

Massaal finaal

De slagvaardige bestuursrechter in massazaken

*mr. L.A. van Heusden en mr. J.J. Westland*¹

1. Inleiding	2
2. Passeren van gebreken	6
3. Rechtsgevolgen in stand laten	16
4. Zelf in de zaak voorzien	24
5. Bestuurlijke lus	34
6. Conclusie: massaal finaal?.....	47

¹ Louise van Heusden en Joanne Westland zijn werkzaam bij de directie Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Het preadvies is geschreven op persoonlijke titel. Dank is verschuldigd aan Lex Michiels voor zijn input op de eerdere concepten van dit preadvies.

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.²

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.³ 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. Tot slot is een kenmerk van massazaken dat ook veel belangen spelen van burgers die niet deelnemen aan het proces bij de bestuursrechter, 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 als gevolg van de invoering van regelgeving of beleid. Ook dit zijn massazaken.⁴ 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 principiële 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

² ABRvS 25 februari 2013, zaak nr. 201301173/1/A3.

³ ABRvS 25 juli 2007, nr. 200602152/1 (BR 2007, 867).

⁴ Zie voor deze laatste categorie Y. Schuurmans, Massale procedures in het bestuursrecht, NJB 20, 1251.

appellant door het gebrek in zijn belangen wordt geraakt.⁵ 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.⁶ 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 er op 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.⁷ Verschillende auteurs, waaronder Polak⁸ en Marseille⁹, hebben zich hierover later ook kritisch uitgelaten. Bijzondere vermelding verdient in dit verband de dissertatie van Schueler uit 1994.¹⁰ 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 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.¹¹ 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

⁵ In het huidige bestuursprocesrecht is de ambtshalve toetsing van besluiten een element dat is terug te voeren op het objectieve model.

⁶ Elementen van het subjectieve model in het huidige bestuursprocesrecht zijn onder meer het relativiteitsvereiste en artikel 8:69 van de Awb.

⁷ J.B.J.M. ten Berge & R.J.G.M. Widdershoven, *Materiële rechtvaardigheid in administratieve rechtspraak*, in: B. Hessels (red.), *De knikers van het spel. Facultaire gedachten over materiële rechtvaardigheid*, Utrecht, 1993.

⁸ J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak, Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten* (oratie), Deventer, Kluwer, 2000.

⁹ A.T. Marseille, 'De bestuursrechter, Gemankeerd beslisser met beperkt bestuurlijk vermogen', *Bestuurskunde* (2001), p. 50-58.

¹⁰ B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien: Over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1994.

¹¹ 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, Boom Juridische uitgeverij, Den Haag, 2010 en B.J. van Etekoven, J. Hoekstra en B.J. Schueler, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht*. Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 37, IBR 2009, p. 7-18.

bevoegdheid aan te reiken waarmee hij het bestuursorgaan er toe kan bewegen nog tijdens het proces zodanige stappen te zetten dat het geschil finaal kan worden beslecht.¹² Voorts is de reikwijdte van artikel 6:22 van de Awb per 1 januari 2013 door 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.¹³ 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.¹⁴ 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.¹⁵ Tot 2008 was de lijn in de jurisprudentie dat alleen de rechtsgevolgen in stand konden worden gelaten of zelf in de zaak kon worden voorzien 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 blijkt daarnaast ook uit de nieuwe zaaksbehandeling van de rechtbanken¹⁶ en uit de nieuwe werkwijze van de Afdeling op zitting.¹⁷ 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 natuurbescherming¹⁸ en de Omgevingswet.¹⁹ Om die reden, en omdat wij beiden werkzaam zijn bij de directie bestuursrechtspraak van de Raad van

¹² B.J. Schueler, De grote verandering. Finaliteit in een nieuw bestuursprocesrecht, JBplus 2012, p. 101-116.

¹³ Kamerstukken 2010/2011 32 450, nr.8 p. 59.

¹⁴ Schueler 2012.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld het jaarverslag 2007 van de Raad van state, p. 80-81.

¹⁶ Zie hiervoor <http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Bestuursrecht/Pages/Wat-waarom-nieuwe-zaaksbehandeling.aspx/>.

¹⁷ 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.

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 Voortgangsbrieven Stelselherziening Omgevingsrecht oktober 2013 van 28 oktober 2013 van de minister van Infrastructuur en Milieu.

¹⁹ 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 eerste een nota van wijziging opgesteld.

State, zullen wij ons in het preadvies concentreren op geschillen die aan de orde komen bij de Afdeling.²⁰ 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 (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?

²⁰ 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 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.²¹ 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'.²² Tot slot is van belang dat 'de belanghebbenden' niet mogen zijn benadeeld. 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

²¹ Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 14. Zie ook: M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure, Deventer: Kluwer 2013, p. 896.

²² Kamerstukken I 2012/13, 32 450, G, p. 4.

moet worden.²³ 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 in beginsel niet gepasseerd.²⁴ 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.²⁵ 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.²⁶ 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, overeenkomstig de bedoeling van de wetgever, die bepaling wordt toegepast voor niet-substantiële gebreken."²⁷ Artikel 6:22 van de Awb heeft aldus volgens de wetgever een beperkter toepassingsbereik dan bij een eerste oppervlakkige lezing van het artikel gedacht zou kunnen worden.

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.²⁸ 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

²³ Kamerstukken I 1991/92, 21 221, nr. 174b, p. 16.

²⁴ 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, JB Plus 2002, p. 181-194.

²⁵ Kamerstukken II 2009-2010, 32450, nr. 3, p. 13-14.

²⁶ Zie ook J.V. van Ophem, Bestuursprocesrecht anno 2013: slagvaardig procederen – klein gebrek geen bezwaar, PRO 2013, p. 6.

²⁷ Kamerstukken I 2012/13, 32 450, G, p. 3.

²⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 11-12, 216-217.

overheidsoptreden.²⁹ 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.³⁰ Ook Polleunis en Wenders wijzen er op 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.³¹ 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.³² 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 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.³³

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.³⁴ Ook in

²⁹ Zie ook J.C.A. de Poorter en K.J. de Graaf, Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst, Den Haag: Raad van State 2011, p. 27-29.

³⁰ Kamerstukken I 2011/12, 32 450, B, p. 3.

³¹ S. Polleunis en 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?, JB Plus 2011, p. 223.

³² 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.

³³ 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.

³⁴ ABRvS 24 juli 2013, nr. 201301705/1/A2.

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.³⁵ 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. 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.³⁶ 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.³⁷

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.³⁸ 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.³⁹ 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

³⁵ ABRvS 17 juli 2013, nr. 201203926/1/R4.

³⁶ 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.

³⁷ ABRvS 2 mei 2013, nr. 201210329/1/V1

³⁸ ABRvS 2 oktober 2013, nr. 201301661/1/R1 en ABRvS 20 februari 2013, nr. 201107330/1/A4.

³⁹ ABRvS 20 februari 2013, nr. 201107330/1/A4.

hoogte waren gebracht.⁴⁰ 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.⁴¹ 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 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 appellants 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.⁴² 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.⁴³ 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.⁴⁴ 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.⁴⁵

⁴⁰ ABRvS 3 april 2013, nr. 201208431/1/R4.

⁴¹ Zie onder meer ABRvS 16 januari 2013, nrs. 201208653/1/R3 en 201208653/2/R3 en ABRvS 2 april 2013, nr. 201209484/3/A4.

⁴² ABRvS 16 januari 2013, nr. 201204974/1/A2.

⁴³ ABRvS 22 augustus 2013, nr. 201306853/2/A2.

⁴⁴ ABRvS 8 mei 2013, nr. 201108590/1/A4.

⁴⁵ 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 appellants belanghebbende bij het besluit was, omdat bijvoorbeeld in de omgeving van de veehouderij geen woningen staan of andere agrariërs werkzaam zijn.

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 verhiel tot een eventuele intergemeentelijke samenwerking ter zake van de 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 was met de intergemeentelijke samenwerking ter zake van detailhandel. Gelet op de toelichting van de raad ter zitting passeert de Afdeling de twee gebreken.⁴⁶ 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.⁴⁷ 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 verassend, 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

⁴⁶ ABRvS 19 juni 2013, nr. 201301238/1/R6.

⁴⁷ ABRvS 27 maart 2013, nr. 201205606/1/R3.

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.

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.⁴⁸ 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. 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 het 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.

⁴⁸ Polleunis en 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, inhoudende dat zonder het gebrek geen ander besluit zou zijn genomen, heeft 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 aangewezen 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 deze 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 er op 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 beleidsvrijheid die het bestuursorgaan 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 beslissingalternatieven 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.⁴⁹ 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.⁵⁰ 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.⁵¹ 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.⁵² 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 geschilbeslechtend vermogen van de bestuursrechter, zoals besproken in de inleiding, is in 2008 het criterium dat nog maar een beslissing mogelijk mag zijn, verlaten.⁵³ 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, 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 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 2.3. en in de 2.2 geschetste achtergrond, zullen wij proberen toepassingscriteria te formuleren in paragraaf 2.4. Tot slot zal in paragraaf 2.5 worden gezien hoe deze toepassingscriteria zich verhouden tot

⁴⁹ Onder meer ABRvS 22 juni 2005, nr. 200409537/1.

⁵⁰ ABRvS 21 november 2001, BR 2002, p. 698 m.nt. P. van der Ree.

⁵¹ ABRvS 18 augustus 2000, Gst. 2000, 7129, 7.

⁵² B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, onderdeel van de derde evaluatie van de Awb, Boom Juridische uitgevers, 2007.

⁵³ Zie bijvoorbeeld ABRvS 26 maart 2008, nr. 200705490/1 en ABRvS 10 december 2008, nr. 200802431/1.

massazaken. 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.⁵⁴ 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 toetsers. 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.⁵⁵ Rechters die bereid zijn hun creativiteit en energie in te zetten ten behoeve van finale geschilbeslechting, zouden meer resultaat kunnen boeken.⁵⁶ 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 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.

⁵⁴ A.T. Marseille & R.R. van der Heide, De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting door de bestuursrechter, JBplus 2008, p. 78-92.

⁵⁵ Schueler 1994.

⁵⁶ Marseille & Van der Heide 2008.

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 2013.⁵⁷ 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 2013.⁵⁸ 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 2013.⁵⁹ Hierin overweegt de Afdeling dat verweerder ten onrechte geen advies heeft gevraagd aan de plan- adviescommissie monumenten en beschermd stadsgezicht over de verlening van een tijdelijke omgevingsvergunning voor het plaatsen van een bouwboard. Nu de termijn waarbinnen het bouwboard 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.⁶⁰ 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

⁵⁷ ABRvS 6 november 2013, nr. 201207075/1/R2.

⁵⁸ ABRvS 24 juli 2013, nr. 201109822/1/R3.

⁵⁹ ABRvS 30 oktober 2013, nr. 201300432/1/A1.

⁶⁰ ABRvS 24 juli 2013, nr. 201211005/1/R2.

de Afdeling kon de nadere motivering van de staatssecretaris het besluit dragen, zodat de rechtsgevolgen in stand konden worden gelaten.⁶¹

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 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.⁶²

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 betreft de Afdeling dat een beroep liep tegen een nieuw bestemmingsplan waarvan de uitkomst nog onbekend was.⁶³ 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".⁶⁴ 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

⁶¹ ABRvS 23 oktober 2013, nr. 201206323/1/V6.

⁶² ABRvS 18 september 2013, nr. 201113132/1/R1.

⁶³ ABRvS 25 september 2013, nr. 201210910/1/R1.

⁶⁴ ABRvS 4 september 2013, nr. 201211527/1/R4.

Awb vragen te stellen aan partijen over dit gebrek.⁶⁵ De Afdeling past deze methode naar onze indruk ook steeds meer toe.⁶⁶ Tevens kan de rechter gebruik maken van de informele dan wel formele lus,⁶⁷ die immers een verlenging van de procedure bij de bestuursrechter tot gevolg heeft. Ook kan de uitkomst van een voorlopigevoorziening-procedure het bestuursorgaan aansporen een gebrek in het besluit hangende de (hoger)beroepsprocedure te herstellen. Dit illustreert ABRvS 24 juli 2013.⁶⁸ 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 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 Afdeling⁶⁹, geven aanleiding tot optimisme. Kortom, bij de toepassing van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in stand te laten, zal moeten worden bezien welke aspecten aanleiding kunnen 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.⁷⁰

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".⁷¹ 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

⁶⁵ Marseille & Van der Heide 2008.

⁶⁶ Jaarverslag Raad van State 2012.

⁶⁷ Op de informele en formele lus zal verder worden ingegaan in hoofdstuk 5 van dit preadvies.

⁶⁸ ABRvS 24 juli 2013, nr. 201300489/1/R4.

⁶⁹ 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](http://jaarverslag.raadvanstate.nl/de-raad-als-bestuursrechter/snelle-en-finale-geschillenbeslechting/inhoudsvolle-bestuursrechtspraak-op-zitting/cDU261%20Inhoudsvolle-bestuursrechtspraak-op-zitting.aspx).

⁷⁰ Zie hierover Marseille & Van der Heide.

⁷¹ 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.

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 de rechtsgevolgen in stand te laten.⁷² 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.⁷³ 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. 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.⁷⁴ De eerste

⁷² ABRvS 31 juli 2013, nr. 201206145/1/R4.

⁷³ Polleunis en Wenders 2011.

⁷⁴ Hierop zal nader worden ingegaan in hoofdstuk 5.

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.

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, behoeft 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 in een gebied 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 ingebracht. 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 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. 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, in die zin dat zodra er derden zijn die niet aan het geding deelnemen hier sprake van is, 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 hierdoor 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 op grond van artikel 8:26 van de Awb om derde-belanghebbenden als partij uit te nodigen in de procedure. Hoewel de voorwaarde de mogelijkheden van de bestuursrechter om de rechtsgevolgen in stand te laten in massazaken beperkt, is het naar onze mening niet uitgesloten dat de rechter zijn bevoegdheid hiertoe gebruikt.

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 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 beslecht worden. In de memorie van toelichting

⁷⁵ Zie ook Schreuder-Vlasblom 2013, p.982.

⁷⁶ Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 oktober 2013, nrs. 201206743/1/R1 en 201304796/1/R1.

⁷⁷ De Poorter en De Graaf 2011, p. 156.

⁷⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 55.

wordt er op 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 opmaakt 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 beleids- of beoordelingsvrijheid 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 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 intrekingsbesluit.⁸⁶ Tevens zijn er zaken

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.

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.

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 beleidsvrijheid 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 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 de rechter aangeeft op welke manier het van zijn beleids- of beoordelingsvrijheid 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 2013 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

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.

⁹¹ Zie ook Schueler en 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.

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

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 10 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

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.

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.

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 voorzien 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 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 beleids- of beoordelingsvrijheid 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

¹⁰¹ ABRvS 27 februari 2013, nr. 201210134/1/R2.

¹⁰² ABRvS 20 februari 2013, nr. 201207364/1/R4.

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.

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 vast staan hoe het besluit zou moeten luiden. De beleidsvrijheid kan echter 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 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

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.

door de toepassing van vrijstellings- of ontheffingsbevoegdheden, dan kan de rechter zijn uitspraak niet in de plaats te stellen van het vernietigde besluit.

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 dat 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 het bestuursorgaan ook in een massazaak tijdens de beroepsprocedure een keuze kan maken tussen de beslissingalternatieven 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

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

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 beslissingalternatieven 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 onwonenden, 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 beleids- en beoordelingsvrijheid 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 te 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 voorzien 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 geluidsoverlast. 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 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 voorzien 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 voorzien een wijziging in het bestemmingsplan aanbrengt, dan is deze wijziging echter niet

¹⁰⁸ In dit verband willen wij nogmaals 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.

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 Er van 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 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

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 appelland ervanuit gaat dat dit beroep moet worden geacht te zijn ingetrokken, nu appelland zelf aangeeft met het besluit te kunnen instemmen. De Afdeling beziet vervolgens niet zelfstandig of het gebrek is hersteld.

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 appelland.

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 bestuursrechtspraak, 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

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

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. Schueler in e.a 2009.

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 bestuur – rechter niet méér ingrijpen in de bestuursbevoegdheid dan nodig is en hij moet snellere geschilbeslechting voorrang geven boven tragere.

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

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

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.

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.

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 2005¹²⁷, door verweerders hersteld bij een wijzigingsbesluit. De van rechtswege ontstane beroepen tegen dit wijzigingsbesluit zijn vervolgens door de Afdeling ongegrond verklaard, waarmee een eind 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 114¹³² en in 2013 telden wij tot nu toe 136 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 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 voorzienend een planregel vast te

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. De uitspraken zijn geteld tot 2 november 2013.

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.

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 alleen 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 waarvan onduidelijk is hoe deze zal worden ingevuld, de bestuurlijke lus in beeld komt. 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 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 dat 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 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. Een voorbeeld van toepassing van de informele bestuurlijke lus is ABRvS 10 juli 2013.¹³⁹ De Afdeling heropende daarom het onderzoek en vroeg verweerder om nadere informatie op dit punt. Met de nadere toelichting van verweerder, die het bestreden besluit kon dragen, werd vervolgens het beroep ongegrond verklaard. Aan toepassing van de informele bestuurlijke lus kleven echter 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.¹⁴⁰ 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 van 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.¹⁴¹ Omdat het geven van een opdracht minder garantie biedt op finale geschilbeslechting, komt deze bevoegdheid

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).

¹³⁹ ABRvS 10 juli 2013, nr. 201208548/1/R2.

¹⁴⁰ B.J. van Etekoven en A.P. Klap, "De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus", JBplus, 2010, p. 182-199.

¹⁴¹ Zie bijvoorbeeld de zaak ABRvS 22 augustus 2012, nr. 201101467/1/R2.

veelal pas in beeld wanneer de andere finaliseringsinstrumenten niet kunnen worden toegepast.¹⁴²

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.¹⁴³ Evenmin lijkt het aantal appellanten van doorslaggevende betekenis. De Afdeling heeft bijvoorbeeld een tussenuitspraak gedaan in een zaak die 23 appellanten telde.¹⁴⁴ Of een nieuw besluit moet worden genomen of slechts een aanvullende motivering, lijkt voor de Afdeling ook geen reden om af te zien van toepassing van de bestuurlijke lus.¹⁴⁵ 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 2011,¹⁴⁶ 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 worden gerealiseerd". Tevens volgt dit volgens ons uit ABRvS 22 februari 2012.¹⁴⁷ Kort gezegd overweegt de Afdeling in deze zaak dat geen enkel zicht bestond op herstel van het gebrek, zodat geen aanleiding bestond 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 volgen¹⁴⁸ en uit het feit dat de Afdeling afzag van toepassing van de lus in de zaak ABRvS 25 april 2012.¹⁴⁹ 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 2012¹⁵⁰: "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". Ook lijkt de Afdeling, anders dan de memorie van toelichting doet vermoeden, de omvang van het gebrek in

¹⁴² Zie hierover D.A. Verburg, *Finale geschilbeslechting en haar stiefkind, de 'aangeklede' opdracht om een nieuw besluit te nemen*, JBplus, p. 153-178.

¹⁴³ 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.

¹⁴⁴ ABRvS 18 november 2011, zaak 200908600/1/T1/R4.

¹⁴⁵ 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.

¹⁴⁶ ABRvS 16 november 2011, nr. 201102792/1/H1.

¹⁴⁷ ABRvS 22 februari 2012, LJV BV 6564, BR 2012, 75 m.nt. H.E. Woldendorp. Zie bijvoorbeeld ook ABRvS 7 december 2011, LJV BU7002, BR 2012, 26 m.nt. H.E. Woldendorp.

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ ABRvS 25 april 2013, LJV BW3863, BR 2012, 136 m.nt. Woldendorp, JM 2012, 83 m.nt. Zijlmans.

¹⁵⁰ ABRvS 27 december 2012, nr. 201207675/1/R2.

dit verband van belang te achten, en dan met name de invloed die het heeft op de inhoud van het bestreden besluit.¹⁵¹

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.¹⁵² 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 herstellpoging 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.¹⁵³ Daarentegen kan het ook zo zijn dat de verwachting bestaat dat met de vernietiging van het bestreden besluit het geschil is beëindigd, 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.¹⁵⁴ 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 wijze¹⁵⁵, waarna zij hierover een einduitspraak deed. 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 betreft 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”.¹⁵⁶

¹⁵¹ ABRvS 29 februari 2012, nr. 201003801/1/R2.

¹⁵² ABRvS 3 augustus 2011, nr. 201009223/1/T2/R3.

¹⁵³ 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...”. Schueler 2012.

¹⁵⁴ ABRvS 13 juni 2012, nr. 201110173/1/R4.

¹⁵⁵ ABRvS 26 september 2012, 201107508/1/T1/R4, AB 2013, 63 m.nt. M.R. Borman.

¹⁵⁶ ABRvS 3 april 2013, nr. 201206438/1/R1.

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 toegestaan 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 volgende 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 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 betreft 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.¹⁵⁷ 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 met een uitdrukkelijk opdracht om het nieuwe besluit op de wettelijk voorgeschreven wijze bekend te maken, 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

¹⁵⁷ ABRvS 5 juni 2013, nr. 201208623/1/T1/A4. Zie voor de specifieke opdracht r.o. 9.

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.¹⁵⁸ 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 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.¹⁵⁹ 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 uitkomst¹⁶⁰ -, 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 wezenlijk 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 MER¹⁶¹ 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".¹⁶² Indien herstel van het gebrek echter van het bestuursorgaan vergt dat het terugvalt in een vroeg stadium van 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

¹⁵⁸ Van Ettekoven en Klap 2010.

¹⁵⁹ Polak 2011.

¹⁶⁰ Marseille en Sietses onderscheiden vier soorten gebreken: motivering, feitenvaststelling, feitenkwalificatie en inhoudelijke beoordeling. Zie hiervoor A.T. Marseille en D. Sietses, *De finaliseringssslag in het bestuursrecht*, NJB 2013/497.

¹⁶¹ 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.

¹⁶² 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.

schaduw hinder in de voorbereiding van een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan dat onder andere voorziet in nieuwbouw van appartementen in een bestaande woonwijk.¹⁶³ Er zijn naar onze mening 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 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.¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵ 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 kritisch 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.

¹⁶³ Zie ABRvS 10 oktober 2012, nr. 201201441/1/T1/R1.

¹⁶⁴ Bijvoorbeeld ABRvS 201100033/1/T1/R4.

¹⁶⁵ Zie hiervoor Schueler 2012.

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 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 de toepassing van de bestuurlijke lus 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 geluidsbelasting, 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.¹⁶⁶ 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 gezien 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 samenhangt 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 doorgaans 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.¹⁶⁷ Een goed voorbeeld van een tussenuitspraak met een heldere omschrijving van het nodige herstel is de eerder aangehaalde zaak ABRvS 5 juni 2013.¹⁶⁸ 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, 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

¹⁶⁶ ABRvS 7 december 2011, nr. 201011757/1/R1 en 201012728/1/R1(BPL).

¹⁶⁷ Van Etekoven 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 Etekoven en Klap 2010.

¹⁶⁸ ABRvS 5 juni 2013, nr. 201208623/1/T1/A4.

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.¹⁶⁹ 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 weliswaar 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 nog veel 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 van zijn mogelijkheden om het geschil finaal te beslechten met toepassing van de lus zal aanlopen.

¹⁶⁹ L.M. Koenraad en J.L. Verbeek, "Finaliseren doe je zo! De rol van de bestuursrechter bij het vaststellen van feiten na de constatering dat het bestreden besluit een gebrek kent", 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 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 deze 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 steeds 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 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 gezien 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 dat één van de belanghebbenden schade heeft geleden door het gebrek groter, 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 er van af.'