Daarbij is het in geval van een massaal schadegeval veelal ondoenlijk om alle individuele omstandigheden van alle betrokken individuele benadeelden in het afwikkelingsproces te verdisconteren. Een collectieve afwikkeling van massaschade kenmerkt zich aldus hierdoor dat benadeelden per definitie nagenoeg nooit een volledige vergoeding van de door hen geleden schade krijgen. Juist het feit dat de verkregen vergoeding nooit de geleden schade volledig

34 Procedurele rechtvaardigheid beïnvloedt bijvoorbeeld de houding van mensen tegenover autoriteiten (zie T.R. Tyler, 'What is procedural justice? Criteria used by citizens to assess the fairness of legal procedures', *Law and Society Review* 1988 vol. 22 nr. 1, p. 103-136 en p. 128 voor verdere verwijzingen; T. R. Tyler, *Why people obey the law*, New Havel and London: Yale University Press 1990) en speelt in werksituaties en organisaties een rol (T.R. Tyler en A. Caine, 'The role of distributional and procedural fairness in the endorsement of formal leaders', *Journal of Personality and Social Psychology* 1981-41, p. 642-655 en Lind en Tyler 1988, hoofdstuk 7 en 8).

35 Zie E.A. Lind, R.J. Maccoun e.a., 'In the eye of the beholder: Tort litigants' evaluations of their experiences in the civil justice system', *Law and Society Review*, 1990-24, p. 953-996.

36 T.R. Tyler, 'A psychological perspective on the settlement of mass tort claims', *Law and Contemp. Probs.* 1990 vol. 53, p. 199-205. Tyler verwijst naar twee RAND-studies: R. MacCoun e.a., *Alternative Adjudication: An evaluation of the New Jersey Automobile Program*, RAND 1988 en E.A. Lind e.a., *The Perception of Justice, Tort Litigants' Views of Trial, Court-Annexed Arbitration and Judicial Settlement Conferences*, RAND 1989.

37 Zie daarover ook C.J.M. van Doorn, 'Een collectieve afwikkeling van massaschade en de belangen van de individuele benadeelde', NTBR 2010-10, p. 387-396.

38 Zie Hensler 1990, p. 178-179.

zal compenseren, maakt dat de procedure die doorlopen moet worden om een vergoeding of een andere voorziening te verkrijgen, van groot belang is. Door ervoor te zorgen dat tenminste het fondsverdelings- en schadeuitdelingsproces aan de beginselen van procedurele rechtvaardigheid voldoen, wordt de acceptatie van de uitkomst vergroot, hetgeen ook de legitimatie van de CAf ten goede zal komen.

4 Een collectieve afwikkeling van massaschade in het privaatrecht: het juridische kader

In Amerika is in de wetenschap aandacht gevraagd voor CAf'en (door onder meer de RAND-onderzoeksagenda en diverse publicaties van McGovern) en de nodige ervaring met CAf'en en de collectieve afwikkeling van massale schadegevallen opgedaan in de praktijk. Men kan daarbij denken aan de oprichting van schadefondsen buiten het civiele aansprakelijkheidsrecht om (zoals het 9/11-schadefonds), maar vooral ook aan schadefondsen opgericht in het kader van de in het civiele aansprakelijkheidsrecht gelegen '*damages class action*'.[39] In het kader van een '*damages class action*' kan een benadeelde de rechter benaderen om ten behoeve van een groep benadeelden met gelijksoortige belangen (de '*class*') schadevergoeding te vorderen. In Nederland kent men binnen het privaatrecht in hoofdzaak twee manieren om tot een collectieve afwikkeling van massaschade over te gaan: de collectieve actie ex artikel 3:305a BW en de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM).

4.1 Collectieve actie

In artikel 3:305a BW is de mogelijkheid van een collectieve actie voor belangenorganisaties opgenomen.[40] Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan een rechtsvordering instellen. Uit de statuten moet blijken welke belangen de organisatie zich aangetrokken heeft en alleen voor die belangen kan zij in rechte optreden. De organisatie moet deze belangen behartigen, dat wil zeggen feitelijk werkzaam zijn op dit gebied.[41] De rechtsvordering die de belangenorganisatie instelt moet strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen. Dat betekent dat via artikel 3:305a BW groepsbelangen, maar ook meer algemene belangen behartigd kunnen worden.[42] Hoe groot de groep andere personen precies moet zijn, kan niet in een concreet getal uitgedrukt

39 Rule 23 van de Federal Rules of Civil Procedure.
40 Wet van 6 april 1994, *Stb.* 269 en *Stb.* 391. Zie voor meer informatie hieromtrent N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994.
41 Aan een *ad hoc* opgerichte organisatie wordt niet de weg naar de rechter afgesneden, aangezien de wetgever toevoegt dat deze voorwaarde niet inhoudt dat de rechtspersoon zelf al een bepaalde periode als belangenorganisatie werkzaam moet zijn geweest, *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 20.
42 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 21-22.

worden. De wetgever heeft zich op dit punt aangesloten bij de voor invoering van artikel 3:305a BW reeds bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad[43] door te overwegen dat de vraag of door de collectieve actie een meer effectieve en/of efficiënte rechtsbescherming valt te bereiken, een belangrijke rol zal spelen.[44] Vereist is wel dat de belangen van de groep personen voldoende gelijksoortig zijn, zij moeten zich voor bundeling lenen.[45] Een door een belangenorganisatie verkregen uitspraak heeft slechts bindende kracht tussen deze organisatie en de gedaagde schadeveroorzaker. Individuele benadeelden zijn derhalve niet juridisch aan de uitspraak gebonden, maar kunnen wel de gevolgen daarvan ondervinden door een beroep te doen op de uitspraak.[46]

In artikel 3:305a lid 3 BW heeft de wetgever een belangrijke beperking aangebracht: de door de belangenorganisatie in te stellen vordering kan niet strekken tot een schadevergoeding te voldoen in geld. Een volwaardige '*damages class action*' zoals die in Amerika mogelijk is, kennen we dus in Nederland niet. Volgens de wetgever roept het openstellen van een dergelijke vordering juridisch-technische complicaties in het leven. Zo zal de schadeomvang per individu verschillend zijn en vergen vragen als eigen schuld en causaliteit een individuele benadering. Het volledig verdisconteren van individuele omstandigheden zou strijdig zijn met het wezen van het collectieve actierecht.[47] Met de in 2005 ingevoerde Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM)[48] heeft de wetgever de leemte die artikel 3:305a lid 3 BW laat, willen opvullen.

4.2 Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM)[49]

De WCAM is gebaseerd op de ervaringen met de Amerikaanse '*damages class action*'.[50] Opvallend is dat in Amerika de meeste gevallen van massaschade waarvoor een '*damages class action*' aanhangig is gemaakt, niet met een einduitspraak eindigen, maar door middel van een schikking. Op deze schikkingspraktijk is de WCAM geënt.

De WCAM geeft de bevoegdheid om de rechter te verzoeken een schikkingsovereenkomst strekkende tot collectieve schadeafwikkeling verbindend te verklaren voor de gehele groep van benadeelden. De overeenkomst dient gesloten te zijn tussen één of meer partijen die zich hebben verbonden tot vergoeding van de schade

43 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 3-7 en met name HR 27 juni 1986, NJ 1987, 743 (De Nieuwe Meer).
44 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 7 en 22-23.
45 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 7 en 27-28.
46 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 26-27.
47 *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 30. Zie in dit verband de in november 2011 door de Tweede Kamer aangenomen Motie Dijksma, waarin aan de regering wordt gevraagd te komen met een stappenplan om collectief schadeverhaal door belangenorganisaties mogelijk te maken.
48 Wet van 27 juli 2005, *Stb.* 2005, 340 jo. 380. De wet is gewijzigd met ingang van 26 juni 2013, *Stb.* 2013, 255 jo. 256 met het in werking treden van de Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade.
49 De materieelrechtelijke component van de wet is neergelegd in art. 7:907-910 BW, art. 1013-1018 Rv regelen procedurele kwesties. Zie voor meer literatuurverwijzingen C.J.M. van Doorn, 'Bewerking van art. 7:907- 7:910 BW', in: A-G Castermans (red.), *II. Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (losbl.).
50 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 4-5.

en één of meer stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid die ingevolge hun statuten de belangen van de betrokken benadeelden behartigen.[51] In beginsel zijn partijen vrij in het inrichten van hun overeenkomst tot collectieve schadeafwikkeling. De schikkingsovereenkomst kan bestaan uit schadecategorieën (ook wel, naar Amerikaans voorbeeld, '*damage scheduling*' genoemd). Aan de hand van een aantal factoren (zoals de aard en omvang van de schade) wordt dan bepaald binnen welke schadecategorie een benadeelde valt en welke daarmee corresponderende schadevergoeding hij vervolgens verkrijgt. Door deze wijze van afwikkeling kunnen allerlei in een civiele procedure te beantwoorden individuele rechtsvragen buiten beschouwing blijven.[52]

Wanneer de rechter de collectieve schadeafwikkelingsovereenkomst verbindend verklaart, heeft deze tussen partijen en de gerechtigden tot een vergoeding de gevolgen van een vaststellingsovereenkomst waarbij elke gerechtigde als partij geldt.[53] De verbindendverklaring heeft voor de benadeelden aldus het gevolg dat zij partij worden bij de overeenkomst. Door deze rechtsgevolgen wordt de benadeelde feitelijk de mogelijkheid ontnomen om over het geschil dat voorwerp is van de schikkingsovereenkomst alsnog, buiten de overeenkomst om, de rechter te benaderen.[54] De wetgever besefte dat deze consequentie op gespannen voet staat met belangrijke rechtsbeginselen, als het beginsel van partijautonomie en het recht op toegang tot de rechter van artikel 17 Gw en artikel 6 EVRM. Om recht te doen aan deze beginselen heeft de wetgever voor benadeelden de mogelijkheid gecreëerd om zich binnen een bepaalde termijn door middel van een uitdrukkelijk daarop gerichte verklaring te onttrekken aan de verbindendheid: de '*opt out*'-mogelijkheid.[55] Inmiddels zijn zes schikkingen krachtens de WCAM verbindend verklaard, de zevende zaak loopt.[56]

51 Art. 7:907 lid 1 BW, vgl. art. 3:305a lid 1 BW.
52 *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 5-6.
53 Art. 7:908 lid 1 BW.
54 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 3-4.
55 Zie art. 7:908 lid 2-3 jo. art. 7:907 lid 1 sub f BW.
56 Dit zijn de DES-schikking (Hof Amsterdam 1 juni 2006, NJ 2006, 461 waarover L.M. van Bochove en C.J.M. van Doorn, "Eerste WCAM-beschikking: DES-zaak nu ten einde? Annotatie bij Hof Amsterdam 1 juni 2006, NJ 2006, 461", *TvC* 2007-1, p. 17-22); de Duisenberg-regeling in de Dexia-zaak (Hof Amsterdam 25 januari 2007, NJ 2007, 427, waarover C.J.M. van Doorn, "De tweede WCAM-beschikking is een feit, tijd voor een terugblik en een blik vooruit", *AV&S* 2007-3, p. 105-114); de Vie d'Or-schikking (Hof Amsterdam 29 april 2009, LJN BI2717), de Shell-schikking (Hof Amsterdam 29 mei 2009, LJN BI5744), De Vedior-schikking (Hof Amsterdam 15 juli 2009, LJN BJ2691) en de Converium-schikking (Hof Amsterdam 12 november 2010, LJN BO3908 en Hof Amsterdam 17 januari 2012, LJN BV1026). De behandeling van de in de DSB-zaak getroffen schikking loopt nog, zie voor meer informatie www.dsbcompensatie.nl.

5 Enkele Nederlandse schadefondsen nader beschouwd

In deze paragraaf zullen wij enkele Nederlandse schadefondsen nader beschouwen en analyseren op welke wijze er tot een verdeling van de beschikbare gelden gekomen is, welke mogelijkheden er voor benadeelden zijn om te participeren en welke verdeelsleutels gehanteerd worden.[57] Allereerst gaan wij in op twee schadefondsen die in het kader van het civiele aansprakelijkheidsrecht tot stand zijn gekomen: het DES-schadefonds (paragraaf 5.1) en de Duisenberg-schikking (paragraaf 5.2). Beide schadefondsen zijn voortgevloeid uit een collectieve schikking die door het Hof Amsterdam verbindend is verklaard krachtens de WCAM. In de volgende paragrafen bezien wij de afwikkeling van seksueel misbruik in de Rooms-Katholieke kerk (paragraaf 5.3) en het Instituut Asbestslachtoffers (paragraaf 5.4) nader. Deze twee schadefondsen zijn buiten het civiele aansprakelijkheidsrecht tot stand gekomen, onder politieke of maatschappelijke druk en/of op initiatief van (potentiële) schadeveroorzakers.

5.1 DES

Het DES-hormoon is in de jaren '60 door zwangere vrouwen gebruikt om vroeggeboorten en miskramen te voorkomen. Zowel vrouwen en mannen geboren uit moeders die tijdens de zwangerschap DES hebben gebruikt, als de moeders zelf, hebben ten gevolge van DES lichamelijke aandoeningen opgelopen van verschillende aard en ernst. Na jarenlang procederen,[58] is er in 2000 een schikking tot stand gekomen tussen DES-producenten, hun verzekeraars en Stichting DES-Centrum. De Stichting DES-Centrum treedt als belangenbehartiger op voor iedereen die tijdens de zwangerschap is blootgesteld aan DES. Tijdens de onderhandelingen zijn partijen bijgestaan door juridisch en medisch deskundigen. De schikking hield de oprichting van een DES-schadefonds in. In 2006 is deze schikking verbindend verklaard door het Hof Amsterdam.[59]

Het DES Fonds is bedoeld om uitkeringen te doen aan DES-moeders die tijdens hun zwangerschap DES gebruikten (DES-moeders) en aan de dochters (DES-dochters) en zonen (DES-zonen) uit die zwangerschappen. Om te komen tot een verdeling van het beschikbare schadebedrag van 38 miljoen euro, zijn de benadeelden gegroepeerd afhankelijk van de vraag of het gaat om de vrouwen zelf die

57 Zie in dit verband nader Van Doorn en De Bruijn 2013.
58 Met als belangrijke uitkomst HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 (*DES*).
59 Hof Amsterdam 1 juni 2006, LJN AX6440 (*WCAM-beschikking in DES-zaak*).

DES hebben geslikt of om dochters of zonen. Voor deze drie groepen benadeelden zijn vervolgens categorieën opgesteld op basis van de aandoening[60] en een leeftijdsbegrenzing.[61] De aandoeningen zijn soms, afhankelijk van aard en ernst, nader onderverdeeld in subcategorieën.[62] Om voor een vergoeding in aanmerking te komen, zal de DES-benadeelde een aanvraagformulier moeten invullen en bewijsstukken moeten sturen naar het DES-schadefonds. In hoofdzaak zal de benadeelde de aanwezigheid van een aandoening waarvoor een uitkering kan worden verkregen alsmede blootstelling aan DES moeten bewijzen.[63] Het DES-schadefonds streeft ernaar om de beslissing op de aanvraag binnen vier maanden per post toe te zenden, waarna het compensatiebedrag uiterlijk twee maanden later wordt overgemaakt. Mochten er tussentijds vragen zijn of extra gegevens benodigd zijn, dan wordt er met de DES-benadeelde contact opgenomen.[64]

Om de hoogte van de vergoeding vast te stellen, is per subcategorie een schatting gemaakt van hetgeen voor een persoon in die subcategorie gemiddeld genomen de schade zal zijn. Hierbij is de schade waarvan het aannemelijk is dat zij uit andere hoofde wordt of kan worden vergoed, zoals door verzekering, buiten beschouwing gelaten. Rekening is gehouden met de gevolgen van de aandoening op fysiek, psychisch en sociaal-economisch vlak. De bedragen die worden uitgekeerd zijn bedoeld als een vergoeding van kosten en/of smartengeld, soms ook ter compensatie van verlies van arbeidsvermogen. De schatting heeft geleid tot een basisschadebedrag per subcategorie.[65]

Voor de uiteindelijke uitkering van het bedrag wordt op het basisbedrag nog een correctie toegepast. De correctie ziet onder andere op de omstandigheid dat niet vaststaat dat er aansprakelijkheid bestaat voor de schade als gevolg van een aandoening. Een volledige uitkering van het basisbedrag zou om deze redenen niet redelijk zijn.[66] Tevens wordt de correctie toegepast om rekening te houden met de kans dat een DES-aandoening werkelijk het gevolg is van blootstelling aan DES tijdens zwangerschap (het attributief risico).[67] De uitkeringen variëren anno 2013 van ruim € 200,- tot een kleine € 150.000,-.[68]

5.2 Dexia

De Dexia-affaire is breed uitgemeten in de media. Duizenden klanten van de Dexia Bank bleven achter met een restschuld doordat zij deelnamen aan een aan-

60 Er zijn alleen categorieën opgesteld voor aandoeningen waarvan de relatie met blootstelling aan DES medisch-wetenschappelijk is bewezen.
61 De leeftijdsbegrenzing is nodig om vast te stellen dat voldoende waarschijnlijk is dat de aandoening te maken heeft met blootstelling aan DES.
62 DES-rapport 2005, p. 14 en 17-22.
63 *DES-rapport. Rapport inzake de grondslagen van een uitkeringsregeling voor DES-schade*, Amsterdam 5 juli 2005 (te downloaden via http://www.desfonds.nl/Wat_is_de_procedure.aspx), p. 33-44. De bewijsmiddelen die gebruikt kunnen worden, worden heel uitvoerig omschreven.
64 Zie http://www.desfonds.nl/Wat_is_de_procedure.aspx.
65 DES-rapport 2005 p. 15 en 28-32.
66 DES-rapport 2005, p. 16.
67 DES-rapport, p. 15-16 en 24-27. De toepassing van het attributief risico is in feite toepassing van het leerstuk proportionele aansprakelijkheid. Beide zijn instrumenten die worden ingezet in geval van onzekerheid over de schadeoorzaak.
68 De bedragen worden ieder jaar geïndexeerd.

delenleaseplan dat beleggen met geleend geld inhield en uiteindelijk onvoldoende winst behaalde. Na een uitzending begin 2002 van het consumentenprogramma TROS-Radar bleek dat het om grote aantallen gedupeerden ging. Naar aanleiding van de tv-uitzending zijn belangenorganisaties opgericht die samen met bestaande belangenorganisaties collectieve acties ex artikel 3:305a BW startten en/of onderhandelingen voerden. De zaak trok de aandacht van de politiek, maar een bemiddelingspoging van de Commissie Geschillen Aandelenlease mislukte. In april 2005 werd met het sluiten van de Duisenberg-regeling een belangrijke mijlpaal bereikt.[69]

De Duisenberg-regeling is een collectieve schikking tussen de Dexia Bank en vier belangenorganisaties die de belangen van gedupeerde beleggers behartigen. Gedupeerde beleggers krijgen krachtens deze regeling een deel van hun schade vergoed. Twee bij de Duisenberg-regeling betrokken stichtingen hebben voor het ondertekenen van de schikkingsovereenkomst hun achterbannen geraadpleegd. 82% resp. 78% van de benadeelden die zich bij de stichting hebben aangesloten, hebben vóór de regeling gestemd.[70] Begin 2007 wordt deze collectieve schikking op grond van de WCAM verbindend verklaard door het Hof Amsterdam.[71]

In de Duisenberg-regeling worden de benadeelden hoofdzakelijk in twee groepen verdeeld: de groep benadeelden waarbij de echtgenoot of de geregistreerde partner de aandelenleaseovereenkomst niet heeft meegetekend en de groep waarbij dit niet speelt.[72] Ook het type beleggingsovereenkomst dat de benadeelde klant met Dexia-bank heeft gesloten is relevant voor de te verkrijgen compensatie.[73] De benadeelden kunnen 10%, 67% of 100% van de restschuld vergoed krijgen.[74] Op het moment dat de aandelenleaseovereenkomst van een benadeelde klant afloopt of vroegtijdig wordt beëindigd, wordt de Duisenberg-regeling uitgevoerd. Wanneer er sprake is van een vergoeding, ontvangt de klant automatisch gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van de restschuld. Eventueel vindt verrekening plaats met bedragen die de klant nog aan Dexia verschuldigd is.

69 Zie over de Dexia-affaire nader: N.J.H. Huls en C.J.M. van Doorn, 'De constructie van een massaclaim. Een rechtssociologische analyse van de eerste fase van de Dexia-affaire', *RM Themis* 2007-2, p. 51-60.

70 Dat blijkt uit punt 32 van het ingediende verzoekschrift tot verbindendverklaring van de Duisenberg-regeling, zie www.rechtspraak.nl>Actualiteiten>Dossier Dexia.

71 Hof Amsterdam 25 januari 2007, *NJF* 2007, 266.

72 De aandelenleaseovereenkomst kan worden gekwalificeerd als huurkoop: art. 1:88 lid 1 sub d BW en art. 1:89 BW zijn dan van toepassing hetgeen betekent dat de overeenkomst vernietigbaar is (zie HR 28 maart 2008, *LJN* BC2837 (*Dexia/van Tuijl c.s.*). In dat geval moet Dexia van de partner van de benadeelde tijdig en op correcte wijze de zogenaamde Eega-brief hebben ontvangen.

73 Het gaat dan om aflossingsproducten (overeenkomsten waarbij de geldlening, die ten behoeve van de aankoop van effecten van Dexia is verkregen, gedurende de looptijd van de overeenkomst door middel van periodieke betalingen wordt afgelost) enerzijds en restschuldproducten (overeenkomsten waarbij de lening pas aan het einde van de looptijd van de overeenkomst dient te worden afgelost) anderzijds.

74 Een schematische weergave van de Duisenberg-regeling is te downloaden via www.dexialease.nl>De Duisenberg regeling>Schema regeling.

5.3 Misbruik van minderjarigen in de Rooms-Katholieke kerk

Als gevolg van vele meldingen over en onderzoek naar seksueel misbruik van minderjarigen in de Rooms-Katholieke kerk[75] is in november 2010 de Commissie Lindenbergh opgericht. De Commissie Lindenbergh heeft de opdracht gekregen de Konferentie Nederlandse Religieuzen en de Nederlandse Bisschoppenconferentie te adviseren aangaande een collectieve compensatieregeling voor slachtoffers van seksueel misbruik. De door de Commissie Lindenbergh opgestelde regeling is tot stand gekomen zonder voorafgaande onderhandelingen met belangenorganisaties en buiten de rechtspraak om. Ter voorbereiding op het ontwerpen van de regeling heeft de Commissie Lindenbergh wel contact gehad met diverse slachtoffers ten einde hun gedachten op het punt van genoegdoening te vernemen. De opdracht aan de Commissie Lindenbergh is beperkt, ze brengt dan ook expliciet tot uitdrukking dat voor genoegdoening financiële compensatie alleen ontoereikend is.[76]

In oktober 2011 is in aanvulling hierop en wederom in opdracht van de Konferentie Nederlandse Religieuzen en de Nederlandse Bisschoppenconferentie de Stichting Meldpunt Misbruik RKK opgericht. Dit meldpunt bestaat uit een bestuur, een platform hulpverlening, een klachtencommissie en een compensatiecommissie. De compensatiecommissie heeft tot doel de (op sommige punten aangevulde/aangepaste) compensatieregeling van de Commissie Lindenbergh uit te voeren.[77]

Slachtoffers kunnen een beroep doen op de compensatieregeling, wanneer zij het bewijs van seksueel misbruik kunnen leveren.[78] Het bewijs kan worden geleverd door een schriftelijk stuk waarin erkenning van het misbruik plaatsvindt door de dader of de betrokken RKK-instelling of door een vonnis van de Nederlandse rechter. Een benadeelde die deze bewijsmiddelen niet voorhanden heeft, kan zijn klacht voorleggen aan de klachtencommissie van het Meldpunt Misbruik RKK. Het slachtoffer moet zijn klacht vervolgens omzetten in een klaagschrift,[79] eventueel met hulp van een juridisch adviseur. De klacht wordt behandeld in een besloten hoorzitting, waarbij in principe betrokken partijen en de juridisch adviseur aanwezig zijn. Het slachtoffer hoeft de potentiële dader niet te ontmoeten, wanneer hij dat niet wenst.[80] Wanneer de klacht gegrond wordt verklaard, levert dat eveneens een bewijsmiddel op waarmee het slachtoffer voor compensatie in aanmerking kan komen.

---

75 Zie over de problematiek ook R. Kool, 'Afrekenen met kerkelijk seksueel misbruik', NJB 2012, 340.

76 Rapport Commissie Lindenbergh, *Compensatie na seksueel misbruik van minderjarigen. Advies aan de Bisschoppenconferentie en de Konferentie van Nederlandse Religieuzen*, 20 juni 2011 (te raadplegen via www.klokk.nl), onder 1.6.

77 Zie voor meer informatie www.meldpuntmisbruikrkk.nl>Compensatiecommissie>Documenten. Daar zijn ook de compensatieregelingen te vinden waarin het advies van de Commissie Lindenbergh is neergelegd. Naast een compensatieregeling voor minderjarige slachtoffers is er ook een compensatieregeling voor meerderjarigen in het leven geroepen.

78 Art. 4 van de Regeling Lindenbergh en art. 7 Compensatieregeling Minderjarigen.

79 De klachtencommissie rapporteert dat veel klachten niet worden omgezet in een klaagschrift. De klachtencommissie onderzoekt de oorzaken hiervan nader, zie www.meldpuntmisbruikrkk.nl>klachtencommissie>statistieken voortgang.

80 Zie meer uitgebreid de Procedure regeling Klachtencommissie seksueel misbruik in de RK Kerk op www.meldpuntmisbruikrkk.nl>klachtencommissie.

Het slachtoffer dient een aanvraagformulier in te vullen en de bewijsmiddelen mee te sturen naar de compensatiecommissie. De aanvraag wordt in beginsel schriftelijk behandeld door de compensatiecommissie, een mondelinge behandeling zal slechts bij hoge uitzondering plaatsvinden.[81] Na ontvangst van het aanvraagformulier, zal de compensatiecommissie een afschrift daarvan en een antwoordformulier ter invulling toezenden aan de betrokken RKK-instelling. De compensatiecommissie komt vervolgens zo spoedig mogelijk, eventueel na het inwinnen van nadere informatie, tot een beslissing.[82] De uitspraken van de compensatiecommissie gelden als bindend advies voor de betrokken RKK-instelling en zijn voor geen van de partijen vatbaar voor hoger beroep.[83] Betaling van een eventuele vergoeding door de RKK-instelling dient binnen zes weken na de uitspraak te geschieden.[84]

De compensatieregeling bevat vijf categorieën waarin de slachtoffers gebracht kunnen worden. De categorieën zijn gerelateerd aan de aard, ernst en frequentie van het misbruik. Hierbij worden soms abstracte omschrijvingen gebruikt, bijvoorbeeld 'uitzonderlijke gevallen van seksueel misbruik'. Per categorie wordt een bedrag aan financiële compensatie vastgesteld: twee categorieën kennen vaste compensatiebedragen (van € 7.500,- en € 25.000,-); drie categorieën kennen een bandbreedte in het compensatiebedrag (compensatie tot € 5.000,-, tussen € 10.000,- en € 20.000,-, en maximaal € 100.000,-).[85] Er is gekozen voor een bandbreedte binnen deze categorieën omdat hieronder gevallen van seksueel misbruik vallen die qua aard, zwaarte en frequentie zeer uiteenlopend kunnen zijn. Binnen de bandbreedte kan dan rekening worden gehouden met de individuele omstandigheden van het geval.[86] De zwaarste categorie moet ook worden gezien als een hardheidsclausule: deze categorie geldt behalve voor de uitzonderlijke gevallen van seksueel misbruik ook voor de slachtoffers die in de twee daaraan voorafgaande categorieën vallen, maar die vanwege de ernstige financiële gevolgen van dat misbruik voor een uitzonderingspositie in aanmerking komen.[87] Bij het vaststellen van de compensatiebedragen per categorie heeft de Commissie Lindenbergh zich laten inspireren door in Nederland door de rechter in gevallen van seksueel misbruik toegewezen smartengeldbedragen.[88] De vergoeding heeft het gemengde karakter van een compensatie voor uitgaven in verband met het seksueel misbruik[89]

81 Art. 23 Compensatieregeling Minderjarigen. Een verschijning van partijen wordt indien nodig alleen in categorie vijf-zaken bepaald, waarover art. 19-21 Compensatieregeling Minderjarigen.
82 Art. 16-18 Compensatieregeling Minderjarigen. Op www.meldpuntmisbruikrkk.nl>compensatiecommissie>statistieken voortgang is te lezen dat de gemiddelde behandeltermijn in 2013 gemiddeld 4 maanden is (waar deze in 2012 nog ruim een jaar was).
83 Art. 32 Compensatieregeling Minderjarigen.
84 Art. 34 Compensatieregeling Minderjarigen.
85 Art. 3 van de Regeling Lindenbergh en art. 5 Compensatieregeling Minderjarigen. Voor een maximumbedrag is gekozen in verband met de verhouding tussen de bedragen in de verschillende categorieën, zie Rapport Lindenbergh, onder 3.5 alsmede de toelichting op de Compensatieregeling Minderjarigen.
86 Rapport Lindenbergh, onder 3.4 alsmede de toelichting op de Compensatieregeling Minderjarigen.
87 Rapport Lindenbergh, onder 3.5 alsmede de toelichting op de Compensatieregeling Minderjarigen.
88 Rapport Lindenbergh onder 1.7 en 3.4 alsmede de toelichting op de Compensatieregeling Minderjarigen.
89 Zoals therapiekosten of reiskosten.

en smartengeld, in de zwaarste categorie komt hier nog compensatie voor eventueel verlies aan arbeidsvermogen bij.[90] Op 7 augustus 2013 is er gemiddeld een bedrag van € 27.289,- per aanvraag uitgekeerd.[91]

5.4 Instituut Asbestslachtoffers (IAS)

Het Instituut Asbestslachtoffers (IAS) is in 2000 opgericht en een gezamenlijk initiatief van werkgevers- en werknemersorganisaties, het Comité Asbestslachtoffers, het Verbond van verzekeraars en de overheid. Het doel is om voor de vele asbestslachtoffers met de ziekte mesothelioom[92] tot een snelle afwikkeling van schadevergoedingsaanspraken te komen en de slachtoffers nog bij leven genoegdoening en maatschappelijke erkenning te geven in de vorm van een compensatiebedrag.[93] Voor deze slachtoffers is het vaak lastig schadevergoeding te ontvangen omdat de (voormalig) werkgever niet meer bestaat, failliet is gegaan, of het verjaringverweer van de werkgever hen parten speelt. Tot 2003 opereerde het IAS alleen voor slachtoffers die als werknemer met asbest in aanraking zijn gekomen en aan mesothelioom lijden. Sinds 2007 kunnen alle benadeelden, dus ook niet-werknemers, die de ziekte mesothelioom hebben gekregen door contact met asbest in Nederland een beroep doen op het IAS.[94]

Wanneer slachtoffers bij leven een beroep doen op het IAS, kunnen zij in aanmerking komen voor een tegemoetkoming van de overheid. De regeling Tegemoetkoming Asbestslachtoffers (TAS) is bedoeld voor werknemers met mesothelioom alsmede huisgenoten van werknemers die aan mesothelioom lijden. Andere asbestslachtoffers met mesothelioom kunnen een beroep doen op de regeling Tegemoetkoming Niet-loondienstgerelateerde slachtoffers mesothelioom (TNS). Ook bepaalde nabestaanden hebben recht op een vergoeding als het asbestslachtoffer bij leven een aanvraag in het kader van de regeling heeft gedaan.[95] De tegemoetkoming (TAS/TNS) bedraagt in 2013 het standaardbedrag van € 18.907,- en strekt tot tegemoetkoming in immateriële schade.[96] De tegemoetkoming heeft het karakter van een voorschot (op een eventuele vergoeding door de werkgever); TAS en TNS zijn dan ook vangnetregelingen.

---

90 Rapport Lindenbergh, onder 3.1 alsmede de toelichting op de Compensatieregeling Minderjarigen. De commissie maakt expliciet dat in een aantal gevallen de compensatie de schade zal dekken en dat dat in een aantal gevallen niet zo zal zijn.

91 www.meldpuntmisbruikrkk.nl>compensatiecommissie>statistieken voortgang. Op de website zijn ook de door de compensatiecommissie gedane uitspraken (geanonimiseerd) te lezen.

92 Wanneer een slachtoffer met asbest heeft gewerkt en zich bij dit slachtoffer de ziekte mesothelioom openbaart, staat medisch gezien nagenoeg vast dat asbest hier de oorzaak van is.

93 www.asbestslachtoffers.nl>regeling>tegemoetkoming. In 2012 resulteerde bijna 90% van de aanvragen bij het IAS in een tegemoetkoming of schadevergoeding bij leven, aldus de website. Zie in dit verband ook M.G. Faure en T. Hartlief. 'Een schadefonds als alternatief voor aansprakelijkheid en verzekering', *RMThemis* 1998-7, p. 211-228 en meer uitgebreid E. De Kezel, *Asbest, gezondheid en veiligheid. Ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht*, (diss. Utrecht/Gent), Antwerpen: Intersentia 2013.

94 Kritisch over het IAS en het daaraan ten grondslag liggende Convenant Asbestslachtoffers is L. Charlier, 'Tien jaar Convenant Asbestslachtoffers: een trieste balans', NJB 2008, 1506.

95 www.asbestslachtoffers.nl>regeling>tegemoetkoming. Een meer uitgebreide beschrijving van de regelingen en de te volgen procedure is te vinden in S. de Lang en A.J. Van, 'Aansprakelijkheid voor blootstelling aan asbest', in: *Handboek Personenschade 2008*, Hoofdstuk 2075, p. 1-142.

96 Het bedrag wordt ieder jaar geïndexeerd.

Na aanmelding bij het IAS vult een medewerker van het IAS telefonisch samen met het asbestslachtoffer een aanvraagformulier in. Vervolgens gaat de IAS-medewerker na hoe het contact met asbest heeft plaatsgevonden, dit vervolggesprek geschiedt telefonisch of bij het slachtoffer thuis. Het IAS verifieert vervolgens de bij het slachtoffer gestelde diagnose en adviseert vervolgens de Sociale VerzekeringsBank (SVB) om al dan niet tot uitkering van de tegemoetkoming aan het asbestslachtoffer over te gaan. Het streven is deze procedure binnen twee maanden af te ronden.[97]

Wanneer het asbestslachtoffer bij een werkgever aan asbest is blootgesteld, ondersteunt en bemiddelt het IAS vervolgens bij het aansprakelijk stellen door het slachtoffer van zijn (voormalig) werkgever of diens verzekeraar. Het IAS brengt hieromtrent een niet-bindend advies uit.[98] Aanvaardt de voormalig werkgever aansprakelijkheid, dan ontvangt de benadeelde een bedrag aan schadevergoeding. Het normbedrag voor 2013 is € 61.205,-. Dit bedrag valt uiteen in een standaardbedrag van € 55.077,- ter vergoeding van immateriële schade,[99] een bedrag van € 3.064,- voor materiële schade als bedoeld in artikel 6:107 BW en nogmaals een bedrag van € 3.064,- voor overlijdensschade als bedoeld in artikel 6:108 BW. Wanneer het asbestslachtoffer kan aantonen dat deze laatste schadeposten hoger zijn, kan het bedrag aan door de werkgever te betalen schadevergoeding verhoogd worden.[100] De eerder uitgekeerde tegemoetkoming wordt hiermee verrekend. Het IAS streeft ernaar dit traject binnen zes maanden af te ronden.[101]

97 www.asbestslachtoffers.nl>regeling>procedure.
98 Charlier is erg kritisch over deze bemiddelende rol en het niet-bindende advies van het IAS, zie Charlier 2008.
99 Het slachtoffer komt voor smartengeld in aanmerking als hij zelf al een verzoek tot bemiddeling bij het IAS heeft gedaan en de werkgever aansprakelijk heeft gesteld. Zie www.asbestslachtoffers.nl>regeling>schadevergoeding.
100 www.asbestslachtoffers.nl>regeling>schadevergoeding. De bedragen worden jaarlijks geïndexeerd.
101 www.asbestslachtoffers.nl>regeling>procedure.

6 'Common ground' en procedurele rechtvaardigheidslessen naar aanleiding van de vier besproken Nederlandse schadefondsen

6.1 'Common ground': analyse van de vier Nederlandse schadefondsen en hun CAf

Wanneer we de vier Nederlandse schadefondsen en hun Claim Afwikkelingsfaciliteiten (CAf) nader bezien, wordt de eerder in theorie gesignaleerde variëteit aan CAf'en direct ook in de praktijk zichtbaar. We kunnen de negen elementen die Mc Govern heeft onderscheiden, herkennen in de verschillende hiervoor besproken Nederlandse CAf'en. Zonder op alle negen elementen in te willen gaan, bespreken we wel enkele algemene lijnen die ons opvallen.

Allereerst valt op dat er verschillende legitimerende grondslagen spelen. Zoals aangegeven zijn de schadefondsen in de DES- en Dexia-zaak voortgevloeid uit rechterlijke uitspraken en daarop volgende schikkingsonderhandelingen tussen (potentiële) schadeveroorzakers (en hun verzekeraars) en organisaties die de belangen van benadeelden behartigen. De schikkingsovereenkomsten, die de inrichting van een schadefonds ten behoeve van de benadeelden impliceerden, zijn vervolgens ter goedkeuring aan de rechter voorgelegd, hetgeen hun legitimatie zal vergroten. De opgetuigde compensatieregeling voor gevallen van misbruik in de Rooms-Katholieke kerk is in opdracht van de organisatie achter de schadeveroorzakers en na politieke en maatschappelijke druk tot stand gekomen. Iets soortgelijks zien we terug bij het Instituut Asbestslachtoffers, dat gebaseerd is op een convenant tussen organisaties van werkgevers en werknemers, verzekeraars en de overheid. Ook hier hebben politieke en maatschappelijke druk een rol gespeeld. De betrokkenheid van de overheid bij het Instituut Asbestslachtoffers, zal kunnen bijdragen aan de legitimiteit ervan.

Ook in de functies die de diverse schadefondsen hebben, zien we verschillen. In de DES- en Dexia- schikking wordt de nadruk gelegd op financiële vergoeding en over andere vormen van compensatie wordt in de bereikte schikkingsovereenkomsten niet of nauwelijks gesproken. De belangenorganisaties kunnen op het terrein van genoegdoening een belangrijke rol vervullen, zo heeft in de DES-zaak

het DES Centrum sterk ingezet op informatievoorziening en lotgenotencontact.[102] Andersoortige motieven zien we explicieter terug in de kerkelijk misbruik- en asbestaffaire: genoegdoening en maatschappelijke erkenning spelen een grote rol bij het oprichten van het schadefonds. Bij beide initiatieven zien we dat het slachtoffer er voor andersoortige hulp dan enkel financiële compensatie terecht kan (bemiddeling, doorverwijzing naar (medisch) deskundigen). Waar met andere woorden in de DES- en Dexia-schikkingsovereenkomst vooral de '*tort metaphor*' zal spelen, zal de karakteristieke metafoor in de andere schadefondsen ruimer zijn en meer gericht op het welzijn van het slachtoffer.

In de criteria op basis waarvan wordt bepaald wie welke vergoeding krijgt, zien we veel variëteit. Iedere schadefonds hanteert een eigen verdeelsleutel.[103] De mogelijkheden om tot passende verdeelsleutels te komen worden deels ingegeven door het type schadevoorval en de aard van de schade.[104] Zo wordt geregeld gebruik gemaakt van een categorie-indeling, zowel in gevallen van personenschade (DES, kerkelijk misbruik) als in gevallen van zuivere vermogensschade (Dexia). De aard van de schade lijkt wel te bepalen hoe gemakkelijk het is vergaand te differentiëren en (sub)categorieën op te nemen. In de DES-schikking vindt aan de hand van de verschillende DES-aandoeningen vergaande differentiatie plaats, terwijl de categorie-indeling voor de slachtoffers van seksueel misbruik basaal van opzet is. Dat zal met bewijsproblematiek te maken hebben. De schadeoorzaak en de soort schade spelen hierbij zonder meer een rol. Ten gevolge van het misbruik is primair psychisch letsel ontstaan, hetgeen naar zijn aard lastiger te rubriceren en te bewijzen zal zijn dan het lichamelijk letsel dat primair in de DES-zaak speelde. Zuivere vermogensschade, zoals aan de orde in de Dexia-affaire, is qua aard weer gemakkelijker in een bedrag uit te drukken en te categoriseren dan lichamelijk of geestelijk letsel. De aard van de schade had daarom geen beletsel hoeven vormen voor een verdergaande categorisering van benadeelden in de Duisenberg-regeling.

In de DES-regeling is er naast de vergaande categorie-indeling geen ruimte voor het in aanmerking nemen van specifieke, individuele omstandigheden, evenmin als in de basale Duisenberg-regeling.[105] De in opzet eveneens basale categorie-indeling van de Compensatieregeling kerkelijk misbruik biedt die ruimte wel. Daar wordt gewerkt met bandbreedtes en een hardheidsclausule. Door het werken met bandbreedtes kan binnen een bepaalde categorie de vergoeding zoveel mogelijk toegespitst worden op de individuele benadeelde, op een wijze die vergelijkbaar is met het opnemen van subcategorieën. De hardheidsclausule in de Compensatieregeling kerkelijk misbruik biedt ruimte om aan uitzonderlijke gevallen tegemoet te komen, maar blijft binnen de categorie-indeling door deze gevallen in de zwaarste categorie onder te brengen.

De verdeelmethode gehanteerd door het IAS voor compensatie van asbestschade is geheel anders van aard. Ieder slachtoffer dat voor een vergoeding in aanmerking komt op basis van de vastgestelde criteria krijgt in ieder geval een standaardbedrag aan tegemoetkoming in immateriële schade uitgekeerd. Het IAS bemiddelt

102 Zie voor meer informatie www.descentrum.nl.
103 De mogelijkheid van meerdere verdeelsleutels of afwikkelingsmodaliteiten in één schadefonds die in Amerika soms wordt geboden (paragraaf 3.2), zien we in Nederland niet terug.
104 Zie in dit verband nader Van Doorn en De Bruijn 2013.
105 Zie ook J.M. Barendrecht en C.J.M. van Doorn, 'Richtpunten voor massale geschillen: het schikkingsspel in de aandelenleaseaffaire', NJB 2007, 2127, p. 2605-2612.

en ondersteunt het slachtoffer in het traject om de werkgever aansprakelijkheid jegens het individuele slachtoffer te laten erkennen, teneinde meer schadevergoeding (die eveneens deels is genormeerd) van de werkgever te verkrijgen.

6.2 Lessen vanuit het oogpunt van procedurele rechtvaardigheid

Eerder benadrukten wij het belang dat wij zien voor procedurele rechtvaardigheid in het kader van een collectieve afwikkeling van massaschade. Zonder tot een uitputtende analyse te willen komen, benoemen wij hier enkele interessante ontwikkelingen in de eerder beschreven Nederlandse schadefondsen en hun CAf die vanuit het oogpunt van procedurele rechtvaardigheid interessant zijn en nadere bestudering en/of navolging verdienen. We richten hier de aandacht op een belangrijk aspect van procedurele rechtvaardigheid, het hebben van een '*voice*'.

Vanwege het collectieve karakter van de schadeafwikkeling in een geval van massaschade, is het ondoenlijk om alle benadeelden direct inspraak te laten hebben in de wijze van afwikkeling. Met name in de WCAM-zaken (DES en Dexia) is er niet of nauwelijks ruimte voor een op het individu gerichte aanpak en het verdisconteren van individuele omstandigheden. We zien hier dan een belangrijke rol weg gelegd voor de belangenorganisaties die de belangen van de individuele benadeelden behartigen.[106] Het zijn de belangenorganisaties die ervoor moeten zorgen dat de benadeelden gehoord worden en een '*voice*' hebben in het proces. Zij vertegenwoordigen de benadeelden in de onderhandelingen met (potentiële) schadeveroorzakers en hun verzekeraars. De rechter verifieert in het kader van de WCAM-procedure of de belangenorganisatie met wie een schikkingsovereenkomst is gesloten wel voldoende representatief is ter zake van de belangen van benadeelden ten behoeve van wie de schikkingsovereenkomst is gesloten.[107] Positief is een ontwikkeling die we hebben gesignaleerd in de Dexia-zaak: daar hebben enkele belangenorganisaties alvorens zich te conformeren de bereikte collectieve regeling ter goedkeuring aan hun achterban van benadeelden voorgelegd. Op deze wijze kunnen individuele benadeelden zich direct uitspreken over het behaalde resultaat.

Vertegenwoordiging van individuele benadeelden zien we eveneens terug inzake de afwikkeling van de asbestproblematiek, waar een convenant met onder meer werknemersorganisaties aan de oprichting van het IAS ten grondslag lag. Voor zover wij dat kunnen beoordelen ontbreekt een dergelijke vertegenwoordiging van slachtoffers bij de afwikkeling van de massale schade inzake het kerkelijk misbruik. Op een andere wijze komen het IAS en het Meldpunt Misbruik RKK (ook) toe aan de mogelijkheid tot zeggenschap voor de individuele benadeelde in zijn afwikkelingproces. Ze kennen in hun aanpak en communicatie meer mogelijkheden om het individu centraal te stellen en/of individuele omstandigheden te verdisconteren. Zo bemiddelt en ondersteunt het IAS bij het aansprakelijk stellen van de individuele werkgever waarvoor het slachtoffer heeft gewerkt, hetgeen ruimte voor de werknemer biedt om zich te laten horen en individuele omstandigheden aan de orde te stellen. De compensatiecommissie van het Meldpunt Misbruik RKK

106 Zie ook Van Doorn 2010, p. 387-396.
107 Art. 7:907 lid 3 sub f BW.

geeft op basis van schriftelijke input van het individuele slachtoffer, ieder slachtoffer een plaats in de categorie-indeling. De compensatiecommissie komt tot een individuele uitspraak[108] waarin aan ieder slachtoffer, binnen de marges van de categorie-indeling, een individuele schadevergoeding wordt toegekend. In uitzonderlijke gevallen is er de mogelijkheid van een mondelinge behandeling. Wanneer het slachtoffer voordien een klacht heeft voorgelegd aan de klachtencommissie vindt een behandeling hiervan aan de hand van een door het slachtoffer opgesteld klaagschrift in een besloten hoorzitting plaats voor deze klachtencommissie. Het IAS en het Meldpunt Misbruik RKK stroomlijnen aldus de afwikkeling van het massale schadegeval door een categorie-indeling aan de toe te kennen compensatie ten grondslag te leggen of een standaardvergoeding toe te kennen, maar bieden op eigen wijze mogelijkheden voor benadeelden om zich te laten horen.

108 De door de commissie gedane uitspraken zijn te raadplegen op www.meldpuntmisbruikrkk.nl.

7 Tot slot: samenvatting, conclusie en stellingen ter discussie

Massaschade is een verschijnsel dat in meerdere opzichten over grenzen heen gaat. Door de toenemende globalisering en onderlinge economische verwevenheid, strekt een schadetoebrengend voorval dat een groot aantal betrokkenen raakt zich al snel over meerdere jurisdicties uit. Ook kan de aard van het schadevoorval zich kenmerken door zowel private als openbare orde elementen, waardoor massaschade over de grenzen van het privaat- en het bestuursrecht heen gaat.

Wij hebben in deze bijdrage eveneens over grenzen heen gekeken. De afwikkeling van massaschade kent immers een '*common ground*': onder de eindstreep zal vaak een schadefonds gevormd en op een rechtvaardige manier onder de individuele benadeelden verdeeld moeten worden. Deze schadefondsen, ook wel Claim Afwikkelingsfaciliteiten genoemd, vertonen een grote mate van diversiteit. In de literatuur heeft men geprobeerd om de analyse daarvan te vergemakkelijken door negen elementen te onderscheiden op basis waarvan bestaande CAf'en nader te verklaren zijn. Ondanks het feit dat CAf'en wijdverspreid en veel voorkomend zijn, is er weinig bekend over het functioneren daarvan. Onduidelijk is wat de determinanten zijn die ervoor zorgen dat een CAf als geslaagd kan worden aangemerkt. Het Rand-instituut heeft al in 1990 een onderzoeksagenda opgesteld die onze kennis over CAf'en verder diende te brengen. Een van de onderwerpen die daarop te vinden is, betreft de vraag in hoeverre een CAf rekening houdt met aspecten van procedurele rechtvaardigheid. In deze bijdrage hebben wij vier schadefondsen nader bestudeerd. Twee daarvan hebben een zuiver privaatrechtelijke grondslag (DES en Dexia), twee een meer privaat/publieke grondslag (Asbestinstituut en Misbruik Rooms-Katholieke kerk). Wij hebben deze CAf'en nader geanalyseerd op basis van enkele in de literatuur onderscheiden elementen die een CAf kenmerken en ontwikkelingen gesignaleerd met betrekking tot een aspect van procedurele rechtvaardigheid, het hebben van een '*voice*'.

Onze conclusie is dat meer zicht op het daadwerkelijk functioneren van de CAf gewenst is. Door het verzamelen van data en statistieken over de afwikkeling van een geval van massaschade middels een daarvoor ingezet schadefonds kan meer zicht op het functioneren ervan verkregen worden. Met name data over uitkomsten en transactiekosten zijn ons inziens gemakkelijk vast te leggen. Het zou al heel mooi zijn als deze data systematisch vastgelegd worden ten aanzien van de vier door ons belichte Nederlandse schadefondsen. Deze schadefondsen laten immers al een diversiteit in aanpak en afwikkeling van massaschade zien. De bestudering van deze schadefondsen door ons leert echter ook dat met name wanneer de CAf niet is opgelegd van overheidswege, maar er sprake is van een door de rechter

verbindend verklaarde schikkingsovereenkomst, weinig informatie over afwikkeling en voortgang beschikbaar is.[109]

Een collectieve afwikkeling van massaschade middels schadefondsen, zo leert de huidige praktijk, is gangbaar. Wij verwachten dat de frequentie waarmee massaschade zich voordoet alleen maar zal toenemen. Door de verzamelde data nader te onderzoeken en te vergelijken kunnen '*best practices*' ontwikkeld worden voor het ontwerp, de organisatie en het uitvoeren van een specifieke CAf. Aandacht voor aspecten van procedurele rechtvaardigheid (en tevredenheid onder benadeelden) is daarbij van groot belang. Meer kennis over de organisatie, het ontwerp en de uitvoering van schadefondsen helpt aan de verbetering van het afwikkelingstraject en het optimaliseren van Claim Afwikkelingsfaciliteiten.

Naar aanleiding van deze bijdrage hebben wij de volgende vier stellingen geformuleerd die ter discussie kunnen dienen:

Stelling 1. Voor Claim Afwikkelingsfaciliteiten is ten onrechte te weinig aandacht in wetenschappelijk onderzoek.

Stelling 2. Procedurele rechtvaardigheid kan een collectieve afwikkeling van massaschade maken of breken.

Stelling 3. Een collectieve afwikkeling van massaschade moet het uitgangspunt zijn, de uitdaging is om individuele belangen en omstandigheden hierbinnen zoveel mogelijk te waarborgen en in aanmerking te nemen.

Stelling 4. De afwikkeling van massaschade is een onderwerp dat altijd in een multi-discliplinair teamverband benaderd moet worden.

109 Op de websites van het IAS en Meldpunt Misbruik RKK wordt (zij het soms beperkt) inzicht gegeven in voortgang, aantallen en uitgekeerde bedragen.

Zakelijk verslag van de vergadering van de Jonge VAR van 13 december 2013

Mr. drs. N.B.R. Koekkoek

Op 13 december 2013 vond de vergadering van de Jonge VAR plaats in de Gotische zaal van de Raad van State in Den Haag. De vergadering werd voorgezeten door Ben Schueler, voorzitter van de VAR. Tijdens deze vergadering hebben de preadviseurs hun preadviezen en stellingen ingeleid, waarna er gelegenheid was voor vragen en discussie hierover. De inleidingen die de preadviseurs hebben gegeven zijn niet in het verslag opgenomen; daarin zijn de grote lijnen van de preadviezen en een inleiding op de stellingen besproken.

Massaal finaal

Preadvies door Louise van Heusden en Joanne Westland

Robert Jan Koopman (Hoge Raad) vraagt zich af of uit het preadvies blijkt dat het in massazaken helaas niet lukt om geschillen definitief te beslechten, terwijl daar wel behoefte aan is. De vervolgvraag is of we ons daarbij neer moeten leggen. Kan door wetgeving, of tijdens de besluitvorming door bestuursorganen, beter worden ingespeeld op massazaken, zodat wordt voorkomen dat er weer een terugwijzingscarrousel ontstaat? **Joanne Westland** antwoordt dat uit het preadvies niet moet worden geconcludeerd dat het in massazaken ondoenlijk is om tot slagvaardige geschilbeslechting te komen. Hoewel de rechter in massazaken wel tegen complicaties aanloopt, kan hij ook in massazaken tot definitieve geschilbeslechting komen. In de literatuur valt weliswaar te lezen dat massazaken zich niet zouden lenen voor definitieve geschilbeslechting, maar dat is volgens de preadviseurs niet het geval. Zij hebben in het preadvies met name gekeken naar de taak van de rechter om zo veel mogelijk tot finaliteit te komen. Met de huidige instrumenten kan de rechter al uit de voeten als hij zich actief en creatief opstelt. Er is dan ook geen nieuwe wetgeving nodig om nieuwe instrumenten in het leven te roepen. **Louise van Heusden** vult aan dat uit de wetsgeschiedenis, met name de memorie van toelichting op de Wab, nadrukkelijk naar voren komt dat het de bedoeling van de wetgever is dat in massazaken steeds vaker definitieve geschilbeslechting plaatsvindt. Dat is juist in massazaken van belang. In het preadvies worden de toepassingscriteria van de instrumenten die al in de wet staan naar voren gebracht, om aan te zetten tot het gebruik daarvan. Meer finale geschilbeslechting moet volgens de preadviseurs niet worden bereikt door meer instrumenten in de wet op te nemen, maar door een grotere bekendheid aan de bestaande instrumenten en de toepassingscriteria te geven.

Ben Schueler vraagt zich naar aanleiding van de vierde stelling af of in het vooronderzoek nog aanvullende instrumenten denkbaar zijn die het vergemakkelijken om tot finale geschilbeslechting te komen. Zijn de bestaande instrumenten in hoofdstuk 8 van de Awb voldoende? Volgens **Louise van Heusden** zijn de wettelijke instrumenten voldoende, maar worden deze nog te weinig toegepast. Dat komt volgens de preadviseurs vooral door het zittingsgericht werken, waarbij de gedachte heerst dat het onderzoek juist ter zitting plaatsvindt. Die nadruk zou echter moeten verschuiven naar de voorfase. Door in de voorfase beter onderzoek te doen aan de hand van de beschikbare stukken, kun je voorkomen dat pas na zitting de vraag opkomt wat na het constateren van een gebrek de volgende stap is.

Ernst Plambeck (Universiteit Utrecht) stelt in de eerste plaats dat naar zijn mening te weinig gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid om krachtens artikel 8:12 van de Awb een rechter-commissaris in te stellen. Dit komt in het bestuursrecht maar zeer zelden voor. Hij oppert het idee dat de bestuursrechter vaker een rechter-commissaris benoemt om daadwerkelijk leiding te geven aan het vooronderzoek. Zijn tweede punt gaat over de eerste stelling. Deze stelling – over het niet kunnen toepassen van artikel 6:22 van de Awb in massazaken wanneer het gebrek de materiële inhoud van het besluit raakt – gaat specifiek over massazaken, maar in het preadvies staat dat het ook in het algemeen geldt. Wat wordt daarmee bedoeld? Zijn de preadviseurs het eens met de recente wijziging van artikel 6:22 van de Awb? **Joanne Westland** denkt dat er veel materiële gebreken zijn die ook naar de mening van de preadviseurs goed kunnen worden gepasseerd. Zij geeft het volgende voorbeeld. In provinciale verordeningen staat vaak dat in de toelichting op een bestemmingsplan moet worden ingegaan op een regionale behoefte. Die norm valt niet onder vormvoorschriften in de zin van het oude artikel 6:22 van de Awb. Stel dat niet in de plantoelichting maar in de zienswijzennota is ingegaan op de regionale behoefte. Volgens de preadviseurs is er dan inhoudelijk geen gebrek en kan artikel 6:22 van de Awb worden toegepast. Maar indien in het geheel niet is ingegaan op de regionale behoefte, dan kan de rechter het bestuur nog in de gelegenheid stellen om alsnog daarop in te gaan. Dan passeert hij het gebrek juist niet, maar hij laat het herstellen. De preadviseurs bedoelen niet dat weer moet worden teruggegaan naar artikel 6:22 van de Awb zoals dat luidde voor de Wab, maar wel dat het artikel niet moet worden toegepast op gebreken die de materiële inhoud van het besluit raken. **Louise van Heusden** vult aan dat met de nieuwe tekst van artikel 6:22 van de Awb het scherpe onderscheid tussen het passeren van gebreken en het in stand laten van de rechtsgevolgen vervaagt en dat hier meer aandacht voor moet zijn.

Arjen van Driel Kluit (Raad van State) vraagt naar aanleiding van de vierde stelling of de preadviseurs ook bepleiten dat er in massazaken, zoals bij de nieuwe zaaksbehandeling gebeurt, eveneens regiezittingen worden gehouden. Dat zou volgens **Joanne Westland** een goed idee zijn, omdat de zitting nu voornamelijk wordt gebruikt om een gebrek vast te stellen en niet om te bespreken wat er na het vaststellen van het gebrek moet gebeuren. **Arjen van Driel Kluit** vraagt hoe de preadviseurs aankijken tegen het mogelijke nadeel van oplopende doorlooptijden. **Joanne Westland** wijst erop dat een geschil door een regiezitting per saldo sneller kan worden beslecht, hoewel de doorlooptijd langer wordt. Met een kale vernietiging zijn immers de doorlooptijden wel korter, maar is er soms anderhalf jaar later weer een zitting over hetzelfde geschil. **Ben Schueler** vult aan dat de procedure bij de rechter wat langer kan duren, maar dat de uitkomst voor partijen duidelijker of

effectiever zal zijn. Volgens het preadvies kunnen doorlooptijden een argument zijn om van definitieve geschilbeslechting af te zien in concrete situaties. Geldt dat ook voor massazaken? Dan kan uitgebreid vooronderzoek misschien juist nuttig zijn om het verband tussen meerdere zaken te bezien. **Louise van Heusden** constateert dat doorlooptijden in de praktijk een rol spelen, maar de preadviseurs stellen dat dat niet doorslaggevend mag zijn. **Joanne Westland** wijst op een toepassingscriterium voor de bestuurlijke lus. Als een bestuurlijke lus geen tijdwinst oplevert ten opzichte van een kale vernietiging, zou dat ook een reden kunnen zijn om niet voor de bestuurlijke lus te kiezen.

Marcel Scheele (Raad van State) vraagt zich over alle stellingen af of de term 'massa' nodig is. Zijn de gegeven argumenten niet van toepassing op alle zaken, of is er een verschil waardoor één of alle stellingen alleen voor massazaken gelden? **Louise van Heusden** antwoordt dat de stellingen ook voor niet-massazaken gelden, maar dat de criteria voor het al dan niet toepassen van de instrumenten uitvergroot aan de orde komen in massazaken. Er zullen zich ook vaker elkaar tegensprekende indicaties voor het al dan niet toepassen van de instrumenten voordoen.

Ymre Schuurmans (Universiteit Leiden) heeft met veel interesse het preadvies gelezen. Daarin wordt gekeken naar de aard van het bestreden besluit, de complexiteit en de duur van de voorbereidingsprocedure, of er discretionaire bevoegdheden in het geding zijn en mogelijk tegengestelde belangen. In hoeverre maakt het nog uit dat een zaak een massazaak is, als je dat vergelijkt met een andere zaak met drie of vier partijen, waarin veel expertise nodig is om het besluit te nemen, er veel beleidsvrijheid of beoordelingsvrijheid is en er een derde met tegengestelde belangen opkomt. Vergt een massaal geschil dan echt iets anders? Volgens **Joanne Westland** is de kans dat je in een massazaak tegen obstakels aanloopt groter. De vraag, die ook in het preadvies naar voren komt, of de rechter voldoende expertise heeft, zal eveneens in niet-massazaken spelen. Het is vooral de samenloop van alle kenmerken die het voor de rechter lastig maakt en die een actievere opstelling van de rechter vergt. Dat speelt niet alleen in massazaken.

Ben Schueler zegt dat, volgens het preadvies, de bestuursrechter een inschatting maakt over het mogelijke vervolg voordat een bestuurlijke lus wordt toegepast. Uit het preadvies lijkt naar voren te komen dat zo'n voorspelling in massazaken moeilijker is te maken, bijvoorbeeld door de aanwezigheid van een groot aantal onbekende derden. Zijn er manieren om een beeld te krijgen van die onbekende derden? **Louise van Heusden** benadrukt dat met onbekend wordt bedoeld dat zij niet in het geschil zijn betrokken. De bestuursrechter kan wel een inschatting maken van de kring van belanghebbenden bij een bepaald besluit. Dat is lastiger in massazaken.

Saskia Nuyten (NautaDutilh) vraagt of de stellingen niet vooral zien op de verscheidenheid aan belangen. Bij een procedure met vier appellanten met zeer uiteenlopende belangen, is het passeren van gebreken namelijk moeilijker dan bij een procedure met zevenhonderd appellanten met allemaal hetzelfde belang. **Joanne Westland** antwoordt dat de aanwezigheid van tegengestelde belangen slagvaardige geschilbeslechting inderdaad moeilijker maakt. **Saskia Nuyten** vraagt of de preadviseurs ook hebben overwogen te kijken naar de belemmeringen in het bestuursrecht of het bestuursprocesrecht voor massazaken. Er is namelijk een aantal bepalingen in de Awb dat instemming van alle partijen vereist, zoals bijvoorbeeld het door de rechter inzien van geheime stukken (artikel 8:29 van de Awb), maar ook het afzien van een tweede zitting (artikel 8:57 van de Awb). De vereiste toestemming van alle partijen kan in een massazaak een belemmering vormen.

Joanne Westland antwoordt dat, gelet op de omvang van het preadvies, bewust is afgezien om ook naar de procesrechtelijke belemmeringen voor massazaken te kijken.

Wynand Brants (Ministerie van Veiligheid en Justitie) vraagt wat het privaatrecht kan leren van de afwikkeling van massazaken in het bestuursprocesrecht. Dezelfde vragen spelen namelijk in beide rechtsgebieden, bijvoorbeeld: wie zijn er ontvankelijk, hoe ga je om met grote aantallen belanghebbenden en hoe ga je om met finaliteit? **Louise van Heusden** antwoordt dat het onderzoek voor het preadvies zich tot het bestuursrecht heeft beperkt. **Ben Schueler** wijst op een recente bijeenkomst van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht over onder andere de WCAM. Daarbij kwam onder meer de suggestie naar voren of de WCAM niet ook voor het bestuursrecht bruikbaar zou zijn, bijvoorbeeld bij nadeelcompensatie rondom Schiphol of de Betuwelijn. Bruno van Ravels, die daar ook sprak, vond dat geen goed idee, omdat daar in het bestuursrecht al een andere oplossing voor bestaat. Er wordt dan een regeling – zoals een beleidsregel of een verordening – opgesteld waarin de nadeelcompensatie wordt vastgesteld. Door middel van beschikkingen wordt de compensatie al dan niet toegewezen. Daar komt bij dat de WCAM een instrument is om een geldsom die eigenlijk te klein is te verdelen, terwijl bij de overheid het probleem van geldnood en het verdelingsvraagstuk zich niet voordoet. Bij onrechtmatig overheidshandelen zou een constructie als de WCAM misschien wel zijn voordelen kunnen hebben.

Gert-Jan Klapwijk (Raad van State) vraagt hoe de preadviseurs de rol van de rechter in het vooronderzoek zien wanneer er maar weinig tijd is voor het vooronderzoek, zoals bijvoorbeeld in de SNS-casus. **Louise van Heusden** beaamt dat er soms weinig tijd beschikbaar is voor het vooronderzoek. Het is, afhankelijk van de concrete omstandigheden, soms mogelijk om na de zitting het onderzoek te heropenen, om het vervolg van de procedure aan de orde te stellen. Bij zaken als de procedure over SNS is dat ook lastig, en wellicht prevaleert dan het belang van een tijdige zitting en uitspraak boven het belang van finaliteit.

Massaal procederen in het belastingrecht

Preadvies door Charlotte Bikkers en Tjebbe Gerverdinck

Lex Michiels (Raad van State en Universiteit Tilburg) vraagt hoe de stellingen zich tot elkaar verhouden. De preadviseurs stellen dat de regeling van artikel 25a van de AWR – de regeling voor massaal bezwaar – een goede regeling is, maar dat daar een mogelijkheid voor *opt-out* aan moet worden toegevoegd. Daar past de derde stelling bij, die stelt dat de regeling in het voordeel van de fiscus en de belanghebbenden is. Hoe verhoudt zich dat tot de eerste stelling, die inhoudt dat de praktijk zich zonder de regeling redt? Hoe kan worden verklaard dat zo'n goede regeling niet wordt toegepast? **Charlotte Bikkers** antwoordt dat de preadviseurs zich dat ook hebben afgevraagd. In de gevallen waarin de regeling niet is toegepast, is niet bekend gemaakt welke overwegingen daaraan ten grondslag liggen. De preadviseurs kunnen zich voorstellen dat het lastig wordt om artikel 25a van de AWR toe te passen bij meerdere rechtsvragen binnen een complexe zaak. Misschien heeft de Belastingdienst de mogelijkheid van *opt-out* als bezwaar gezien en er toch voor gekozen om het via een vaststellingsovereenkomst te regelen. Dat blijft voor de

preadviseurs echter gissen. Dat is ook een reden waarom zij deze stelling willen voorleggen. In dat licht moet ook de vierde stelling worden gezien.

Robert Jan Koopman zegt dat het belastingrecht, anders dan het grootste deel van het bestuursrecht, een gesloten stelsel van rechtsmiddelen kent. Alleen tegen bepaalde als zodanig aangemerkte besluiten kan bezwaar en beroep worden ingesteld. Het besluit van de minister om artikel 25a van de AWR toe te passen, is niet zo'n aangemerkt besluit. Daartegen is dus geen bezwaar en beroep opengesteld. Ook kan niet met vrucht worden geprocedeerd omtrent de weigering van een verzoek aan de minister om artikel 25a van de AWR toe te passen. Zou het misschien een oplossing zijn om de burger de mogelijkheid te geven om het al dan niet toepassen van artikel 25a van de AWR aan te kunnen kaarten? Het is immers denkbaar dat een burger liever geen vaststellingsovereenkomst met de Belastingdienst sluit, maar een 25a-besluit prefereert. Volgens **Tjebbe Gerverdinck** zou dat een zeer interessante ontwikkeling zijn. De regeling is ontworpen ten behoeve van de Belastingdienst, dus het initiatief voor het toepassen van de regeling ligt nu bij de Belastingdienst. Het bij de burger neerleggen van het initiatief voor het toepassen van de regeling, vergt een verandering in het denken over de werking van de regeling. De preadviseur ziet geen argument dat tegen zo'n ontwikkeling pleit. Wel is het belang van de burger bij de huidige regeling dat hij zelf niet meer hoeft te procederen. **Charlotte Bikkers** vult aan dat burgers het ook niet met elkaar eens hoeven te zijn. Je kunt de situatie krijgen dat de ene rechtsperoon bepaalt dat een andere rechtspersoon niet de keuze heeft om zelf over een punt te procederen. Dat maakt het wel lastig

Mark Balder (Pesman Advocaten) heeft over de eerste en vierde stelling de volgende vragen: is het, gezien de eerste stelling en de bezuinigingen die de Belastingdienst zullen treffen, de verwachting dat de drempel voor het toepassen van de regeling zal worden verlaagd? Zo ja, is het vanuit het oogpunt van legaliteit dan niet wenselijk dat er in de regeling een harde grens wordt opgenomen voor het aantal bezwaren? Daarboven moet de regeling worden toegepast, daaronder is dat niet toegestaan. Wat betreft de vierde stelling, staat in het preadvies dat de keuze voor een vaststellingsovereenkomst niet onrechtmatig wordt geacht, terwijl er ook geen reden wordt gezien waarom daar wel voor wordt gekozen. Is het dan ook niet vanuit de rechtstatelijke zuiverheid beter om in de regeling te verwerken dat expliciet wordt uitgesloten dat een civielrechtelijke weg wordt bewandeld? Het primaat komt dan weer terug bij het bestuursorgaan waar het hoort: bij de Belastingdienst. **Tjebbe Gerverdinck** antwoordt dat het voor de preadviseurs nog moeilijk is te overzien of de regeling in de toekomst vaker zal worden toegepast. Wel is bekend dat de regeling nu naar tevredenheid is toegepast. **Charlotte Bikkers** vult aan dat het opnemen van een grensaantal in de regeling in de praktijk lastig zal blijken, omdat het niet de enige voorwaarde is voor het toepassen van de regeling. Zo moet de rechtsvraag geschikt zijn en hangt het verder af van de feitelijke situatie. Dat zijn belangrijkere factoren dan het aantal bezwaarschriften. Het is dan ook onwenselijk om een bepaling in de wet op te nemen die de civielrechtelijke weg uitsluit. Het zou beter zijn als inzichtelijk wordt om welke redenen door middel van een vaststellingsovereenkomst wordt afgeweken van de wil van de wetgever, zoals die uit artikel 25a van de AWR blijkt.

Ymre Schuurmans vraagt naar aanleiding van de eerste stelling wat volgens de preadviseurs de belangrijke waarborgen zijn in de procedure voor een massaal bezwaar. Kent een vaststellingsovereenkomst dezelfde waarborgen als een

aanwijzing tot massaal bezwaar? Het voornemen voor een aanwijzing tot massaal bezwaar moet aan het parlement worden voorgehouden. Is dat een belangrijke waarborg, en leidt het ontbreken daarvan bij de vaststellingovereenkomst tot een gebrek aan transparantie? Bij een 25a-procedure zijn bijvoorbeeld ook belangenbehartigers betrokken om de bezwaren te selecteren en om zienswijzen in te brengen. Ook bij andere bestuursorganen vindt met het oog op efficiëntie zaaksselectie plaats en wordt met partijen onderhandeld. Is het sluiten van een overeenkomst met elk individu, met een vorm van *informed consent*, wel de meest efficiënte oplossing, en is er wel sprake van een zodanig groot probleem bij het bestuursorgaan? **Tjebbe Gerverdinck** antwoordt dat bij de vaststellingsovereenkomst de waarborgen uit de wettelijke regeling ontbreken. Zo moet het voornemen om de wettelijke regeling toe te passen worden voorgelegd aan het parlement, dat een termijn van vier weken heeft om bedenkingen te uiten. Wellicht is de parlementaire goedkeuring juist de reden dat de regeling niet zo vaak is toegepast. **Ymre Schuurmans** merkt op dat de wettelijke regeling de Belastingdienst kwetsbaar lijkt te maken, doordat alles in de openheid gebeurt. **Tjebbe Gerverdinck** beaamt dat de Belastingdienst dan de regie uit handen geeft. De vaststellingovereenkomst komt daarentegen volledig uit de koker van de Belastingdienst. De voorwaarden in de vaststellingsovereenkomst zijn overigens niet zonder meer in het voordeel van de belanghebbende. Dat zou bij de wettelijke regeling minder snel aan de orde zijn.

Ben Schueler vraagt zich af of de vaststellingovereenkomst de waarborgen die de wetgever heeft willen creëren, doorkruist. Volgens het preadvies hoeft de tweewegenleer geen obstakel te zijn, omdat het niet de bedoeling van de Belastingdienst is om de rechtsbescherming van de burger te verzwakken. Anderzijds zou ook kunnen worden betoogd dat niet de bedoeling, maar het effect ertoe doet. Dan moet worden nagegaan of het gebruik van een vaststellingsovereenkomst tot gevolg heeft dat er minder waarborgen en rechtsbescherming voor de burger zijn. Dat hoeft niet eens fataal te zijn, want de bestuursrechtelijke en civielrechtelijke weg kunnen naast elkaar blijven bestaan als de wetgever niet bedoeld heeft de al bestaande praktijk waarbij overeenkomsten geregeld voorkomen, te beëindigen. Dit geldt ook als de waarborgen voor de civielrechtelijke weg minder goed geregeld zijn. Misschien geldt die redenering ook voor deze regeling. **Charlotte Bikkers** stelt dat de wetgever de praktijk van het sluiten van overeenkomsten door de Belastingdienst niet heeft willen verbieden. In de vaststellingsovereenkomst zijn niet dezelfde waarborgen opgenomen als in de wettelijke regeling, maar dit hangt ook af van de omstandigheden en inhoud van de concrete vaststellingsovereenkomst. **Robert Jan Koopman** wijst erop dat een vaststellingsovereenkomst bovendien een overeenkomst tussen twee partijen is. Een burger kan ook met een concept van een vaststellingsovereenkomst naar de fiscus stappen. **Ben Schueler** merkt op dat dit bij massale zaken minder aantrekkelijk is.

Ernst Plambeck vraagt naar aanleiding van de derde stelling wat het voordeel van de belanghebbende is van het toepassen van artikel 25a van de AWR. Zijn voordeel is duidelijk als zijn zaak niet wordt geselecteerd, hij geen bezwaar heeft gemaakt en zijn zaak toch automatisch wordt meegenomen. Wat nu is het voordeel van de belanghebbende wiens bezwaar wordt geselecteerd? Maakt hij kosten voor het voeren van de procedure? **Charlotte Bikkers** antwoordt dat aan een belanghebbende eerst wordt gevraagd of hij instemt met de selectie van zijn bezwaar voor de procedure. Vanuit de staat zijn er kleine vergoedingen beschikbaar voor het voeren van de procedure. Verder stellen advocatenkantoren zich beschikbaar om

de procedure te voeren. In de praktijk draaien de geselecteerde belanghebbenden niet op voor de kosten van de procedure. Dit is niet in de wettelijke regeling opgenomen, maar het is in de praktijk gebleken.

Annelies Binnema (Raad van State) vraagt zich af of deze wettelijke regeling ook toepasbaar zou zijn in andere bestuursrechtelijke geschillen en hoe de preadviseurs en andere aanwezigen daar tegenaan kijken. **Saskia Nuyten** vraagt, in aanvulling daarop, hoe de vaststellingsovereenkomst en de wettelijke regeling kunnen worden vertaald naar het reguliere bestuursrecht. Het is dan wel van belang de massazaken te onderscheiden. Bij de ruimtelijke ordening bijvoorbeeld heb je te maken met een besluit en veel belanghebbenden en bij de Belastingdienst heb je te maken met veel besluiten die op elkaar lijken. Er is wel een soortgelijke proefprocedure gevoerd in het reguliere bestuursrecht. Bij de achtergestelde schulden in de DSB-zaak is ervoor gekozen om, in plaats van met alle individuele mensen te onderhandelen, een proefprocedure met de drie meest uiteenlopende zaken te voeren. Na rechtstreeks beroep is de zaak vlot bij het CBb behandeld. In de praktijk waren er maar weinig belemmeringen. Lastig was dat moest worden ingestemd met het langer uitstellen van de behandeling van het bezwaar. Daar zou een bepaling in de Awb uitkomst kunnen bieden. Verder was lastig hoe wordt omgegaan met mensen die ervoor kiezen de procedure af te wachten. Omdat zeer breed was aangekondigd dat de proefprocedure werd afgewacht, werd de termijnoverschrijding verschoonbaar geacht als mensen eerst de uitkomst van het proefproces hadden afgewacht alvorens bezwaar te maken. Met het reguliere bestuursrecht kom je dus al ver. Welke punten zijn de preadviseurs tegengekomen die nog ontbreken in het reguliere bestuursrecht? **Tjebbe Gerverdinck** noemt de herzieningsregeling. In het belastingrecht moeten de desbetreffende besluiten worden herzien, zonder dat het nodig is om nog bezwaar te maken nadat de wettelijke regeling voor massaal bezwaar is toegepast. Daarvoor zou in het reguliere bestuursrecht een wettelijke regeling nodig zijn. **Saskia Nuyten** merkt op dat, zonder dat een belanghebbende bezwaar heeft gemaakt, een ambtshalve herziening wel mogelijk is. Het bestuursorgaan is daar echter niet tot verplicht, maar wel bevoegd. **Tjebbe Gerverdinck** wijst erop dat de Belastingdienst daar ook toe verplicht is.

Ymre Schuurmans heeft voor een artikel zelf onderzoek verricht naar besluitvormingsprocedures waarbij ook is getracht door zaakselectie tot proefprocedures te komen. Haar indruk is dat het ontbreken van een regeling in de Awb ervoor zorgt dat partijen lastiger kunnen inschatten waar ze mee instemmen. Er is veel correspondentie nodig om uit te leggen hoe de procedure werkt. Het is lastig voor partijen om erop te vertrouwen dat – als zij instemmen met een proefprocedure en zaakselectie – zij daar ook profijt van zullen hebben, dat de formele rechtskracht eventueel kan worden doorbroken, en dat het hun belang niet schaadt dat zij hun procedure nu niet doorzetten. Bij de Vogelaarheffing lukte het niet om iedereen op één lijn te krijgen, omdat partijen de procedure en het bestuursorgaan onvoldoende vertrouwden. Bij de Sociale Verzekeringsbank heeft de zaakselectie plaatsgevonden door het uitnodigen van de advocaat die de meeste cliënten vertegenwoordigde. Met die advocaat is de opzet van de procedure besproken, waardoor belanghebbenden die bij een kleiner advocatenkantoor terecht waren gekomen minder invloed op de procedure hadden. De transparantie en de potentieel gelijke kans voor partijen om ook voor zaakselectie in aanmerking te komen, lijken in het belastingrecht beter geregeld dan in het bestuursrecht. Zonder wettelijke regeling in het algemene bestuursrecht, is het voor partijen niet duidelijk waar zij aan toe

zijn. Daarbij heb je de toestemming van partijen nodig om de procedure te kunnen aanhouden, wat ook een uitvoeringsdruk oplevert. **Saskia Nuyten** zegt dat het dan ook goed zou zijn als de Awb voorzag in een basale regeling voor massaal bezwaar, vergelijkbaar met de regeling voor de uniforme openbare voorbereidingsprocedure.

De afwikkeling van massaschade via Claim Afwikkelingsfaciliteiten: een grensoverschrijdende verkenning.

Preadvies door Karlijn van Doorn en Ianika Tzankova

De vraag wordt gesteld of een bestuursorgaan dat optreedt als schadefonds dat doet in de hoedanigheid van een private partij of van bestuursorgaan. **Karlijn van Doorn** antwoordt dat het een gemengd karakter heeft. Doordat het een bestuursorgaan is, zijn er bestuursrechtelijke aspecten, maar omdat het om de afwikkeling van schade gaat, worden ook privaatrechtelijke aspecten teruggezien. **Ben Schueler** vult aan dat vermogensrechtelijk gezien steeds de rechtspersoon dient te betalen. Per openbaar lichaam is geregeld wie dat mag vertegenwoordigen. Een bestuursorgaan kan worden aangewezen om op aanvraag te beslissen over het toekennen van een vergoeding.

Saskia Nuyten zegt dat de rol van de overheid volgens het preadvies belangrijk is bij de aanvaarding. Is daarbij niet ook van belang welke mogelijkheden er zijn om de schade anderszins te verhalen? Voor de overheid is vooral een rol weggelegd bij schade door rampen. Als de overheid niets doet, is er immers niemand anders aanspreekbaar. Daardoor is de acceptatiebereidheid vanzelf al hoger. **Karlijn van Doorn** erkent dat in dit soort 'pechgevallen', ook als de oplossing niet op maat is, de acceptatie vaak groter is dan in de gevallen waarin er een duidelijke schuldige is aan te wijzen.

Ben Schueler vraagt zich af of het idee van de procedurele rechtvaardigheid op andere terreinen van het bestuursrecht voor massazaken een bruikbaar concept is om tot een goede regeling te komen. **Ymre Schuurmans** vraagt of het indelen in categorieën van schadegevallen ook een vorm van procedurele rechtvaardigheid is. Je kunt er misschien zekerheid aan ontlenen dat expliciet wordt gemaakt in welke categorie je valt, terwijl wellicht belangenbehartigers een grote rol hebben gespeeld in het definiëren van de categorieën. Anderzijds kan bij de open categorieën de nadruk weer komen te liggen bij de besluitvorming in de behandelingsprocedure. Dat komt in het bestuursrecht weer zeer bekend voor. De nadruk op het definiëren en indelen van categorieën of juist de nadruk op de individuele behandelingsprocedure zouden twee communicerende vaten kunnen vormen, maar het is misschien ook nodig om in beide te investeren. Is daarbij de aard van de schadeoorzaak een relevante factor? **Karlijn van Doorn** zou graag meer over de verhouding tussen de twee aspecten willen zeggen, maar de daarvoor benodigde gegevens zijn helaas niet beschikbaar. In een recent artikel heeft zij de verdeelsleutels in de Amerikaanse praktijk onderzocht. Interessant was dat in de VS soms een keuze wordt geboden. Dan zijn er drie verdeelsleutels. Bij verdeelsleutel A krijg je een vast laag bedrag aan schadevergoeding en is de bewijslast laag. Bij verdeelsleutel B dient iets meer bewijs geleverd te worden en krijg je een schadevergoeding die iets meer op maat is. Bij verdeelsleutel C ten slotte dienen alle *ins* en *outs* van het schadegeval bewezen te worden en krijg je een schadevergoeding op maat.

Het was opmerkelijk dat de grote meerderheid voor het vaste bedrag koos. Nader onderzoek moet uitwijzen waar dat door komt. Een mogelijke factor is dat benadeelden kunnen meepraten over de afwikkeling van hun schadegeval.

Lex Michiels verwacht dat het ook te maken heeft met de aard van de schade. Bij misbruikzaken gaat het om erkenning en niet in beginsel om een geldelijke vergoeding. Het gaat om gehoord en begrepen worden. Het is zaak om maatwerk te leveren. Als het gaat om financiële schade kun je volstaan met een aantal categorieën en kan van het horen van alle benadeelden worden afgezien. In andere gevallen is juist het horen van belang en is het geld van ondergeschikt belang. Dat hangt af van het geval. Volgens **Karlijn van Doorn** is de aard van de schade van belang bij de keuze voor een verdeelsleutel. De vraag of het om vermogensschade gaat of vooral om psychisch letsel, speelt een belangrijke rol bij het categoriseren en is bepalend voor wat de functie van een schadefonds zou moeten zijn.

Ben Schueler zegt dat het bij procedurele rechtvaardigheid ook om de vraag gaat of mensen het resultaat accepteren dankzij de procedure. Hoe zou een onderzoek daarnaar eruit kunnen zien? **Karlijn van Doorn** antwoordt dat het afhangt van de onderzoeksvraag, maar dat een empirisch onderzoek zeker voor de hand ligt. Dat kan kwantitatief onderzoek zijn, met experimenten en vragenlijsten. Ook kwalitatief onderzoek is mogelijk, waarbij de benadeelden worden bevraagd. **Ben Schueler** voegt toe dat er een enorme verscheidenheid aan schadeoorzaken en emoties bestaat, waardoor de aanpak verschilt. **Karlijn van Doorn** wijst erop dat bij het opzetten van een onderzoek keuzes moeten worden gemaakt. Door je te beperken tot een bepaalde groep benadeelden kan worden voorkomen dat binnen een onderzoek meerdere vormen van schade voorkomen. Er is nog maar zeer beperkt onderzoek op dit terrein verricht.

Willem Bosma (Van der Feltz Advocaten) vermoedt dat niet alleen de aard van de schade een rol speelt, maar ook de aard van de schadeveroorzakende partij. Als de staat de schade veroorzaakt heeft, zal er weinig bereidheid zijn om genoegen te nemen met een vergoeding van slechts een deel van de schade. De staat heeft immers toch voldoende beschikbare middelen. **Karlijn van Doorn** erkent dat dit van invloed kan zijn. Het hangt er daarnaast ook vanaf wat de schadeveroorzaker heeft gedaan. Als het om de overheid gaat zal dit vaker om nalaten gaan, waardoor de overheid minder als de schuldige partij wordt gezien. Een vuurwerkbedrijf of bank, die daadwerkelijk iets fout heeft gedaan, wordt wellicht meer als schuldige partij gezien, zodat juist dan een volledige vergoeding van de schade de inzet wordt. Het type schadeveroorzaker is ook een relevante factor. **Ben Schueler** begrijpt dat de betrokkenheid van de overheid twee kanten op kan werken. Bij de vuurwerkramp in Enschede was er ook een commissie die aan bepaalde soorten benadeelden een tegemoetkoming uitdeelde. Dat was geen volledige schadevergoeding, zoals zij die bij een onrechtmatigedaadsactie zouden kunnen krijgen. Tegelijkertijd werden er procedures gevoerd die wel waren gericht op een volledige schadevergoeding. Het is goed dat de overheid voor de tussenliggende periode wel tegemoet komt in de hoogste noden. **Karlijn van Doorn** vergelijkt deze werkwijze met die van het Instituut Asbestslachtoffers. Dit instituut keert voorschotten uit voorafgaand aan een mogelijk volledige schadevergoeding door de voormalige werkgever. Het instituut is gebaseerd op een convenant tussen werkgeversorganisaties, werknemersorganisaties en de overheid. De Sociale Verzekeringsbank wikkelt de uitkeringen af. **Ben Schueler** vraagt zich af hoe het begrip '*voice*' binnen de procedurele rechtvaardigheid, dat gaat over het naar voren kunnen brengen

van het individuele standpunt, gerealiseerd kan worden binnen massazaken. Dat is misschien niet altijd nodig, bijvoorbeeld wanneer het over een zuivere rechtsvraag in het belastingrecht gaat. **Karlijn van Doorn** antwoordt dat een belangenorganisatie kan opkomen voor je verhaal, zodat die de functie van een stem kan vervullen, zoals dat bij de WCAM gebeurt. In de categorie massazaken die over misbruik gaat, kunnen de individuele slachtoffers in een hoorzitting hun eigen verhaal vertellen. Er zijn veel varianten waarop benadeelden een stem kunnen krijgen in een massazaak. **Ben Schueler** vraagt naar de factoren die, vanuit het gezichtspunt van procedurele rechtvaardigheid, het succes bepalen en de acceptatie kunnen bevorderen. **Karlijn van Doorn** antwoordt dat vertegenwoordiging in belangenorganisaties daarbij zou kunnen helpen. Daar is op dit moment nog nader onderzoek naar nodig. In de Dexia-zaak is verder het eindresultaat nog aan de achterban voorgelegd. Dat is weer een andere manier om zeggenschap vorm te geven. **Ben Schueler** zegt dat ook het gevoel van machteloosheid een rol kan spelen. Een Nederlander die is benadeeld door een boekhoudfraudeschandaal waarover later in de VS een procedure is aangespannen, accepteert al snel een zeer kleine schadevergoeding. Het gevoel overheerst dat er toch niets meer aan te doen valt. Dat gevoel kan bij schade ook invloed op de acceptatie hebben. Hoe moet dan in het licht van procedurele rechtvaardigheid worden beoordeeld? **Karlijn van Doorn** antwoordt dat in dergelijke zaken benadeelden het hebben van een stem wellicht helemaal niet belangrijk vinden. De schade is niet heel ingrijpend in het leven van de benadeelden. Daarbij gaat het ook niet om reguliere consumenten. Er is nog wel empirisch onderzoek naar deze vragen nodig.

Afsluiting

Ben Schueler vraagt afsluitend of de aanwezigen geneigd zouden zijn zich bij het collectief aan te sluiten als zij zijn benadeeld in bijvoorbeeld het belastingrecht, het sociale zekerheidsrecht of in een civiele schadezaak. De aanwezigen kiezen niet massaal voor een *opt-out*-mogelijkheid, maar geven wel aan dat de keuze afhangt van de omstandigheden van het geval.

Ben Schueler dankt de preadviseurs voor de preadviezen, de presentaties en de discussie. De dag wordt afgesloten met een groot applaus ter waardering voor de drie preadviezen.