

## **Strategisch procederen: het bevoegd gezag aan het roer**

**mr. L. van der Meulen<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Laura van der Meulen is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleeve Fortuijn te Den Haag. Zij bedankt H.J.M. Besselink, R.J. Koopman, N.H. van den Biggelaar en A.A.M. Elzakkers voor hun hulp bij de totstandkoming van haar bijdrage.

## **Managementsamenvatting**

In dit preadvies ga ik in op strategisch procederen door het bevoegd gezag. Daarbij staat het doel om een besluit overeind te houden, centraal. Voor een andere vorm van strategisch procederen, bestaat voor het bevoegd gezag naar mijn mening maar weinig ruimte. Ik signaleer in mijn preadvies drie fasen waarin het bevoegd gezag kan inzetten op strategisch procederen: het moment voordat een besluit is genomen, de start van een procedure over het besluit en de procedure bij de bestuursrechter.

Strategisch procederen begint met een zorgvuldige voorbereiding van een besluit. Door belangen in kaart te brengen en valkuilen te signaleren, kunnen procedures voorkomen worden of kan in ieder geval de kans vergroot worden dat een procedure tot een goed einde wordt gebracht. Participatie speelt in deze fase een belangrijke rol, en zal in de toekomst alleen maar belangrijker worden. Door het gesprek met belanghebbenden aan te gaan, kan het bevoegd gezag op zoek gaan naar een vorm van het te nemen besluit die voor hen het minst belastend is en dus op de meeste steun kan rekenen (of op de minste weerstand).

Toch zijn procedures lang niet altijd te vermijden. Een procedure kan op strategische wijze worden opgestart. In geval van massaal bezwaar kan een pilotprocedure uitkomst bieden, waarbij eerst een selectief aantal bezwaarschriften worden 'uitgeprocedeerd' totdat een onherroepelijke uitspraak is verkregen. Daartoe is in de AWR voor fiscale zaken een formele regeling opgenomen. De Awb kent niet zo'n regeling, maar biedt wel ruimte om dit op informele wijze toe te passen. In het geval dat een principiële punt partijen verdeeld houdt – en dus duidelijk is dat hoe dan ook een procedure bij de bestuursrechter gevoerd zal worden – kan ingezet worden op de regeling van rechtstreeks beroep. Weliswaar heeft het bevoegd gezag officieel geen ruimte om daartoe het initiatief te nemen, in de praktijk levert dat geen problemen op. Er bestaat dus ruimte voor het bevoegd gezag om de start van een procedure op een andere wijze aan te pakken dan is voorgeschreven en daarbij strategisch te werk te gaan.

Ondanks de zorgvuldige voorbereiding, is het niet te voorkomen dat er soms een gebrek in het besluit blijkt te zitten. Er kan toch iets over het hoofd zijn gezien, of de situatie is inmiddels zodanig veranderd dat ook het besluit aanpassing behoeft. Bij de bestuursrechter is er in het kader van finale geschillenbeslechting nog veel mogelijk om de procedure toch tot een goed einde te brengen. Hoewel het natuurlijk de bestuursrechter is die daarover gaat en beslist, is daarin juist ook een actieve rol voor het bevoegd gezag weggelegd. Niet alleen is er vaak een (herstel)actie vereist, er moet actief gecommuniceerd worden met de bestuursrechter zodat die weet waar het bevoegd gezag heen wil. Ook in deze fase kan het bevoegd gezag dus zeker strategisch procederen en invloed uitoefenen op de afloop.

Daar waar strategisch procederen neerkomt op het overeind houden van een besluit, kan het bevoegd gezag vanaf het voornemen een besluit te nemen totdat er een einduitspraak is

gewezen door de bestuursrechter op verschillende wijzen een proactieve rol pakken en veel doen om dat doel te bereiken. Het bevoegd gezag staat dus zeker aan het roer!

## 1 Inleiding

Overheden nemen voortdurend besluiten. Besluiten die één persoon raken of besluiten waarbij de belangen van velen spelen. Of het nu gaat om een besluit waarbij een aangevraagde subsidie wordt afgewezen of een besluit waarbij de aanleg van een dijk wordt mogelijk gemaakt: besluiten stuiten niet zelden op weerstand. Weerstand van de aanvrager van een geweigerde subsidie of vergunning, weerstand van omwonenden van een gebiedsontwikkeling of weerstand van natuurliefhebbers die vrezen voor aantasting van de natuur door een infrastructureel project. Weerstand leidt tot procedures. Die procedures kosten niet alleen veel geld, maar veroorzaken ook de nodige vertraging in de uitvoering van het besluit. Geld en tijd zijn er niet altijd. Ook (of soms juist) niet bij het bevoegd gezag. Dat zal er dus alles aan willen doen om procedures te voorkomen. En als het er dan toch op aankomt, die procedure zo gedegen en zo snel mogelijk tot een goed einde te brengen. Strategisch procederen en de overheid: gaat dat samen? De vraag die in dit preadvies centraal staat, is: in hoeverre staat het bevoegd gezag aan het roer?

### 1.1 Afbakening

Strategisch procederen door het bevoegd gezag kan grofweg in twee onderdelen worden opgedeeld: het strategisch procederen om een eenmaal genomen besluit ongeschonden de eindstreep te laten halen en meer proactief strategisch procederen door een bepaalde rechterlijke uitspraak als het ware uit te lokken om zo meer duidelijkheid te krijgen over een bepaalde kwestie. Om met die laatste categorie te beginnen: naar mijn mening beschikt het bevoegd gezag hierbij niet over erg veel ruimte. Zomaar ambtshalve een besluit nemen kan over het algemeen genomen niet. In heel veel gevallen wordt er een besluit op aanvraag genomen en in de andere gevallen lijkt de beleidsmatige planning leidend. Het zou al snel de bevoegdheid van een bestuursorgaan te buiten gaan als 'zomaar' een besluit wordt genomen, puur en alleen met het oog op rechtsontwikkeling of voor het uitlokken van een proefproces. Bestuursorganen hebben zich aan de voor hen geldende wet- en regelgeving te houden, en mogen geen misbruik maken van hun bevoegdheid om besluiten te nemen. Het zou ten koste van de belanghebbende gaan als in een bepaalde casus een besluit wordt genomen puur en alleen met als reden om van die casus een testcasus te maken. En daarom is het bevoegd gezag voor deze vorm van strategisch procederen afhankelijk van een andere partij: de beslissing om al dan niet een procedure te starten ligt bij de belanghebbende. Echt een proefproces starten, zoals belangenorganisaties deze mogelijkheid hebben,<sup>2</sup> zit er niet in voor het bevoegd gezag. Daarmee is het voor het bevoegd gezag lastiger om de rechter te bewegen aan rechtsvorming te doen.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Zie het preadvies van R. Stolk in deze bundel.

<sup>3</sup> M. Wolfrat en K. de Meulder bespreken deze mogelijkheid van de bestuursrechter in hun preadvies dat is opgenomen in deze bundel.

Maar dat betekent niet dat het bevoegd gezag helemaal met lege handen staat als het op 'proactief strategisch procederen' aankomt. De behoefte aan een proefproces, of aan een rechtsvormende uitspraak kan ook worden ingevuld door de samenwerking met belanghebbenden te zoeken. Door actieve communicatie is dat mogelijk. Actieve communicatie met belanghebbenden over de kwestie waarmee zij zitten. Het bevoegd gezag kan bijvoorbeeld in overleg met een mogelijke overtreder een symbolische boete vaststellen die de grondslag kan vormen voor een proefproces. Op die manier kunnen partijen zich gezamenlijk inzetten voor een proefproces om zo duidelijkheid te krijgen over een kwestie.

Waar het bevoegd gezag veel meer ruimte heeft, is de andere categorie van strategisch procederen: ervoor zorgen dat een besluit ongeschonden de eindstreep haalt. Het bevoegd gezag heeft in de regel het doel om een genomen besluit overeind te houden. Daarbij kan het bevoegd veel meer dan alleen inzetten op de verdediging van een eenmaal genomen besluit en slechts afwachten of het overeind blijft bij de bestuursrechter. In deze vorm van strategisch procederen kan het bevoegd gezag een proactieve rol innemen en ruimte pakken om een bepaalde processtrategie te voeren. Een actieve (proces)houding en een goede communicatie met belanghebbenden en de bestuursrechter zijn daarbij cruciaal. Dit is waar strategisch procederen in mijn praktijk om gaat: het over de eindstreep trekken van een besluit met alle mogelijkheden die het bevoegd gezag daartoe heeft.

Deze vorm van strategisch procederen staat centraal in dit preadvies, omdat ik hier de meeste ruimte zie voor het bevoegd gezag. Een belangrijke kanttekening die ik vooraf maak, is 'practice what you preach' (of eigenlijk het omgekeerde). De voorbeelden die ik bespreek zijn grotendeels omgevingsrechtelijk van aard omdat dat nu eenmaal de voorbeelden zijn die ik in mijn praktijk voorbij zie komen. De instrumenten en strategiën die ik bespreek, zijn echter naar ik aanneem toepasbaar op veel meer typen bestuursrechtelijke besluiten. En hier en daar ga ik ook in op voorbeelden van buiten het omgevingsrecht.

## 1.2 *Opbouw preadvies*

Dit preadvies bestaat uit drie delen, omdat ik het strategisch procederen door het bevoegd gezag heb opgedeeld in drie fasen. In hoofdstuk 2 ga ik in op de fase voordat het besluit is genomen. Ik sta stil bij het kunnen voorkomen van procedures door juist al in de voorbereiding van een besluit strategische keuzes te maken, of in ieder geval met die keuzes een goede afloop van een potentiële procedure veilig te stellen. Participatie speelt in deze fase een belangrijke rol. Deze eerste fase is cruciaal voor het te nemen besluit: hier wordt het fundament gelegd. Als het bevoegd gezag hier steken laat vallen, moet er in de latere fasen extra hard aan getrokken worden om een besluit nog overeind te kunnen houden.

Hoofdstuk 3 ziet op de volgende fase, het op strategische wijze opstarten van een eventuele te volgen bezwaar- of beroepsprocedure. Daarbij besteed ik aandacht aan de mogelijkheid

om informeel een pilotprocedure te voeren in het geval dat er massaal bezwaar wordt gemaakt tegen een besluit. Verder ga ik in op het instrument van rechtstreeks beroep.

In hoofdstuk 4 sta ik stil bij de mogelijkheden om het verloop van zo'n procedure te sturen en bij eventuele gebreken in het besluit toch tot een goede afloop te komen. Hierbij is een belangrijk element de actieve communicatie met de bestuursrechter. Zoals ook in het preadvies van Marlies Wolfrat en Koen de Meulder aan de orde komt, is dat van groot belang. Zonder goede communicatie weet de bestuursrechter niet wat van hem of haar specifiek wordt verwacht. Dat is zonde, want er is vaak nog veel mogelijk om een besluit te redden.

Tot slot kom ik in hoofdstuk 5 terug op de vraag in hoeverre het bevoegd gezag ruimte heeft om strategisch te procederen en in hoeverre zij daarbij aan het roer staat.

## **2 Voorkomen is beter dan genezen**

### *2.1 Inleiding*

Het klinkt misschien als een open deur: het voorkomen van een bestuursrechtelijke procedure is beter dan er één – nadat er veel tijd en geld in is gestoken – winnen. Toch kan er nog veel gewonnen worden in de fase voorafgaand aan het daadwerkelijk nemen van een besluit. Door fouten in de voorfase van het besluit te voorkomen, is de kans op een procedure kleiner en – als die procedure dan toch volgt – de kans dat die procedure tot een goed einde wordt gebracht, groter.

### *2.2 Breng de belangen in kaart*

Het voorkomen van procedures begint met het in beeld brengen van alle belangen die spelen bij een te nemen besluit. Dat begint dus ruim voordat het besluit wordt genomen, het liefst in een zo vroeg mogelijk stadium. Als dat tijdig wordt gedaan, dan is er namelijk nog genoeg tijd en gelegenheid om rekening te houden met die belangen bij het opstellen van het besluit. Bijvoorbeeld: misschien kan een nieuwe stedelijke ontwikkeling net iets worden opgeschoven zodat een rij mooie bomen gespaard kan blijven, de bomen die juist het zicht van omwonenden op zo'n nieuwe ontwikkeling wegnemen. Rekening houden met alle belangen is natuurlijk niet altijd mogelijk. Niet ieder belang kan meegenomen worden zonder dat afbreuk wordt gedaan aan het belang waarvoor het besluit wordt genomen. Maar als tijdig in beeld wordt gebracht welke belangen mogelijk geraakt worden, dan kan – als het raken van die belangen onvermijdelijk is – daar wel zoveel mogelijk rekening mee worden gehouden en kan in ieder geval in het besluit goed gemotiveerd worden waarom desalniettemin het besluit wordt genomen. Dat is beter dan dat nadat het besluit al is genomen er ineens een belang om de hoek komt kijken dat de houdbaarheid van het besluit in gevaar brengt, simpelweg omdat er helemaal geen rekening mee is gehouden. Met een goede motivering kan voorkomen worden dat een besluit vernietigd wordt alleen omdat belangen over het hoofd zijn gezien bij het opstellen daarvan en het besluit dus niet zorgvuldig is voorbereid.

Daarnaast kan door in een vroeg stadium de belangen in beeld te brengen, in gesprek worden gegaan met de belanghebbenden. Op die manier kan het bevoegd gezag achterhalen wat er bij hen speelt, of het besluit hen dwars zit en zo ja, welke oplossingen denkbaar zijn. Misschien kan een geluidswal die gerealiseerd moet worden om een aanvaardbare geluidsbelasting te garanderen vanwege de verbreding van een weg groen worden ingepast? Soms kan een kleine aanpassing in het besluit al voldoende zijn. In elk geval kan een gesprek vóór het nemen van het besluit voorkomen dat een project voor belanghebbenden

uit de lucht komt vallen. Juist dat leidt in de regel tot weerstand. Strategisch procederen begint dus al vóór de formele inspraakmogelijkheden.<sup>4</sup>

Dit aspect, het in gesprek gaan met belanghebbenden, is iets dat sinds het Adviesrapport van de Commissie Elverding uit 2008 steeds meer terrein heeft gewonnen, in ieder geval in het omgevingsrecht.<sup>5</sup> Dit rapport is opgesteld om te komen tot snellere besluitvorming over grote infrastructurele werken. Belangrijk onderdeel van het advies van de Commissie is een eerdere en ruimere participatie van betrokkenen. De Commissie adviseert hen al in de verkenningsfase actief te betrekken door gezamenlijk te werken aan de probleemanalyse en de formulering van ambities en bij de keuze van het voorkeursalternatief.

Het advies van de Commissie Elverding heeft geresulteerd in een wettelijk verankerde verkenningsfase in de Tracéwetprocedure. Maar ook buiten dit zeer specifieke domein heeft de 'Elverding-gedachte' weerklank gevonden, en niet alleen bij overheden. Interessant om te zien is dat zowel de voor- als tegenstanders van windparken een gedragscode hebben opgesteld over hoe naar hun idee participatie in projectbesluitvorming dient plaats te vinden.<sup>6</sup> De minister van Economische Zaken (bevoegd gezag voor grote energieprojecten) heeft de ervaringen die met deze codes zijn opgedaan gebruikt om te komen tot een eigen visie op omgevingsmanagement, die van groot belang zal zijn bij de enorme ruimtelijke opgave die met de energietransitie gemoed zal zijn.<sup>7</sup> De Rijksoverheid heeft inmiddels ook een eigen gedragscode, de Code maatschappelijk participatie, die het bevoegd gezag in rijksprojecten aanwijzingen geeft hoe burgers, bedrijven en belangenorganisaties bij de besluitvorming betrokken moeten worden. De kern (en subtitel van de code) is: "eerder, breder en beter".<sup>8</sup>

Dat het bevoegd gezag participatie niet over het hoofd moet zien, volgt overigens ook nu al uit artikel 3.1.6, eerste lid, onderdeel e, van het Bro: in een bestemmingsplan of in een omgevingsvergunning waarbij wordt afgeweken van een plan, moet worden beschreven hoe burgers en maatschappelijke organisaties bij de voorbereiding van dat besluit zijn betrokken. En dat dit goed gebeurt, is van belang. Steeds meer tegenstanders van besluiten brengen beroepsgronden naar voren over 'participatie' en ook over 'draagvlak'. Gronden over het ontbreken van draagvlak leiden nu nog niet tot de vernietiging van besluiten, omdat dit geen

<sup>4</sup> Zie ook B. Schueler, 'Wat doen we met inspraak?', M&R 2014/49.

<sup>5</sup> Advies Commissie Versnelling Besluitvorming Infrastructurele projecten, 'Sneller en beter', april 2008. Inspraak is iets dat toen al enige tijd van belang was. Het Verdrag van Aarhus schrijft vroegtijdige inspraak in milieuzaken voor, op een moment waarop opties nog open zijn en inspraak dus doeltreffend kan plaatsvinden. Zie artikel 6, lid 2 en lid 4 en artikel 7 van het Verdrag van Aarhus.

<sup>6</sup> Zie de 'Gedragscode Acceptatie & Participatie Windenergie op Land' van de Nederlandse WindEnergie Associatie (NWEA), december 2016 en de 'Gedragscode Windenergie op Land' van de Nederlandse Vereniging Omwonenden Windturbines (NLVOW), versie 28 oktober 2016.

<sup>7</sup> Zie de Kamerbrief van minister Kamp (EZ), *Kamerstukken II* 2016/17, 31 239, nr. 254.

<sup>8</sup> De Code maatschappelijke participatie is een bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 29 385, nr. 75.



ruimtelijk relevant aspecten zijn.<sup>9</sup> Als het bevoegd gezag in het besluit beschrijft dat belanghebbenden zijn geïnformeerd over het voorgenomen besluit en het besluit is voorbereid met de uitgebreide voorbereidingsprocedure waarin belanghebbenden hun zienswijzen naar voren hebben kunnen brengen, dan is al gauw voldaan aan dit wettelijke vereiste.<sup>10</sup> Overheden zien participatie echter zelf wel als een steeds belangrijker thema. Dat blijkt uit het gegeven dat participatie landt in beleidsstukken, waaronder de Omgevingsvisie van de provincie Gelderland waarin in het kader van windenergie het belang van draagvlak en participatie is onderstreept. In dat kader is participatie meer dan alleen de inspraakmogelijkheden die de wetgever nu biedt. Bij windenergie kunnen belanghebbenden letterlijk meedoen, door deel te nemen in een zogenoemde poldermolen of dorpsmolen. Dit is een vorm van financiële participatie. Daarmee dragen zij niet alleen de lasten, maar genieten ook de lusten.

Als bevoegd gezag is het misschien ook maar goed vast zoveel mogelijk aan te wennen aan participatie. Participatie wint straks met de inwerkingtreding van de nieuwe Omgevingswet namelijk nog meer terrein.<sup>11</sup> In de Memorie van Toelichting op de nieuwe Omgevingswet is opgenomen dat juist de beginfase veel ruimte biedt om de inbreng van derden mee te nemen, dat die inbreng de kwaliteit van de besluitvorming en het draagvlak kan vergroten en dat dit kan leiden tot een afname van het aantal zienswijzen en bezwaar- en beroepschriften.<sup>12</sup> Idee is: participatie verdient zichzelf terug. Het moet dan ook los worden gezien van de formele inspraakmomenten die een procedure kent (zoals het indienen van zienswijzen).<sup>13</sup> Wel blijft maatwerk van belang, waardoor ervoor gekozen is geen algemene regeling over participatie op te nemen in de Omgevingswet. De wetgever gaat daarbij uit van de aanwezigheid van participatieverordeningen van de bestuursorganen zelf. Dat geldt met uitzondering van het nieuwe projectbesluit: voor dat besluit zijn wél wettelijke verplichtingen over participatie opgenomen.<sup>14</sup>

Daar waar participatie in wet- en regelgeving een steeds grotere procedurele rol krijgt, wordt die rol materieel ingevuld aan de hand van gedragscodes. Die grotere rol zal naar mijn idee de kwaliteit van besluitvorming doen toenemen, maar het is ook niet uitgesloten dat deze 'juridificering' van de participatie zal leiden tot een toename van geschillen over de

<sup>9</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1228 en ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3215.

<sup>10</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2150 en ABRvS 15 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:437.

<sup>11</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 389 omschrijft participatie als "Het in een vroegtijdig stadium betrekken van belanghebbenden (burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en andere overheden) bij het proces van de besluitvorming over een project of activiteit".

<sup>12</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 217.

<sup>13</sup> Nota van toelichting Omgevingsbesluit, p. 25, 64 e.v.

<sup>14</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 218. Het voert te ver om in dit preadvies uitgebreider stil te staan bij participatie in de projectbesluitprocedures. De kern is dat de vroegtijdige participatie zoals de Commissie Elverding adviseerde (voor de verkenningsfase) daarin een wettelijke grondslag krijgt. Het projectbesluit vervangt het tracébesluit, het inpassingsplan en de projectplannen op grond van de Waterwet. Daarmee geldt straks voor de grote overheidsprojecten een verplichte participatie.

wijze waarop burgers, bedrijven en belangenorganisaties bij de besluitvorming betrokken zijn. Voor het bevoegd gezag zal dus in toenemende mate gelden: neem participatie serieus!

### 2.3 *Oppassen voor valkuilen*

Een ander belangrijk instrument voor het voorkomen van lastige procedures is het ontwijken van valkuilen bij het nemen van het besluit. Ieder besluit kent valkuilen: aspecten die over het hoofd gezien worden of op verkeerde wijze worden afgewogen bij het nemen van een besluit. Dat leidt tot een vernietiging op grond van artikel 3:2 Awb wegens een onzorgvuldige voorbereiding. Er zijn tal van valkuilen te bedenken, omdat die nu eenmaal grotendeels afhankelijk zijn van het type besluit en de specifieke omstandigheden van het geval. Hierna signaleer ik drie algemene – en misschien wel de grootste – valkuilen die niet zelden leiden tot vernietiging van een besluit en waarmee dus rekening gehouden moet worden bij het opstellen daarvan.

#### 2.3.1 Valkuil 1: wet- of regelgeving

Een belangrijke valkuil vormt gewijzigde wet- of regelgeving. Zo'n wijziging kan ervoor zorgen dat het besluit net even anders genomen moet worden dan voorheen altijd het geval is geweest. Misschien gelden er nieuwe eisen of voorschriften waar rekening mee gehouden moet worden of zijn er mogelijkheden aangescherpt of juist weggevallen. Een besluit moet dus niet blindelings op een bepaalde manier worden genomen omdat het sinds jaar en dag praktijk is om dat zo te doen. Van belang is om bij het opstellen van een besluit scherp in beeld te hebben welke regelgeving in acht moet worden genomen. Een voorbeeld is dat op 1 januari 2017 de nieuwe Wet natuurbescherming in werking is getreden.<sup>15</sup> In deze nieuwe wet zijn de oude Natuurbeschermingswet 1998, de Flora- en faunawet en de Boswet samengevoegd. Met het inwerkingtreden van deze nieuwe wet zijn er nieuwe dier- en plantsoorten opgenomen die worden beschermd en tegelijkertijd zijn er soorten die niet langer of in mindere mate beschermd worden. Het is dus van belang bij ecologisch onderzoek rekening te houden met deze nieuwe lijst van beschermde soorten. Als per abuis wordt uitgegaan van de oude lijst of er wordt bij een nieuw te nemen besluit gesteund op een onderzoek dat nog onder de oude wetgeving tot stand is gekomen, dan kan een besluit reeds om die reden vernietigd worden. Er is immers niet op de juiste wijze rekening gehouden met de actuele wet- en regelgeving zoals die gold ten tijde van het nemen van het besluit. Omdat de voorbereiding van complexe besluiten vaak een periode van vele maanden of zelfs jaren omvat, werpt nieuwe wet- en regelgeving een schaduw vooruit. Het onderzoek zal daarop moeten anticiperen, vaak geruime tijd voordat de nieuwe regels daadwerkelijk inwerkingtreden.

<sup>15</sup> Stb. 2016, 34.

Nieuwe wetgeving kan niet alleen een extra drempel opwerpen voor een besluit, maar biedt soms juist kansen. Zo is het met de implementatie van de herziene m.e.r.-richtlijn op 16 mei 2017 mogelijk geworden om aan de omgevingsvergunning beperkte milieutoets voorschriften te verbinden, iets wat tot dat moment niet was toegestaan en in de praktijk tot de nodige hoofdbrekens kon leiden.<sup>16</sup> Het loont dus om voordat een besluit wordt genomen, na te gaan of er nog relevante wijzigingen zijn doorgevoerd. De eerste valkuil lijkt voor de hand liggend, maar daarom wellicht des te meer één die over het hoofd kan worden gezien. Wet- en regelgeving veranderen nu eenmaal voortdurend.

### 2.3.2 Valkuil 2: beleidsregels

Een andere valkuil bij het nemen van besluiten kan het eigen beleid van het bevoegd gezag zijn. Het komt niet zelden voor dat onvoldoende of in het geheel niet is gekeken naar beleid bij het nemen van een besluit. Dat terwijl in beginsel de hoofdregel is dat beleid in acht genomen moet worden bij het nemen van een besluit.<sup>17</sup> Het is dus van belang om te inventariseren welk beleid allemaal van toepassing is, en hoe het te nemen besluit zich tot dat beleid verhoudt. Wat nu als het te nemen besluit niet in overeenstemming is met al het van toepassing zijnde beleid? Betekent dat dan het einde van het besluit, nog voor het genomen is? Een besluit dat in strijd is met een eigen beleidsregel, haalt niet ongeschonden de eindstreep.<sup>18</sup>

Dat kan echter voorkomen worden. Juist door in een vroeg stadium in kaart te brengen of sprake is van strijd met een beleidsregel, ontstaat ruimte voor oplossingen. Een eerste actie is nagaan waarmee het besluit exact in strijd is. Is dat wel een 'echte' beleidsregel in de zin van artikel 1:3, lid 4, van de Awb? Niet zelden is beleid een soort doos van Pandora en komen er tal van documenten boven water die iets relevants lijken te zeggen voor het beoogde besluit. Soms gaat het daarbij om documenten die er alle schijn van hebben eens beleidsregel te zijn, maar dat niet daadwerkelijk zijn. En dat is van belang. Van een document dat geen beleidsregel in de zin van artikel 1:3 lid 4 van de Awb is, kan op een eenvoudigere wijze worden afgeweken. Dit afwijken hoeft immers niet via het – striktere – kader zoals dat op grond van artikel 4:84 Awb geldt voor beleidsregels. In zo'n geval kan een gemotiveerde afwijking volstaan. Iets is pas een beleidsregel in de zin van artikel 1:3, vierde lid, van de Awb als het afkomstig is van een bestuursorgaan en is vastgesteld. Documenten waarover een bestuursorgaan heeft aangegeven daaraan uitvoering te zullen

<sup>16</sup> Stb. 2010, 749, p. 8. De omgevingsvergunning beperkte milieutoets is de eenvoudigere versie van de omgevingsvergunning voor de activiteit milieu, die voor meer ingrijpende activiteiten wordt verleend. In tegenstelling tot de omgevingsvergunning milieu was het tot 16 mei 2017 niet toegestaan voorschriften te verbinden aan de omgevingsvergunning beperkte milieutoets.

<sup>17</sup> Een bestuursorgaan is uitsluitend gebonden aan de beleidsregels die voor de bevoegdheidsuitoefening voor dat orgaan gelden. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 123.

<sup>18</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2707.

geven of akkoord te gaan met de inhoud daarvan, zijn dus geen beleidsregel in de zin van de Awb.<sup>19</sup>

Vervolgens moet gecheckt worden of echt sprake is van 'strijdigheid' met de beleidsregel. Als een beleidsregel niet expliciet in gaat op een bepaalde ontwikkeling dan kan er getwist worden over de vraag of die ontwikkeling wel of niet in overeenstemming is daarmee. In dat geval loont het om goed te motiveren waarom de ontwikkeling wél in overeenstemming is met de betreffende beleidsregel.<sup>20</sup>

Als eenmaal is vastgesteld dat sprake is van strijd met een eigen beleidsregel, dan is er een aantal opties om daarmee om te gaan in het te nemen besluit. Allereerst kan geprobeerd worden om het besluit zo aan te passen, dat het niet langer in strijd is met de beleidsregel. Een andere – wat meer radicale – invalshoek is het wijzigen van de beleidsregel zodat die in lijn is met het gewenste besluit. Dat is natuurlijk alleen een wenselijke oplossing als ook daadwerkelijk een nieuwe koers moet worden ingezet. Bovendien gaat zo'n beleidswijziging niet over één nacht ijs. Als er geen tijd is voor een beleidswijziging of een structurele wijziging van de koers niet wenselijk is, dan is dit geen werkbare oplossing. Welke opties zijn er dan nog?

Het einde is dan nog niet bereikt. Op grond van artikel 4:84 Awb is het mogelijk om af te wijken van een beleidsregel. Dat kan niet zomaar, hoofdregel is dat een beleidsregel in acht moet worden genomen. Dat is logisch. Zowel het bevoegde gezag als de belanghebbenden moeten er vanuit kunnen gaan dat ze zich daarop kunnen beroepen.<sup>21</sup> Rechtszekerheid en rechtsgelijkheid spelen hierbij een rol. Tegelijkertijd moeten beleidsregels niet koste wat het kost altijd maar gelden. Afwijken van beleid kan daarom in bijzondere gevallen: vanwege de bijzonderheid van het geval, op grond waarvan nadelige of voordelige gevolgen van het handelen overeenkomstig het betreffende besluit onevenredig zouden zijn in verhouding tot de met dat beleid te dienen doelen.<sup>22</sup>

Wanneer is sprake van een bijzondere omstandigheid? Tot voor kort was vaste lijn in de jurisprudentie van de Afdeling dat alleen van een bijzondere omstandigheid sprake kon zijn als het gaat om omstandigheden die niet reeds in beleidsregels zijn verdisconteerd en waarin strikte naleving van de beleidsregel zou leiden tot een uitkomst die niet beoogd kan

<sup>19</sup> Rb Den Haag 6 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14854, r.o. 5.

<sup>20</sup> Zie in dit kader ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2363 waarin een besluit werd vernietigd omdat niet duidelijk was of de betreffende ontwikkeling alleen niet werd genoemd of echt uitgesloten was op grond van de beleidsregel tegenover ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732 waarin een besluit overeind bleef omdat de ontwikkeling die dat beleid mogelijk maakte niet werd uitgesloten door de beleidsregel.

<sup>21</sup> Dat geldt ook voor het bevoegd gezag, beleidsregels kunnen immers ook juist in het voordeel van een te nemen besluit en ten nadele van een belanghebbende werken.

<sup>22</sup> Structurele afwijking is niet de bedoeling. Als dat nodig is, dan moet het beleid met het oog op de rechtszekerheid gewijzigd worden. Ook een incidentele afwijking in een 'normaal' geval is niet wenselijk met het oog op het gelijkheidsbeginsel. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 122-127.

zijn.<sup>23</sup> Tot voor kort, want met de uitspraak van de Afdeling van 26 oktober 2016 is deze lijn gewijzigd.<sup>24</sup> Uit deze uitspraak volgt dat ook al is een omstandigheid bij het opstellen van de beleidsregel betrokken, dat nog niet betekent dat daarmee voorzien kon worden dat die omstandigheid, of meerdere omstandigheden tezamen, in een concreet geval tot onevenredige gevolgen zouden leiden. De Afdeling overweegt op basis van die lijn dat een bestuursorgaan daarom alle omstandigheden van het geval moet betrekken en dat beoordeeld moet worden of zo'n omstandigheid of juist meerdere omstandigheden tezamen moeten worden aangemerkt als een bijzondere omstandigheid als bedoeld in artikel 4:84 Awb en er dus aanleiding bestaat tot afwijking van het beleid. Daarmee lijkt de mogelijkheid om af te wijken van beleid op grond van artikel 4:84 Awb te zijn vergroot.

### 2.3.3 Valkuil 3: de feiten op een rijtje

Een volgende belangrijke valkuil bij het nemen van het besluit is het onvoldoende scherp hebben hoe de feiten precies in elkaar steken. Bij een ruimtelijk besluit moet bijvoorbeeld volledig duidelijk zijn wat waar gerealiseerd wordt, of er grond benodigd is die (nog) niet in eigendom is verkregen, of er wel of niet bomen gekapt moeten worden enzovoort. Dus de gevolgen kunnen pas echt goed onderzocht worden, als helder is wat exact de feiten zijn die ten grondslag liggen aan dat besluit. Een besluit kan nog zo goed in elkaar zitten, alles is technisch doorgemeten en onderzocht en alle ingewikkelde juridische hobbels zijn genomen, maar als achteraf blijkt dat is uitgegaan van verkeerde feiten dan kan dat tot een (partiële) vernietiging leiden, of op z'n minst genomen een bestuurlijke lus. Zeker in het omgevingsrecht spelen de feiten een enorm grote rol. Een voorbeeld. Er zijn twee tracébesluiten genomen en er is een inpassingsplan vastgesteld om deels de aanleg van een nieuwe weg en deels de verbreding van een bestaande weg mogelijk te maken. Alle denkbare aspecten zijn onderzocht. Met alles is rekening gehouden, de besluiten zitten goed in elkaar. Toch krijgt het bevoegd gezag een bestuurlijke lus van de Afdeling. Wat blijkt? Voor een bepaald kruispunt dat onderdeel is van dit grote project, is net wat meer grond van iemands tuin meegenomen dan daadwerkelijk noodzakelijk om dat kruispunt te realiseren. De Afdeling geeft het bevoegd gezag via een bestuurlijke lus de gelegenheid om de verbeelding zo aan te passen dat de bestemming "Verkeer" in omvang wordt teruggebracht ten voordele van de tuin van de betreffende appellant.<sup>25</sup>

Het bevoegd gezag moet daarom precies weten wat het aanricht met een besluit. Er moet goed in kaart worden gebracht wat waar komt, en welke gevolgen dat heeft voor burgers en bedrijven. Als blijkt dat de gevolgen voor hen minder groot kunnen zijn, dan moet het besluit daarop worden aangepast. Er moet absolute zekerheid worden verkregen worden wat wel en wat niet nodig is. Feiten op een rijtje dus!

<sup>23</sup> ABRvS 16 februari 2005, ECI:NL:RVS:2005:LJNAS6225.

<sup>24</sup> ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, r.o. 4.3.

<sup>25</sup> ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:163, r.o. 109.

### 3 De strategische start van een procedure

#### 3.1 Inleiding

Hoe uitgebreid en zorgvuldig de voorbereiding van een besluit ook wordt aangepakt: niet iedere procedure is te voorkomen. Als het dan toch daarop aankomt, dan betekent dat niet dat het bevoegd gezag vanaf dat moment alleen nog maar verweer kan voeren en moet hopen dat het besluit de eindstreep haalt. Bij de start van een procedure kunnen er diverse strategische keuzes worden gemaakt. In dit hoofdstuk ga ik hier op in.

#### 3.2 Pilotprocedure bij massaal bezwaar?

Het kan voorkomen dat tegen besluiten die zijn voorbereid met de reguliere voorbereidingsprocedure massaal bezwaar wordt aangetekend.<sup>26</sup> Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn bij afgewezen verzoeken om planschade ten gevolge van één bepaald project. Het gaat in dat geval weliswaar om meerdere besluiten, maar de motivering tot afwijzing kan in al die besluiten identiek zijn als het daarbij draait om één concrete rechtsvraag. Die verzoekers zullen in negen van de tien keer in bezwaar gaan tegen die afwijzing. Is het in dat geval nodig om alle bezwaren te behandelen en tegelijkertijd de beslissing op bezwaar te nemen? Kan er in zo'n geval niet een bepaalde strategische weg worden gevolgd?

Een mooie uitkomst zou zijn als er een soort pilot kan worden gevolgd waarmee eerst een beperkt aantal bezwaarschriften wordt afgehandeld totdat daarop een onherroepelijke uitspraak van de bestuursrechter is gedaan waarna op alle overige bezwaarschriften wordt beslist.<sup>27</sup> Op die manier kan eerst zekerheid worden verkregen over een bepaalde gewenste lijn, en kan voorkomen worden dat op vele, vele bezwaarschriften een bepaald besluit wordt genomen dat later niet houdbaar blijkt. In dat geval wordt die gewenste lijn eerst 'getest' in een handjevol beslissingen op bezwaar. Pas als die besluiten onherroepelijk zijn, wordt dan in gelijke zin beslist op de overige bezwaarschriften. Dit kan met name winst opleveren als

<sup>26</sup> In de Awb is de hoofdregel vastgelegd dat de reguliere voorbereidingsprocedure van toepassing is op besluiten. Dat is anders als dat bij wet is bepaald of toepassing kan worden gegeven aan 3:10 Awb. Het gaat het bestek van dit preadvies te buiten om hier uitvoerig bij stil te staan. Kort en goed: het kiezen voor de uitgebreide voorbereidingsprocedure daar waar de reguliere is voorgeschreven, kan met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, als een bijzondere wet niet die vrijheid begrenst en als de *lex silencio positivo* daar niet aan in de weg staat. Opmerkelijk is dat in de Omgevingswet in beginsel deze vrijheid om te kiezen van het bevoegd gezag volledig naar de aanvrager werd verschoven. In versie van de Omgevingswet van juni 2017 is daar weliswaar aan toegevoegd dat het bevoegd gezag daartoe kan beslissen, maar dan is nog wel de instemming van de aanvrager vereist. Zie artikel 16.62 van de Wet van juni 2017, *Kamerstukken I* 2016/17, 33 118, p. 205-206. Meer in dit kader: L.M. Koenraad, 'Bestuurlijke voorprocedures in het omgevingsrecht', TBR 2017/55 en V.M.Y. van 't Lam, 'Op een beweeglijk standpunt sta je het sterkst. Pleidooi tegen de introductie van de uitgebreide voorbereidingsprocedure 'op aanvraag', M&R 2017/62.

<sup>27</sup> Ik behandel deze pilotprocedure als een afzonderlijk instrument voor strategisch procederen door het bevoegd gezag en het staat dus los van de mogelijkheid van het opstarten van een proefproces zoals aan de orde komt in de preadviezen van R. Stolk en M. Wolfrat en K. de Meulder. Ook staat deze pilotprocedure los van de rechtsvormende uitspraken van de bestuursrechter.

partijen verdeeld zijn over een rechtsvraag waarover hoe dan ook een oordeel van de bestuursrechter verkregen moet worden om een einde aan het geschil te kunnen maken. De Awb voorziet echter niet expliciet in een mogelijkheid hiervoor. Niet expliciet, want op grond van de Awb is het wel mogelijk om de beslissing op bezwaar uit te stellen als belanghebbenden daarmee instemmen als bedoeld in artikel 7:10, vierde lid, Awb. Het is daarom een informele mogelijkheid, die uitsluitend kan worden ingezet als de indieners van de bezwaarschriften die worden aangehouden daarmee instemmen.

In de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) is wel zo'n regeling opgenomen: de regeling van massaal bezwaar.<sup>28</sup> Op grond van artikel 25c AWR kan een aanwijzing massaal bezwaar worden gegeven door de minister van Financiën als voor de beslissing op een groot aantal bezwaarschriften de beantwoording van eenzelfde rechtsvraag van belang is.<sup>29</sup> In die aanwijzing moet de te beantwoorden rechtsvraag worden omschreven. De aanwijzing geldt voor alle bezwaren die binnen de termijn zijn ingediend en betrekking hebben op de betreffende rechtsvraag. De beslistermijn voor de beslissing op bezwaar wordt voor alle bezwaren waarvoor de aanwijzing massaal bezwaar geldt, opgeschort tot en met de dag voorafgaande aan die waarop die collectieve uitspraak wordt gedaan. Hoe wordt gekomen tot die collectieve uitspraak? Het is de inspecteur die de zaken mag selecteren voor de beantwoording van de rechtsvraag, vooruitlopend op de rest van de bezwaren. Vervolgens wordt in die zaken de rechtsvraag beantwoord. Pas als dat onherroepelijk is gedaan, wordt op de overige bezwaren waarop de aanwijzing betrekking heeft door de inspecteur één collectieve uitspraak gedaan. Die collectieve uitspraak komt neer op een weergave van het definitief verkregen antwoord op de rechtsvraag. De collectieve uitspraak is dan ook niet vatbaar voor beroep.<sup>30</sup>

De regeling van massaal bezwaar is in het leven geroepen met als doel het verkrijgen van een snelle, eenduidige en ultieme beantwoording in een breder levende rechtsvraag. De regeling is niet bedoeld voor gevallen waarin een bepaald minimum aantal bezwaren wordt overschreden. Meer van belang is of er een breder maatschappelijk belang bestaat bij de beantwoording van een bepaalde rechtsvraag.<sup>31</sup> Door de regeling van massaal bezwaar toe te passen wordt voorkomen dat er in een onhandelbaar groot aantal bezwaren verschillende procedures gevoerd moeten worden, terwijl sprake is van een prangende rechtsvraag die de

<sup>28</sup> Zie voor een uitgebreide bespreking van dit instrument T.C. Gerverdinck en C.A.H. Bikkers, 'Masaal procederen in het Belastingrecht', preadvies Jonge-VAR 2013, Jonge VAR-reeks 12.

<sup>29</sup> Een voorbeeld waarin de regeling is toegepast is de kwestie rondom de vermogensrendementheffing op spaarsaldi. Alleen al over 2013 waren over deze kwestie meer dan 10.000 bezwaren ontvangen. Concreet ging het in al deze zaken om één rechtsvraag: is de box 3 heffing op spaarsaldi zodanig dat deze op zichzelf gezien in strijd zou komen met artikel 1, eerste Protocol bij het EVRM. In deze zaak is het aantal bezwaarschriften op basis waarvan de rechtsvraag zou worden behandeld geselecteerd in overleg met de Bond voor Belastingbetalers. Meer recent is de regeling toegepast voor het massaal bezwaar tegen de btw-heffing over privégebruik van auto's van de zaak. Nadat de Hoge Raad op 21 april 2017 vier arresten heeft gewezen, heeft de inspecteur op 31 mei 2017 op alle overige bezwaren door middel van een collectieve uitspraak beslist. Zie Stcr. 1 juni 2017, nr. 30976.

<sup>30</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 34 305, nr. 3, p. 49-51.

<sup>31</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 34 305, nr. 3, p. 49.

uitkomst van al die procedures (mogelijk) beïnvloedt. Zo wordt voorkomen dat er tijd en geld wordt verspild aan een onnodige procedure. Wel is er eerst een aanwijzing van de minister benodigd. Dat maakt dat het middel niet van de één op de andere dag ingezet kan worden. Onder de vorige regeling van massaal bezwaar moest het voornemen tot het geven van zo'n aanwijzing zelfs ook nog vier weken worden voorgelegd aan de Tweede Kamer. Dat is uit de wet gehaald, omdat het doel van de regeling juist het zo snel mogelijk verkrijgen van rechtszekerheid is.<sup>32</sup>

Zou een soortgelijke regeling moeten landen in de Awb zodat het middel breder dan alleen in fiscale zaken kan worden ingezet? Daar valt over te twisten. Het is namelijk de vraag of dit middel in het algemene bestuursrecht net zo van pas kan komen en net zo geschikt is als in het fiscale recht. Mijns inziens kan het lonen om een soortgelijk instrument op te nemen in de Awb. Ook buiten het fiscaal recht kunnen zich rechtsvragen voor doen die leiden tot massaal bezwaar, waarbij deze regeling uitkomst kan bieden voor een efficiënte afwikkeling van die bezwaren (bijvoorbeeld over planschade of subsidies). Op die manier zou een bestuursorgaan ook zonder instemming van de bezwaarmakers dit instrument kunnen inzetten. En dat kan alle partijen tijd en geld besparen. Daarbij zou gekozen kunnen worden voor een vorm zoals die nu in de AWR is opgenomen, waarbij de toepassing daarvan 'opgelegd' aan bezwaarmakers en het de inspecteur is die bepaalt welke bezwaren dienen ter beantwoording van de rechtsvraag. Daarbij zou mijns inziens een waarborg opgenomen moeten worden over de selectie van de bezwaren die vooruitlopend op de rest worden behandeld. Het is wel zo zorgvuldig om daarbij te kiezen voor de bezwaarmakers die zich laten vertegenwoordigen door een gemachtigde. Daarbij kan de discussie oplaaien of het bevoegd gezag dan ook die kosten zou moeten dragen. Daar zou ik niet voor willen pleiten. Juist als er massaal bezwaar wordt gemaakt, is de kans groot dat in ieder geval één bezwaarmaker, of een aantal bezwaarmakers die zich hebben verenigd, zich laat vertegenwoordigen door een advocaat of andere gemachtigde. Als die afweging van de kosten daarvan toch al is gemaakt, dan hoeven die kosten niet voor de rekening van het bevoegd gezag te komen puur en alleen vanwege de keuze om het instrument voor massaal bezwaar in te zetten. In de regeling van massaal bezwaar in de AWR geldt tot slot dat er op alle overige bezwaren conform de uitkomst in de geselecteerde bezwaren een collectieve uitspraak wordt gewezen die niet vatbaar is voor beroep. Dat zou naar mijn mening één op één moeten gebeuren, om de werking van de pilotprocedure niet onderuit te halen. Dat biedt zekerheid voor alle betrokkenen en voorkomt dat de procedure feitelijk nogmaals wordt gevoerd en er alsnog geen tijd- en kostenwinst is geboekt.

Naast een formeel instrument van massaal bezwaar is de informele mogelijkheid die de Awb nu al biedt om in afstemming met belanghebbenden een pilotprocedure op te starten misschien nog wel een beter middel. De vereiste instemming met belanghebbenden daarbij

<sup>32</sup> *Kamerstukken II 2015/16, 34 305, nr. 3, p. 50.*



is een prikkel voor het bevoegd gezag actief te communiceren met hen en op die manier kunnen zij tegelijkertijd actief worden betrokken bij de selectie van de eerst te behandelen bezwaarschriften. Nadeel van deze informele regeling is dat de beslissingen op bezwaar die na en met inachtneming van de pilotprocedure worden genomen, nog wél vatbaar zijn voor beroep. Dat uitsluiten, zou een stap te ver gaan, nu de informele regeling niet omkleed is met waarborgen die de AWR wel biedt (een aanwijzing door de minister, de mogelijkheid van vergoeding van griffie- en proceskosten voor de geselecteerde bezwaren).

### 3.3 *Rechtstreeks beroep*

Een andere strategische start van de procedure is het instrument van 'rechtstreeks beroep'. Op grond van artikel 7:1a Awb is het mogelijk om de bezwaarprocedure over te slaan en rechtstreeks naar de fase van beroep te gaan. Maar dat kan niet onbegrensd. Het overslaan van de bezwaarprocedure kan volgens artikel 7:1a Awb uitsluitend op verzoek van de bezwaarmaker en met instemming van het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan wijst zo'n verzoek in ieder geval af als er tegen hetzelfde besluit nog een bezwaar is ingediend waarin niet hetzelfde verzoek is gedaan. Verder moet sprake zijn van een 'geschikte zaak'. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als in de voorbereiding van het primaire besluit de standpunten over en weer al zijn uitgewisseld waardoor de bezwaarprocedure een herhaling van zetten zou zijn. Daarbij kan het gaan om een rechtsvraag waarop nog geen eenduidig antwoord bestaat en die partijen verdeeld houdt. Als echter nog onvoldoende onderzoek naar de feiten is gedaan, is een zaak niet geschikt. Een volgend vereiste is dat alle bezwaarmakers tegen het betreffende besluit instemmen met het overslaan van de bezwaarfase. Hoe zit dat met derde-belanghebbenden die geen bezwaar hebben gemaakt? De wetgever biedt duidelijkheid op dit punt: uitsluitend de derde-belanghebbenden die bezwaar hebben gemaakt, hebben een reëel belang bij het al dan niet voeren van de bezwaarprocedure. Van de derde-belanghebbende die geen bezwaar heeft gemaakt, is dus geen instemming voor rechtstreeks beroep vereist.<sup>33</sup>

Een strak wettelijk kader dus. Het overslaan van de bezwaarprocedure is uitsluitend mogelijk op verzoek van de bezwaarmaker. De wetgever heeft daartoe aanleiding gezien omdat het volgen van de bezwaarprocedure de hoofdregel is en blijft, juist omdat een volledige beleidsmatige en juridische heroverweging van belang is.<sup>34</sup> Een ieder heeft recht op de volledige heroverweging in bezwaar en in die lijn past het dat alleen de bezwaarmaker zelf een verzoek om rechtstreeks beroep kan doen. Toch is dit niet altijd even efficiënt. Een bezwaarmaker kent het instrument misschien niet, en kan minder goed inschatten wat de winst is van het overslaan van de bezwaarprocedure. Juist het bestuursorgaan kan goed inschatten wat er in een bezwaarprocedure gaat gebeuren, hoe principieel een bepaalde

<sup>33</sup> *Kamerstukken II 2000/01*, 27 563, nr. 3, p. 4-9, M.E.G. Litjens, B.M.J. van der Meulen en A.A. Freriks, 'De werking van een controversiële rechtsgang. Invoeringsevaluatie rechtstreeks beroep in de Awb', JB Plus 2006/58.

<sup>34</sup> *Kamerstukken I 2003/04*, 27 563, B, p. 1-2.

zaak is en dus of het efficiënter is om direct het geschil aan de bestuursrechter voor te leggen. Zou het bevoegd gezag het initiatief hiertoe moeten kunnen nemen?

In de praktijk gebeurt dit al. Weliswaar keuren zowel de rechtbanken als de Afdeling dit af, toch wordt een bezwaar waarin feitelijk op initiatief van het bestuursorgaan wordt verzocht om rechtstreeks beroep en dat vervolgens aan de bestuursrechter wordt gezonden in behandeling genomen. Zo keurde de rechtbank Leeuwarden het uitnodigen van een belanghebbende door het bestuursorgaan om te verzoeken om rechtstreeks beroep expliciet af omdat dit niet strookt met de Awb, dat juist "een volledige beleidsmatige en juridische heroverweging" voorschrijft. Die heroverweging levert "een wezenlijke bijdrage" aan de beslechting van het geschil tussen de burger en overheid. "Uit het stelsel van de wet vloeit voort dat de burger die wil afwijken van dit normale patroon daartoe het initiatief moet nemen, hetgeen impliceert dat hij op de hoogte is van de verschillende voor hem open staande wegen en hun gevolgen."<sup>35</sup> Daarbij wijst de rechtbank op de Memorie van Antwoord, waaruit zou volgen dat bewust is afgezien van het regelen dat een bestuursorgaan verplicht is om bij elk besluit melding te maken van de mogelijkheid in het bezwaarschrift.<sup>36</sup> Toch verwijst de rechtbank niet terug, en beoordeelt het beroep vanwege de bijzondere omstandigheden van het geval en proceseconomische redenen.<sup>37</sup>

De Afdeling oordeelde meer recent in gelijke zin.<sup>38</sup> De Afdeling wijst ook eerst op de wetsgeschiedenis en overweegt dat daaruit volgt dat de wetgever ervoor heeft gekozen alleen de indiener van het bezwaarschrift de mogelijkheid te geven rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter in te stellen en niet het bestuursorgaan de mogelijkheid heeft gegeven een voorstel te doen om de bezwaarfase over te slaan. De Afdeling overweegt vervolgens dat dit echter geen reden is voor vernietiging van de onderliggende uitspraak van de rechtbank. Zij wijst daarbij opnieuw op de wetsgeschiedenis waaruit volgt dat de rechter zo terughoudend mogelijk zal moeten zijn bij het hanteren van zijn terugwijzingsbevoegdheid, in aanmerking nemend dat terugverwijzing naar het bestuursorgaan vrijwel altijd zal leiden tot enige vertraging in de afhandeling van de zaak.<sup>39</sup>

Als het initiatief uitgaat van het bestuursorgaan, terwijl de wet daartoe strikt genomen niet de mogelijkheid biedt en dit ook niet de bedoeling is geweest van de wetgever, dan leidt dat dus niet tot een vernietiging c.q. terugverwijzing. Daarbij lijkt bepalend dat er niet onnodig vertraging moet ontstaan in de afhandeling van de zaak. Mijns inziens zou de wet op dit punt aangepast moeten worden. Want kan het nu echt zoveel kwaad dat een bestuursorgaan een bezwaarmaker wijst op deze mogelijkheid? Ook in dat geval blijft toch uiteindelijk de

<sup>35</sup> Rb Leeuwarden 10 oktober 2005, ECLI:NL:RBLEE:2005:AU4357.

<sup>36</sup> *Kamerstukken I* 2003/04, 27 563, nr. B.

<sup>37</sup> Rb Leeuwarden 10 oktober 2005, ECLI:NL:RBLEE:2005:AU4357.

<sup>38</sup> ABRvS 10 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:302.

<sup>39</sup> *Kamerstukken II* 2000/01, 27 563, nr. 3, p. 5, 13.

laatste stem bij de bezwaarmaker zelf liggen? Getuige de instemmingsvoorwaarde zoals die nu in artikel 7:1a Awb zit, is het juist het bevoegd gezag die kan beoordelen of een zaak geschikt is. Ook het vereiste dat een verzoek om rechtstreeks beroep uitsluitend in het bezwaarschrift zelf mag worden gedaan, is in mijn ogen een onnodige beperking. De ratio van de wetgever hierachter is helder: voorkomen moet worden dat vanwege ontevredenheid van partijen een half doorlopen bezwaarprocedure alsnog wordt afgekapt en de zaak aan de bestuursrechter wordt voorgelegd.<sup>40</sup> Maar als dat de ratio is, zou dan niet een ander fataal moment gekozen moeten worden? Er zijn situaties denkbaar waarin die procedure nog helemaal niet is opgestart, terwijl de bezwaarmaker nadat hij zijn bezwaarschrift heeft ingediend pas op het idee van rechtstreeks beroep komt. Bijvoorbeeld doordat andere bezwaarmakers tegen samenhangende besluit daar ook om hebben verzocht, en hij graag een gevoegde behandeling in beroep wil. Of het bevoegd gezag ziet pas nadat het bezwaarschrift is ingediend in dat juist deze zaak zich leent voor rechtstreeks beroep. Mijn ervaring is dat in zo'n soort geval de bestuursrechter zich gelukkig ook praktisch op stelt. Een aanpassing van de regeling in de Awb op dit punt is echter ook wenselijk.

Door de regeling wat minder rigide te maken en meer te laten aansluiten bij de praktische houding van de bestuursrechter, kan het partijen wellicht meer uitnodigen om gebruik te maken van het instrument. Weliswaar moet de volledige heroverweging in bezwaar uitgangspunt blijven, maar er zijn vele zaken waarin het overslaan van de beslissing op bezwaar uitkomst biedt. Dat geldt te meer als straks onder de Omgevingswet het bevoegd gezag nog minder vrijheid bezit om te kiezen voor de uitgebreide voorbereidingsprocedure in plaats van de reguliere voorbereidingsprocedure en dus in steeds meer procedures eerst een bezwaarprocedure gevolgd moet worden. Als hoe dan ook een oordeel van de bestuursrechter wenselijk is, dan moet de ruimte bestaan om de bezwaarprocedure over te slaan.

<sup>40</sup> *Kamerstukken II 2000/01, 27 563, nr. 3, p. 8.*

## 4 Strategisch procederen bij de bestuursrechter

### 4.1 Inleiding

Wat nu als – ondanks al hetgeen is gedaan in de voorbereiding van het besluit – er hangende de (hoger)beroepsprocedure blijkt dat er iets niet goed zit in het besluit? Dat kan aan het licht komen door een beroepsgrond die is aangevoerd door een tegenstander van het besluit. Of is uitgegaan van een bepaalde uitvoering in het besluit, maar wil de initiatiefnemer van een project toch iets anders. Moet dan helemaal opnieuw worden begonnen? Besluit intrekken en terug naar de tekentafel? Dat is zeker niet nodig. Door een actieve proceshouding kan er nog veel gewonnen worden.

### 4.2 *Finale geschillenbeslechting: wat is er allemaal mogelijk?*

Finale geschillenbeslechting is een belangrijk onderdeel van strategisch procederen door het bevoegd gezag. De bestuursrechter heeft immers een flink aantal instrumenten om besluiten waaraan een gebrek kleeft, niet te hoeven vernietigen.<sup>41</sup> Daarmee kan er sneller een onherroepelijk besluit worden verkregen.

De eerste, en minst ingrijpende, mogelijkheid is de mogelijkheid die artikel 6:22 Awb<sup>42</sup> biedt, op grond waarvan het mogelijk is de schending van "een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel" te passeren als "aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld".<sup>43</sup> Ondanks de schending van een voorschrift blijft het besluit in stand.<sup>44</sup> En dat scheelt tijd én geld. Soms moet voor toepassing van artikel 6:22 Awb wel herstel of compensatie plaatsvinden.<sup>45</sup> Een actieve proceshouding is dus ook hierbij noodzakelijk. In ieder geval moet aannemelijk zijn dat er

<sup>41</sup> Er is natuurlijk al oneindig veel geschreven over de finale geschillenbeslechting. Ik bespreek de instrumenten daarom kort, en probeer daarbij zoveel mogelijk in te gaan op hoe het bevoegd gezag deze instrumenten kan inzetten in het kader van strategisch procederen.

<sup>42</sup> Per 1 januari 2013 is artikel 6:22 Awb verruimd. Zie *Kamerstukken II 2009/10*, 32 450, nr. 3. Voorloper van dit huidige artikel 6:22 Awb is een beperktere versie van dit artikel. Op grond van de oude versie konden uitsluitend schendingen van vormvoorschriften worden gepasseerd, tegenover iedere schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel nu. Bovendien moest in de oude situatie 'gebleken zijn' dat er geen belanghebbenden waren benadeeld. Nu is het voldoende dat dit aannemelijk is. En dat is nu nog het enige toetsingscriterium, nu immers ieder geschonden regel onder het toepassingsbereik van artikel 6:22 Awb valt. Het nieuwe artikel 6:22 Awb komt overeen met artikel 1.5 Chw. Dit artikel was uitsluitend van toepassing op procedures waarop ook de Chw van toepassing was is vervallen met de inwerkingtreding van het nieuwe artikel 6:22 Awb. NB. Artikel 6:22 Awb is ook van toepassing in de bezwaarprocedure. Ik behandel het artikel echter in dit hoofdstuk, omdat in de bezwaarprocedure vaker lijkt te worden gekozen voor de oplossing van een gebrek via de volledige heroverweging die in de beslissing op bezwaar plaatsvindt.

<sup>43</sup> Er moet weliswaar alleen nog getoetst worden of het aannemelijk is dat belanghebbenden zijn benadeeld, nu geen beperking meer geldt in het type voorschrift, toch blijft de aard van het geschonden voorschrift wel van belang. Bij schending van materiële voorschriften zal immers nu eenmaal sneller iemand zijn benadeeld.

<sup>44</sup> Geen vernietiging, maar het passeren van een gebrek kan wel leiden tot een veroordeling van het bevoegde gezag in de proceskosten, zie ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3532.

<sup>45</sup> L.M. Koenraad, 'Het gebrek gepasseerd', Gst. 2015/68 en E.J. Govaers, 'Het gebrek passeren of het besluit vernietigen?', NJB 2016/2220.

geen belanghebbenden, en niet alleen de in beeld zijnde belanghebbenden maar *alle* potentiële belanghebbenden, zijn geschaad. Daarmee is toepassing van artikel 6:22 Awb bij een onjuiste publicatie van de kennisgeving als bedoeld in artikel 3:12 Awb vrijwel onmogelijk.<sup>46</sup> Als van een besluit niet op de juiste wijze kennis is gegeven, kan immers niet worden uitgesloten dat nog meer belanghebbenden zich gemeld zouden hebben als dat *wél* was gedaan.<sup>47</sup> Andere gebreken kunnen wel hersteld worden. Denk daarbij aan het niet ter inzage leggen van alle vereiste stukken zoals geregeld in artikel 3:11 Awb. Als (opnieuw: *alle*) belanghebbenden alsnog de gelegenheid hebben gehad om te reageren op een stuk, dan zijn zij niet geschaad door dit gebrek.<sup>48</sup> Ook de schending van een hoorplicht kan in beginsel worden gepasseerd met artikel 6:22 Awb,<sup>49</sup> net als het niet verlenen van een verklaring van geen bedenkingen (als vaststaat dat de raad in kan stemmen met het betreffende project).<sup>50</sup> Artikel 6:22 Awb kan zelfs worden toegepast als een besluit ten onrechte niet is voorbereid met de uitgebreide voorbereidingsprocedure. Daarbij weegt mee dat belanghebbenden via de bezwaarprocedure de gelegenheid hebben gekregen hun bezwaren kenbaar te maken en het besluit op gelijke wijze bekend is gemaakt als de wijze waarop dat gedaan had moeten worden als wel de uitgebreide procedure was gevolgd. Daarmee kan uitgesloten worden dat er potentiële belanghebbenden niet op dezelfde wijze kennis hebben kunnen nemen van het besluit.<sup>51</sup>

De bestuursrechter is niet gehouden toepassing te geven aan artikel 6:22 Awb.<sup>52</sup> Als een gebrek zich niet leent voor toepassing daarvan, dan is een volgende mogelijkheid de vernietiging van het besluit met het in stand laten van de rechtsgevolgen. Dat kan als het gebrek hangende de procedure wordt hersteld, door bijvoorbeeld een nog ontbrekend rapport dat ten grondslag had moeten liggen aan het besluit alsnog te laten opstellen en in de procedure te brengen.<sup>53</sup> Dat vergt dus opnieuw een actieve houding van het bevoegd gezag, want er moet tijdig worden gehandeld om het gebrek te herstellen.<sup>54</sup> Daarnaast kan

<sup>46</sup> Vrijwel onmogelijk, want ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1210 toont dat het niet helemaal onmogelijk is. In het geval dat er jarenlang tussen dezelfde partijen diverse procedures zijn gevoerd, mag een onjuiste kennisgeving van een ontwerpbesluit *wél* gepasseerd worden met artikel 6:22 Awb. Daarbij was mede van belang dat van het definitieve besluit wel op juiste wijze kennis was gegeven en daartegen geen beroep was ingesteld door andere belanghebbenden die geen zienswijze hadden ingediend.

<sup>47</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:625.

<sup>48</sup> ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2316.

<sup>49</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4657 en M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 958. Niet iedere schending van een hoorplicht wordt gepasseerd. Zie HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:114. De Hoge Raad achtte hierbij relevant dat partijen van mening verschilden over de waardering van feiten en de hoogte van de WOZ-waarde, en dat daarom niet gesteld kan worden dat de belanghebbende niet benadeeld is door de schending van de hoorplicht.

<sup>50</sup> ABRvS 12 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1889.

<sup>51</sup> ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2873. Deze lijn kan uitlokken tot een strategische keuze om – als er weinig of geen weerstand wordt verwacht – de reguliere procedure te volgen. In dat geval is er immers sneller zekerheid over een besluit. En als dan toch wordt opgekomen tegen het besluit, voorkomt artikel 6:22 Awb dat het besluit wordt vernietigd.

<sup>52</sup> *Kamerstukken I* 2010/11, 32 450, nr. 7, p. 14.

<sup>53</sup> Zie bijvoorbeeld Rb Gelderland 28 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1025, waarin de verplichte toets aan de Ladder door duurzame verstedelijking na het nemen van het besluit alsnog werd uitgevoerd.

<sup>54</sup> Schreuder-Vlasblom 2017, p. 1010-1011.

de bestuursrechter voor dit instrument kiezen als – hoewel er ex tunc wordt getoetst – ex nunc blijkt dat het gebrek is weggenomen doordat de juridische (de wet- of regelgeving is inmiddels gewijzigd<sup>55</sup>) of feitelijke situatie (een verklaring van geen bedenkingen is alsnog verkregen<sup>56</sup>) is gewijzigd.<sup>57</sup>

Als een gebrek zich niet leent voor het passeren daarvan of voor het in stand laten van de rechtsgevolgen van het besluit, is er nog geen reden om de handdoek in de ring te gooien. In zo'n geval kan namelijk gebruik worden gemaakt van de mogelijkheid die artikel 8:72, lid 3, onder b, van de Awb biedt. Op grond hiervan is het mogelijk dat de bestuursrechter 'zelf in de zaak voorziet' en zijn uitspraak in de plaats laat treden van het besluit. Dit instrument stelt de bestuursrechter in staat het geschil definitief te beslechten.<sup>58</sup> Dat biedt mogelijkheden. Stel dat hangende de procedure duidelijk wordt dat de verbeelding van een bestemmingsplan een gebrek bevat. Een bestemming heeft een groter oppervlak gekregen dan de bedoeling is. Er is op een andere dan de beoogde locatie een bouwvlak opgenomen. Of er mist nog een onderdeel van een planregel, die wel noodzakelijk is. Dit soort gebreken kan ertoe leiden dat onaanvaardbare gevolgen voor belanghebbenden niet zijn uit te sluiten, terwijl met een aanpassing van het besluit dat wel mogelijk is. Als dit soort gebreken tijdig worden ontdekt, dan kan het bevoegd gezag op papier zetten de planregels moeten komen te luiden of nog een nieuwe verbeelding maken. Vervolgens kan de bestuursrechter worden verzocht om zelf in de zaak voorzien deze wijzigingen door te voeren. Als het niet aannemelijk is dat derde-belanghebbenden in hun belangen kunnen worden geschaad door deze wijzigingen, dan ziet de Afdeling doorgaans geen beletsel om aan dat verzoek tegemoet te komen.<sup>59</sup>

Niet alle gebreken lenen zich voor het verzoek aan de bestuursrechter om zelf in de zaak te voorzien. Dat kan zijn omdat het niet tijdig wordt ontdekt, en er dus onvoldoende tijd is om het verzoek om zelf in de zaak te voorzien voor te bereiden. Of een bestuursrechter ziet geen mogelijkheid om dat gebrek met de uitspraak te herstellen. Het moet immers wel vaststaan dat er partijen of andere belanghebbenden er niet op achteruit gaan (in hoger beroep of bij een bestuursrechter in eerste en enige aanleg geldt dat daarna geen rechtsmiddelen meer aangewend kunnen worden tegen de uitspraak en dus ook niet tegen het nieuwe onderdeel van het besluit). In dat geval is er nóg een strategisch instrument om een besluit te redden, en dat is de bestuurlijke lus die in artikel 8:51a, van de Awb is

<sup>55</sup> ABRvS 6 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1791 en ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:3053

<sup>56</sup> Rb Gelderland 28 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1025.

<sup>57</sup> Schreuder-Vlasblom 2017, p. 1007-1008 en L.A. Heusden en J.J. Westland, Massaafinaal, preadvies Jonge-VAR 2013, Jonge VAR-reeks 12, p. 27-33.

<sup>58</sup> Tegelijkertijd moet echter voorkomen worden dat in de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur wordt getreden. Daarvoor moet vaststaan dat als het bevoegd gezag opnieuw het besluit zou nemen, niet tot een andere uitkomst zou zijn gekomen dan de uitkomst van het zelf in de zaak voorzien. L.A. Heusden en J.J. Westland, Massaafinaal, preadvies Jonge-VAR 2013, Jonge VAR-reeks 12, p. 37-44.

<sup>59</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2150 en ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2823.

geregeld. Met de bestuurlijke lus wordt het bevoegd gezag in de gelegenheid gesteld om zelf het gebrek te herstellen. Daarmee kan sneller een herstelbesluit worden genomen dan bij een kale vernietiging. Wel dient herstel binnen een redelijke termijn mogelijk te zijn en moet er geen noodzaak zijn 'onbekende derden' bij de voorbereiding van het nieuwe besluit te betrekken.<sup>60</sup> Bij de bestuurlijke lus duurt het aanzienlijk langer – in vergelijking tot de hiervoor genoemde middelen van finale geschillenbeslechting – totdat een onherroepelijk oordeel wordt verkregen. Na de uitspraak moet er immers een nieuw besluit worden genomen, waarover partijen opnieuw iets mogen vinden en waarover in sommige gevallen ook nog een zitting wordt gehouden. Ook de bestuursrechter ziet belemmeringen voor de toepassing van een bestuurlijke lus.<sup>61</sup> Wellicht is dat de reden dat in de praktijk de bestuurlijke lus steeds minder vaak lijkt te worden toegepast. Er is misschien nog een soort voorstation mogelijk, een soort 'pre-lus' die de bezwaren van de bestuurlijke lus kan wegnemen. Het bevoegd gezag zou voor de uitspraak al kunnen motiveren hoe het besluit aangepast zou moeten worden.<sup>62</sup> Op die manier kan de bestuursrechter daarover in de uitspraak al een inhoudelijk oordeel geven, zodat het besluit na de uitspraak alleen nog maar vastgesteld hoeft te worden.

Het laten aankomen op een bestuurlijke lus is niet de meest strategische zet als er iets echt niet goed zit in het besluit, omdat een lus niet altijd de aangewezen of de meest wenselijke oplossing is.<sup>63</sup> Het is daarom risicovol om daarop te wachten als dat niet nodig is. Als een gebrek tijdig wordt ontdekt, dan is er nog een andere oplossing mogelijk: het nemen van een wijzigingsbesluit. Op grond van artikel 6:19 Awb maakt een wijzigingsbesluit van rechtswege onderdeel uit van de aanhangige procedure. Dat betekent dat een tijdig gesignaleerde fout kan worden rechtgezet, zonder dat het eerste besluit ingetrokken hoeft te worden en helemaal van voor af aan begonnen moet worden. Dat scheelt veel tijd. Daarvoor moet wel sprake zijn van een nader besluit, dat wil zeggen een besluit dat voldoende samenhang vertoont met het besluit dat onderwerp is van de lopende procedure. Het nadere besluit moet uitgaan van dezelfde feitelijke situatie en binnen de grondslag en het bereik van het eerste besluit blijven.<sup>64</sup> Dat is een logisch vereiste, toepassing van het artikel leidt immers tot verlies van een rechtsbeschermingsronde. Van voldoende samenhang is in ieder

<sup>60</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 31 351, nr. 6, p. 14-15, L.A. Heusden en J.J. Westland, Massaaf finaal, preadvies Jonge-VAR 2013, Jonge VAR-reeks 12, p. 49-60.

<sup>61</sup> Schreuder-Vlasblom 2017, p. 922-923 en WODC, Evaluatie Bestuurlijke Lus Awb en internationale rechtsvergelijking, 2014.

<sup>62</sup> Ervan uitgaande dat het besluit zodanig aangepast moet worden dat zelf in de zaak voorzien niet een optie is, en dat de noodzaak tot het aanpassen van het besluit te laat is ontdekt om een herstelbesluit te nemen als bedoeld in artikel 6:19 Awb, waar ik hierna nader op in ga.

<sup>63</sup> Als voor herstel van het gebrek bijvoorbeeld wijziging van de aanvraag is vereist, dan ligt de bestuurlijke lus niet voor de hand. In zo'n geval kan artikel 8:113, lid 2, Awb nog wél een praktische uitkomst bieden en de procedure van het nieuw te nemen besluit flink bespoedigen. Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2904.

<sup>64</sup> Schreuder-Vlasblom 2017, blz. 778, K.J. de Graaf, Commentaar artikel 6:19 Awb, in: K.J. de Graaf, T.E.P.A. Lam, E.C.H.J. van der Linden, M.G.J. Maas-Cooymans, T. Spapens en G.A. van der Veen, Commentaar Algemene wet bestuursrecht, blz. 750-756. Schreuder-Vlasblom 2017, p. 778.

geval sprake als het gaat om een besluit tot intrekking, wijziging of vervanging van het andere besluit. De bestuursrechter zal artikel 6:19 Awb niet toepassen als partijen daarbij onvoldoende belang hebben. Dat is bijvoorbeeld het geval als het nieuwe besluit volledig tegemoet komt aan de aanhangig zijnde beroepen. In dat geval is er immers geen procesbelang.<sup>65</sup> Voor wie geldt de mogelijkheid van een van rechtswege ontstaand beroep? Tot eind 2015 leek artikel 6:19 Awb uitsluitend te gelden voor de indiener(s) van het aanhangige rechtsmiddel.<sup>66</sup> Op 18 november 2015 komt de Afdeling daarop terug: ook aan derdebelanghebbenden moet de gelegenheid worden geboden in te gaan op het in (hoger) beroep nieuw genomen besluit.<sup>67</sup>

Belangrijke praktische voorwaarde bij toepassing van artikel 6:19 Awb is dat er tijdig wordt gehandeld. Het nieuwe besluit moet voor de datum van de zitting zijn genomen, omdat niet alleen partijen maar ook andere belanghebbenden daar nog wat van moeten kunnen vinden. Bovendien moet het nieuwe besluit in beginsel met de wettelijk voorgeschreven procedure worden voorbereid, en dat kan dus de uitgebreide voorbereidingsprocedure zijn. Dat is echter niet nodig in het geval dat alsnog wordt besloten dat een zienswijze aanleiding geeft tot aanpassing van het besluit (mits deze aanpassing naar aard en omvang niet zodanig groot is dat een wezenlijk ander besluit wordt vastgesteld) of als met het nieuwe besluit wijzigingen van ondergeschikte aard worden vastgesteld.<sup>68</sup> Wat betekent dat voor de te hanteren termijn? Moet dat echt zes weken zijn? Er zijn voorbeelden waarin de Afdeling die termijn voor partijen om te reageren op het nieuwe besluit heeft verkort, zodat het nieuwe besluit nog wel mee kon worden genomen in de aanhangige procedure.<sup>69</sup> Daarmee lijkt de Afdeling hier dus soepel mee om te willen gaan.

Artikel 6:19 Awb wordt ook toegepast als de rechtbank besluit 1 vernietigt, het bevoegd gezag in hoger beroep gaat tegen die uitspraak en hangende dat hoger beroep (in navolging van de rechtbankuitspraak) besluit 2 neemt.<sup>70</sup> En dat levert een strategisch instrument op. Stel nu dat de vernietiging van de rechtbank eigenlijk een terechte is, en dat er dus inderdaad iets niet goed zit in het besluit, dan kan om tijd te besparen toch tegen die uitspraak in hoger beroep worden gegaan als wordt verwacht dat tegen het nieuw te nemen besluit ook weer rechtsmiddelen aangewend zullen worden. Hangende dat hoger beroep kan er gewerkt worden aan een nieuw besluit, dat nadat het genomen is van rechtswege onderdeel uit maakt van de gestarte hogerberoepsprocedure. Daarmee hoeft het nieuwe besluit niet ook weer langs de rechtbank. Maar let op: het is niet onder alle omstandigheden

<sup>65</sup> Zie bijv. ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1306 en ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2165.

<sup>66</sup> Zie bijv. ABRvS 19 april 2001, nr. 200001166/1.

<sup>67</sup> ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3508.

<sup>68</sup> ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3112.

<sup>69</sup> Zo gaf de Afdeling in de thans nog lopende procedure over het instemmingsbesluit over de gaswinning in Groningen een kortere termijn van vier weken om te reageren op het hangende die procedure genomen wijzigingsbesluit als bedoeld in artikel 6:19 Awb.

<sup>70</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 34.



mogelijk om toepassing te geven aan artikel 6:19 Awb. Als de rechtbank in beroep oordeelt dat het uitgesloten is dat het bevoegd gezag in staat zal zijn om de gebreken van het bestreden besluit te herstellen door een besluit met gelijke strekking te nemen, dan is het niet mogelijk om hangende de hogerberoepsprocedure tóch een wijzigingsbesluit te nemen.<sup>71</sup>

#### 4.3 *Actieve proceshouding is "the key" voor strategisch procederen*

Er is dus veel mogelijk om een besluit van de vernietiging te redden. Hoewel het natuurlijk uiteindelijk de bestuursrechter is die gaat over finale geschillenbeslechting, is de bestuursrechter bij het gebruik daarvan afhankelijk van de procespartijen. Het bevoegd gezag zal dus actief mee moeten denken met oplossingen en voorstellen moeten doen om de bestuursrechter de ruimte te geven om een besluit niet te hoeven vernietigen. Een goede communicatie is daarbij van groot belang, zoals ook door mijn mede-pleadviseurs Marlies Wolfrat en Koen de Meulder wordt signaleerd.

Weliswaar heeft de bestuursrechter 'de taak' om zelf te onderzoeken of finale geschillenbeslechting mogelijk is,<sup>72</sup> het is van belang om als bevoegd gezag hier (gemotiveerd) om te verzoeken. Wat nu als de bestuursrechter daar toch van af ziet? Het niet toepassen van een bestuurlijke lus of de weigering om zelf in de zaak te voorzien moet – als daarom is verzocht – gemotiveerd worden.<sup>73</sup> Als bijvoorbeeld een rechtbank ten onrechte niet heeft gekozen voor een van de middelen van finale geschillenbeslechting terwijl daar wel om is verzocht, dan kan dat in hoger beroep worden rechtgezet waarbij alsnog zelf in de zaak wordt voorzien.<sup>74</sup>

Maar een actieve communicatie met de bestuursrechter om in te zetten op finale geschillenbeslechting is pas mogelijk als het bevoegd gezag weet dat er een gebrek kleeft aan het besluit. Hoe eerder een gebrek wordt signaleerd, des te meer is er nog mogelijk om dat gebrek te herstellen. Daarom is een actieve proceshouding, van begin tot eind, noodzakelijk. Omdat het soms lastig kan zijn niet in tunnelvisie naar een besluit te kijken, is het aan te raden om ook eens een ander te laten meekijken bij ingekomen beroepschriften. Het kan verleidelijk zijn om beroepschriften automatisch conform de beantwoording van de zienswijzen af te doen. Het is echter van belang om juist kritisch te blijven tot het einde van de procedure en niet achterover te gaan leunen. Als dan aan het licht komt dat er herstel nodig is, dan is het zaak om snel in actie te komen en niet op te geven totdat er een einduitspraak is geweest!

<sup>71</sup> ABRvS 11 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2726.

<sup>72</sup> Op grond van artikel 8:41a Awb dient de bestuursrechter te onderzoeken of finale geschillenbeslechting mogelijk is. Kamerstukken II 2010/11, 32 450, nr. 8, p. 55 en 57.

<sup>73</sup> Schreuder-Vlasblom 2017, p. 921-922 en 1039 en ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:109.

<sup>74</sup> ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2463 en ABRvS 22 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1168.

## 5 Tot slot

Strategisch procederen: staat het bevoegd gezag aan het roer? Niet zozeer als het gaat om actief proefprocessen starten en rechtsvormende uitspraken ontlocken, maar des te meer als het aankomt op het ervoor zorgen dat een besluit ongeschonden de eindstreep haalt. Het bevoegd gezag kan in dat kader in de verschillende fasen die een besluit doormaakt strategisch handelen. Dat begint met de inzet op een zorgvuldige voorbereiding van een besluit. Als dat goed gebeurt, dan kunnen procedures voorkomen worden. Dat scheelt een lange tijd van onzekerheid over het lot van een besluit en bespaart veel tijd en geld. Participatie is daarbij van belang, en wint dan ook terecht steeds meer terrein in het omgevingsrecht. Door het gesprek met belanghebbenden aan te gaan, kan het bevoegd gezag samen met hen op zoek gaan naar een vorm van het te nemen besluit die het minst belastend is voor hen en dus op de meeste steun kan rekenen (of op de minste weerstand). Procedures kunnen natuurlijk lang niet altijd voorkomen worden. Toch is ook dan nog deze voorfase van belang. In deze fase wordt het fundament van het besluit gelegd. Een zorgvuldig fundament, door belangen in beeld te brengen en een besluit te checken op valkuilen, voorkomt dat in een later stadium omvangrijke herstelwerkzaamheden nodig zijn om het besluit overeind te houden.

Het bevoegd gezag staat ook aan het roer als het aankomt op een strategische start van een procedure over een besluit. Een procedure hoeft niet altijd volgens het boekje te lopen, maar het bevoegd gezag beschikt over ruimte om een procedure anders in te richten. Als er tegen een besluit massaal bezwaar wordt gemaakt, dan kan in fiscale zaken op grond van de AWR gekozen worden voor de regeling massaal bezwaar. Daarbij wordt eerst een selectief aantal bezwaarschriften 'uitgeprocedeerd', waarna de uitkomst voor alle overige bezwaren van toepassing is. Deze mogelijkheid biedt de Awb niet, maar op grond van de Awb bestaat wel ruimte voor het toepassen van een informele variant op deze regeling namelijk het vragen van instemming met aanhouding van de beslissing op bezwaar. Een andere strategische start van de procedure zit in de mogelijkheid van rechtstreeks beroep. Als duidelijk is dat partijen elkaar hoe dan ook nog zullen treffen bij de bestuursrechter, dan kan het lonen om de bezwaarprocedure over te slaan. Formeel gezien ligt het initiatief hiertoe bij de bezwaarmaker, maar in de praktijk wordt een rechtstreeks beroep op uitnodiging van het bevoegd gezag wel in behandeling genomen.

Een zorgvuldige voorbereiding kan niet uitsluiten dat er hangende een procedure een gebrek in het besluit wordt ontdekt. Dat betekent niet het einde voor het besluit, ook in dat geval is er veel ruimte om strategisch in te zetten op een goede afloop. Door in dat geval tijdig actie te ondernemen en door actief met de bestuursrechter te communiceren, is er nog heel veel mogelijk om een besluit te redden. Er kunnen – afhankelijk van de aard van het gebrek – in het kader van finale geschillenbeslechting verscheidene oplossingen aan de bestuursrechter worden voorgelegd. Voor sommige oplossingen is herstel van het gebrek een vereiste, of moet een voorstel voor wijziging van het besluit worden opgesteld of zelfs een nieuw besluit

worden genomen: er is van alles mogelijk. Tot het moment dat een besluit daadwerkelijk is vernietigd, is er geen reden om achterover te leunen en het maar aan te laten komen op het oordeel van de bestuursrechter. Strategisch procederen vergt een actieve proceshouding en een goede communicatie met de bestuursrechter zodat duidelijk is wat de wens is van het bevoegd gezag.

In deze drie fasen die een besluit doormaakt vanaf het voornemen van het bevoegd gezag om een besluit te nemen tot de einduitspraak van de bestuursrechter, zijn er veel kansen voor het bevoegd gezag om strategisch te procederen. Bottom line is dat het bevoegd gezag die kansen moet grijpen. Een proactieve proceshouding is noodzakelijk om het roer niet uit handen te geven.