

Definitieve geschilbeslechting

Preadviezen uitgebracht door

Mr. A.C. Rop

Mr. E.D.C. Looije BA

Mr. drs. R.W.J. van der Struijk

Voor de bijeenkomst

van de Jonge VAR

op 23 november 2007

Boom Juridische uitgevers

Den Haag

2008

© 2008 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische veeleelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

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

ISBN 978-90-5454-847-8

NUR 823

www.bju.nl

Inhoud

Ten geleide	7
Definitieve geschilbeslechting: over schijnbelemmeringen en de grenzen van de rechterlijke verantwoordelijkheid Mr. A.C. Rop	9
De rol van bestuursorganen bij effectieve geschilbeslechting Mr. E.D.C. Looije BA	43
Fiscale geschilbeslechting Mr. drs. R.W.J. van der Struijk	69
Verslag	107

Ten geleide

Op 23 november 2007 vond in de zittingszaal van de Hoge Raad alweer de zesde bijeenkomst van de Jonge VAR plaats. De bijeenkomst stond in het teken van 'Definitieve geschilbeslechting', een thema dat de afgelopen periode veel pennen in beweging heeft gebracht. Het bestuursproces staat tegenwoordig bij sommigen in een kwaad daglicht: het zou onvoldoende in staat zijn geschillen effectief te beslissen. Bestuursorganen en rechters zouden zich daarvoor onvoldoende inspannen. Bovendien zou het in de Awb geregelde instrumentarium tekortschieten. De vraag is natuurlijk: klopt dat wel? En zo ja, hoe kan verbetering worden gerealiseerd?

Een 'hot item', en dus een uitstekend onderwerp voor de Jonge VAR!

Genoeg stof ook voor de preadviseurs om vanuit hun eigen achtergrond de problematiek te beschrijven. Elserike Looije, werkzaam bij het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, gaat in haar preadvies in op de rol van bestuursorganen bij effectieve geschilbeslechting. Arco Rop, stafjurist bij de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State, en Rogier van der Struijk, verbonden aan het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad, belichten het perspectief van de rechter. Daarbij kijkt Rop naar de rol van de algemene bestuursrechter, terwijl Van der Struijk zijn preadvies toespitst op de rol van de fiscale rechter.

De voordrachten door de preadviseurs prikkelden zodanig dat een interessante discussie volgde. Aansluitend is gestemd over de stellingen die aan het eind van de preadviezen zijn opgenomen. Traditiegetrouw werd de middag afgesloten met een borrel. Daar bleek dat de discussie over effectieve geschilbeslechting nog lang niet definitief is beslecht!

Dit boekje bevat de definitieve tekst van de drie preadviezen en het verslag van de discussie, inclusief de uitslag van de stemming over de stellingen. Het verslag is opgesteld door Mathijs Degeling en geeft de discussie adequaat weer.

Het VAR-bestuur dankt de preadviseurs en de verslaglegger hartelijk voor hun inspanningen.

Bart Jan van Ettehoven,
Voorzitter van de VAR

Definitieve geschilbeslechting: over schijnbelemmeringen en de grenzen van de rechterlijke verantwoordelijkheid

Mr. A.C. Rop*

1	Inleiding	II
1.1	Wandelen	11
1.2	Vertrekpunt	12
2	Het probleem	13
2.1	Wat is definitieve geschilbeslechting?	13
2.2	De Awb-systematiek als belemmering	14
2.3	Overige belemmeringen	15
3	De belemmeringen nader bezien	17
3.1	Belemmeringen van praktische of rechtspolitieke aard	17
3.1.1	Tijd	18
3.1.2	Taakverdeling	19
3.1.3	Voorgestelde werkwijze	20
3.1.4	Schijnbelemmeringen	22
3.1.5	Tijd is geld	22
3.2	Intermezzo: wiens belang is gediend bij definitieve geschilbeslechting?	23
3.3	Belemmeringen van principiële aard	25
3.3.1	De belangen van derden	26
3.3.2	Verruiming van artikel 6:22 Awb	26
3.3.3	De bestuurlijke lus	29
3.3.4	Grenzen van de rechterlijke verantwoordelijkheid	33
4	Een gezamenlijk streven	35
4.1	Communicerende vaten	35
4.2	De verantwoordelijkheid van de wetgever	35
4.3	De verantwoordelijkheid van het bestuur	37
4.4	De verantwoordelijkheid van de burger	38
5	Conclusie	39
	Stellingen	41

* Arco Rop is werkzaam bij de directie Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Hij dankt in het bijzonder zijn meelezers Bart Jan van Ettehoven en Nicoline Breunese-van Goor voor hun waardevolle opmerkingen en suggesties. De tekst van dit preadvies is, behoudens enkele redactionele wijzigingen, afgesloten op 29 oktober 2007.

I Inleiding

1.1 Wandelen

Het onderwerp voor de bijeenkomst van de Jonge VAR van dit jaar ondervindt geen gebrek aan belangstelling. Zowel vanuit de wetenschap als vanuit de praktijk is er veel nagedacht en geschreven over definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter.¹

De spreekwoordelijke paden zijn inmiddels dan ook meer dan behoorlijk platgetreden. Het is niet mijn bedoeling in dit preadvies met u al deze paden nog eens te bewandelen. Waarheen leidt de wandeling dan wel? Om eerlijk te zijn: uiteindelijk nergens heen. Het is namelijk een rondwandeling. Maar dan komen we dus geheel niet vooruit, hoor ik u denken. Daarmee miskent u echter de waarde van een rondwandeling en stelt u deze gelijk met een pas op de plaats. De rondwandeling voert langs de bosrand: links het relatief overzichtelijke weidelandschap van de theorie, rechts het meer weerbarstige boslandschap van de praktijk. Daarbij zullen we nu en dan het bos dan wel de weide betreden en een aantal van de platgetreden paden kruisen dan wel vluchtig inkijken.

Zoals dat gaat met rondwandelingen, zullen we het vertrekpunt aan het einde van de wandeling vanuit een andere richting benaderen. De onderweg opgedane ervaringen zullen een ander beeld geven van het vertrekpunt. Wellicht haakt u onderweg af. Misschien omdat een boswandeling u meer aanstaat, misschien omdat de vergezichten in het weidelandschap u lokken. Dat is ook niet erg. Voor u ligt een route waarin bepaalde afslagen zijn gekozen. Beschouw dit preadvies dan ook niet als tomtom. Houd uw eigen wandelkaart bij de hand.² Tijdens de bijeenkomst kunnen we met de kaarten op tafel van gedachten wisselen.

-
1. Zie onder meer B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007; J.A.M. van Angeren, *De rechter als bestuurder-plaatsvervanger*, JBplus 2007, p. 16-23; A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004; B.J. van Ettekoven, *Alternatieven van de bestuursrechter (observaties vanuit de eerste lijn)*, in: B.J. van Ettekoven, M.A. Pach, I.C. van der Vlies, *Alternatieven van en voor de bestuursrechter*, VAR-reeks 126, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001; J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak*, Deventer: Kluwer 2000; D. Allewijn, *Een nieuw denkmodel voor de bestuursrechter*, RM Themis 1998, p. 291-298.
 2. De ANWB beveelt dit overigens ook aan bij gebruik van een navigatiesysteem.

1.2 Vertrekpunt

Het vertrekpunt ligt in vertrouwd Awb-landschap. De toegang tot de bestuursrechter is gekoppeld aan het besluitbegrip. Het beroep is gericht op vernietiging van een besluit. Slaagt het beroep, dan wordt het besluit vernietigd. De vernietiging van het besluit veroorzaakt in veel gevallen een rechtsvacuüm dat gevuld moet worden met een nieuw besluit.³ Daar ontstaat het probleem, want met de enkele vernietiging van het besluit ligt de rechtstoestand tussen partijen niet vast. Als de rechter volstaat met een vernietiging, dient het bestuursorgaan in veel gevallen dan ook een nieuw besluit te nemen. De rechter kan soms door middel van zijn motivering enige sturing geven aan de besluitvorming over het nieuw te nemen besluit.⁴ Vaak zal de reden dat de rechter volstaat met een vernietiging echter juist zijn dat er meer uitkomsten rechtmatig kunnen zijn, zodat geen of slechts globale aanwijzingen mogelijk zijn. Het vervolgens opnieuw genomen besluit kan geheel tegemoetkomen aan de oorspronkelijke bezwaren, zodat het geschil is beëindigd. In de praktijk heeft het nieuwe besluit echter vaak dezelfde strekking als het oorspronkelijke besluit⁵ of stuit een wijziging van de strekking van het besluit op bezwaren van andere belanghebbenden. Ondanks de uitspraak van de rechter duurt het geschil in die situatie voort. Dat is wezensvreemd aan een rechterlijke uitspraak: die wordt naar zijn aard geacht een geschil tussen partijen te beslechten door te bepalen welke toestand rechtmatig is. Een rechterlijke uitspraak die aan deze fundamentele eis niet voldoet, schiet ernstig tekort. Dat klemt temeer als gezien wordt welke instrumenten de Awb-wetgever de bestuursrechter heeft meegegeven: vergaande onderzoeks- en uitspraakbevoegdheden die de rechter in staat zouden moeten stellen zijn taak naar behoren uit te voeren. Een falende rechter of een falend systeem?

3. Zie uitgebreid over dit onderwerp B.J. Schueler, Vernietigen en opnieuw voorzien. Over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

4. Een indirecte vorm van definitieve geschilbeslechting die zo veel mogelijk moet worden benut, evenals het bespreken van zo veel mogelijk beroepsgronden.

5. Schueler heeft in dit verband gewezen op de verlammeende schaduw die een mogelijke schadeclaim kan werpen over de heroverweging; zie B.J. Schueler, Een doolhof met vertakkingen. Naar een verbeterde rechtsbescherming tegen schadeveroorzakende besluiten?, O&A 2007, p. 57.

2 Het probleem

2.1 Wat is definitieve geschilbeslechting?

In dit preadvies staat de vraag centraal op welke wijze de bestuursrechter tot een uitspraak kan komen die een bestuursrechtelijk geschil definitief beslecht.⁶ Daarbij wordt ervan uitgegaan dat een bestuursrechtelijk geschil definitief door de rechter is beslecht als de rechtspositie van degene die beroep heeft ingesteld tegen een besluit dat handelt over die rechtspositie, na de uitspraak van de rechter vastligt. Twee mogelijke situaties kunnen zich daarbij voordoen: ofwel die rechtspositie volgt uit het bestreden besluit, ofwel die rechtspositie is in de uitspraak van de rechter vastgelegd en deze is in zoverre in de plaats gesteld van het bestreden besluit. Gelet hierop beslecht de rechter het geschil definitief door:

1. het bestreden besluit in stand te laten;⁷
2. als dat niet mogelijk is, na vernietiging de rechtsgevolgen in stand te laten of
3. in de uitspraak de rechtspositie vast te leggen en de uitspraak in de plaats te stellen van het bestreden besluit.

De drie belangrijkste middelen voor een definitieve beslechting van het geschil die de wetgever aan de bestuursrechter heeft toegekend, sluiten aan bij deze driedeling:

artikel 6:22 Awb bij punt 1, artikel 8:72, derde lid, Awb bij punt 2 en artikel 8:72, vierde lid, Awb bij punt 3.⁸ Voor het toepassen van deze rechterlijke bevoegdheden is in oplopende mate een inhoudelijke beoordeling vereist. Om deze beoordeling te kunnen maken, heeft de wetgever de bestuursrechter met de nodige onderzoeksbevoegdheden uitgerust. Afdeling 8.2.2 Awb voorziet in bevoegdheden die de rechter in staat zouden moeten kunnen stellen om de informatie te verzamelen die vereist is om het geschil definitief te beslechten. In ongeveer 80% van de zaken blijkt een definitieve beslechting van het geschil dan ook mogelijk te zijn.

Dat lijkt op het eerste gezicht veel en daarmee een relativering van het probleem, maar in absolute aantallen gezien zijn er erg veel zaken waarin de uitspraak van de

6. Mediation komt niet aan de orde, gezien de beperkte omvang van dit preadvies.

7. Dit kan ook het gevolg zijn van de onbevoegdheid van de rechter of de niet-ontvankelijkheid van het beroep; dat betreft echter een vorm van definitieve geschilbeslechting waarnaar de rechter niet kan en mag streven en deze zal daarom hier niet verder aan de orde komen.

8. Zie A.R. Neerhof, Bestuurlijke lus: passend antwoord op een weeffout of lapmiddel, in: M.A. Heldeweg, E.C.H.J. van der Linden e.a., *Uit de school geklapt?* Opstellen uit Maastricht, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 146.

rechter slechts een tussenstap en geen eindstation is.⁹ Welke belemmeringen ondervindt de rechter in die gevallen?

2.2 De Awb-systematiek als belemmering

In de inleiding werd al even opgemerkt dat aan het beperkte geschilbeslechtende vermogen van de bestuursrechter het systeem van vernietigen en opnieuw voorzien ten grondslag ligt. Dit systeem vormt de kern van de Awb. Een voor de hand liggende gedachte zou dan ook kunnen zijn om dit systeem overboord te zetten. Dit wordt in de literatuur ook wel bepleit.¹⁰ Het meest vergaande alternatieve systeem bestaat uit een volledige subjectivering van het bestuursprocesrecht. De procedure bij de rechter gaat dan alleen over de aantasting van de subjectieve rechten van de betrokken burger door een besluit dat als zodanig niet ter beoordeling staat. Met andere woorden: nadeelcompensatie.¹¹ Ook minder vergaande alternatieven zijn wel bepleit.¹²

Uit de diverse verkenningen komt naar voren dat het systeem van vernietigen en opnieuw voorzien op veel terreinen van het bestuursrecht een nuttige functie heeft en op een beperkt aantal terreinen nuancering behoeft. Maatwerkoplossingen kunnen op deze terreinen tot een effectiever systeem van rechtsbescherming leiden. Op het terrein van het schadevergoedingsrecht worden al kleine stappen in deze richting gezet.¹³

Grote bewegingen in het bestuursrecht in het algemeen zijn echter nog niet waar te nemen. Verwacht mag dan ook worden dat 'we' het in ieder geval de komende tien jaar nog met het systeem van de Awb zullen moeten doen. Nog afgezien daarvan zal ook het overboord zetten van de Awb niet de ultieme oplossing zijn. Het systeem van vernietigen en opnieuw voorzien is immers niet voor niets in de Awb opgenomen.

Aan dit systeem ligt ten grondslag dat rechter en bestuur principieel van elkaar verschillende bevoegdheden en verantwoordelijkheden hebben. Niet waarschijnlijk is dat dit aan de trias ontleende uitgangspunt zal wijzigen. Welk systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming in de toekomst ook in de plaats zal komen voor dat van de Awb, het zal in meer of mindere mate aanlopen tegen de uit de trias voortvloeiende beperkingen voor de rechter om de rechtspositie van de burger te bepalen. De belemmering van effectieve rechtsbescherming die het systeem van vernietigen en zelf voorzien teweegbrengt, zal in het vervolg van dit preadvies dan ook als een vaststaand gegeven worden aangenomen. Wel zal bezien worden hoe de rechter, gezien dit vaststaande gegeven, zo veel mogelijk tot definitieve beslechting van het geschil kan komen. Om dat doel te bereiken, zal hij een aantal belemmeringen moeten overwinnen.

9. Marseille gaat uit van een totale hoeveelheid van ongeveer 50.000 zaken per jaar (exclusief vreemdelingenzaken); daarvan worden dus ongeveer 10.000 zaken niet definitief beslecht door de uitspraak van de bestuursrechter. Zie Marseille 2004, p. 1.

10. Het werk van A.Q.C. Tak mag in dit verband niet onvermeld blijven.

11. Zie kritisch over een dergelijk model: Schueler, O&A 2007, p. 55-63.

12. Zie Commissie rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht VAR (commissie-Polak), De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 82-83.

13. Zie het voorontwerp van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad op <www.minjus.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/Voorontwerpen/nadeelcompensatie_schadevergoeding-bij-onrechtmatige-overheidsdaad.aspx>.

2.3 Overige belemmeringen

In het in het kader van de derde evaluatie van de Awb verrichte onderzoek naar definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter¹⁴ worden de volgende negen factoren genoemd die een definitieve beslechting van het geschil door de bestuursrechter belemmeren:

1. beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid van het bestuur;
2. benodigde inhoudelijke deskundigheid waarover het bestuur vaak wel beschikt en de rechter niet;
3. het verschil in toetsingsmoment (*ex nunc* voor het bestuur en *ex tunc* voor de rechter);
4. het mandaat van de vertegenwoordigers van het bestuursorgaan, dat vaak onvoldoende is om tot een oplossing van het geschil te kunnen komen;
5. procedurele en formele belemmeringen;
6. belangen van derden die zelf geen partij zijn, kunnen worden geraakt;
7. doorlooptijden van beroepsprocedures;
8. werklastverdeling tussen rechter en bestuur en de vrees dat het bestuur zijn werk aan de rechter overlaat;
9. het zittingsgerichte werken, dat de aandacht voor het vooronderzoek heeft verzwakt.

Deze opsomming vereist een korte toelichting per factor ter verduidelijking.

Ad 1: Voor zover het bestuur bij de uitoefening van de in geding zijnde bevoegdheid beleidsvrijheid of beoordelingsvrijheid toekomt, dient de rechter deze vrijheid te respecteren om redenen van machtscheiding. De rechter bepaalt in zoverre niet wat doelmatig is, maar of de door het bestuur gekozen invulling niet onredelijk en daarmee onrechtmatig is.

Ad 2: De rechter bezit slechts juridische deskundigheid; als bij het opnieuw in de zaak voorzien andersoortige deskundigheid is vereist, zal de rechter dit, mede gelet op de factoren 7, 8 en 9, aan de deskundigheid van het bestuur overlaten.¹⁵

Ad 3: Bij het opnieuw voorzien zullen in beginsel feiten die dateren van na het vernietigde besluit moeten worden betrokken. Dit vergt nader feitenonderzoek dat de rechter, mede gelet op de factoren 7, 8 en 9, aan het bestuur zal overlaten.

Ad 4: De vertegenwoordiger van het bestuursorgaan is ter zitting meestal slechts bevoegd het genomen besluit te verdedigen en niet om standpunten in te nemen over het na vernietiging te nemen besluit.

14. Schueler/Drewes e.a. 2007, p. 163.

15. Zie ten aanzien van de factoren 1 en 2 de uitspraak van de ABRvS van 8 juli 1996, JB 1998/188 m.nt. RJNS (Bouwplan Muiderkerkerrein).

Ad 5: Als de totstandkoming van het besluit is onderworpen aan bepaalde procedu-
revoorschriften (denk bijvoorbeeld aan afdeling 3.4 Awb) en daaraan geheel of
gedeeltelijk niet is voldaan, of daaraan wel is voldaan maar er een inhoudelijk gebrek
aan het besluit kleeft, kan de rechter veelal niet anders dan het besluit vernietigen,
zodat alsnog of opnieuw de vereiste procedure kan worden gevolgd.¹⁶

Ad 6: Als het besluit belangen van derden raakt die geen partij zijn in de procedure,
zal de rechter de reparatie van het vernietigde besluit aan het bestuur overlaten,
omdat deze in de besluitvorming ook de belangen van die derden kan betrekken.¹⁷

Ad 7: Iedere actieve bijdrage van de rechter aan de oplossing van het geschil kost tijd,
terwijl er vanuit de organisatie druk wordt uitgeoefend om de doorlooptijd zo kort
mogelijk te houden.

Ad 8: Het streven naar definitieve geschilbeslechting mag er niet toe leiden dat het
bestuur zijn plicht verzaakt en de rechter het probleem laat opknappen.

Ad 9: In verband met het streven naar korte doorlooptijden worden zaken zo snel
mogelijk op zitting gebracht, waardoor het gebruik van vooronderzoeksbevoegdhe-
den dat kan bijdragen aan definitieve geschilbeslechting tot een minimum beperkt
blijft.

Deze belemmeringen doen zich niet op alle terreinen van het bestuursrecht in gelijke
mate voor. Bij de verdere bespreking van de belemmeringen zal echter niet steeds
onderscheid worden gemaakt tussen deze verschillende terreinen, maar wordt ervan
uitgegaan dat deze belemmeringen zich voordoen en wordt gezocht naar mogelijk-
heden om deze weg te nemen.

16. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de ABRvS van 3 december 2003, nr. 200206819/1
(www.raadvanstate.nl).

17. Dit is vaak een impliciete afweging die niet in de uitspraak tot uitdrukking komt.

3 De belemmeringen nader bezien

3.1 Belemmeringen van praktische of rechtspolitieke aard

Van de negen in paragraaf 2.3 genoemde factoren zijn alleen de factoren 1, 5 en 6 van min of meer principiële aard. De overige factoren zijn van praktische of rechtspolitieke aard. Deze belemmeringen zouden daarom in beginsel weggenomen moeten kunnen worden. Bezien zal worden of dit inderdaad mogelijk is.

Praktisch

Belemmering 4 is van zuiver praktische aard en zou met enige creativiteit weggenomen kunnen worden. Een mogelijkheid zou kunnen zijn om in de uitnodiging voor de zitting de twijfels over de rechtmatigheid van het besluit aan de hand van vragen voor te leggen en daarbij op te merken dat, gezien deze vragen, verzocht wordt de vertegenwoordiger van het bestuursorgaan ter zitting eventueel concrete beslitalternatieven mee te geven. Dit voorkomt dat de vertegenwoordiger zelf vergaande bevoegdheden moeten worden toegekend. Dit laatste zou al snel in strijd met het legaliteitsbeginsel komen, omdat de vertegenwoordiger ter zitting dan *de facto* zelfstandig een nieuw besluit neemt. In nijpendere gevallen, bijvoorbeeld na herhaaldelijke vernietiging, zou kunnen worden besloten (een lid van) het bestuursorgaan op te roepen voor de zitting, zodat van gedachten kan worden gewisseld over alternatieven voor het voorliggende besluit.¹⁸ Voorwaarde is dat de rechter communiceert met het bestuursorgaan en deze niet pas ter zitting confronteert met mogelijk serieuze gebreken. Dat vergt een wat andere insteek, maar is praktisch gezien zeer wel mogelijk. De zitting zou niet langer de ‘black box’ moeten zijn die hij nu in veel gevallen is, waarbij het afwachten blijft welke vragen de rechter zal stellen,¹⁹ maar de zitting zou moeten functioneren als laatste gelegenheid om bij de rechter levende vragen weg te nemen alvorens deze uitspraak zal doen.²⁰ In zekere zin zou een ‘nadeel’ van deze werkwijze voor de rechter kunnen zijn, dat vóór de zitting minder goed te voorspellen is hoe naar verwachting de uitspraak zal moeten luiden. Voor de zitting bestaan er nog meer ‘losse eindjes’ die pas na de zitting kunnen worden vastgezet, wat de nodige tijd kost. Maar aan dat nadeel mag geen gewicht toekomen: een uitspraak op basis van een inhoudelijke gedachte-

18. Overigens kent ook het oproepen van een lid van het bestuursorgaan zijn beperkingen, nu niet ter zitting namens een collegiaal bestuursorgaan de inhoud van een gewijzigd besluit bindend kan worden vastgesteld. Zie in dit verband de zogenoemde parafenjurisprudentie; bijvoorbeeld de uitspraak van de ABRvS van 16 juli 2003, nr. 200200757/1 (<www.raadvanstate.nl>).

19. Met het aanzienlijke risico dat een of meer vragen een terrein bestrijken dat niet goed is voorbereid.
20. Met name bij partijen die zonder rechtsbijstand procederen, bestaat nog wel eens de misvatting dat de zitting het beginpunt is van de behandeling van de zaak in plaats van het eindpunt.

wisseling verdient de voorkeur boven een uitspraak op basis van een eenzijdige interpretatie van de stukken.

Rechtspolitiek

De belemmeringen 2, 3, 7, 8 en 9 zijn van meer rechtspolitieke aard: het is geen kwestie van niet kunnen, maar van niet willen. Het meest evident is dat bij de factoren 2 en 3. Als de rechter niet de vereiste deskundigheid bezit om het vacuüm te vullen dat ontstaat na vernietiging van het bestreden besluit, kan hij op de voet van artikel 8:47 Awb een deskundige inschakelen om hem de informatie te leveren die daarvoor is vereist. Dat nader feitenonderzoek is vereist, behoeft evenmin te betekenen dat de rechter moet volstaan met vernietiging van het bestreden besluit. Het feitenonderzoek kan immers eveneens door een deskundige worden verricht. De Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening verricht, met name in opdracht van de Kamers 1 en 2 van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, regelmatig feitenonderzoek. Ook het bestuur zelf kan, bij voorkeur in het vooronderzoek, worden ingeschakeld door de rechter om alsnog de benodigde deskundigheid of de benodigde feiten aan te leveren.²¹ De factoren 2 en 3 zijn dan ook geen absolute belemmeringen, maar belemmeringen die met enige extra tijd en inspanning van de bestuursrechter kunnen worden weggenomen. Echter, het besteden van meer tijd aan een zaak en het (laten) verrichten van meer feiten- en deskundigenonderzoek stuit nu juist af op de belemmeringen 7, 8 en 9. De twee centrale knelpunten bij al deze belemmeringen van rechtspolitieke aard zijn dan ook de factoren tijd en taakverdeling. Op deze knelpunten zal daarom nader worden ingegaan.

3.1.1 Tijd

Een groot deel van de genoemde belemmeringen van rechtspolitieke aard houdt verband met het streven de zaak zo snel mogelijk door de rechterlijke 'machine' te laten lopen. Op zichzelf is dat een lovenswaardig streven. Italiaanse toestanden, waarin partijen soms wel vijftien jaar of langer moeten wachten op een uitspraak,²² zijn ongewenst. Artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) vormt daarbij een belangrijke stok achter de deur.

In Straatsburg telt echter niet alleen de rechterlijke fase mee bij het bepalen van de redelijke termijn, maar vangt deze al aan op het moment waarop bezwaar is gemaakt.²³ Als een bestuursrechtelijk geschil al jaren voortsleept vanwege herhaaldelijke vernietiging van besluiten, is niet van belang dat de rechterlijke fase steeds vlot is verlopen. De totale lengte van de procedure tot vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen wordt beoordeeld.²⁴ Die integrale benadering zou de bestuursrechter zich meer ter harte moeten kunnen nemen bij de inrichting van de procedure. Wat bij

21. Een andere mogelijkheid is het leggen van een zogenoemde bestuurlijke lus; daarover in subparagraaf 'De bestuurlijke lus' meer.

22. Zie het arrest van het EHRM van 28 juli 1999, <www.echr.coe.int> (Ferrari).

23. Zie onder meer het arrest van het EHRM van 28 juni 1978, <www.echr.coe.int> (König).

24. Zie het arrest van het EHRM van 19 maart 1997, <www.echr.coe.int> (Hornsby).

de factor tijd doorslaggevend zou moeten zijn, is niet hoelang een zaak onder handen van de rechter is, maar hoe de rechter er met zijn uitspraak aan kan bijdragen dat de totale procedure tot vaststelling van de rechtspositie van de burger zo kort mogelijk duurt.

Als de rechterlijke fase verhoudingsgewijs wat langer duurt, maar daarmee het geschil definitief kan worden beslecht, verdient dat de voorkeur boven een vlotte rechterlijke uitspraak die strekt tot vernietiging van het bestreden besluit, waarna het geschil nog jaren voortsleept. De redelijke termijn van artikel 6 EVRM stopt immers niet bij de rechterlijke uitspraak, maar bij rechtszekerheid over burgerlijke rechten en verplichtingen. De factor tijd moet daarom niet worden ingekaderd binnen de rechterlijke instantie, maar in breder verband worden gezien. De zaak moet niet zo snel mogelijk van het bureau van de rechter, maar het geschil moet zo snel mogelijk zijn opgelost.

In Straatsburg zal deze laatste meer inhoudelijke insteek op instemming kunnen rekenen. Ook op nationaal niveau moet er meer draagvlak komen voor een inhoudelijke benadering van het tijdverloop dat is gemoeid met de behandeling van een zaak door de bestuursrechter. Niet de kale cijfers moeten de doorslag geven, maar wat daarachter schuilgaat: de bijdrage aan de beslechting van het geschil. Dat is moeilijker meetbaar en in zoverre voor managers wellicht een nachtmerrie, maar rechtspraak moet gericht zijn op kwaliteit, waarvan tijdigheid slechts een onderdeel uitmaakt. Dit betekent niet dat de bestuursrechter nu rustig achterover kan leunen. Korte doorlooptijden blijven van belang, maar wel in het bredere perspectief van geschilbeslechting in plaats van het te beperkte kader van zaaksafhandeling.

3.1.2 Taakverdeling

De taakverdeling tussen rechter en bestuur is in beginsel helder. Het bestuur stelt bij besluit, ambtshalve dan wel op aanvraag, de rechtspositie van de burger vast.

De rechter toetst dit besluit indien en voor zover daartegen beroep is ingesteld. Daarbij respecteert hij de keuzes die het bestuur ter invulling van de hem geboden wettelijke ruimte maakt, door slechts te toetsen of deze niet onredelijk zijn. Dit laatste vloeit voort uit de aloude staatsrechtelijke notie van de machtscheiding. Bete- kent deze notie dat de rechter geen deskundigen- of feitenonderzoek mag (doen) verrichten? Zeker niet. Door dat te doen, treedt de rechter immers wel in verplichtingen maar niet in bevoegdheden van het bestuur. Het bestuur is verplicht om aan zijn besluit een zorgvuldig onderzoek naar de feiten ten grondslag te leggen, maar deze verplichting betreft niet de bevoegdheidsuitoefening zelf. Het is zonder meer belangrijk dat het bestuur nadrukkelijk wordt gewezen op zijn verplichtingen. Maar als hij deze niet nakomt en dit in beroep bij de rechter aan de orde wordt gesteld, mag het niet zo zijn dat rechter en bestuur een oneigenlijk spelletje trias over de rug van de burger gaan spelen. Door te volstaan met een vernietiging en de zaak terug te sturen naar het bestuur wordt weliswaar een pedagogische tik uitgedeeld, maar het is de burger²⁵ die deze tik het hardste voelt. Deze wordt van het spreekwoordelijke

25. Zie over de verschillende belangen die 'de' burger in een procedure bij de rechter kan hebben para- graaf 3.2.

kastje naar de muur gestuurd.²⁶ Een dergelijke insteek van de rechter is dan ook te bureaucratisch van aard en geeft de burger een onvervalste ‘paarse krokodil-ervaring’: gezien de bevoegdheden waarmee de Awb de bestuursrechter heeft uitgerust, kan deze het vereiste onderzoek wel verrichten, maar doet hij dat in zo’n geval niet en moet de burger toch naar een ander loket. Verwijzing naar het bestuurlijke loket is alleen noodzakelijk als bevoegdheden moeten worden uitgeoefend waarover het bestuur wel en de rechter niet beschikt. Voorkomen moet echter worden dat er een prijs komt te staan op onzorgvuldig voorbereide besluiten, in die zin dat de rechter de tekortkomingen wel aanvult. Daartoe is het noodzakelijk dat de rechter de schending van de bestuurlijke verplichtingen uitdrukkelijk in zijn uitspraak vaststelt en daaraan gevolgen verbindt die het bestuur raken. Zo zouden bijvoorbeeld de kosten van het alsnog verrichte onderzoek door de rechter bij het bestuur in rekening kunnen worden gebracht. Ook andere financiële prikkels zijn denkbaar in de vorm van schadevergoeding, ruimhartige proceskostenvergoeding of heffing van griffierecht.²⁷ Dat is een kwestie van techniek waarvoor een passende oplossing moet kunnen worden gevonden.

3.1.3 Voorgestelde werkwijze

Uit het voorgaande volgt dat de belemmeringen tijd en taakverdeling grotendeels van rechtspolitieke aard zijn en dat een aantal belemmeringen dat daarop voortbouwt, kan worden weggenomen door een actievere opstelling van de rechter.

Concreet betekent dit laatste dat meer gebruik zal moeten worden gemaakt van het vooronderzoek en de daarbij ter beschikking staande bevoegdheden. Om dat op zinvolle wijze te kunnen doen, is vereist dat al in een vroeg stadium globaal inzicht bestaat in de zaak, aan de hand waarvan de rechter kan beslissen of vooronderzoeksbevoegdheden moeten worden gebruikt en, zo ja, welke. Het door Van Ettekoven geïntroduceerde model,²⁸ waarin zaken in drie fasen worden gezeefd, spreekt mij op zichzelf wel aan, maar is sterk toegesneden op het concept van een zogenoemde poortzitting, waarvan de toegevoegde waarde naar mijn mening beperkt is.²⁹ Ik zou daarom maar twee van de drie zeven willen gebruiken. In het kort komt het model dan op het volgende neer.

De eerste zeef betreft een bevoegdheids-, ontvankelijkheids- en formaliteitenbeoordeling die op administratief-juridisch niveau kan worden uitgevoerd. Nadat de zaken die met toepassing van artikel 8:54 Awb kunnen worden afgedaan eruit zijn gezeefd, wordt een tweede zeef gebruikt. Daarin wordt door een ervaren jurist gecontroleerd of de benodigde stukken aanwezig zijn en wordt in telegramstijl aangegeven wat de strekking van het bestreden besluit is en wat daartegen in beroep is aangevoerd. Aan de hand daarvan wordt aan de vooronderzoekrechter een behandelvoorstel gedaan:

26. Weer terug bij het kastje (de rechter) wordt het beroep vervolgens in veel gevallen ongegrond verklaard, wat ook niet bijdraagt aan het draagvlak voor deze wijze van behandeling door de rechter.

27. Heffing van griffierecht achteraf en afhankelijk van de uitkomst van de procedure is niet nieuw; zie art. 40, derde lid, Wet op de Raad van State.

28. Van Ettekoven 2001, p. 30-34.

29. De argumentatie voor dit standpunt volgt hierna.

ofwel 1) de zaak is reeds voldoende duidelijk en kan op zitting worden gebracht, ofwel 2) er is nader onderzoek nodig vanwege de complexiteit van de zaak. De zaken uit categorie 1 doorlopen de thans gebruikelijke weg: na completering van het dossier wordt dit zonder nader vooronderzoek door de rechter(s) voorbereid en ter zitting behandeld. Deze werkstroom zou kunnen worden aangeduid als 'confectie'. De zaken uit categorie 2 zijn de zaken waarin een vooronderzoek is vereist: ofwel a) omdat het een complexe zaak betreft, ofwel b) omdat er door opheldering van de feiten mogelijkheden zijn om het geschil definitief te beslechten. Deze zaken worden als zodanig gelabeld, zodat ook in het managementsysteem kenbaar is waarom deze zaken minder snel de verschillende stadia doorlopen.³⁰ Na een verdere instructie van een categorie 2-zaak, dient de vooronderzoeksrechter te bepalen welke bevoegdheden moeten worden toegepast om de informatie te verkrijgen die is vereist om de zaak na behandeling op een zitting te kunnen afdoen. Dit kan bijvoorbeeld betekenen dat een comparitie wordt gehouden, dat een deskundige wordt benoemd, dat nadere stukken worden opgevraagd of dat gerichte vragen worden gesteld. Deze werkstroom zou kunnen worden aangeduid als 'atelier'.

Het vervolgens houden van een poortzitting³¹ heeft geen toegevoegde 'zeefwaarde' en kan zelfs onnodig tijdverlies opleveren als geen toestemming³² wordt verkregen om de zaak zonder Awb-zitting af te doen of om inhoudelijke redenen nog een Awb-zitting is vereist. Wanneer de zaak op een Awb-zitting is behandeld, zal, mede aan de hand van de in het vooronderzoek vergaarde informatie, in de meeste gevallen uitspraak kunnen worden gedaan en zal in een klein deel van de gevallen een heropening nodig zijn. Dit laatste instrument zou minder angstvallig moeten worden benaderd. Als nader onderzoek is vereist met het oog op verdere beslechting van het geschil, moet het vooronderzoek zonder schroom kunnen worden heropend. Om dat te bereiken, zou de rechter zelfstandig moeten kunnen beslissen om na heropening al dan niet een nadere zitting te houden en daarbij niet afhankelijk moeten zijn van toestemming van partijen. Artikel 8:64, vijfde lid, Awb zou op dit punt dan ook moeten worden aangepast: partijen krijgen de gelegenheid te reageren op nadere stukken en/of standpunten, maar het is vervolgens aan de rechter om te beslissen of naar aanleiding daarvan een nadere zitting is vereist.

Bezien in het kader van definitieve geschilbeslechting zou niet alleen de complexiteit van de zaak doorslaggevend moeten zijn voor de vraag of een vooronderzoek is vereist. Gewicht moet ook worden toegekend aan het antwoord op de vraag of het beroep naar verwachting tot vernietiging van het bestreden besluit zal leiden wegens een gebrekkige feitelijke grondslag. Is dit het geval, dan kan het vooronderzoek eraan bijdragen dat na vernietiging de rechtsgevolgen in stand kunnen worden gelaten of zelf in de zaak kan worden voorzien.³³

30. Ook in de externe verantwoording zouden deze categorieën moeten worden uitgesplitst: de categorie 2b-zaken beïnvloeden ten onrechte de gemiddelde doorlooptijd, terwijl de langere duur van deze zaken niet aan de rechter is te wijten maar aan een onvoldoende onderbouwing van het besluit die door de rechter door middel van vooronderzoek moet worden verholpen.

31. Dat is de derde zeef in het model van Van Ettehoven.

32. Zie art. 8:57 Awb.

3.1.4 Schijnbelemmeringen

De hiervoor beschreven werkwijze maakt het mogelijk om al in vroeg stadium een selectie te maken van zaken waarin wel en zaken waarin geen vooronderzoek is vereist.³⁴ De uitkomst van deze selectie zou aan partijen meegedeeld moeten worden: ofwel de rechter acht zich op basis van de stukken voldoende voorgelicht en u zult op korte termijn worden uitgenodigd voor een zitting, ofwel de rechter acht nader onderzoek noodzakelijk over de inhoud waarvan u op de hoogte zult worden gehouden. Daardoor weten partijen wat ze kunnen verwachten en legt de rechter zich erop vast om zaken waarin hij geen gebruikmaakt van zijn vooronderzoeksbevoegdheden niet op de plank te laten liggen, maar daarin voortvarend uitspraak te doen. Daartoe is wel vereist dat bestaande voorraden grotendeels worden weggewerkt, zodat zo veel mogelijk de actuele instroom kan worden verwerkt. In zaken waarin geen vooronderzoek is vereist, kan op die wijze een versnelling worden bereikt ten opzichte van de huidige situatie waarin deze zaken vaak onnodig lang in de voorraad verdwijnen. De zaken waarin wel vooronderzoek is vereist, zullen door deze werkwijze minder snel kunnen worden afgedaan. Dit betreft echter de minderheid van het aantal zaken³⁵ en de extra tijd die de rechter aan de zaak besteedt, is erop gericht de totale geschiltijd terug te brengen en is in zoverre 'quality time'. De tijdwinst die kan worden geboekt bij de zaken waarin geen vooronderzoek is vereist, zal, vrees ik, niet geheel opwegen tegen de langere tijdsduur die is gemoeid met de zaken waarin wel een vooronderzoek is vereist, maar appels en peren moeten dan ook niet worden vergeleken.

De aan de factoren tijd en taakverdeling ontleende belemmeringen voor een definitieve geschilbeslechting kunnen met enige inspanning van de rechter worden weggenomen zonder dat dit hoeft te leiden tot het wezenlijk oplopen van de doorlooptijden of een verstoring van de taakverdeling tussen rechter en bestuur. Deze belemmeringen zijn dan ook grotendeels schijnbelemmeringen.

3.1.5 Tijd is geld

Prachtig allemaal, maar wie gaat dat betalen, hoor ik u denken. Als zodanig een nare gedachte wat mij betreft, maar wel een terechte. Meer handelingen van de rechter zullen leiden tot een langere procedure,³⁶ wat meer geld zal kosten. Het huidige financieringssysteem voor de rechterlijke macht is erop gericht om zaken zo snel mogelijk door de organisatie te laten lopen. Extra handelingen van de rechter moeten uit hetzelfde budget worden betaald. Als door die extra handelingen minder zaken worden afgedaan, wordt het budget gekort. De organisatie wordt namelijk afgerekend op het aantal uitspraken.³⁷ Een rechter die zich inspannt om een geschil definitief te beslech-

33. Het vooronderzoek biedt uiteraard niet in alle gevallen uitkomst. Bepaalde gebreken kunnen naar hun aard niet worden hersteld; daarover later meer.

34. Zie ook B.J. van Ettekoven, Agenda voor de bestuursrechtspraak ('het einde van de eenheidsworst'), Voorzittersrede Jaarvergadering VAR 2007: www.verenigingvoorbestuursrecht.nl/Jaarrede_2007.doc.

35. In de huidige situatie wordt weinig gebruikgemaakt van het vooronderzoek en is niettemin de meerderheid van de beroepen ongegrond.

36. Zie A.T. Marseille, Dilemma's van alledaagse bestuursrechtspraak, NJB 2005/5, paragraaf 3.3.

ten, snijdt zichzelf in de meeste gevallen dan ook in de vingers. Dit financieringssysteem moet dan ook worden herzien. Efficiëntie is belangrijk en er moet zorgvuldig worden omgegaan met gemeenschapsgeld, maar het kan niet zo zijn dat de uitkomst van een rechterlijke uitspraak afhankelijk is van de voor de rechterlijke macht beschikbaar gestelde middelen. Het hiervoor voorgestelde ‘labelen’ van zaken zou niet alleen in de werkstroom en de verantwoording, maar ook in de financiering moeten worden doorgevoerd. De zaken waarin extra handelingen zijn verricht door de rechter om het geschil definitief te beslechten, zouden zwaarder moeten tellen voor de financiering. Hoeveel zwaarder, moet nader worden afgewogen. Als definitieve geschilbeslechting echt belangrijk wordt gevonden, zou een rechtbank zelfs beter mogen worden van haar inspanningen voor deze goede zaak. In ieder geval zal zij er niet slechter van mogen worden.³⁷ Daarmee wordt voorkomen dat de rechter zichzelf in de vingers snijdt en wordt een positieve in plaats van een negatieve financiële consequentie verbonden aan definitieve geschilbeslechting. Per saldo zal dit betekenen dat er minder uitspraken kunnen worden gedaan voor hetzelfde geld. Dit lijkt een slechte ‘deal’ te zijn, maar een definitieve beslechting van bestuursrechtelijke geschillen heeft haar prijs en de maatschappelijke voordelen die daarmee worden behaald,³⁸ zouden het financiële nadeel ruimschoots moeten kunnen compenseren. Bovendien leidt definitieve geschilbeslechting ertoe dat op bestuurlijk niveau geen kosten meer worden gemaakt voor de reparatie van het vernietigde besluit en dat eventuele volgende procedures bij de rechter met de bijbehorende kosten achterwege blijven. In plaats van de negatieve term ‘kosten’ van een uitspraak zou de positieve term ‘waarde’ van een uitspraak leidend moeten zijn. In deze waarde zou, naast de kosten in traditionele zin, ook de inhoud van de uitspraak gewaardeerd moeten worden.⁴⁰ Een financieel goedkopere uitspraak waarmee het geschil niet definitief is beslecht, kan dan een lagere waarde hebben dan een financieel duurder uitspraak die het geschil wel definitief beslecht.

3.2 Intermezzo: wiens belang is gediend bij definitieve geschilbeslechting?

Voordat de belemmeringen van principiële aard onder de loep worden genomen, is het tijd voor een kleine onderbreking in deze wandeling. Het lijkt goed om even stil te staan bij de vraag of al die extra inspanningen die moeten worden verricht voor een definitieve geschilbeslechting wel in verhouding staan tot het daarmee te bereiken resultaat. Of anders gezegd: wie is gebaat bij al dat ‘getob’ van de rechter.

Het geschil draait om het vaststellen van een rechtspositie. De inhoud van deze rechtspositie is natuurlijk het interessantst. Daar gaat het geschil immers primair om. Partijen zijn dan ook het meest gebaat bij definitieve geschilbeslechting indien dat betekent dat op basis van de uitspraak de rechtspositie overeenstemt met het stand-

37. Zie Schueler/Drewes e.a. 2007, p. 128.

38. In managementtermen: definitieve geschilbeslechting moet minimaal budgetneutraal kunnen plaatsvinden.

39. Zie paragraaf 3.2.

40. Als alleen de financiële kosten in aanmerking worden genomen, ontstaat een te eenzijdig beeld.

punt dat zij daarover in de procedure naar voren hebben gebracht, althans dat duidelijk is welke de inhoud van de rechtspositie is.⁴¹ Zoals al eerder is vermeld, vindt definitieve geschilbeslechting plaats door ongegrondverklaring, vernietiging met in stand laten van de rechtsgevolgen of vernietiging en zelfvoorzien.⁴² Het moge duidelijk zijn dat de burger die in beroep komt tegen een besluit niet is gebaat bij de eerste twee uitkomsten: hij staat ofwel met lege handen ofwel met een dode mus in de hand.

Het bestuursorgaan en de burger die is gebaat bij het in beroep bestreden besluit, zullen deze twee uitkomsten uiteraard toejuichen. De derde mogelijke uitkomst kan twee kanten uitvallen. Van belang is echter dat de rechter, zoals bekend, in de meeste gevallen alleen zelf in de zaak zal voorzien als er rechtens maar één te nemen besluit mogelijk is. Aangezien het materiële bestuursrecht in het algemeen alleen buitengrenzen stelt, zal zelf voorzien vaak betekenen dat een buitengrens is overschreden, zodat er rechtens alleen een negatief besluit mogelijk is: weigeren, afwijzen, goedkeuring onthouden. Slechts in uitzonderingsgevallen zal een oorspronkelijk negatief besluit worden vervangen door een positief besluit. Vaak zijn dat de gevallen waarin er rechtens meer dan één besluit mogelijk is, maar partijen overeenstemming hebben over de inhoud van het besluit en derden daardoor niet worden geschaad. Kortom, de burger die beroep instelt tegen een wijziging in rechtspositie is het beste af bij definitieve geschilbeslechting, omdat deze het meeste kans geeft op een uitkomst die overeenstemt met wat met het beroep is beoogd: namelijk vernietigen en zelfvoorzienend de wijziging ongedaan maken. Maar op die uitkomst bestaat als zodanig maar een kleine kans. Dat een besluit echt in strijd is met de buitengrenzen die in het materiële recht zijn gesteld, komt gelukkig niet veel voor. Veelal zal het rechtsgevolg van het bestreden besluit als zodanig niet in strijd zijn met het recht, maar kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de wijze van tot stand komen of de motivering van het besluit. Definitieve geschilbeslechting zal dan niet tot het door de in beroep gekomen burger gewenste resultaat leiden.

Deze globale analyse is op een aantal algemene aannames gebaseerd en wat meer empirische gegevens zouden niet hebben misstaan.⁴³ Bovendien gelden bepaalde aannames niet of niet onverkort voor bepaalde deelterreinen van het bestuursrecht, zoals het schadevergoedingsrecht. Niettemin durf ik de stelling wel aan dat definitieve geschilbeslechting de burger in het algemeen inhoudelijk niet verder helpt.

Daar staat tegenover dat afzien van definitieve geschilbeslechting dat ook niet doet.

Na vernietiging heeft het nieuwe besluit vaak dezelfde strekking en is een tweede beroepsprocedure gedoemd op een teleurstelling voor de burger uit te lopen.

Definitieve geschilbeslechting voorkomt dus een teleurstelling. Een kanttekening die daarbij kan worden geplaatst, is dat dit wel een rationele kosten-batenbenadering is. Voorstelbaar is dat een vernietiging als zodanig al een zekere genoegdoening biedt, die bij definitieve geschilbeslechting leidend tot ongegrondverklaring moet worden gemist. Daarnaast kan het zijn dat het doel van de burger slechts bestaat uit het vertragen van de uitvoering van het besluit. Dat is echter geen legitiem doel en dus geen

41. Enkele rechtszekerheid is een wel erg minimaal resultaat c.q. schrale troost voor een partij.

42. Zie hiervoor paragraaf 2.1.

43. Empirisch onderzoek gaat echter de omvang van dit preadvies te buiten.

beletsel voor definitieve geschilbeslechting. De conclusie dient dan ook te zijn dat bestuursorganen en belanghebbenden die gediend zijn met het bestreden besluit, het meest gebaat zijn bij definitieve geschilbeslechting. Echter, ook de burger die ‘tegen’ is, heeft daar baat bij. Kortom: definitieve geschilbeslechting dient het algemeen belang. Het zou goed zijn als de rechter dit zo veel mogelijk probeert uit te leggen ter zitting dan wel in de uitspraak en dat de wetenschap niet zuur reageert als beroepsprocedures nog minder kans van inhoudelijk slagen hebben. De crux ligt in de aard van het materiële recht en de verhouding tussen rechter en bestuur die daardoor wordt ingekleurd. Een en ander komt in de volgende paragraaf nader aan bod.

3.3 Belemmeringen van principiële aard

Anders dan op de belemmeringen van praktische en organisatorische aard heeft de rechter geen invloed op de factoren ‘beleids- en beoordelingsvrijheid’, ‘procedurele en formele belemmeringen’ en ‘belangen van derden’. Deze belemmeringen volgen uit het materiële recht. Afhankelijk van het rechtsgebied doen deze belemmeringen zich al dan niet voor. Vaak hangen ze ook met elkaar samen: hoe groter de groep belanghebbenden bij een besluit, hoe groter de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur is en hoe meer procedurele voorschriften de wetgever heeft gesteld om te waarborgen dat met die vrijheden op zorgvuldige wijze wordt omgegaan.

Een voorbeeld ter verduidelijking: een bestemmingsplan is een besluit van algemene strekking dat zich in de regel richt tot een groep belanghebbenden. Omdat de inhoud van het plan een afweging moet zijn van de verschillende plaatselijke belangen, heeft de wetgever een open norm gesteld: een goede ruimtelijke ordening. Om te waarborgen dat de relevante feiten en belangen op zorgvuldige wijze worden vergaard en afgevoerd, heeft de wetgever afdeling 3.4 Awb van toepassing verklaard.

In het belastingrecht daarentegen raakt de aanslag slechts de belangen van de adressant, heeft de fiscus geen beleids- en beoordelingsvrijheid en zijn vrijwel geen procedurele voorschriften gesteld voor de totstandkoming van de aanslag.

Dat deze belemmeringen een samenhang vertonen, betekent niet dat ze altijd gezamenlijk aan de orde zijn. Ook in tweepartijengeschillen beschikt het bestuur in bepaalde gevallen over beleids- en beoordelingsvrijheid. De belemmering is in dat geval echter overkomelijk, doordat de rechter in beginsel de inhoud van een nieuw besluit met partijen kan bespreken. Vooral in gevallen waarin deze drie belemmeringen samengaan, ziet de rechter zich voor een zware opgave gesteld. Deze belemmeringen hebben immers gemeenschappelijk dat ze de kern van het besluit raken: de belangenafweging en de wijze waarop deze tot stand is gekomen. Als in die gevallen aan de kern van het besluit iets schort, mag de rechter om staatsrechtelijke redenen en kan hij om praktische redenen het geschil niet definitief beslechten. De rechter ziet zichzelf dan geplaatst voor een taak die niet de zijne is, maar die van het bestuur. In veel gevallen volstaat de rechter dan ook met een vernietiging. Om aan deze onbevredigende situatie iets te doen, zullen deze drie belemmeringen zo veel mogelijk moeten worden weggenomen. Hierna zullen de mogelijkheden worden verkend.

Daarbij zal, mede aan de hand van het conceptwetsvoorstel⁴⁴ waarin die mogelijkheden inmiddels zijn opgenomen, worden stilgestaan bij de voorgestelde verruiming van het toepassingsbereik van artikel 6:22 Awb en bij de zogenoemde bestuurlijke lus. Om te beginnen, zal echter worden stilgestaan bij de belangen van derden.

3.3.1 De belangen van derden

De positie van derden is slechts in geding indien de rechtsgevolgen van het bestreden besluit als gevolg van de uitspraak wijzigen en derden daardoor geraakt kunnen worden. Kortom: slechts als de rechter zelf in de zaak voorziet. Zoals hiervoor al werd opgemerkt, maakt de rechter van deze bevoegdheid in het algemeen slechts gebruik als er rechtens maar één te nemen besluit mogelijk is. In dat geval spelen de belangen van derden echter geen rol. De reikwijdte van deze belemmering is dan ook tamelijk beperkt; namelijk tot het kleine aantal gevallen waarin de rechter zelf voorziet, terwijl er rechtens meer dan één besluit mogelijk is. Het aloude cliché dat de rechter op de stoel van het bestuur gaat zitten, doet in die gevallen opgeld.⁴⁵ Ook als het bestuur zijn stoel vrijwillig afstaat aan de rechter, is waakzaamheid geboden en zelfs in verhoogde mate.

De rechter moet zich immers niet voor de kar van het bestuur laten spannen en houdt de volledige verantwoordelijkheid voor de inhoud van zijn uitspraak. Als partijen het eens zijn over het binnen de in de wet gestelde grenzen te nemen nieuwe besluit en evident is dat er geen belangen van derden in het spel zijn, kan de rechter dit besluit in zijn uitspraak nemen. In alle andere gevallen zal het bestuur zelf een nieuw besluit moeten nemen dat eventueel op grond van artikel 6:19 Awb in de procedure kan worden betrokken.

Deze belemmering toont aan dat de rechter waakzaam moet zijn bij zelfvoorzien als er rechtens meer dan één besluit mogelijk is, omdat hij zich op glad ijs begeeft. Hij kan de relevante belangen niet overzien en als hij dat wel kan, dan is hij niet de aangewezen instantie om deze tegen elkaar af te wegen. De reikwijdte van deze belemmering kan dus wel worden gerelativeerd, maar als zodanig dient deze belemmering met het oog op de taakverdeling tussen rechter en bestuur niet te worden gepasseerd.

3.3.2 Verruiming van artikel 6:22 Awb

Het huidige artikel 6:22 Awb luidt als volgt:

‘Een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, kan, ondanks schending van een vormvoorschrift, door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist, in stand worden gelaten indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.’

44. Zie <www.minjus.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/Voorontwerpen/Wet-aanpassing-bestuursprocesrecht.aspx>.

45. Zie voor een verrassende visie op dit cliché A.F.M. Brenninkmeijer, Een leerstellig cliché, in: T. Hoogenboom, L.J.A. Damen, In de sfeer van administratief recht. Opstellen aangeboden aan Willem Konijnenbelt, Utrecht: Lemma 1994.

Met deze bepaling wordt door de wetgever beoogd een al te formalistische behandeling van bezwaar en beroepschriften te voorkomen: niet ieder gebrek in de totstandkoming van een besluit behoeft tot vernietiging te leiden. De reikwijdte van dit artikel is beperkt. Alleen een schending van vormvoorschriften kan worden gepasseerd. Bovendien mogen ‘de belanghebbenden’ daardoor niet zijn benadeeld: dit betreft niet alleen de partijen in de procedure, maar alle belanghebbenden bij het besluit. Praktisch gezien betekent dit dat dit artikel alleen kan worden toegepast als zonder de schending van het vormvoorschrift de uitkomst van de besluitvorming niet anders zou kunnen zijn. Als die uitkomst wel anders zou kunnen zijn, dan kunnen door de schending van het vormvoorschrift immers niet alleen de belangen van partijen zijn geschaad, maar ook die van (soms onbekende) belanghebbenden.⁴⁶ Door deze beperkte reikwijdte kan de toegevoegde waarde van het artikel worden betwijfeld, zeker indien deze wordt geplaatst naast de bevoegdheid van artikel 8:72, derde lid, Awb om na vernietiging de rechtsgevolgen in stand te laten. Het artikel levert dan ook geen wezenlijke bijdrage aan een definitieve geschilbeslechting door de rechter, maar beoogt vernietigingen te voorkomen die in praktijk niet vóórkomen. Immers, ook zonder artikel 6:22 Awb zal de rechter geen zinloze vernietigingen uitspreken, al blijft dat beeld wel hardnekkig bestaan bij wetgever en bestuur.

In het conceptwetsvoorstel Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en aanverwante wetten met het oog op enige verbeteringen en vereenvoudigingen van het bestuursprocesrecht (Wet aanpassing bestuursprocesrecht) wordt de volgende verruiming van de reikwijdte van artikel 6:22 Awb voorgesteld:

‘Een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, kan, ondanks schending van een voorschrift, door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist, in stand worden gelaten indien blijkt dat belanghebbenden daardoor niet worden benadeeld.’

In het voorgestelde artikel 8:72, vijfde lid, Awb wordt dit, merkwaardig genoeg, nog eens herhaald, maar dan alleen voor de bestuursrechter:

‘De bestuursrechter kan een besluit ondanks schending van een voorschrift in stand laten indien blijkt dat belanghebbenden daardoor niet worden benadeeld.’

Terzijde: deze overlap is overbodig en wekt de indruk van een ‘reminder’ voor de bestuursrechter op het moment dat hij tot vernietiging heeft besloten. Verwacht mag echter worden dat de rechter (de strekking van) artikel 6:22 Awb heeft betrokken bij zijn afweging om tot vernietiging over te gaan. Om er daarna nog eens op te wijzen dat de schending van voorschriften kan worden gepasseerd, lijkt mij ongepast en komt wat drammerig over. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat herhaling van deze bevoegdheid in artikel 8:72 nodig is om alle uitspraakmodaliteiten bij

46. Ten onrechte wordt art. 6:22 Awb in de jurisprudentie wel minder objectief of zelfs volledig subjectief toegepast: als de schending de belangen van partijen niet schaadt omdat ook zonder de schending geen ander besluit zou zijn genomen.

elkaar te voegen. Toepassing van artikel 6:22 Awb is naar mijn smaak echter geen uitspraakmodaliteit: het beroep is in zoverre ongegrond.

De strekking van de voorgestelde artikelen is echter duidelijk: de beperking tot vormvoorschriften moet vervallen. De schending van ieder voorschrift kan worden gepasseerd. De inhoudelijke beperking van de reikwijdte van dit artikel geldt echter onverkort. Voor toepassing bestaat slechts ruimte als, onafhankelijk van het geschonden voorschrift, geen ander besluit mogelijk was. Deze verruiming is dus maar zeer marginaal. In de praktijk zullen het toch vaak schendingen zijn van voorschriften die alleen zien op de vorm van het besluit die de rechter zal kunnen passeren. Voorschriften van meer inhoudelijke aard zullen, wat niet zal verrassen, al snel van invloed zijn op de inhoud van het besluit, zodat schending daarvan niet kan worden gepasseerd.

Ook een verruimd artikel 6:22 Awb zal geen invloed hebben op de mogelijkheden voor de rechter om een geschil definitief te beslechten. Gezien de mogelijkheden die artikel 8:72, derde lid, Awb biedt, verdient het zelfs de voorkeur om artikel 6:22 Awb geheel te schrappen. Schendingen van het recht passeren, is wezensvreemd aan de taak van de rechter, geeft een verkeerd signaal aan het bestuur en wekt wantrouwen en onbegrip bij de burger. De rechter, het bestuur en de burger zouden veel meer geholpen zijn met een kritische beschouwing van de gestelde voorschriften: schrap alle voorschriften die slechts van symbolische aard zijn en geen invloed kunnen hebben op de uitkomst van de besluitvormingsprocedure. Schending van de voorschriften die dan nog overblijven, moet leiden tot vernietiging van het besluit, waarbij onder omstandigheden ruimte kan bestaan om de rechtsgevolgen in stand te laten.

Zo zou bijvoorbeeld de hoorplicht buiten de punitieve sfeer kunnen vervallen: als het bestuur voor zijn besluitvorming nadere informatie nodig heeft, dan volgt uit artikel 3:2 Awb reeds dat het actie zal moeten ondernemen in enigerlei vorm om de nog benodigde feiten en belangen te vergaren. In veel gevallen zal er feitelijk dan ook een hoorzitting worden belegd. In gevallen waarin een hoorzitting achterwege blijft, levert dat als zodanig nog geen strijd met het recht op. Inhoudelijk zal moeten worden beoordeeld of het bestuur bij het nemen van het besluit voldoende op de hoogte was van de rechtsrelevante feiten en belangen. Een dergelijke inhoudelijke toets verdient wat mij betreft de voorkeur boven de geforceerde constructie van artikel 6:22 Awb. Procedurele voorschriften behoeven niet noodzakelijkerwijs in alle situaties te voorzien. Een open norm biedt het bestuur flexibiliteit en dwingt het bewuste keuzes te maken in het besluitvormingsproces.⁴⁷ Deze keuzes en de uitkomst daarvan kan de rechter vervolgens inhoudelijk toetsen.

47. Die keuzes kunnen per geval of, nog beter, in beleidsregels per categorie gevallen worden gemaakt. Zie over dit laatste de paragrafen 4.2 en 4.3.

3.3.3 De bestuurlijke lus

Van de zogenoemde bestuurlijke lus bestaat een aantal varianten.⁴⁸ De strekking van deze varianten is echter dezelfde: de bestuursrechter stelt het bestuursorgaan in de gelegenheid geconstateerde gebreken in het besluit te herstellen, geeft de andere partijen de gelegenheid daarop te reageren en doet vervolgens mede op basis van deze nadere standpunten uitspraak. In het voornoemde conceptwetsvoorstel, dat nauw aansluit bij de door Van Ettekoven voorgestane variant, is dit als volgt uitgewerkt.

Artikel 8:80a

1. Indien de bestuursrechter het beroep gegrond verklaart, kan hij bij tussenuitspraak het bestuursorgaan in de gelegenheid stellen de aangeduide gebreken weg te nemen.
2. Het eerste lid vindt geen toepassing, indien belanghebbenden die niet als partij aan het geding deelnemen daardoor onevenredig kunnen worden benadeeld.
3. De bestuursrechter kan ook mondeling tussenuitspraak doen. Artikel 8:67, tweede tot en met vijfde lid, eerste volzin, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 8:80b

1. De tussenuitspraak vermeldt in hoeverre het bestreden besluit in strijd met het recht is genomen, alsmede welke geschreven of ongeschreven rechtsregel of welk algemeen rechtsbeginsel geschonden is.
2. De tussenuitspraak vermeldt de termijn binnen welke het bestuursorgaan moet aangeven of het van de geboden gelegenheid gebruik wil maken alsmede de termijn binnen welke de gebreken moeten zijn weggenomen.
3. De bestuursrechter kan de termijnen, bedoeld in het tweede lid, op verzoek van het bestuursorgaan verlengen.

Artikel 8:80c

1. Het bestuursorgaan stelt de bestuursrechter schriftelijk in kennis van de wijze waarop de gebreken zijn weggenomen.
2. De bestuursrechter stelt de andere partijen in de gelegenheid binnen een door hem te stellen termijn schriftelijk te reageren op de kennisgeving, bedoeld in het eerste lid.
3. De bestuursrechter doet uitspraak binnen twaalf weken nadat de kennisgeving, bedoeld in het eerste lid, is ontvangen, tenzij de bestuursrechter nader onderzoek nodig acht.
4. Indien de bestuursrechter een onderzoek ter zitting nodig acht, deelt hij dit zo spoedig mogelijk aan partijen mede.

48. In abstracto geïntroduceerd in B.C. Punt, *Ontvankelijkheid en omvang van het beroep tegen administratieve beschikkingen*, Den Haag: VUGA 1975, in uitgewerkte vorm gepresenteerd door B.J. Schueler (Schueler 1994), verrijnd door J.E.M. Polak (Polak 2000) en nader verrijnd door B.J. van Ettekoven (Van Ettekoven 2001).

Artikel 8:80d

Indien het bestuursorgaan aangeeft geen gebruik te willen maken van de gelegenheid om de gebreken weg te nemen dan wel de termijn die daarvoor geldt, laat verstrijken, vernietigt de bestuursrechter het bestreden besluit met toepassing van artikel 8:72.

De bestuurlijke lus lijkt een uitweg te bieden uit het labyrint. Waar de rechter de grenzen van zijn bevoegdheid heeft bereikt, draagt hij het stokje over aan het bestuursorgaan dat een nader standpunt inneemt aan de hand waarvan het geschil door de rechter kan worden beslecht. Ook dit instrument kent echter zijn beperkingen en heeft nog een aantal haken en ogen.

Het perspectief van de burger

Om met het perspectief van de burger te beginnen, die zal de bestuurlijke lus al snel als volgt beleven: toepassing van de bestuurlijke lus duidt erop dat rechter en bestuur onder één hoedje spelen; het bestuursorgaan krijgt een wezenlijke herkansing, terwijl de burger op futiliteiten wordt afgestraft. Deze kritiek is niet geheel zonder grond. Door gebruik te maken van de bestuurlijke lus gaat de rechter onmiskenbaar direct bijdragen aan de inhoud van het bestreden besluit. Een zekere vermenging van functies kan niet worden ontkend. Nu definitieve geschilbeslechting, zoals hiervoor is gesteld, veelal tot een inhoudelijk ongunstig resultaat voor de in beroep gekomen burger zal leiden, zal deze het gevoel hebben dat het bestuur overall mee kan wegkomen: je hebt ook volgens de rechter gelijk, maar je krijgt het niet van hem. Ook het argument van ongelijke behandeling treft tot op zekere hoogte doel. Anders dan in een civiele procedure bestaat tussen de partijen in een bestuursrechtelijke procedure geen gelijkwaardigheid. Het bestuursorgaan heeft andere taken en verantwoordelijkheden dan de burger. Voor zover een verschil in behandeling daarin zijn grondslag vindt, is dat gerechtvaardigd: het betreft immers geen gelijke gevallen. Voor zover de gevallen wel gelijk zijn, moeten ze gelijk worden behandeld. Daartoe behoren in ieder geval de processuele kansen die partijen in de procedure bij de rechter hebben. Dat brengt met zich dat de rechter de burger de helpende hand moet bieden als het beroepschrift inhoudelijk tekortschiet.⁴⁹ Als bepaalde stellingen onvoldoende zijn gemotiveerd, zou de burger een termijn moeten worden geboden om dit te verbeteren.⁵⁰ Daarmee zou het systeem beter in balans komen. Bovendien zou een bijdrage worden geleverd aan definitieve geschilbeslechting, nu dit beter mogelijk is als de geschilpunten zo veel mogelijk inhoudelijk worden besproken.⁵¹ De rechter behoeft bestaande ongelijkheden niet op te heffen,⁵² maar moet zeker niet het omgekeerde doen door deze verder te vergroten.

49. Dat gaat dus verder dan het geheel ontbreken van de gronden van beroep; daarop ziet de laatste volzin van art. 6:6 Awb.

50. Zie A.T. Marseille, Snelle en effectieve beslechting van bestuursrechtelijke geschillen in Nederland en Duitsland, Bestuurswetenschappen 2000, nr. 5, p. 390, die een schets geeft van de balans die op dit punt in het Duitse bestuursprocesrecht is gevonden.

51. Zie in die zin ook doelstelling III in Agenda van de rechtspraak 2008-2011, te vinden via <www.rechtspraak.nl/Gerechten/RvdR>.

52. Ongelijkheidscompensatie in de traditionele zin van het woord.

De voorgestelde regeling

Het voorgestelde artikel 8:80a kent de rechter een discretionaire bevoegdheid toe. Dat biedt enerzijds de nodige ruimte, maar anderzijds brengt dit ook een verantwoordingsplicht met zich. De rechter zal desgevraagd moeten kunnen motiveren waarom hij wel of niet van dit instrument gebruikmaakt. Verwacht mag worden dat bestuursorganen veelvuldig zullen verzoeken om toepassing van de bestuurlijke lus. Het niet honoreren van een dergelijk verzoek zal moeten worden gemotiveerd, evenals het wel honoreren terwijl de overige partijen daartegen bezwaren hebben geuit.

De geboden ruimte kan er bovendien toe leiden dat op zeer wisselende wijze gebruik wordt gemaakt van dit instrument zonder dat daarvoor goede redenen bestaan.⁵³ De appelcolleges zullen daarbij weinig sturing kunnen geven, omdat de rechtbanken bij de toepassing van deze bevoegdheid een zekere mate van beoordelingsvrijheid toekomt. Rechterlijk beleid lijkt dan ook aangewezen te zijn. Als zodanig behoeft dat geen belemmering te zijn, maar de ruimte die de wettelijke regeling laat, noopt tot tamelijk abstract rechterlijk beleid dat voor veel interpretaties vatbaar zal zijn.

Een buitengrens voor dat beleid is overigens al wel gegeven in het tweede lid van artikel 8:80a. Toepassing is niet mogelijk indien belanghebbenden die niet als partij aan het geding deelnemen daardoor onevenredig kunnen worden benadeeld. Deze buitengrens vormt een belangrijke beperking aan het toepassingsbereik van het instrument. Om te kunnen beoordelen of de belangen van derden die niet als partij aan het geding deelnemen onevenredig worden benadeeld, moet de rechter bij het nemen van de beslissing om al dan niet toepassing te geven aan de bestuurlijke lus de uitkomst van de geboden herkansing al weten, althans die kunnen inschatten. Als zijn inschatting is dat slechts een nadere onderbouwing behoeft te worden gegeven voor het besluit, spelen de belangen van niet-participerende derden geen rol. Als echter niet uitgesloten is dat de strekking van het besluit zelf geheel of gedeeltelijk wijzigt, spelen deze belangen wel een rol. De inhoud van deze belangen is echter onbekend, zodat niet kan worden vastgesteld of deze onevenredig worden benadeeld. Zelfs als deze belangen wel bekend zijn, zal nog afgewogen moeten worden of de nog onbekende reparatie tot benadeling leidt en, zo ja, of deze onevenredig is. Dit laatste lijkt mij overigens precies de bestuurlijke afweging te zijn waarvoor de bestuurlijke lus is bedoeld. Kortom: de belangen van derden stellen de rechter bij zijn beslissing om al dan niet toepassing te geven aan de bestuurlijke lus voor een vrijwel onmogelijke opgave. Daar komt bij dat op grond van artikel 8:80c, tweede lid, slechts partijen de gelegenheid krijgen om te reageren op de wijze van herkansen van het bestuursorgaan. Mochten belangen van niet-partijen onverhoopt toch onevenredig worden benadeeld, dan zullen deze daarmee pas na de uitspraak bekend worden. Als hoger beroep openstaat, lijkt mij het instellen daarvan kansrijk. Als geen hoger beroep openstaat, hebben deze niet-partijen het nakijken, nu zij geen verzoek om herziening kunnen doen.⁵⁴

53. Grote rechtbanken kunnen vertraging in een enkele zaak door toepassing van de bestuurlijke lus eenvoudiger opvangen dan kleine rechtbanken die deze vertraging onmiddellijk doorvertaald zien in de cijfers waarop ze worden afgerekend.

54. Zie art. 8:88 Awb.

Gezien deze onzekerheden is mijn verwachting dat de rechter alleen toepassing zal willen geven aan deze geformaliseerde bestuurlijke lus als evident is dat:

- a. alleen de belangen van partijen kunnen worden geraakt, of
- b. de strekking van het besluit niet zal wijzigen.

Voor situatie a) lijkt de bestuurlijke lus wel een erg zwaar opgetuigde procedure. Als alle belanghebbenden deelnemen aan het geding, moet er met de huidige middelen ook wel een minder formele lus kunnen worden gelegd. Dat gebeurt in praktijk ook al door in het vooronderzoek het bestuursorgaan door het stellen van gerichte vragen op het goede spoor te zetten en eventueel een comparitie te houden. Ook voor situatie b) lijkt de voorgestelde procedure wel erg veel eer. In die evidente gevallen waarin de motivering van de tussenuitspraak geen enkele aanleiding geeft voor het wijzigen van de strekking van het besluit maar slechts een nadere onderbouwing is vereist, zou een ruimhartiger toepassing van artikel 8:72, derde lid, Awb wellicht meer voor de hand liggen. Kortom: de positie van derden vormt een grote belemmering voor de toepassing van de bestuurlijke lus in de voorgestelde vorm en in tweepartijengeschillen kan met de huidige middelen ook een meer informele lus worden gelegd.

Tijdwinst?

Naast deze inhoudelijke bezwaren moet worden betwijfeld of de bestuurlijke lus zal leiden tot een verkorting van de procedure. Als de rechter heeft besloten toepassing te geven aan de bestuurlijke lus, is hij afhankelijk van het handelen van het bestuur. Een verlenging van de geboden termijn zal dan ook snel worden toegestaan. Vaak zal het erop neerkomen dat het bestuursorgaan evenveel tijd neemt als in de situatie waarin na vernietiging een nieuw besluit moet worden genomen.⁵⁵ Wel zou enige tijdwinst kunnen worden geboekt, doordat er geen beroepbaar nieuw besluit ontstaat, maar hoogstens hoger beroep kan worden ingesteld tegen de uitspraak van de rechter in eerste aanleg. Daarvoor is echter wel vereist dat de rechterlijke procedure met toepassing van de bestuurlijke lus sneller verloopt dan het geheel van een rechterlijke procedure zonder bestuurlijke lus, een nieuw besluit, en een tweede rechterlijke procedure. Aangezien het verloop van het proces van een bestuurlijke lus niet goed beheersbaar is en de behandelende rechter(s) ook wordt/worden ingezet voor de behandeling van andere zaken, zal het in veel gevallen niet haalbaar zijn om aan dit vereiste te voldoen.

De bestuurlijke lus levert dan geen tijdwinst op. Gelet daarop zal het stellen van een termijn voor het opnieuw voorzien in veel gevallen even effectief zijn. Een dergelijke termijnstelling kan in voorkomend geval nog worden versterkt door daaraan een dwangsom te verbinden. Wel zou de rechter in hoger beroep bij het stellen van een termijn moeten kunnen bepalen dat tegen dit nieuwe besluit rechtstreeks bij hem beroep openstaat.⁵⁶

55. In die zin ook A.T. Marseille, Dilemma's van alledaagse bestuursrechtspraak, NJB 2005/5, paragraaf 4.1.

56. Zie over deze judiciële lus ook Schueler/Drewes e.a. 2007, p. 168.

Het aantal gevallen waarin de bestuurlijke lus kan worden toegepast, is dus maar zeer beperkt en deze gevallen zijn met de thans aan de rechter ter beschikking staande middelen, of kleine aanvullingen daarop,⁵⁷ ook op te lossen. In de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel wordt in dit verband opgemerkt dat een wettelijke regeling niettemin wenselijk wordt geacht, omdat de bestaande middelen slechts sporadisch worden gebruikt. Dat argument overtuigt niet: omdat de rechter de 'gereedchapskist' in zijn rechterhand niet gebruikt, vult de wetgever zijn linkerhand nog met wat los gereedschap. De boodschap zou veeleer moeten zijn dat de bestaande gereedchapskist nu eindelijk eens open moet. Daartoe is vereist dat er organisatorisch wat verandert; daaraan is hiervoor al aandacht besteed. Daarnaast is een inhoudelijke prikkel vereist. Die prikkel zou eruit kunnen bestaan dat in een nieuw vijfde lid van artikel 8:72 Awb wordt bepaald dat indien de rechter na vernietiging geen gebruikmaakt van zijn bevoegdheid om de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten of zijn uitspraak in de plaats te laten treden van het vernietigde (deel van het) besluit, de uitspraak daarvoor de redenen vermeldt. Daarmee is duidelijk welk doel de rechter in beginsel moet nastreven. Om dat doel te bereiken, zal hij de daartoe geëigende instrumenten inzetten: de gereedchapskist gaat open. Bestaan er niettemin belemmeringen om de rechtsgevolgen in stand te laten of zelf te voorzien, dan draagt het bij aan het draagvlak van de uitspraak als duidelijk is welke belemmeringen dit zijn. Deze algemene norm is toepasbaar in het gehele bestuursrecht en in zoverre Awb-waardig.

3.3.4 Grenzen van de rechterlijke verantwoordelijkheid

Eigenlijk is het, gezien de materieelrechtelijke herkomst van de principiële belemmeringen, opvallend dat de 'oplossingen' voor deze belemmeringen in de hoek van het bestuursprocesrecht worden gezocht. Niet de kwaal, maar de symptomen worden bestreden. Het bestuursprocesrecht wordt daardoor wat cynisch van karakter: er wordt al rekening gehouden met tekortkomingen in het te toetsen besluit en de oplossingen voor die problemen worden in steeds verder uitgewerkte vorm al vast 'klaargezet'.

Het bestuur kan op die manier altijd een poging wagen, het vangnet van de Awb is gereed en met enig kunst- en vliegwerk van de rechter is er veel mogelijk. Is dat werkelijk een insteek die het bestuur moet kunnen kiezen? Moet rechtsbescherming niet strekken tot handhaving van het recht in plaats van tot oplapwerk? En: waar blijft, naast de rechter, de verantwoordelijkheid van de andere twee leden van de trias? Deze laatste vraag komt in het volgende hoofdstuk aan de orde.

57. Naast de genoemde mogelijkheid van de rechter in hoger beroep om te bepalen dat tegen het nieuwe besluit rechtstreeks bij hem beroep openstaat, kan bijvoorbeeld de tussenuitspraak 'sec' worden geregeld.

4 Een gezamenlijk streven

4.1 Communicerende vaten

Het bestuursrecht is nog maar een jonge tak aan de boom van het recht. De positie van de bestuursrechter ten opzichte van het bestuur is van begin af aan voorwerp van discussie geweest. In aanvang was de rechtsbescherming geregeld in de vorm van administratief beroep: volledige doel- en rechtmatigheidstoetsing. Deze positie werd minder autonoom met de komst van de bestuursrechter; als handhaver van het objectieve recht voerde hij echter nog altijd een volledige rechtmatigheidstoets op het bestreden besluit uit. Met de komst van de Awb is een subjectievere benadering gekozen: de omvang van de toetsing van het besluit door de bestuursrechter is afhankelijk van de gronden van het beroep. Met deze verandering in positie van de bestuursrechter is ook de taakopvatting van de bestuursrechter veranderd: grofweg van actief naar passief. Definitieve geschilbeslechting gaat in zekere zin tegen deze tendens in. De rechter zal zich in zijn streven daarnaar immers actiever moeten opstellen.

Zoals in het vorige hoofdstuk is beschreven, is praktisch gezien veel mogelijk, maar zijn er principiële belemmeringen die moeilijk zijn weg te nemen. Juist deze principiële belemmeringen tonen aan dat de bestuursrechter niet in een vacuüm opereert, maar dat de speelruimte die hij heeft afhankelijk is van de invulling die het bestuur heeft gegeven aan de door de wetgever toegekende beleids- en beoordelingsvrijheid. Gezien dit systeem van communicerende vaten⁵⁸ is het onevenwichtig om van definitieve geschilbeslechting een exclusief probleem van de rechter te maken. De wetgever en het bestuur moeten daaraan ook een bijdrage leveren. Hierna zal daarop nader worden ingegaan en tot slot zal aandacht worden besteed aan de vraag of ook de burger een bijdrage kan leveren aan definitieve geschilbeslechting.

4.2 De verantwoordelijkheid van de wetgever

De wetgever stelt beleidsdoelen, deelt daartoe bevoegdheden toe aan bestuursorganen en stelt de kaders voor die bevoegdheden. De wijze waarop het kader voor de uitoefening van een bestuursbevoegdheid wordt vormgegeven, is van groot belang voor de toetsing van een besluit door de bestuursrechter. Hoe duidelijker het kader is, hoe meer houvast de rechter heeft bij zijn toetsing. Op terreinen van het materiële

58. Zie A.P. Klap, Rechter en bestuur: communicerende vaten of concurrerende machten, NTB 2007/6, p. 183-194.

bestuursrecht waar de wetgever vrijwel tot in detail heeft voorgeschreven welk besluit in voorkomende situaties moet worden genomen, zoals het belastingsrecht⁵⁹ en delen van het socialezekerheidsrecht, kan de rechter zelfstandig vaststellen welke uitkomst in overeenstemming is met hetgeen wettelijk is voorgeschreven. De wetgever heeft de belangenafweging volledig voor zijn rekening genomen en kan deze geobjectiveerd voorschrijven, omdat het te nemen besluit financieel van aard is en slechts de adressant van de beschikking raakt. Een geschil kan op die terreinen dan ook vrijwel altijd door de bestuursrechter definitief worden beslecht.

Op veel andere terreinen van het bestuursrecht zijn de kaders minder duidelijk. De wetgever heeft de vereiste belangenafweging niet of slechts ten dele gemaakt of kunnen maken en geeft het bestuursorgaan door het stellen van open normen ruimte om de vereiste belangenafweging te verrichten. Als op deze terreinen een geschil ontstaat, vindt de rechter weinig of geen houvast in de toepasselijke wettelijke voorschriften.

Als er iets schort aan de belangenafweging, kan de rechter niet zelfstandig vaststellen welke weg van belangen de juiste is. In de eerste plaats is dat niet zijn staatsrechtelijke taak, in de tweede plaats mist hij daarvoor de benodigde deskundigheid en capaciteit.

Tot zover weinig nieuws onder de zon. De conclusie die evenwel getrokken kan worden, is dat de wetgever kan bijdragen aan de rechtszekerheid en daarmee ook aan de geschilbeslechtende taak van de bestuursrechter door in het materiële bestuursrecht duidelijke kaders te stellen voor bevoegdheidsuitoefening. Per bevoegdheid zal kritisch moeten worden bezien of het noodzakelijk is het bestuursorgaan discretionaire ruimte te laten. Open normen zullen in veel gevallen noodzakelijk blijven. Beleidsdoelen van abstracte aard zijn veelal niet in harde wettelijke voorschriften te vangen. Bovendien ligt aan het Nederlandse staatsbestel de decentralisatiegedachte ten grondslag. Het mag echter niet zo zijn dat de wetgever zich aan zijn verantwoordelijkheid onttrekt en de spreekwoordelijke hete aardappel doorschuift naar bestuur en rechter.

Als niettemin een open norm noodzakelijk is, zou de wetgever⁶⁰ een aanzet moeten geven tot afbakening van de discretionaire ruimte door de hoofdlijnen van de belangenafweging in uitgangspunten bij de wet te voegen.⁶¹ Daarmee kan in ieder geval een buitengrens aan de norm worden gesteld: welke belangen mogen wel en welke belangen mogen niet meewegen. Als ook dat niet mogelijk blijkt, dient de wetgever per bevoegdheid te overwegen een verplichting tot het vaststellen van beleidsregels aan het bestuursorgaan op te leggen.⁶² Op die manier wordt het bestuursorgaan gedwongen te formuleren hoe het zijn bevoegdheid ten behoeve van het algemeen belang zal aanwenden. Daarmee wordt besturen ook minder een zaak van individuele rechtsbedeling en meer een controleerbare toepassing van algemene normen. Bovendien heeft de rechter dan meer houvast bij zijn toetsing. Uit de beleidsregels kan worden opge-
maakt hoe in beginsel gebruik wordt gemaakt van de toegekende beleids- en beoorde-

59. Zie daarover hierna het preadvies van Rogier van der Struijk.

60. Hier is niet alleen de wetgever in formele zin bedoeld.

61. Zie bijvoorbeeld de zogenoemde Rijksuitgangspunten bij de Reconstructiewet concentratiegebieden.

62. Dat dit mogelijk is, bewijst art. 12a Woningwet op grond waarvan de welstandstoetsing bij bouwvergunningverlening door middel van beleidsregels moet worden geobjectiveerd. Zie ook art. 4 Wet toelating zorginstellingen dat een verplichting oplegt tot het vaststellen van beleidsregels aan de hand van een aantal uitgangspunten.

lingsvrijheid. Is daarvan afgeweken zonder goede redenen, dan kan de rechter het beleid toepassen. Is het beleid toegepast, maar bestond er wellicht aanleiding voor afwijking, dan kan er wellicht een informele lus worden gelegd door het bestuur in de gelegenheid te stellen om een nader standpunt in te nemen. Koudwatervrees moet daarbij worden overwonnen.

4.3 De verantwoordelijkheid van het bestuur

De meest effectieve vorm van definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter is als het beroep ongegrond kan worden verklaard.⁶³ Het geschil over het door het bestuur genomen besluit is daarmee, behoudens hoger beroep, definitief beslecht. Uiteraard kunnen er in de relatie tussen burger en bestuur geschilpunten resteren en kunnen deze uitmonden in verdere geschillen over andere besluiten, maar dat gaat de rechterlijke toetsing van dit besluit te buiten. Voor ongegrondverklaring is vereist dat het bestuur een besluit heeft genomen dat de rechterlijke toetsing naar totstandkoming en inhoud kan doorstaan.

De totstandkoming van een besluit is een onderdeel waarin eigenlijk geen fouten zouden moeten worden gemaakt. Als een bepaalde wettelijke voorbereidingsprocedure is voorgeschreven, zoals in afdeling 3.4 Awb, geldt dit zonder meer. Als geen wettelijke procedurevoorschriften zijn gesteld, geldt het vangnet van artikel 3:2 Awb en, in voorkomend geval, artikel 4:2 Awb. Dit vangnet geeft weinig richting: het bestuursorgaan moet het besluit zorgvuldig voorbereiden en de eventuele aanvrager moet daaraan bijdragen wat redelijkerwijs van hem mag worden verwacht.

In het materiële bestuursrecht zou een verdere uitwerking van deze regels veel onduidelijkheid kunnen wegnemen en zouden daarmee vermijdbare fouten kunnen worden voorkomen.⁶⁴ In specifieke procedurevoorschriften kan rekening worden gehouden met de bijzonderheden van de regelgeving waarbij ze worden gesteld.

Anders dan in de Awb is maatwerk mogelijk. Een andere mogelijkheid, die wat meer ruimte voor flexibiliteit biedt, is dat het bestuursorgaan per bevoegdheid beleidsregels vaststelt waarin de procedure is vastgelegd. Samenwerkingsverbanden als de VNG en het IPO zouden daarbij een ondersteunende rol kunnen spelen. Ook de rechter zou hierbij een rol kunnen vervullen door in de jurisprudentie meer aandacht te besteden aan de ontwikkeling van bewijsrecht.⁶⁵

Wat voor het voorkomen van geschillen echter belangrijker is dan de procedurevoorschriften zelf, is de wijze waarop de voorbereiding van het besluit door het bestuur zelf wordt benaderd. Als betrokkenen goed worden voorgelicht en daadwerkelijk bij de voorbereiding van een besluit worden betrokken, kan dit een belangrijke voedingsbodem voor geschillen wegnemen. Veel geschillen gaan in feite niet over de

63. Nog effectiever is als de bestuursrechter niet aan het geschil te pas hoeft te komen, doordat het geschil in de bestuurlijke fase al is opgelost. Zie daarover het preadvies van Elserike Looije.

64. Dat dit mogelijk is, volgt bijvoorbeeld uit het Besluit indieningsvereisten aanvraag bouwvergunning, wat een uitwerking is van art. 4:2 Awb.

65. Zie ook T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., Feitenvaststelling in beroep, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, waarvan met name aanbeveling 5.

inhoud van het besluit, maar over de wijze waarop men is behandeld door het bestuur. Hier is veel winst te boeken.

De inhoud van het besluit is in meer of mindere mate het resultaat van een belangenafweging. Het is de verantwoordelijkheid van het bestuur om in het licht van het algemeen belang de in het materiële bestuursrecht gegeven abstracte wettelijke norm na afweging van belangen te concretiseren voor individuele situaties.

De rechter kan slechts de 'buitenkant' van de belangenafweging toetsen: zijn de feiten zorgvuldig vastgesteld en de betrokken belangen geïnventariseerd en is de uitkomst van de gemaakte belangenafweging op concludente wijze op schrift gesteld? Bepaalde onderdelen van de belangenafweging kunnen voortvloeien uit rechtsbeginselen als het vertrouwensbeginsel of het gelijkheidsbeginsel, maar ook in zoverre komt het aan op het toekennen van het gewicht aan deze bij de belangenafweging betrokken belangen. Deze kern van de belangenafweging, namelijk welk gewicht aan de in de belangenafweging betrokken belangen toekomt, is een exclusief terrein van het bestuur. De rechter kan het besluit in zoverre slechts marginaal beoordelen.

Mijn stelling is dan ook dat het nemen van een besluit dat de toets van de bestuursrechter kan doorstaan, in het gros van de gevallen geen al te grote opgave behoeft te zijn.

4.4 De verantwoordelijkheid van de burger

Heeft de burger ook een verantwoordelijkheid als het aankomt op definitieve beslechting van zijn geschil met het bestuur?⁶⁶ Tot op zekere hoogte wel. De neiging bestaat om, nadat men in de bestuurlijke fase geen gehoor heeft gevonden, bij de rechter een schuttersputje te betrekken. Daarbij graaft men zich in met allerhande formele bezwaren. Soms heeft het bestuursorgaan daaraan bijgedragen door de procedure en de participatie daarin van belanghebbenden als een formaliteit te behandelen die niet kan afdoen aan het uiteindelijke doel. Soms echter heeft het bestuur zich op zorgvuldige wijze van zijn taak gekweten en zijn de formele bezwaren erg ver gezocht.⁶⁷ De meer inhoudelijke bezwaren getuigen vaak niet van enig besef dat er een afweging van belangen heeft plaatsgevonden: het eigen belang moet zonder meer prevaleren boven het algemeen belang en enige vorm van benadeling wordt niet geaccepteerd, tenzij daar een forse schadevergoeding tegenover staat. Daarbij zijn de verwachtingen van wat de bestuursrechter vermag erg hoog gespannen. Realiteitszin en wat meer kennis van zaken zouden eraan kunnen bijdragen dat de procedure bij de rechter niet verzandt in een juridisch steekspel waarin de inhoud van het besluit geen rol meer lijkt te spelen. Het eerste is moeilijk te sturen; met goede voorlichting van bestuur, rechtshulpverlener en rechter is het tweede wellicht geen onbereikbaar doel.⁶⁸

66. Zie ook M. Scheltema, Behoorlijke overheid en behoorlijke burger, Stcrt. 250/ 2007.

67. Niet zelden zijn het advocaten die voor veel formele ankers gaan liggen.

68. Ook een onafhankelijke deskundige (een commissie van de VAR?) zou een voorlichtingsfolder kunnen samenstellen die bij de beslissing op bezwaar wordt meegezonden. Zie over voorlichting in de fase vóór bezwaar M. Scheltema, Voorlichting over bezwaar, Stcrt. 222/2007.

5 Conclusie

Het einde van deze wandeling is in zicht gekomen en het is tijd om de balans op te maken. De wandelschoenen gaan uit en de gelopen route wordt nog eens op de kaart nagelopen. We vertrokken vanuit vertrouwd Awb-landschap. Verschillende gezichtspunten uit theorie en praktijk zijn de revue gepasseerd. Faalt de rechter of faalt het systeem? Die vraag werd in het begin van dit preadvies gesteld. Zoals dat meestal gaat, ligt het antwoord ongeveer in het midden. De rechter kan, binnen de gegeven beperkingen van de Awb, zeker meer bijdragen dan hij thans doet aan definitieve geschilbeslechting, door gebruik te maken van de in de Awb toegekende onderzoeksbevoegdheden. Dat vergt een andere werkwijze en een vroegtijdige selectie van zaken. Bovenal vergt dat een andere organisatorische insteek: niet zaaksafhandeling maar geschilbeslechting moet de *core business* van de bestuursrechter worden. Daarvoor zijn meer financiële middelen voor de bestuursrechter vereist. Definitieve geschilbeslechting levert echter ook een besparing op van maatschappelijke en financiële kosten.

Zijn daarmee alle problemen opgelost? Zeker niet. Een aantal belemmeringen is van meer principiële en structurele aard. Ze volgen uit het materiële recht, zodat de bestuursrechter daarop weinig invloed kan uitoefenen. De voorgestelde procesrechtelijke oplossingen voor deze belemmeringen bleken dan ook grotendeels tekort te schieten.

De oorzaak daarvoor ligt met name in het feit dat een sjabloonoplossing wordt gezocht voor een probleem dat zich daarvoor niet leent vanwege de veelheid aan variabelen. Meer dan een duidelijke instructie voor de rechter dat hij zo veel mogelijk moet streven naar definitieve beslechting van het geschil, lijkt wat het procesrecht betreft dan ook niet goed mogelijk. De rechter zal moeten woekeren met zijn bestaande bevoegdheden, maar loopt daarbij aan tegen de grenzen van zijn bevoegdheid en verantwoordelijkheid. Het procesrecht biedt daarbij niet de ultieme oplossing.

Een meer materiële benadering spreekt de wetgever en het bestuur aan op hun verantwoordelijkheid voor definitieve geschilbeslechting. De wijze waarop bevoegdheden worden ingekaderd, is van groot belang voor de wijze waarop de rechter geschillen over de uitoefening daarvan kan beoordelen. Veelal zal een exacte afbakening niet zijn te geven. In dat geval is een verplichting tot het vaststellen van beleidsregels een mogelijkheid om tot meer consistentie van bestuur te komen en wordt de rechter een handvat geboden bij zijn toetsing. De grootste verantwoordelijkheid komt echter toe aan het bestuur. Zorgvuldigheid en communicatie kunnen veel

geschillen voorkomen. Gezien de beperkte toetsing die de rechter mag uitvoeren, draagt diezelfde zorgvuldigheid en communicatie er ook aan bij dat besluiten bij de rechter in stand blijven. Als aan al deze voorwaarden is voldaan, kan in meer gevallen dan in de huidige situatie de uitspraak van de rechter leiden tot een definitieve beslechting van het geschil. De verwachtingen moeten echter niet al te hoog gespannen zijn. Gezien de complexiteit van een aantal belemmeringen, zal in een deel van de gevallen moeten worden volstaan met een vernietiging van het bestreden besluit. In die gevallen kan alleen de motivering van de uitspraak enige sturing geven, maar is het uiteindelijk het bestuursorgaan dat haar verantwoordelijkheid moet nemen. Teleurstellend? Wat mij betreft niet. In aanmerking genomen de bijzondere aard van het bestuursrecht, waarin het bestuur een principiële leidende positie heeft, is definitieve geschilbeslechting nooit in alle gevallen haalbaar. Het aantal gevallen waarin dit wel haalbaar is, moet echter worden gemaximaliseerd, waartoe ieder van de betrokkenen zijn of haar verantwoordelijkheid moet nemen.

Stellingen

1. Definitieve geschilbeslechting leidt niet tot meer rechtsbescherming in het bestuursrecht, maar is slechts het inkorten van een rituele dans.
2. Doorlooptijden zijn geen argument voor het afzien van vooronderzoek.
3. Het vaststellen van beleidsregels moet in beginsel een verplichting voor bestuursorganen worden.
4. De zegeningen van de bestuurlijke lus worden schromelijk overschat.

De rol van bestuursorganen bij effectieve geschilbeslechting

Mr. E.D.C. Looije BA*

1	Inleiding	45
1.1	Bestuursorganen en effectieve geschilbeslechting	45
1.2	Afbakening onderwerp	45
1.3	Volgorde van behandeling	46
2	Effectieve geschilbeslechting voor, naast of in bezwaar	47
2.1	Mediation	47
2.1.1	De mediationpraktijk van het UWV	48
2.1.2	Kan mediation bijdragen aan effectieve geschilbeslechting	49
2.2	Effectieve geschilbeslechting in de bezwaarschriftprocedure buiten mediation	50
2.2.1	Informatievoorziening	51
2.2.2	Screening	52
2.2.3	Behandeling van bezwaarschriften door hoorcommissies	52
2.2.4	Andere procedurele aspecten van effectieve geschilbeslechting	54
2.3	Resumé	55
3	De rol van bestuursorganen in de beroepsfase	57
3.1	Het bestuursorgaan in de procedure voor de bestuursrechter	57
3.1.1	Wijziging van besluiten hangende beroep	57
3.1.2	Voldoende voorbereid ter zitting verschijnen	58
3.1.3	De bestuurlijke lus	59
3.1.4	De bestuurlijke lus in de praktijk van VROM	60
3.1.5	Monitoring kernjurisprudentie	61
3.2	Resumé	62
4	Conclusie	63
4.1	Het voorkomen van bezwaarschriften	63
4.2	De intake van bezwaarschriften	63

* Elserike Looije is werkzaam bij het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en het ministerie van Verkeer en Waterstaat. Zij wil haar meelezers Tom Barkhuysen en Willemien den Ouden danken voor hun waardevolle opmerkingen en suggesties

4.3	Contact met de bezwaarde door de juridische directie	64
4.4	De bezwaarschriftencommissie	64
4.5	De rol van verweerder in bezwaar (namens het bestuursorgaan c.q. de minister)	65
4.6	De afwikkeling van de behandeling van bezwaren na de commissiebehandeling	65
4.7	Geschilbeslechting in beroep door de bestuursrechter	66
4.8	De rol van ICT (informatie- en communicatietechnologie)	66
	Stellingen	67

I Inleiding

1.1 Bestuursorganen en effectieve geschilbeslechting

In Nederland wordt veel gebruikgemaakt van de mogelijkheid om bezwaarschriften in te dienen tegen door de overheid genomen besluiten. Door de behandeling van bezwaarschriften krijgen bestuursorganen de kans om geschillen met particulieren op te lossen voordat de rechter bij de zaak betrokken raakt. Deze kans lijkt in de praktijk niet altijd ten volle te worden benut, zodat sommige zaken wellicht onnodig door een bestuursrechter moeten worden afgedaan. In deze bijdrage wordt nagegaan op welke wijze bestuursorganen de bezwaarfase optimaal kunnen benutten om geschillen met particulieren te beëindigen. Daarnaast zal aandacht worden besteed aan de bijdrage die bestuursorganen kunnen leveren aan een effectieve geschilbeslechting wanneer het geschil wel aan de bestuursrechter is voorgelegd. Daarbij wordt vooral bezien welke rol zij kunnen spelen binnen de zogenoemde bestuurlijke lus. Op deze manier probeer ik bij te dragen aan de bekende discussie over een effectievere en definitieve geschilbeslechting binnen het bestuursrecht, waarnaar ook door het kabinet wordt gestreefd.¹

1.2 Afbakening onderwerp

In de literatuur is al veel geschreven over effectieve geschilbeslechting. Deze literatuur wordt hier niet uitgebreid weergegeven.² Wel kan worden opgemerkt dat in deze literatuur doorgaans veel aandacht wordt besteed aan de rol van de bestuursrechter en soms minder aandacht aan de mogelijkheden voor bestuursorganen. Ik zal mij daarom met name richten op de vraag hoe bestuursorganen kunnen zorgen voor een goede, effectieve

1. Kamerstukken II 2004/05, 29 279, nr. 16.

2. Onder meer: B.J. Schueler, Vernietigen en opnieuw voorzien. Over het vernietigen en besluiten en beslechten van geschillen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994; J.E.M. Polak, Effectieve bestuursrechtsspraak, enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtsspraak geschillen materieel te beslechten (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000; B.J. van Ettekoven, Alternatieven van de bestuursrechter (observaties vanuit de eerste lijn), in: B.J. van Ettekoven, M.A. Pach & I.C. van der Vlies, Alternatieven van en voor de bestuursrechter, VAR-reeks 126, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001; J.E.M. Polak, De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid; van toetsing naar geschilbeslechting, Rapport van de Commissie Rechtsbescherming van de VAR, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004; T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., Feitenvaststelling in beroep, derde evaluatie van de Awb 2006, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007; B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter, derde evaluatie van de Awb 2006, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007; A.C. Rop, Definitieve geschilbeslechting: over schijnbelemmeringen en de grenzen van de rechterlijke verantwoordelijkheid, preadvies Jonge VAR 2007.

geschilbeslechting. Daarbij ga ik ervan uit dat het wenselijk is dat bestuursorganen waar mogelijk zelf een oplossing vinden om geschillen met particulieren te beëindigen op een manier die ook voor de particulier aanvaardbaar is. Ik richt mij in deze bijdrage op bestuursorganen op rijksniveau, waarmee overigens niet is gezegd dat mijn aanbevelingen alleen daarvoor bruikbaar zouden zijn.

Bij de beantwoording van de hiervoor geformuleerde centrale vraag ga ik uit van mijn eigen ervaringen bij de behandeling van bezwaarschriften binnen het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) en het ministerie van Verkeer en Waterstaat (V&W). Op basis van praktijkervaring wil ik in deze bijdrage komen tot enkele concrete aanbevelingen die naar mijn mening kunnen bijdragen aan een effectievere geschilbeslechting door de (rijks)overheid.

1.3 Volgorde van behandeling

In paragraaf 2 ga ik in op de diverse mogelijkheden voor effectieve geschilbeslechting voordat een geschil aan de bestuursrechter wordt voorgelegd. Ik kijk daarbij dus naar de mogelijkheden voor, naast en in de bezwaarfase. Eerst komen de mogelijkheden van mediation aan bod. Met behulp van toepassing van mediation, al dan niet binnen de kaders van de bezwaarprocedure, kunnen geschillen tussen bestuursorgaan en particulier worden opgelost zonder dat er een bezwaarschriftencommissie of rechter aan te pas hoeft te komen. Draagt mediation bij aan effectieve geschilbeslechting en onder welke voorwaarden is dat het geval? Daarna wordt de bezwaarschriftprocedure besproken en staat de vraag centraal hoe deze procedure kan worden ingericht om te komen tot effectievere geschilbeslechting.

Mocht de bezwaarschriftprocedure niet leiden tot de beëindiging van het geschil, dan kan er door de burger beroep worden ingesteld bij de bestuursrechter. In paragraaf 3 wordt nader ingegaan op de procedure bij de rechter en de bijdrage die bestuursorganen daar kunnen leveren aan effectieve geschilbeslechting. In het bijzonder wordt de mogelijkheid van de bestuurlijke lus besproken: hoe kunnen bestuursorganen binnen een dergelijke lus of op een andere wijze bijdragen aan de beëindiging van het geschil?

In paragraaf 4 van dit preadvies zal ik enkele concrete aanbevelingen formuleren die naar mijn mening kunnen bijdragen aan een effectievere geschilbeslechting binnen het bestuursrecht.

2 Effectieve geschilbeslechting voor, naast of in bezwaar

In deze paragraaf worden de mogelijkheden besproken die bestuursorganen hebben voor effectieve geschilbeslechting voordat een geschil aan de bestuursrechter wordt voorgelegd. Dit betekent dat wordt gekeken naar mogelijkheden voor, naast of in de bezwaarfase. Allereerst wordt ingegaan op de mogelijkheden van mediation, in het bijzonder aan de hand van de (succesvolle) mediationpraktijk van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) (zie paragraaf 2.1). Vervolgens wordt gekeken naar mogelijke verbeteringen binnen de bezwaarschriftprocedure (zie paragraaf 2.2). In paragraaf 2.3 wordt ingegaan op de verhouding tussen mediation en de bezwaarschriftprocedure.

2.1 Mediation

Sinds de jaren negentig van de twintigste eeuw is mediation als methode van conflict-oplossing in Nederland in opkomst. Mediation is een vorm van bemiddeling in conflicten, waarbij een onafhankelijke bemiddelingsdeskundige (de mediator) de onderhandelingen tussen partijen begeleidt teneinde gezamenlijk tot een oplossing te komen.³ Als blijkt dat partijen er niet uitkomen, kan meestal worden teruggeval- len op juridische procedures. De uitkomst van de mediation is bindend.

Mediation is inmiddels redelijk ingeburgerd als alternatief voor een gerechtelijke procedure. De rechtbank waar de procedure loopt, kan partijen wijzen op de mo- gelijkheid van mediation.⁴ Hoewel door de rechtbanken steeds vaker gebruik wordt gemaakt van mediationstrajecten, is het inzetten van mediation door bestuursorga- nen in de bezwaarfase nog niet gebruikelijk. Wel oriënteren steeds meer bestuursorga- nen zich op mediation als mogelijk effectieve methode voor geschilbeslechting.⁵

3. A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), Handboek mediation, Den Haag: Sdu uitgevers 2005, p. 6.

4. Zie <www.mediationnaastrechtspraak.nl>.

5. Kamerstukken II 2006/07, 29 528, nr. 5, p. 2.

2.1.1 De mediationpraktijk van het UWV⁶

Het UWV ontving in 2004 meer dan 120.000 bezwaarschriften. Uit onderzoek bleek dat de dienstverlening door het UWV door de afnemers laag werd gewaardeerd. Dat leidde bij het management van het UWV tot meer aandacht voor klanttevredenheid. Binnen dat kader werd gestreefd naar een efficiëntere inrichting van de bezwaar- en beroepsprocedure en waar mogelijk het dejuridiseren daarvan. Het UWV organiseerde een aantal pilots, waarbij mediation werd ingezet in zaken waarin bezwaar werd gemaakt tegen besluiten genomen op basis van de Werkloosheidswet. Toepassing van mediation bleek in dat kader effectief, mits er enige onderhandelingsruimte aanwezig was, in gevallen waarin er nieuwe feiten op tafel kwamen en in zaken waarin één van beide partijen zich slecht behandeld voelde.⁷

Vervolgens is binnen het UWV het project 'Andere aanpak en mediation in bezwaar en beroep' uitgevoerd.⁸ In dit project werden particulieren die bezwaar maakten tegen besluiten genomen op basis van de WAO of de Ziektewet persoonlijk benaderd. Medewerkers van het UWV namen telefonisch contact met hen op en maakten daarbij gebruik van 'mediationvaardigheden'. De 'horende ambtenaren' werden getraind in het actief luisteren en vragen stellen aan de indiener van het bezwaarschrift, zodat snel duidelijk kan worden waar het de bezwaarde werkelijk om gaat en wat de kern van het geschil is. Het project 'Andere aanpak' voorzag niet in een volledige mediation, omdat er geen mediator aan te pas kwam.⁹

Uit de evaluatie van dit laatste project werd duidelijk dat de bezwaarden de initiatieven tot persoonlijk contact vanuit het bestuursorgaan op prijs stelden en dat bezwaarzaken waarbij gebruik werd gemaakt van mediationstechnieken in minder tijd dan gebruikelijk in de normale bezwaarprocedure konden worden opgelost. In zaken die niet gezamenlijk werden opgelost, was er daarnaast minder vaak een hoorzitting nodig.

Op basis van deze positieve resultaten heeft het UWV ervoor gekozen deze persoonlijke aanpak en mediation vanaf november 2005 landelijk toe te passen bij het oplossen van geschillen over de Werkloosheidswet. Nadat een bezwaarschrift is ontvangen, wordt een ontvangstbevestiging verzonden. De medewerker van de afdeling Bezwaar en Beroep die met de afhandeling van het bezwaar is belast, bestudeert het dossier en bekijkt of mediation wellicht een mogelijkheid is. Lijkt dat het geval, dan wordt binnen vier weken na de ontvangstbevestiging telefonisch contact opgenomen met bezwaarde. Deze laatste kan zijn kant van het verhaal vertellen, de kern van zijn bezwaar verduidelijken en de UWV-medewerker kan eventuele vragen beantwoor-

6. Met dank aan mw. mr. K.J. Smit, projectmanager Project mediation in bezwaar en beroep, UWV.

7. Samen werken aan de oplossing voor het bezwaar. Eindverslag project Mediation bij Bezwaar en Beroep, UWV, mei 2005, p. 4.

8. Zie <www.uwv.nl>.

9. Samen werken aan de oplossing voor het bezwaar. Eindverslag project Mediation bij Bezwaar en Beroep, UWV, mei 2005, p. 14.

den. Na het gesprek zijn er verschillende vervolgmogelijkheden. Ten eerste kan er tijdens het gesprek tot een oplossing worden gekomen. Elke medewerker van de afdeling Bezwaar en Beroep heeft mandaat om tijdens het telefoongesprek met bezwaarde naar oplossingen te zoeken en zo nodig een nieuwe beslissing te nemen. De desbetreffende medewerker kan er ook voor kiezen om, in overleg met de bezwaarde, na het gesprek een en ander nader uit te zoeken en op een later moment wederom telefonisch contact op te nemen met de bezwaarde. Als de medewerker en de bezwaarde kunnen komen tot een voor beide partijen aanvaardbare oplossing, krijgt bezwaarde een brief waarin wordt weergegeven wat de afspraken zijn en eventueel een nieuwe beslissing. Zo nodig wordt dan ook gevraagd het bezwaar in te trekken. De bezwaarprocedure is dan afgerond.

Indien tijdens het gesprek niet direct tot een oplossing wordt gekomen, kan bezwaarde aangeven dat hij zijn bezwaar wil toelichten tijdens een hoorzitting. In dat geval kan worden besloten tot mediation. Als de medewerker van de afdeling Bezwaar en Beroep op basis van bestudering van het bezwaarschrift en het gesprek mediation niet geschikt acht, dan zal het bezwaarschrift ook op een hoorzitting worden behandeld en verder op reguliere wijze worden afgedaan met uiteindelijk een beslissing op bezwaar.¹⁰

Dit project van het UWV heeft in april 2007 een prijs ontvangen, uit handen van de Nationale ombudsman, de trofee voor 'meest innovatieve organisatie op het gebied van bezwaarschriftafhandeling'.¹¹

2.1.2 Kan mediation bijdragen aan effectieve geschilbeslechting?

Mediation kan worden gezien als een alternatief voor de bezwaarschriftprocedure. Zoals uit de proef bij het UWV blijkt, wordt het persoonlijke contact door particulieren die een bezwaarschrift indienden doorgaans op prijs gesteld en kunnen bezwaarzaken binnen kortere tijd worden afgehandeld. Aannemelijk is dat als een klacht wordt ingediend mediation ook een mogelijkheid kan bieden tot snelle afhandeling daarvan.

Juist voor ministeries of andere bestuursorganen op centraal niveau die veel bezwaarschriften moeten verwerken – en zeker voor zogenoemde beschikkingenfabrieken – kan mediation erg aantrekkelijk zijn. Ook het enkele integreren van mediationstechnieken in de bezwaarschriftprocedure, zoals het telefonisch benaderen van bezwaarden, kan al belangrijke voordelen opleveren. Wel lijken er enkele randvoorwaarden te kunnen worden gesteld waaraan moet zijn voldaan om mediation of de inzet van mediationstechnieken daadwerkelijk te laten bijdragen aan effectieve geschilbeslechting door bestuursorganen. Het gaat om de volgende voorwaarden:

10. Daar ben ik het niet mee eens. Wat als u bezwaar wilt maken tegen een beslissing van UWV. Brochure van het UWV, p. 10-11.

11. Zie <www.uwv.nl>.

1. Ten eerste moet een geschil zich lenen voor mediation of het toepassen van mediantie technieken. Er moet ruimte zijn voor het bestuursorgaan om tot een ander besluit te komen of het besluit aan te passen naar aanleiding van de uitkomsten van mediation. Soms laat wet- of regelgeving deze onderhandelingsruimte niet toe.
2. Toepassing van mediantie technieken vereist een specifieke houding van ambtenaren. Medewerkers die zich bezighouden met de behandeling van bezwaar- en beroepszaken zijn vaak proceduregericht en communiceren over het algemeen schriftelijk met bezwaarden. Bij het toepassen van mediation dient de houding van de desbetreffende medewerkers juist oplossingsgericht te zijn en zullen zaken veelal mondeling worden uitgewerkt. Voordat mediation of het invoeren van mediantie technieken in de bezwaarprocedure kan bijdragen aan effectievere geschilbeslechting is het derhalve nodig dat de medewerkers die zich (gaan) bezighouden met mediation, worden getraind in communicatievaardigheden, gespreksvaardigheden, het leren doorvragen, het samenvatten van hetgeen in het gesprek aan de orde is gekomen en het zoeken naar een oplossing.
3. Elke medewerker dient te weten welke onderhandelingsruimte er mogelijk is en daar ook zelfstandig gebruik van te mogen maken, zodat tijdens de mediation of tijdens een telefoongesprek met bezwaarden in onderling overleg naar een reële oplossing kan worden gezocht.

Maar binnen deze randvoorwaarden geldt dat gebruikmaking van mediation of van mediantie technieken in de fase na indiening van een bezwaarschrift, daadwerkelijk kan bijdragen aan effectieve geschilbeslechting. Doordat er persoonlijke aandacht wordt besteed aan de bezwaarde en de laatste in de gelegenheid wordt gesteld zijn verhaal te doen in een setting waarin er ook werkelijk naar de inhoud van zijn bezwaren wordt geluisterd door een medewerker die op de hoogte is van zijn dossier, blijkt daarbij ook een negatief besluit eerder te worden geaccepteerd.

2.2 Effectieve geschilbeslechting in de bezwaarschriftprocedure buiten mediation

De bezwaarschriftprocedure heeft verschillende functies. Enerzijds wordt het bestuursorgaan de mogelijkheid van verlengde besluitvorming geboden, anderzijds vormt de procedure voor de burger een eerste en belangrijk onderdeel van de rechtsbeschermingsprocedure, waarin zowel de rechtmatigheid als de doelmatigheid van het gewraakte besluit aan de orde kan worden gesteld. De bezwaarprocedure wordt geregeld in hoofdstuk 7 van de Awb, maar de algemene regels zijn flexibel en geven bestuursorganen veel vrijheid bij de concrete inrichting daarvan. Dit betekent dat bij de inrichting van de bezwaarschriftenprocedure er (juridische) ruimte is om aandacht te besteden aan effectieve geschilbeslechting. In deze paragraaf wil ik aandacht besteden aan verschillende mogelijkheden – buiten mediation – om de bezwaarprocedure zo vorm te geven dat de kans op een definitieve geschilbeslechting binnen de bestuurlijke kolom zo groot mogelijk is. Daarbij zal ik onder meer aandacht besteden aan informatievoorziening aan geadresseerden van besluiten en

overige belanghebbenden, screening van bezwaarschriften in een vroeg stadium, de hoorprocedure en andere procedurele aspecten.

2.2.1 Informatievoorziening

Het spreekt vanzelf dat duidelijke bezwaarschriften, waaruit goed naar voren komt welke particulier tegen welk besluit welke bezwaren heeft, gemakkelijker zijn af te handelen dan onduidelijke bezwaarschriften. Bestuursorganen kunnen zelf bijdragen aan de verhoging van de kwaliteit van bezwaarschriften door particulieren beter te informeren over het maken van bezwaar en de bezwaarschriftprocedure.

Vanuit die gedachte heeft de bezwaarschriftencommissie van het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) een eigen website ontworpen.¹² Op deze website is allerhande informatie te vinden over het maken van bezwaar en de bezwaarschriftprocedure, zoals deze bij het ministerie van OCW is ingericht. Op de website kan een invulhulp worden aangeklikt die de bezwaarde helpt bij het opstellen van een bezwaarschrift. Dit hulpmiddel beschrijft aan welke eisen een bezwaarschrift moet voldoen, zodat het bezwaarschrift compleet kan worden ingediend en er derhalve geen tijd verloren hoeft te gaan met verzoeken tot aanvulling vanuit het bestuursorgaan. Ook wordt informatie gegeven over relevante, mee te sturen stukken. Verder is op de website een databank te vinden waarin op trefwoord kan worden gezocht naar eerdere adviezen en uitspraken van de bezwaarschriftencommissie. Mogelijke indieners van een bezwaarschrift worden uitgenodigd na te gaan of er door de adviescommissie eerder in een soortgelijke zaak al een advies is gegeven. Zo kunnen potentiële bezwaarden beter inschatten of hun bezwaar kans van slagen heeft en op die basis beslissen of zij een bezwaarschrift indienen. De uitgebreide website, waarin ook een rubriek 'veel gestelde vragen' is opgenomen, is erg gebruiksvriendelijk.

Ook door het ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV) wordt op de website hulp geboden bij het maken van bezwaar, door de online bezwarenassistent.¹³ Deze bezwarenassistent helpt bij het opstellen van een bezwaarschrift. Eerst kan worden beoordeeld of het bezwaar kans van slagen heeft door informatie over veel aan de orde zijnde inhoudelijke onderwerpen. Op basis van door de potentiële bezwaarde gemaakte keuzes worden bij de bezwaren aansluitende standaard bezwaarteksten automatisch klaargezet in een brief, die vervolgens kan worden geprint, ondertekend en verstuurd. Bij het ministerie van LNV geldt dat men breed inzet op een effectievere communicatie met particulieren. Zo werd er onlangs een pilot georganiseerd, waarbij met bezwaarden contact werd opgenomen om te bezien of door middel van een gesprek de bezwaren konden worden weggenomen. Ook uit deze pilot werd duidelijk dat met een dergelijke aanpak veel geschillen zonder bezwaarprocedure kunnen worden afgedaan. Verder maakt het ministerie van LNV gebruik van zogenoemde praktijkpanels van waaruit wordt aangegeven hoe de communicatie (met doelgroepen) kan worden verbeterd.

12. Zie <www.bezwaarschriftenocw.nl>.

13. Zie <www.hetInVloket.nl>.

2.2.2 Screening

Ook goede screening na binnenkomst van een bezwaarschrift kan bijdragen aan effectieve(re) geschilbeslechting. Binnen het ministerie van VWS krijgt dit onderwerp aandacht. De bezwaarschriftencommissie van het ministerie van VWS heeft de afgelopen jaren te maken gekregen met een flinke toename van het aantal bezwaarschriften, met name gericht tegen besluiten waarin een bestuurlijke boete wordt opgelegd. De juristen die betrokken zijn bij de start van een bezwaarschriftprocedure dragen bij aan effectieve geschilbeslechting door bezwaarschriften in de voorfase goed te bekijken en waar mogelijk verkort af te doen. Schifting tussen soorten bezwaarschriften is erop gericht te voorkomen dat bezwaren die evident niet-ontvankelijk of ongegrond zijn aan de commissie worden voorgelegd voor advies. Zij krijgt alleen de bezwaarschriften voorgelegd waarover nader advies noodzakelijk is, bijvoorbeeld wegens inhoudelijke of sterk juridisch-technische vraagpunten. Bovendien wordt de (gemiddelde) beslistermijn aanzienlijk verkort, omdat er in evidente gevallen direct een beslissing op het bezwaar wordt genomen. Bij het ministerie van VWS zijn in 2006 van de 818 bezwaarschriften die in dat jaar zijn binnengekomen, 177 bezwaarschriften op deze verkorte wijze afgedaan.

2.2.3 Behandeling van bezwaarschriften door hoorcommissies

Wanneer er geen sprake is van één van de uitzonderingen van artikel 7:3 Awb, is horen in het kader van de bezwaarprocedure verplicht (zie artikel 7:2 Awb). Het horen kan geschieden op verschillende manieren. In deze paragraaf wil ik horen door het bestuursorgaan zelf, zoals dat plaatsvindt bij het ministerie van V&W, vergelijken met het horen door een adviescommissie als bedoeld in artikel 7:13 Awb, zoals gebruikelijk is bij het ministerie van VWS.

De hoorcommissie van het ministerie van V&W

Door het ministerie van V&W worden jaarlijks ongeveer vijftig bezwaarschriften behandeld. Ten behoeve van de hoorzitting is gekozen voor een commissie als bedoeld in artikel 7:5, eerste lid, sub b, Awb. De hoorcommissie is samengesteld uit personen die werkzaam zijn bij Verkeer en Waterstaat en heeft tot taak het horen van bezwaardenden. Uitgangspunt is dat de hoorcommissie uit niet meer dan drie personen bestaat. De commissie wordt bijgestaan door een secretaris. Welke functionarissen zitting hebben in de commissie is afhankelijk van factoren als de aard van de zaak, de complexiteit daarvan en de politieke gevoeligheid. De Hoofddirectie Juridische Zaken levert de voorzitter van de hoorcommissie. Verder is als lid van de hoorcommissie steeds een beleidsmedewerker van de dienst waar het aangevochten besluit is genomen aanwezig. Daardoor is de commissie goed geïnformeerd over de context, voorgeschiedenis en bijzonderheden rond het besluit dat ter discussie staat en kunnen eventueel ter zitting al toezeggingen worden gedaan om aan bezwaren tegemoet te komen. Dit leidt regelmatig tot een snelle en informele werkwijze.

De secretaris maakt van de hoorzitting een verslag. De hoorcommissie stelt een conceptbeslissing op bezwaar op en stuurt deze conceptbeslissing op bezwaar aan de

minister, ter ondertekening. In de praktijk wordt de ondertekening van de beslissing op het bezwaarschrift meestal op basis van de bestaande mandaatstructuur binnen Verkeer en Waterstaat namens de minister verricht.

De hoorcommissie van het ministerie van VWS

Door het ministerie van VWS worden jaarlijks ongeveer 850 bezwaarschriften behandeld. Bij de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht in 1994 heeft het ministerie van VWS gekozen voor instelling van een adviescommissie als geregeld in artikel 7:13 Awb. De voorzitter, plaatsvervangend voorzitters en leden hebben allen een juridische achtergrond. Zij zijn vooral afkomstig uit de academische wereld en/of de rechterlijke macht. De voorzitter en de leden zitten in wisselende samenstelling in de driekoppige commissie, waarvan ook steeds een ambtelijk lid (een seniorjurist afkomstig van de directie Wetgeving en Juridische Zaken) deel uitmaakt.

Ten behoeve van de commissie en de bezwaarde stelt de beleidsafdeling waarbinnen het aangevochten besluit werd voorbereid een schriftelijk verweer op. De adviescommissie van het ministerie van VWS hoort vervolgens zowel de bezwaarde als een vertegenwoordiger van de beleidsafdeling in de functie van vertegenwoordiger van de minister. Door de samenstelling van de bezwaarschriftenadviescommissie bij VWS en de procedure die wordt gevolgd tijdens de hoorzitting, ervaren bezwaarden de procedure als een maximaal onafhankelijke behandeling. Doordat verweerder bij een zitting van de hoorcommissie van VWS een procespartij is, kan er tijdens de zitting ook naar een oplossing voor het geschil worden gezocht. De commissie stuurt als daar ruimte voor is in beginsel aan op een oplossing die voor beide partijen aanvaardbaar is. Daarbij is het van groot belang dat de vertegenwoordiger van verweerder van tevoren weet tot hoever zijn mandaat strekt en dus weet welke toezeggingen hij eventueel tijdens de zitting kan doen. Optimaal is als er binnen de beleidsdirectie voorafgaand aan de zitting al is nagedacht over verschillende oplossingen en een eventuele voorkeur. Indien dit punt niet van tevoren is besproken, geeft de commissie verweerder soms de opdracht alsnog de mogelijkheden te verkennen. Dit betekent automatisch een verlenging van de procedure. Verder bestaat de mogelijkheid dat de zaak voor een tweede keer bij de bezwaarschriftencommissie terechtkomt, als er uiteindelijk geen oplossing wordt bereikt. Als tijdens de hoorzitting blijkt dat er geen oplossing in overleg kan worden bereikt (wat doorgaans het geval is), zal de commissie een advies aan de minister uitbrengen.

De secretaris maakt van de hoorzitting een verslag en stelt een conceptadvies op dat door de leden van de commissie wordt beoordeeld. Het advies van de bezwaarschriftencommissie wordt met het verslag van de hoorzitting aan de minister gestuurd, om een beslissing op het bezwaarschrift te nemen. In de praktijk wordt de ondertekening van de beslissing op het bezwaarschrift meestal op basis van de mandaatstructuur binnen VWS namens de minister verricht.

2.2.4 Andere procedurele aspecten van effectieve geschilbeslechting

In het kader van de effectiviteit van bezwaarprocedures is ook de duur van de procedure van belang. Het bewaken van doorlooptijden wordt van steeds groter belang, mede gezien het Wetsvoorstel dwangsom bij niet tijdig beslissen. Bij diverse ministeries wordt momenteel de mogelijkheid bekeken om met behulp van ICT-oplossingen de beslistermijnen beter te bewaken. Bij het ministerie van VWS wordt de doorlooptijd van een bezwaarschrift door een registratiesysteem bijgehouden en is dit met één druk op de knop te raadplegen door de betrokken juristen. Binnen het systeem wordt automatisch bijgehouden hoe lang een bezwaarschrift bij bezwaarde ligt (voor aanvulling gronden of het opsturen van een machtiging), hoe lang het bij de beleidsdirectie ligt (voor het maken van een verweerschrift) en hoe lang een bezwaarschrift bij de hoorcommissie ligt (voor de behandeling ter zitting en het schrijven van een advies aan de minister). Bij het ministerie van V&W wordt in dit verband standaard voorafgaand aan de hoorzitting door de hoorcommissie bekeken hoeveel tijd er nog rest om op het bezwaarschrift te beslissen. Mocht voorzienbaar zijn dat deze termijn niet wordt gehaald, dan wordt tijdens de zitting met bezwaarde een termijn afgesproken waarbinnen de beslissing op bezwaar mag worden verwacht.

Ook de handreiking bezwaarschriftprocedure Algemene wet bestuursrecht, opgesteld door de medewerkers van de directie Wetgeving van het ministerie van Justitie in samenspraak met het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, levert en bijdrage aan verkorting van de procedure.¹⁴ In deze handreiking worden verschillende adviezen gegeven over de wijze waarop bezwaarschriften efficiënt en voortvarend kunnen worden behandeld volgens de wettelijke voorschriften van de Algemene wet bestuursrecht. De handreiking bevat een stapsgewijs overzicht en een korte bespreking van de beslissingen die moeten worden genomen vanaf het moment dat een bezwaarschrift bij het bestuursorgaan binnenkomt en bevat ook voorbeelden van standaardbrieven.

Ook de administratieve ondersteuners van de hoor- en adviescommissies kunnen een belangrijke rol spelen bij de verbetering van de effectiviteit van geschilbeslechting in bezwaar. Zo kan door direct na binnenkomst van een bezwaarschrift de desbetreffende beleidsdirectie daarvan op de hoogte te stellen en zaken tijdig te plannen, worden bewerkstelligd dat beleidsdirecties precies weten wanneer zij een verweerschrift moeten indienen en/of eventuele mogelijkheden voor minnelijke schikkingen moeten hebben onderzocht. Door zo veel mogelijk dezelfde commissieleden op dezelfde soort zaken in te plannen, verkrijgen de commissieleden expertise op specifieke terreinen. Dit werkt met name goed als er bezwaarschriften worden ingediend tegen besluiten berustend op nieuwe regelgeving, waarover niet eerder door de commissie is geadviseerd. Zo kan bijvoorbeeld worden voorkomen dat commissies in diverse samenstellingen tot andersluidende adviezen komen. Ook kan als aanpak worden gekozen dat bij veel gelijksoortige bezwaarschriften met betrekking tot nieuwe wetgeving eerst een

14. Raadpleegbaar via <www.minjus.nl>.

pilotzaak wordt behandeld door de meest deskundige commissieleden. Andere bezwaarden kunnen in zo'n geval worden verzocht om in te stemmen met aanhouding van hun bezwaarschrift in afwachting van de uitkomst van de pilotzaak. Nadat het advies en de beslissing op bezwaar in de pilotzaak bekend zijn, kan aan de bezwaarden van wie het bezwaarschrift wordt aangehouden, worden gevraagd of zij de bezwaarprocedure wensen door te zetten.

Ook de leden van de hoor- en bezwaarschriftenadviescommissie kunnen bijdragen aan effectieve geschilbeslechting, bijvoorbeeld door tijdens de hoorzitting de (bezwaar)procedure goed uit te leggen en bezwaarde voldoende in de gelegenheid te stellen duidelijk te maken waarom hij opkomt tegen het primaire besluit. Een zorgvuldige benadering van bezwaarden kan bijdragen aan een daling van het aantal gevallen waarin beroep wordt aangetekend, nu bezwaarden die hun verhaal hebben mogen doen en aan wie duidelijk is uitgelegd op welke gronden het desbetreffende besluit is genomen, eerder zijn geneigd zich bij het besluit neer te leggen. Vooral in situaties waarin een gebonden besluit aan de orde is, kan uitleg van een onafhankelijke adviescommissie over de onmogelijkheid om tot een ander besluit te komen, bijdragen aan de acceptatie daarvan. In dezelfde categorie kan worden aangestipt dat (in de praktijk vooral de secretarissen van) hoor- en adviescommissies erop moeten letten dat in verslagen, adviezen en beslissingen op bezwaar op alle aangedragen bezwaarpunten wordt ingegaan. Hierdoor kan de gedachte dat niet zorgvuldig is geluisterd naar of besloten op de bezwaren worden voorkomen. Indien in verslagen het verhandelde ter hoorzitting verkort wordt weergegeven, zou dat dus ook vooraf aan de bezwaarde moeten worden gemeld.

2.3 Resumé

Het voorgaande leert dat zowel met een relatief nieuwe techniek als mediation als binnen de traditionele kaders van de bezwaarprocedure bestuursorganen daadwerkelijk nog winst kunnen behalen als het gaat om effectieve geschilbeslechting. Opvallend daarbij is dat de grootste winst niet zozeer met juridische noviteiten lijkt te kunnen worden behaald. Veeleer bieden organisatorische veranderingen, alsmede een goede communicatie met bezwaarden serieuze mogelijkheden. Op dat vlak zijn diverse voorstellen gedaan.

3 De rol van bestuursorganen in de beroepsfase

Verbetering van de mogelijkheden om geschillen bij de bestuursrechter effectief te beslechten, is een onderwerp dat veel belangstelling krijgt. In dit hoofdstuk wil ik de mogelijkheden voor bestuursorganen om bij te dragen aan effectieve(re) geschilbeslechting binnen de rechterlijke procedure bespreken. Daarbij ga ik onder meer in op de mogelijkheid van de bestuurlijke lus. Vooruitlopend op de voorgenomen algemene invoering van de bestuurlijke lus in het bestuursprocesrecht is een specifieke bestuurlijke lus in de Wet milieubeheer geïntroduceerd. Daarom kan al worden bekeken hoe deze specifieke bestuurlijke lus in de praktijk wordt toegepast en welke lessen daaruit voor het bestuursorgaan te leren zijn.

3.1 Het bestuursorgaan in de procedure voor de bestuursrechter

Als de indiener van een bezwaarschrift het niet eens is met de beslissing die op zijn bezwaarschrift wordt genomen, kan hij gebruikmaken van zijn recht op beroep bij de rechter (zie artikel 8:1 Awb). De bestuursrechter zal in de meeste gevallen waarin het besluit als onrechtmatig wordt gekwalificeerd niet zelf in de zaak voorzien. Doorgaans wordt het bestreden besluit vernietigd (op een formele grondslag) en wordt de zaak terugverwezen naar het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan dient dan een nieuw besluit te nemen. Deze procedure is in het algemeen erg tijdrovend, niet in de laatste plaats omdat het bestuursorgaan er vaak lang over doet om een nieuw besluit te nemen. Dit levert bij de belanghebbende vaak onvrede op, omdat hij lange tijd niet weet wat zijn rechtspositie – die met het nieuwe besluit wordt vastgesteld – zal zijn. Bovendien krijgt de rechter geen gelegenheid meer de rechtmatigheid van het nieuwe besluit te beoordelen, tenzij er tegen de nieuwe beslissing wederom beroep wordt ingesteld. Dit leidt tot spanning met het finaliteitsbeginsel, dat inhoudt dat de rechter het geschil definitief moet beslechten.

3.3.1 *Wijziging van besluiten hangende beroep*

Om deze problematiek op te lossen, zijn al veel concrete voorstellen gedaan. Wat de rol van het bestuursorgaan betreft, lijkt met name van belang het feit dat primaire besluiten en beslissingen op bezwaar vaak worden voorbereid door ambtenaren met geen of een beperkte juridische scholing. Het komt regelmatig voor dat eerst bij de voorbereiding van een verweerschrift in een beroepsprocedure een geschoold jurist van een juridische afdeling bij het geschil betrokken raakt. In dergelijke gevallen is

het van groot belang dat deze jurist, wanneer hij evidente fouten of tekortkomingen constateert in het primaire besluit of de beslissing op bezwaar, zo mogelijk al voor de zitting het bestreden besluit wijzigt of intrekt. Het feit dat een beroep aanhangig is, doet aan de bevoegdheid daartoe immers niet af (zie artikel 6:18 Awb). Op deze manier zal de bestuursrechter, voor zover nog nodig, een oordeel geven over het nieuwe, gecorrigeerde besluit. Zo kan in veel gevallen worden voorkomen dat de bestuursrechter evidente fouten moet laten resulteren in de vernietiging van besluiten op formele gronden en (nog) niet kan toekomen aan de punten die de partijen werkelijk verdeeld houden.

3.1.2 Voldoende voorbereid ter zitting verschijnen

Net als in de bezwaarfase geldt dat wat betreft de mogelijkheden om te komen tot een definitieve beëindiging van het geschil in de beroepsfase, veel kan afhangen van de voorbereiding van de ambtenaar die ter zitting verschijnt om het bestuursorgaan te vertegenwoordigen. In dat kader wil ik aanbevelen om als juridisch ambtenaar die naar de zitting zal gaan al meteen bij het verzoek tot het schrijven van een verweerschrift contact te zoeken met de betrokken (beleids)ambtenaren en de kernpunten van een geschil op een rij te zetten. Gezamenlijk kan dan worden bekeken wat de (te verwachten) belangrijke (juridische) vragen zijn die een rol spelen in het geschil en hoe die vragen desgevraagd ter zitting moeten worden beantwoord.

Uit onderzoek is verder gebleken dat in bijna 90% van de gevallen bij de bestuursrechter beroepsgronden worden aangevoerd met betrekking tot de feiten.¹⁵ Hoewel de feiten waarop deze gronden betrekking hebben niet altijd relevant zijn voor de beslechting van het geschil, kan zonder meer worden vastgesteld dat de feitenvaststelling in veel beroepszaken een belangrijke rol speelt. Uit hetzelfde onderzoek is gebleken dat de bestuursrechter bij het vaststellen van de feiten vaak een terughoudende opstelling kiest. Voor zover vast komt te staan dat het relevante feitencomplex onduidelijk is, wordt het bestreden besluit doorgaans vernietigd wegens strijd met de plicht tot een zorgvuldige voorbereiding van besluiten (zie artikel 3:2 Awb) en teruggezonden naar het bestuursorgaan. Juist op dit punt kan dus veel worden gewonnen: vertegenwoordigende ambtenaren zouden ernaar moeten streven ter zitting de feiten helder uiteen te kunnen zetten en zondig te bewijzen; zo kan worden meegewerkt aan onnodige rechterlijke vernietigingen.

Een goede voorbereiding houdt naar mijn mening verder in dat, zeker bij beroepen die betrekking hebben op besluiten genomen op grond van discretionaire bevoegdheden, al voor de zitting wordt nagedacht over een mogelijke schikking. De bestuursrechter stuurt ter zitting soms aan op een schikking en in die gevallen is het van groot belang dat binnen het bestuursorgaan is nagedacht over aanvaardbare oplossingen voor het geschil en is afgesproken hoe ver het mandaat van de vertegen-

15. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep, derde evaluatie van de Awb 2006*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

woordiger ter zitting strekt. Wanneer er direct zaken kunnen worden gedaan ter zitting, scheelt dat tijd en een uitspraak en is er op het gebied van effectieve geschilbeslechting dus vooruitgang geboekt.

Ook binnen rechtbankprocedures wordt steeds vaker gekeken of een mediationtraject een zinvol alternatief kan zijn voor afhandeling van het geschil. Bestuursorganen zouden zich in beginsel positief op dienen te stellen wanneer een afhandeling van het geschil langs die weg wordt voorgesteld; wel blijkt het in de praktijk van groot belang dat de rechtbank tijdig met een dergelijke mededeling komt. Wanneer het verweerschrift al is geschreven, lijken bestuursorganen doorgaans minder enthousiast over mediation dan in gevallen waarin direct na het indienen van het beroepschrift een dergelijk voorstel wordt gedaan.

3.1.3 De bestuurlijke lus

Om te komen tot een effectievere geschilbeslechting in beroep is al veel gesproken over de introductie van de zogenoemde 'bestuurlijke lus'. Ook dit instrument moet vertraging door vernietiging en terugwijzing tegengaan. Het begrip 'bestuurlijke lus' is geïntroduceerd door Schueler.¹⁶ Bij toepassing van een bestuurlijke lus houdt de rechter de zaak in beroep aan en geeft hij het bestuursorgaan de gelegenheid om te komen tot een beslissing die het aangevochten besluit vervangt. De rechter kan het bestuursorgaan daarvoor aanwijzingen geven.¹⁷ De rechter stelt zelf een termijn vast waarbinnen het bestuursorgaan de geconstateerde gebreken dient te herstellen. Het bestuursorgaan dient zich aan deze gestelde termijn te houden. De rechter doet op basis van het nieuwe besluit einduitspraak. De gebreken in het bestreden besluit kunnen zodoende hangende de procedure bij de rechter worden hersteld, in plaats van achteraf, nadat de rechter het besluit heeft vernietigd. Het kabinet juicht de praktische benadering die ten grondslag ligt aan de bestuurlijke lus toe, omdat het de efficiënte en snelle afdoening van geschillen onmiskenbaar ten goede komt.¹⁸ 'De' bestuurlijke lus bestaat echter niet, omdat de bestuurlijke lus op uiteenlopende manieren wordt ingevuld.¹⁹

Hoe kunnen bestuursorganen binnen een bestuurlijke lus bijdragen aan geschilbeslechting? Voorop moet worden gesteld dat de bestuurlijke lus ook voor bestuursorganen voordelen kan opleveren. Wanneer in een gerechtelijke procedure duidelijk wordt dat het bestreden besluit geen stand kan houden, is het in de praktijk voor bestuursorganen lang niet altijd duidelijk hoe dit probleem kan worden opgelost. Vaak is niet bekend welk voorbereidend onderzoek precies moet worden gedaan, welke belangen allemaal moeten worden meegewogen of hoe een draagkrachtige motivering moet worden vormgegeven. Doordat binnen de bestuurlijke lus de rech-

16. Schueler 1994.

17. A.C. Rop, Definitieve geschilbeslechting: over schijnbelemmeringen en de grenzen van de rechterlijke verantwoordelijkheid, preadvies Jonge VAR 2007.

18. Kamerstukken II 2004/05, 29 279, nr. 16, p. 5.

19. B.J. van Ettekoven, Alternatieven van de bestuursrechter (observaties vanuit de eerste lijn), in: B.J. van Ettekoven, M.A. Pach & I.C. van der Vlies, Alternatieven van en voor de bestuursrechter, VAR-reeks 126, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

ter in zijn tussenuitspraak aanwijzingen kan meegeven, zal aan bestuursorganen vaak meer handvat worden gegeven over inhoud en vormgeving van een nieuw te nemen, rechtmatig besluit. Bovendien kunnen de ‘rapportcijfers’ van het bestuursorgaan verbeteren; het aantal vernietigde beslissingen op bezwaar kan afnemen. Daarbij is het voor bestuursorganen, alleen al vanuit het perspectief van inzet van deskundigheid (verloop van personeel), aantrekkelijk om een geschil binnen een redelijke termijn geheel af te kunnen handelen. Met de bestuurlijke lus wordt snelheid gemaakt en kan een geheel nieuwe procedure (met alle tijdsverloop die daarmee doorgaans gepaard gaat) worden voorkomen.

3.1.4 De bestuurlijke lus in de praktijk van VROM

In het wetsvoorstel Implementatiewet EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten, dat thans tot een wijziging van de Wet milieubeheer heeft geleid,²⁰ wordt een vorm van een bestuurlijke lus geïntroduceerd. De EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten²¹ beoogt de emissies van broeikasgassen op een kosteneffectieve manier omlaag te brengen.²² Emissierechten worden door middel van een expliciete handeling van de overheid aan de deelnemende inrichtingen toegewezen door middel van een nationaal toewijzingsbesluit. Tegen dit soort besluiten staat beroep open in eerste en enige aanleg bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.²³ Indien de Afdeling van mening is dat het beroep tegen het nationale toewijzingsbesluit van emissierechten geheel of gedeeltelijk gegrond is en het bestreden besluit in zoverre niet in stand kan blijven, dan geeft de Afdeling in een tussenuitspraak aan in welke opzichten het bestreden besluit gebreken vertoont. De minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (VROM) en de minister van Economische Zaken (EZ) krijgen dan de gelegenheid om door de rechter geconstateerde gebreken in het nationale toewijzingsbesluit geheel of gedeeltelijk te herstellen. Voordat het wijzigingsbesluit wordt genomen, wordt de belanghebbende gehoord. Het wijzigingsbesluit moet binnen tien weken na de tussenuitspraak worden genomen. Het gewijzigde besluit wordt op de gebruikelijke wijze bekendgemaakt en wordt voorzien van een rechtsgangverwijzing (artikel 3:45 Awb). De bezwaarschriftprocedure is buiten toepassing verklaard.²⁴ Het gewijzigde besluit wordt vervolgens in de reeds lopende beroepsprocedure door de Afdeling meegenomen. De omvang van het geschil wordt dan verbreed. Met deze constructie kan worden voorkomen dat naar aanleiding van de einduitspraak van de rechter door het bestuur een gewijzigd besluit moet worden genomen, waartegen opnieuw afzonderlijke procedures bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kunnen worden gestart.²⁵

20. Wetsvoorstel Implementatiewet EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten, Kamerstukken II 2003/04, 29 565.

21. Richtlijn nr. 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003.

22. Het terugdringen van de emissies is nodig om te kunnen voldoen aan de verplichtingen van het Kyoto-protocol

23. Art. 20.1, eerste lid, Wet milieubeheer.

24. Art. 16.31 Wet milieubeheer.

25. Kamerstukken II 2003/04, 29 565, nr. 3, p. 32.

Het doel van de bestuurlijke lus is dat het toewijzingsbesluit, na aanpassing door de ministers van VROM en EZ, de rechterlijke toetsing kan doorstaan. Indien aan het gewijzigde nationale toewijzingsbesluit nog gebreken kleven, kan de Afdeling in daarvoor in aanmerking komende gevallen zelf in de zaak voorzien en zo het geschil tot een einde brengen. De uitspraak van de Afdeling treedt dan in de plaats van het vernietigde gedeelte van het besluit.²⁶

Met deze constructie van de bestuurlijke lus wordt recht gedaan aan het belang van rechtsbescherming en effectiviteit. Essentieel voor het goed functioneren van de handel in emissierechten is tijdige duidelijkheid over de toewijzing van die rechten. Tevens moeten belanghebbenden, die naar verwachting bedenkingen hebben tegen de voorgenomen wijziging van het besluit, worden gehoord. Met deze constructie van de bestuurlijke lus wordt ook de snelheid in het besluitvormingsproces bevorderd, doordat zowel het bestuursorgaan als de rechter is gebonden aan een termijn, die is neergelegd in de Wet milieubeheer. De rechter kan echter ook na het doorlopen van de bestuurlijke lus, alsnog beslissen tot vernietiging van het gewijzigde besluit, indien daartoe aanleiding bestaat. In dat geval zal het bestuursorgaan opnieuw in de zaak moeten voorzien. De gekozen constructie van de bestuurlijke lus in de Wet milieubeheer biedt, zo leert de praktijk tot nu toe, echter een goede mogelijkheid om geschillen effectiever te beslissen.

3.1.5 Monitoring kernjurisprudentie

Bestuursorganen kunnen verder (vanzelfsprekend) bijdragen aan effectieve(re) geschilbeslechting door op voor hen relevante beleidsterreinen belangrijke uitspraken van de bestuursrechter te monitoren en te bezien welke consequenties daaruit voortvloeien voor de bezwaarfase en het eigen beleid. In dat kader lijkt het werken aan een kennissysteem aanbevelenswaardig. Per rechtsgebied zou een intern systeem kunnen worden opgezet, waarbij met een druk op de knop alle relevante uitspraken van de rechter op een bepaald rechtsgebied raadpleegbaar zijn. Een dergelijk systeem zou ook, in navolging van het systeem bij het ministerie van OCW, waarbij de adviezen van de bezwaarschriftencommissie via internet raadpleegbaar zijn, op de internetsite van de ministeries kunnen worden geplaatst. Daarmee wordt deze informatie ook toegankelijker voor burgers dan tot nu toe vaak het geval is.

Voor de juridische directies ligt er verder de taak om ervoor te zorgen dat de belangrijkste uitspraken van de rechter aan de betrokken beleidsdirecties worden bekendgemaakt, door middel van een korte signalering en het verwijzen naar het interne systeem of eventueel het bijvoegen van de uitspraak. Bij deze signalering dienen de eventuele consequenties voor het beleidsterrein zo concreet mogelijk te worden aangegeven. Een dergelijke signalering kan ook worden gebruikt om de leden van de hoor- of adviescommissie op de hoogte te brengen van de actuele stand van zaken bij de rechter. Om de juristen in de juridische directies niet te zeer te belasten met deze signa-

26. Kamerstukken II 2003/04, 29 565, nr. 3, p. 33.

lering, zouden per rechtsgebied of concrete wet een of twee coördinatoren kunnen worden aangewezen, die de relevante uitspraken voor hun rechtsgebied of concrete wet bijhouden en zorgen voor verwerking ervan in het signaleringssysteem.

3.2 Resumé

De afsluiting van deze derde paragraaf kan kort zijn. Gebleken is dat bestuursorganen ook in de beroepsfase een belangrijke rol kunnen spelen bij effectieve geschilbeslechting. Daarbij is soms een wettelijke regeling behulpzaam, zoals de bestuurlijke lus, waarvan kan worden gehoopt dat deze spoedig ook in het gehele bestuursrecht zijn intrede zal doen. Daarnaast zijn een positieve attitude van bestuursorganen en het op orde hebben van interne kennissystemen van groot belang. Dat laatste mede om snel duidelijkheid te verkrijgen over de haalbaarheid van een beroep.

4 Conclusie

In deze bijdrage stond de vraag centraal op welke manieren bestuursorganen eraan kunnen bijdragen dat geschillen met particulieren zo effectief mogelijk worden beslecht, zo veel mogelijk naar tevredenheid van beide partijen. Daarbij is de aandacht uitgegaan naar de mogelijkheden zowel tijdens de bezwaarfase als in de beroepsprocedure voor de bestuursrechter.

In dit preadvies is een aantal suggesties gedaan voor een verbetering van de bestuurlijke praktijk. Voor de goede orde laat ik de belangrijkste daarvan, al dan niet met een nadere aanvulling, nog eens kort en min of meer chronologisch de revue passeren.

4.1 Het voorkomen van bezwaarschriften

Door te zorgen voor een goede motivering van besluiten kunnen bezwaarschriften worden voorkomen. Bestuursorganen kunnen verder in hun besluiten verwijzen naar hun website, waarop de relevante wet- en regelgeving en eventuele jurisprudentie is te vinden, zodat een bezwaarde de afweging kan maken of het de moeite waard is om een bezwaarschrift in te dienen. Bestuursorganen kunnen ook een (gratis) telefoonlijn openstellen om vragen te beantwoorden die betrekking hebben op het genomen besluit of die aan de orde zijn bij het overwegen van het indienen van een bezwaarschrift.

4.2 De intake van bezwaarschriften

Bij de indiening van bezwaarschriften dient door de juridische directie direct actie te worden ondernomen met een analyse van het bezwaarschrift. In deze analyse moet worden bekeken waarop het bezwaar betrekking heeft, welke gegevens er eventueel ontbreken, of het geschil zich leent voor mediation en of het bezwaar kan worden afgedaan als niet-ontvankelijk of evident ongegrond. De juridische directie dient tevens de beleidsdirectie direct te informeren over het ingediende bezwaarschrift. Niet-ontvankelijke en evident ongegronde bezwaarschriften dienen zo spoedig mogelijk te worden afgedaan. Tevens dient de juridische directie jurisprudentie te verzamelen en dit ter informatie te verstrekken aan de beleidsdirectie en de bezwaarschriftencommissie.

4.3 Contact met de bezwaarde door de juridische directie

Om geschilbeslechting effectiever te laten verlopen, dient de juridische directie binnen korte tijd na ontvangst van het bezwaarschrift, telefonisch contact op te nemen met de bezwaarde, om te vragen of bezwaarde een nadere toelichting wil geven op zijn bezwaarschrift. Tijdens dit gesprek kunnen de stappen in de bezwaarprocedure worden uitgelegd en kan worden gevraagd of er vooruitlopend op het in behandeling nemen van het bezwaarschrift informeel overleg gewenst is over het bezwaarschrift in relatie tot de beslissing van het bestuurorgaan. De juridische directie kan informatie verstrekken hoe vergelijkbare zaken eerder zijn behandeld, tot welk besluit dit heeft geleid en de bezwaarde hier eventueel voorbeelden van toesturen. Bezwaarde kan hierna worden gevraagd of hij op grond van deze informatie het bezwaar alsnog wil voortzetten. Bij voortzetting van het bezwaar dient het bezwaarschrift direct te worden ingepland voor behandeling op een hoorzitting.

Tijdens het telefoongesprek kan blijken dat bezwaarde bereid is een gesprek te voeren waarin met gebruikmaking van mediatie technieken het bezwaar in relatie tot de desbetreffende wet- en regelgeving gedetailleerd wordt doorgenomen. Bezwaarde kan aan het eind van het gesprek besluiten om het bezwaarschrift in te trekken dan wel voort te zetten.

Dit proces stelt wel een aantal eisen. De medewerkers van de juridische directie dienen gedegen te zijn opgeleid in het gebruik van mediatie technieken en de inhoud van het bezwaarschrift dient volledig bekend te zijn, te zijn geanalyseerd en de eventuele beslisruimte om tot onderlinge overeenstemming te komen, dient men te kennen.

4.4 De bezwaarschriftencommissie

De bezwaarschriftencommissie bestaat uit professionals die gebaat zijn bij een goede voorbereiding door de juridische directie van de te behandelen bezwaarzaken, een zakelijke behandeling van het bezwaarschrift waarbij alle partijen aan bod komen en een vlotte afwikkeling van de gehouden zitting. Ook hierbij zijn enkele verbeteringen mogelijk. De juridische directie dient voorafgaand aan de zitting het bezwaarschrift van bezwaarde en het verweerschrift van het bestuursorgaan te analyseren, te bezien of er hiaten in de argumentatie of in de stukken zitten en daarbij te onderzoeken of er relevante uitspraken of beslissingen op bezwaar zijn over vergelijkbare zaken uit het recente verleden. Dergelijke uitspraken of beslissingen op bezwaar dienen voorafgaand aan de zitting aan de leden van de hoorcommissie te worden overgelegd, zodat consistentie in de advisering wordt bevorderd. De commissie dient aan het begin van de zitting aan de bezwaarde de procedure van de behandeling van het bezwaar uit te leggen. Daarbij moet ook aandacht worden besteed aan de behandeling van eerdere zaken en dient aan het eind van de zitting ook formeel vast te worden gesteld of bezwaarde zijn bezwaar handhaaft.

Door een bezwaarschrift dat naar aanleiding van een nieuwe wet is ingediend als pilotzaak door de commissie te laten behandelen, kan ook worden bijgedragen aan effectieve(re) geschilbeslechting. Vergelijkbare bezwaarschriften dienen te worden

aangehouden tot deze procedure is afgewikkeld. Op dat moment worden alle tot dan bekende bezwaarden geïnformeerd over de uitkomst van de pilotzaak en wordt hen in overweging gegeven het eigen bezwaar in te trekken of de onderbouwing van het bezwaar zo nodig aan te passen.

De bezwaarschriftencommissie dient zodanig te worden samengesteld, dat eerdere ervaring met behandeling van vergelijkbare zaken wordt benut.

Bij bezwaarschriften die zich daarvoor lenen, kunnen mediationstechnieken tijdens de hoorzitting worden benut om bezwaarde en verweerder tot overeenstemming te brengen.

Ook kan mogelijk een bijdrage aan effectieve geschilbeslechting worden geleverd, door te bepalen dat de verslagen van de hoorzittingen geen woordelijke weergave van de zitting zullen zijn, maar een kort zakelijk verslag van de hoofdpunten van de behandeling van het bezwaar.

4.5 De rol van verweerder in bezwaar (namens het bestuursorgaan c.q. de minister)

Voor de verweerder zijn drie acties van belang in het kader van een effectievere geschilbeslechting. Direct na indienen van een bezwaarschrift dient de verweerder actief te zijn in het vergaren van gegevens die nodig zijn om een verweerschrift op te stellen. Verweerschriften dienen ook tijdig gereed te zijn, zodat spoedig een hoorzitting kan worden gepland. Verder is het voor de verweerder van groot belang dat hij ter zitting zijn mandaat kent om concrete oplossingen voor het bezwaar aan te geven en ertoe te kunnen besluiten.

4.6 De afwikkeling van de behandeling van bezwaren na de commissiebehandeling

Het is gewenst om na de zitting van de bezwaarschriftencommissie de afhandeling van het bezwaar door de juridische directie vlot te laten verlopen. Het is aan te raden om de meest complexe bezwaren als eerste ter hand te nemen, omdat hier vaak nog nader juridisch onderzoekwerk, ook bij beleidsdirecties, voor nodig is.

Voor de juridische directie is het aan te bevelen om per rechtsgebied over een coördinator te beschikken bij wie de meest actuele kennis over wet- en regelgeving en het overzicht van bezwaar- en beroepszaken op dat rechtsgebied aanwezig is. Deze coördinator signaleert consequenties van uitspraken in bezwaar- en beroepszaken voor een beleidsterrein, geeft juristen concrete adviezen bij de behandeling van bezwaar- en beroepszaken en kan desgevraagd de actuele stand van zaken aangeven over zijn rechtsgebied.

4.7 Geschilbeslechting in beroep door de bestuursrechter

De introductie van de bestuurlijke lus maakt het mogelijk om vertraging door vernietiging en terugverwijzing door de bestuursrechter tegen te gaan, door de zaak in beroep aan te houden. Het bestuursorgaan krijgt van de rechter de gelegenheid om een vervangende beslissing te nemen, waarna de bestuursrechter een bindende einduitspraak doet. De bestuurlijke lus zorgt voor tijdwinst en een grotere effectiviteit, omdat de rechter de kans heeft het finaliteitsbeginsel gestalte te geven (het beginsel dat de rechter het geschil zo definitief mogelijk moet beslechten) en de rechter zicht houdt op de rechtmatigheid van het finale besluit. Bestuursorganen zouden zich in dezen welwillend dienen op te stellen.

4.8 De rol van ICT (informatie- en communicatietechnologie)

Door gebruik van ICT-toepassingen zijn de volgende verbeteringen bij de ondersteuning van geschilbeslechting mogelijk. Het plaatsen van wet- en regelgeving op de website van het ministerie is een optie. Daarnaast kan een model voor een bezwaarschrift (c.q. meer modellen en meer tekstblokken) op internet worden geplaatst, evenals een invulhulp/bezwarenassistent die hulp geeft bij het opstellen van een bezwaarschrift. Een op internet raadpleegbare databank ingericht per rechtsgebied, met eerdere adviezen van de bezwaarschriftencommissie, beslissingen op bezwaar en uitspraken in beroep met daarbij een trefwoordenregister is eveneens zeer nuttig. Het plaatsen van een lijst op internet met de meest gestelde vragen en hun antwoorden in het kader van bezwaar- en beroepschriften blijkt ook erg nuttig. Een adequaat planningssysteem waarin alle bezwaar- en beroepszaken worden geadmistreerd en de stand van zaken in de behandeling actueel wordt gehouden, draagt, ten slotte, ook bij aan efficiënte procedures. Het systeem verzorgt de bewaking van termijnen en geeft een signaal af aan de behandelaar van een bezwaar indien termijnen (bijna) worden overschreden. Dit systeem dient toegankelijk te zijn voor alle medewerkers van de juridische directie.

Stellingen

1. Beter communicatie met bezwaarden draagt in sterke mate bij aan effectieve geschilbeslechting.
2. Mediation in bezwaar en beroep heeft de toekomst.
3. Beter kennismanagement en het aanpassen van organisatorische processen binnen de (rijks)overheid hebben meer rendement dan het zoeken en toepassen van nieuwe juridische instrumenten als het gaat om effectieve geschilbeslechting.
4. De bestuurlijke lus dient zo spoedig mogelijk over de volle breedte van het bestuursrecht te worden ingevoerd.
5. Soms heeft een van de partijen in een geschil er belang bij dat een geschil niet (effectief) wordt opgelost; in dergelijke gevallen dient effectieve geschilbeslechting nog meer voorop te staan.

Fiscale geschilbeslechting

Mr. drs. R.W.J. van der Struijk*

1	Inleiding	71
2	De pre-Awb-periode	73
3	De Awb-periode	79
4	Het zelf afdoen van belastingzaken door de belastingrechter nader verklaard	87
5	Zinvolle terugwijzing onder vigeur van de Awb?	91
5.1	Inleiding	91
5.2	Artikel 6:22 Awb en het belastingprocesrecht	91
5.3	Zinvolle terugwijzing onder de Awb?	95
5.4	De bestuurlijke lus vanuit het belastingrecht bezien	97
6	Sociaalverzekeringsrecht	101
7	Samenvatting	103
	Stellingen	105

* Werkzaam bij het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad.

I Inleiding

In deze bijdrage aan het preadvies, met als onderwerp ‘finale geschilbeslechting’, staat de wijze van geschilbeslechting van een zaak door de belastingrechter centraal. Met ‘de wijze van geschilbeslechting’ doel ik niet zozeer op het tussen de partijen aan de orde zijnde materiële belastinggeschil. Wél doel ik daarmee op de vraag welke rol de belastingrechter speelt in het beslechten van belastinggeschillen in de zin van het ‘afdoen’ van een zaak.

Op het belastingrecht is de eerste tranche (o.a. hoofdstukken 3, 6 en 7) van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) van toepassing sinds 1 januari 1994. Hoofdstuk 8 van de Awb is op het belastingrecht van (overeenkomstige) toepassing vanaf 1 september 1999. Titel 4.3 Awb en hoofdstuk 10 zijn op het belastingrecht van toepassing sinds 1 januari 1998. Een belastinggeschil wordt heden ten dage dan ook beslecht aan de hand van dezelfde ‘Awb-bepalingen’ als de andere bestuursrechtters ter beschikking staan.¹ Aardig is het dan ook na te gaan op welke wijze de belastingrechter met deze bepalingen omgaat en zaken op grond van die bepalingen afdoet. Reden daarvoor is er des te meer, aangezien in het evaluatieonderzoek van B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a. de belastingrechtspraak buiten beschouwing is gebleven.² Opmerking in deze inleiding verdient nog dat naast de bepalingen opgenomen in de Awb, in de Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR) enige afwijkingen zijn opgenomen ten opzichte van de Awb.³ Zo volgt uit het eerste lid van artikel 25 AWR dat de inspecteur, in afwijking van artikel 7:10, eerste lid, Awb binnen een jaar na ontvangst van het bezwaarschrift uitspraak op bezwaar doet.⁴

Alvorens nader in te gaan op de wijze waarop de belastingrechter fiscale zaken afdoet, zal ik in deze inleiding eerst beknopt uiteenzetten op welke wijze een belastingprocedure verloopt. Het belastingrecht kent een zogenoemd ‘gesloten stelsel van rechtsbescherming’. Dat houdt in dat het een belastingplichtige – de belanghebbende – niet is toegestaan tegen iedere handeling van het bestuursorgaan (de inspecteur⁵) bezwaar te

-
1. Voorafgaand aan het van toepassing worden van de Awb op het belastingrecht verliep een fiscale procedure (onder andere) via de bepalingen opgenomen in de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken (hierna: Warb).
 2. P.18. Het evaluatieonderzoek is te raadplegen op <www.justitie.nl>.
 3. Zie tevens het Besluit Fiscaal Bestuursrecht van 15 februari 2007, nr. CPP2006/2210M, V-N 2007/13.8, waarin enige afwijkende en aanvullende regels voor de Belastingdienst zijn neergelegd.
 4. Zie in dat verband het aanhangige wetsvoorstel ‘Versterking fiscale rechtshandhaving’ (nr. 30 322) waarin is voorgesteld om de termijn van een jaar te vervangen voor dertien weken.
 5. Indien niet anders aangegeven, ga ik uit van rijksbelastingen.

maken, ook al zou die handeling als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb gekwalificeerd kunnen worden. Een voorbeeld daarvan is het geval waarin de inspecteur informatie aan de belastingplichtige vraagt in het kader van het opleggen van de aanslag (artikel 47 AWR). Op grond van het gesloten stelsel van rechtsbescherming kan een belastingplichtige tegen een dergelijk verzoek niet opkomen door middel van het indienen van een bezwaarschrift.⁶ Het gesloten stelsel van rechtsbescherming brengt in afwijking van artikel 8:1 Awb – kort gezegd – dan ook met zich mee dat tegen een besluit slechts beroep bij de rechtbank kan worden ingesteld indien het gaat om een aanslag of een door de wet omschreven ‘voor bezwaar vatbare beschikking’ van de inspecteur (artikel 26 AWR). Uit artikel 7:1 Awb volgt – regulier – dat de belanghebbende alvorens beroep in te stellen eerst bezwaar moet maken. Artikel 26a AWR bepaalt verder dat niet iedere belanghebbende beroep bij de rechtbank kan instellen, maar dat dat recht – kort gezegd – is voorbehouden aan de belanghebbende aan wie de aanslag is opgelegd dan wel degene tot wie de voor bezwaar vatbare beschikking zich richt.

Een belastingprocedure – uitgaande van een aan de belastingplichtige door de inspecteur opgelegde aanslag – neemt naar de huidige stand van het recht derhalve een aanvang met het indienen van een bezwaarschrift tegen de aanslag door de belastingplichtige. Zoals al opgemerkt, heeft de inspecteur vervolgens – in afwijking van de Awb – in beginsel een termijn van een jaar om uitspraak op bezwaar te doen. Tegen de uitspraak op bezwaar kan de belastingplichtige vervolgens beroep instellen bij de rechtbank (artikel 26 AWR). Tegen de uitspraak van de rechtbank kan de belanghebbende hoger beroep instellen bij het gerechtshof⁷ (artikel 27h AWR) en tegen de uitspraak van het gerechtshof staat nog cassatieberoep open bij de Hoge Raad (artikel 28 AWR).

Na te hebben uiteengezet op welke wijze een belastingprocedure globaal verloopt en welke wettelijke bepalingen daarop van toepassing zijn, ga ik hierna nader in op de wijze van afdoen van een zaak door de belastingrechter. Ik zal daartoe aan de hand van de rechtspraak van de Hoge Raad eerst (zie paragraaf 2) uiteenzetten op welke wijze de belastingrechter (in feitelijke instantie) zaken onder het pre-Awb-tijdperk diende af te doen en vervolgens (zie paragraaf 3) behandelen hoe dat is geworden in het Awb-tijdperk (vanaf 1994). Aansluitend (zie paragraaf 4) zal ik de wijze van afdoen van zaken door de belastingrechter vanuit het belastingrecht nader analyseren, van commentaar voorzien en (zie paragraaf 5) ingaan op de vraag onder welke omstandigheden een terugwijzing van een belastingzaak onder de Awb zinvol kan zijn. In paragraaf 6 maak ik een uitstapje naar het socialeverzekeringsrecht, waarna ik mijn bijdrage in paragraaf 7 van een afronding voorzie. In mijn beschouwingen vergelijk ik waar mogelijk eveneens – globaal – het fiscale procesrecht met het overige bestuursprocesrecht.

6. In het aanhangige wetsvoorstel inzake wijziging van de AWR ten behoeve van de rechtsbescherming van de belastingplichtigen bij controlehandelingen van de fiscus (nr. 30 645) wordt voorgesteld om daarin verandering te brengen.

7. Art. 28, derde lid, AWR maakt het onder omstandigheden mogelijk om sprongcassatie in te stellen.

2 De pre-Awb-periode

Zoals in paragraaf 1 uiteengezet, ga ik in deze paragraaf in op de onder het pre-Awb-tijdperk gewezen rechtspraak van de Hoge Raad, waarin de wijze van afdoen van een zaak door de rechter aan de orde komt. Om deze rechtspraak te kunnen plaatsen, wijs ik erop deze plaats vast op (zie nader paragraaf 4) dat een belangrijk kenmerk van het belastingrecht is, dat het doorgaans gaat om zogenoemde ‘gebonden beschikkingen’. Het bestuursorgaan komt doorgaans geen beleidsvrijheid toe. Dat verklaart waarom zelf afdoen van de zaak door de rechter hoofdregel is in het belastingrecht.

Al in het begin van de vorige eeuw heeft de Hoge Raad⁸ in zijn rechtspraak uiteengezet op welke wijze de feitenrechter – destijds nog de raden van beroep – zaken dienden af te doen. In het arrest van de Hoge Raad van 18 maart 1918, B.1989, was de belanghebbende niet door ‘dien ambtenaar’ (de inspecteur) op zijn bezwaarschrift gehoord, maar door ‘eenen hoofdcommies’. De raad van beroep oordeelde op grond daarvan ‘eenen essentieelen vorm der voor de reclame voorgeschreven procedure geschonden’ en oordeelde dat opnieuw uitspraak op bezwaar moest worden gedaan. De minister van Financiën stelde tegen de uitspraak beroep in cassatie in. De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van de raad van beroep door onder meer het navolgende te overwegen:

(...) dat toch de wet den raad de taak oplegt, uitspraak te doen omtrent de bezwaren, die hetzij bij den belastingschuldige, hetzij bij den belastingambtenaar tegen eenen gedanen aanslag zijn gerezen, dit wil zeggen – zoals de Memorie van Toelichting op het ontwerp van wet het uitdrukte – “te beslissen over alle geschillen betreffende den aanslag in de belasting”;

dat hieruit volgt, dat de raad naar aanleiding der aan hem kenbaar gemaakte bezwaren, de vraag of de aanslag wettiglijk en juist gedaan is, in vollen omvang zelf heeft te beslissen en niet, onder vernietiging der uitspraak van den betrokken inspecteur, de behandeling der zaak naar dezen mag terugwijzen, gelijk blijkens inhoud en strekking van ’s raads beslissing metterdaad ten deze is geschied (...)

In zijn arrest van 3 februari 1926, B. 3765, verlaat de Hoge Raad (kort) zijn in zijn arrest van 1918 uitgezette lijn. Ook in deze zaak werd geklaagd over een ‘hoorgebrek’ in de bezwaarfase, waaraan de raad van beroep voorbijging. De Hoge Raad overwoog evenwel:

8. De Hoge Raad is sinds 1915 belast met belastingrechtspraak (Wet van 19 december 1914, Stb. 564).

‘(...) dat aan dit voorschrift (horen in bezwaar; RS) kennelijk ten grondslag ligt de bedoeling van den wetgever, dat de inspecteur eerst dan op het bezwaarschrift zal beschikken, wanneer de belanghebbende, die daartoe het verlangen te kennen gaf, door hem tot nadere toelichting zijner grieven zal zijn gehoord of daartoe in de gelegenheid gesteld – waarbij is op te merken dat bij dit voorschrift ook een termijn voor oproeping is vastgesteld; dat dit voorschrift dus geenszins, gelijk de raad van beroep aanneemt, is te beschouwen als een van internen aard, doch integendeel niet-naleving daarvan moet worden aangemerkt als een verzuim van zodanigen substantieelen vorm, dat dit de nietigheid der beschikking ten gevolge heeft, ook al is deze daartegen niet uitdrukkelijk bedreigd; (...) dat als gevolg van een en ander, door den inspecteur, met inachtneming van voornoemd wetsvoorschrift, gelijk dit hiervoren werd verklaard, op het bestaand bezwaarschrift alsnog zal moeten worden beschikt (...)’

Dat de in dit arrest door de Hoge Raad ingeslagen weg van tijdelijke aard was, volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 29 oktober 1930, B. 4835, in welke zaak de belanghebbende klaagde over de wijze van horen in de bezwaarfase. De Hoge Raad oordeelt dat:

‘(...) de wet aan de raden van beroep de taak heeft opgelegd om te beslissen over alle geschillen, betreffende de wettigheid en juistheid van een belastingaanslag; dat echter die taak zich daartoe ook bepaalt en het derhalve niet in de bevoegdheid van een raad van beroep ligt om, uit andere hoofden dan wegens onwettigheid of onjuistheid van een aanslag, de beschikking van een inspecteur op een bezwaarschrift te vernietigen (...)’

In zijn arrest van 16 november 1932, B. 5321 – de zaak handelde wederom over een hoorgebrek in de bezwaarfase – oordeelt de Hoge Raad wederom dat een hoorgebrek niet resulteert in een nietige beschikking. De Hoge Raad voegt daar echter aan toe dat de bezwaarfase geen onderdeel van het geding uitmaakt:

‘(...) dat het hier toch niet betreft het eigenlijk administratief rechtsgeding en de raad van beroep, wanneer dit geding is aangevangen doordat van de beschikking van de inspecteur beroep is ingesteld, alleszins de gelegenheid heeft om, met in achtneming van (...) de voorgescreven regelen van procedure, de zaak te onderzoeken en daarin recht te doen (...)’

In (de beginjaren van) de vorige eeuw heeft de Hoge Raad – naast de al aangehaalde arresten – zich nader uitgelaten over de taak van de belastingrechter. In het arrest van de Hoge Raad van 28 mei 1919, B. 2298, overweegt de Hoge Raad dat het niet tot de taak van de raad van beroep behoort om het bedrag aan verschuldigde belasting op een aanslag vast te stellen. Uit het arrest van de Hoge Raad van 30 juni 1920, B. 2481, volgt dat het evenmin tot de taak van de belastingrechter behoort om de juistheid van de aangifte te onderzoeken, maar wél die van de aanslag. In het arrest van de Hoge Raad van 11 december 1957, BNB 1958/20, volstond het hof met het vernietigen van de uitspraak op bezwaar van de inspecteur en het geven van een aanwijzing – resulterende in terugwijzen – omtrent de wijze waarop de belanghebbende in de aan de orde zijnde belasting diende te worden aangeslagen. De Hoge Raad is het met deze zienswijze van het hof niet eens en overweegt dat het hof niet

kon volstaan met het geven van een aanwijzing op welke wijze de aanslag opnieuw dient te worden geregeld. Het hof diende de aanslag te verminderen naar een bepaalde grondslag, aldus de Hoge Raad. De regel dat het hof het voorwerp van de door de belastingplichtige verschuldigde belasting behoort vast te stellen (bijvoorbeeld het belastbare inkomen), is in nadien door de Hoge Raad gewezen arresten herhaaldelijk terug te vinden, en veronachtzaming van die regel levert een ambtshalve aanwezig bevonden grond voor cassatie op.⁹ In het geval waarin het door de belanghebbende gemaakte bezwaar ten onrechte niet-ontvankelijk werd verklaard, zag de Hoge Raad evenmin aanleiding om de zaak terug te wijzen naar de inspecteur. In het arrest van de Hoge Raad van 15 april 1953, BNB 1953/155 m.nt. Hofstra, oordeelde de raad van beroep dat de belanghebbende ten onrechte niet-ontvankelijk was verklaard (de zaak ging over een termijnoverschrijding) en wees de zaak terug naar de inspecteur om alsnog uitspraak op bezwaar te doen. De Hoge Raad overweegt:

(...) dat de Raad van Beroep tot deze terugwijzing niet bevoegd was, doch na de vernietiging van de bestreden beschikking tot taak had op de kenbaar gemaakte bezwaren tegen den aanslag zelf uitspraak te doen;
dat toch de wet den raad van beroep de taak oplegt uitspraak te doen – en wel in eersten aanleg, vermits de behandeling van het bezwaarschrift door den inspecteur niet als een instantie in de belastingprocedure is te beschouwen – in alle geschillen welke met betrekking tot een bepaalden belastingaanslag door partijen zijn opgeworpen (...)

De Hoge Raad heeft in nadien onder het pre-Awb-tijdperk gewezen arresten strak de hand gehouden aan de onmogelijkheid van terugwijzen van de zaak naar de inspecteur. Ook in gevallen waarin destijds een verhoging – de tegenwoordige bestuurlijke boete – aan de orde was, werd het aan de belastingrechter – nadat deze het besluit van de inspecteur inzake de mate van kwijtschelding daarvan strijdig met enig beginsel van behoorlijk bestuur had bevonden – overgelaten de hoogte daarvan vast te stellen.¹⁰ In het arrest van de Hoge Raad van 26 februari 1986, BNB 1986/138,¹¹ werd niet alleen geklaagd over het niet horen in de bezwaarfase, maar eveneens dat burgemeester en wethouders (het betrof een gemeentelijke heffing) onvoldoende waren ingegaan op de door de belanghebbende aangevoerde argumenten. De Hoge Raad oordeelt – conform zijn vaste rechtspraak – dat na een vernietiging van de uitspraak op bezwaar er geen plaats is voor terugwijzing van de zaak naar het bestuursorgaan, zodat het ‘hoorgebrek’ en de gebreken in de motivering van de uitspraak op bezwaar niet tot vernietiging van die uitspraak kunnen leiden. De Hoge Raad overweegt in zijn arrest van 25 oktober 1978, BNB 1978/311, dat ‘de loop van de procedure in belastingzaken medebrengt dat, indien de uitspraak op een bezwaarschrift als bedoeld in artikel 25, eerste lid, AWR niet of niet voldoende met redenen is omkleed, dit alleen ten gevolge heeft dat het hof, zo het de uitspraak van de inspecteur bevestigt, verplicht is zelf de gronden

9. Vgl. onder andere HR 19 juni 1985, BNB 1985/219 en HR 21 augustus 1985, BNB 1985/268.

10. Vgl. HR 23 juni 1987, BNB 1983/261 m.nt. Scheltens. Zie tevens HR 10 maart 1993, BNB 1993/198 m.nt. Den Boer.

11. Zie tevens HR 5 april 1995, BNB 1995/189 m.nt. IJlsink.

daarvoor in zijn uitspraak op te nemen'.¹² In lijn met deze arresten ligt het arrest van de Hoge Raad van 28 oktober 1992, BNB 1993/36 m.nt. Den Boer, alwaar de belanghebbende betoogde dat de inspecteur i) de aanslag niet goed had gemotiveerd en ii) bij het opleggen van de aanslag niet de nodige zorgvuldigheid in acht had genomen, zodat de aanslag moest worden vernietigd. De Hoge Raad oordeelt dat de opvatting dat onder omstandigheden een onzorgvuldige vaststelling van de aanslag de nietigheid van de aanslag tot gevolg heeft niet voor juist kan worden gehouden, aangezien de onjuistheden in bezwaar en beroep kunnen worden hersteld.¹³

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad – gewezen onder het pre-Awb-tijdperk – volgt derhalve dat bij onjuistbevinding van de uitspraak op bezwaar voor terugwijzen van de zaak naar de inspecteur geen plaats was, behoudens in het hierna nog te bespreken geval waarin het bestuursorgaan beleidsvrijheid toekomt. De aangehaalde zaken waarin er sprake was van een hoorgebrek, motiveringsgebrek, een onterechte niet-ontvankelijkverklaring in bezwaar dan wel een verhoging (boete) gaven geen aanleiding voor terugwijzing. Het is de vraag of deze opvatting van de Hoge Raad anders is komen te luiden in het Awb-tijdperk. Daarop ga ik in de volgende paragraaf in.

Voor de volledigheid wijs ik in deze paragraaf nog op een aantal uitspraken van de Hoge Raad waarin toch werd 'teruggewezen'. Dit was (bijvoorbeeld) aan de orde in de situatie waarin de belanghebbende tegen twee afzonderlijke aanslagen een bezwaarschrift indiende en de inspecteur bij één 'beschikking' uitspraak had gedaan (HR 22 februari 1928, B. 4228).¹⁴ Een tweede voorbeeld is het geval waarin twee verschillende belanghebbenden tegen twee afzonderlijke aanslagen bezwaar maakten door middel van het indienen van één bezwaarschrift en aan de belanghebbenden niet de gelegenheid tot 'vervanging' van de bezwaarschriften was geboden (HR 14 mei 1969, BNB 1969/143 m.nt. Toebes¹⁵). Terugwijzen is eveneens geboden – het derde voorbeeld – op grond van de omstandigheid dat met het doen van uitspraak op bezwaar moe(s)t worden gewacht totdat een ander bezwaar definitief was afgehandeld. Het inmiddels vervallen artikel 241 Gemeentewet bracht met zich mee dat indien bezwaar was gemaakt tegen zowel een beschikking genomen op grond van de Wet waardering onroerende zaken (hierna: WOZ) als tegen een aanslag in de onroerendezaakbelastingen (hierna: OZB), opnieuw uitspraak op bezwaar in de OZB-procedure moest worden gedaan indien de WOZ-beschikking nog niet onherroepelijk vaststond (vgl. HR 28 juni 2002, BNB 2002/305). Het gaat hier om voorbeelden niet van een onjuiste, maar van een onwettige uitspraak op bezwaar, die de inspecteur niet krachtens de wet of de rechtspraak mocht nemen en die dus nietig was. Het vierde voorbeeld is het arrest van de Hoge Raad van 26 augustus 1998, BNB 1999/141, hetgeen een socialeverzekeringszaak betrof waarin de Hoge Raad de zaak

12. Zie verder HR 13 mei 1919, B. 2288 en HR 8 juni 1921, B. 2833.

13. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat in de belastingprocedure – bij eventuele schade – de aansprakelijkheid van de Staat daarvoor niet aan de orde kan komen. Zie verder het arrest van de Hoge Raad van 25 september 1996, BNB 1996/375 en voor de bezwaarfase het arrest van 21 februari 2003, BNB 2003/247 m.nt. Happé.

14. Zie tevens HR 8 april 1992, BNB 1992/207.

15. Zie tevens HR 30 mei 2001, BNB 2001/301.

terugwees naar het bestuursorgaan. De verklaring daarvoor moet – zoals Feteris in zijn BNB-noot onder het arrest opmerkt – worden gevonden in het op het socialeverzekeringsrecht toepasselijke procesrecht, hetgeen de mogelijkheid tot terugwijzing naar het bestuursorgaan kent. Het laatste voorbeeld dat ik noem, is het arrest van de Hoge Raad van 21 maart 2001, BNB 2001/329 m.nt. De Vries. In deze zaak oordeelde de Hoge Raad de voorwaarden verbonden aan een beschikking fiscale eenheid onrechtmatig, waardoor de inspecteur opnieuw op het bezwaar diende te beschikken. De Hoge Raad deed de zaak vanwege een doelmatige beslechting van het geschil uiteindelijk toch zelf af, omdat (onder meer) al kenbaar was op welke wijze de staatssecretaris de voorwaarden zou wijzigen. Het betrof hier een geval waarin de inspecteur krachtens de wet beleidsvrijheid toekwam. In dergelijke gevallen was terugwijzen naar de inspecteur ook in het pre-Awb-tijdperk de hoofdregel.

3 De Awb-periode

Zoals in paragraaf 2 aangegeven, rees met het van toepassing worden van de Awb op het fiscale procesrecht de vraag of het de belastingrechter zou worden toegestaan om zaken terug te wijzen naar het bestuursorgaan. Met ingang van 1 januari 1994 is hoofdstuk 6 van de Awb op het fiscale procesrecht van toepassing geworden. In geval van schending van een vormvoorschrift en benadeling van de belanghebbende (artikel 6:22 Awb) zou dat aanleiding kunnen zijn om de zaak terug te wijzen naar het bestuursorgaan. In de memorie van antwoord bij de eerste tranche van de Awb is opgemerkt dat:

(...) Of en in hoeverre de belastingrechter in de toekomst (...) aanleiding zal zien in een iets ruimere mate dan thans aan de inspecteur op te dragen een nieuwe beslissing te nemen, (...) moeilijk [valt; RS] te voorzien (...)¹⁶

En dat was, zoals hierna zal blijken, inderdaad het geval. Wattel betoogt – onder aanhaling van de parlementaire geschiedenis van de Awb – in zijn noot onder het arrest van de Hoge Raad van 17 januari 1996, BNB 1996/132, dat vanaf 1 januari 1994 de bevoegdheid tot terugwijzing bestaat. Wattel wijst in diezelfde noot er echter ook op dat de Hoge Raad in het (door mij al aangehaalde) arrest BNB 1995/189, gewezen na de invoering van de Awb, het verbod op terugwijzing heeft gehandhaafd, ondanks de in een andere richting wijzende, duidelijke wetsgeschiedenis:

(...) Wij achten het doorgaans aangewezen dat de rechter zelf in de zaak voorziet indien na de vernietiging geen beleidsvrijheid voor het bestuur meer bestaat. (...) in het belastingrecht behoort dat (...) de regel te zijn (...)¹⁷

Wattel oppert in zijn noot dat de Hoge Raad wellicht die wetsgeschiedenis over het hoofd heeft gezien. Mocht dat het geval zijn geweest, de Hoge Raad is in zijn arrest van 25 maart 1998, BNB 1998/157 m.nt. Van Leijenhorst, en zijn arrest van 16 december 1998, BNB 1999/225 m.nt. Wattel, gebleven bij zijn constante rechtspraak inhoudende dat de rechter niet de bevoegdheid heeft om de zaak naar het bestuursorgaan terug te wijzen.¹⁸ De conclusie moet dan ook luiden dat artikel 6:22 Awb de Hoge

16. Kamerstukken II 1990/91, 21 221, nr. 5, p. 51 en 52.

17. Kamerstukken II 1990/91, 21 221, nr. 5, p. 51 en 52.

18. Uit het tweede genoemde arrest volgt dat het hof het verzuim in de bezwaarfase wél moet herstellen.

Raad geen aanleiding heeft gegeven om te oordelen dat zaken mogen worden teruggewezen naar het bestuursorgaan.

Vanaf 1 september 1999 (invoering herziening van het fiscale procesrecht) is ook hoofdstuk 8 van de Awb op het fiscale procesrecht van overeenkomstige toepassing geworden, en vanaf 1 januari 2005 (invoering belastingrechtspraak in twee feitelijke instanties, en daarmee van belastingrechtspraak bij de rechtbanken) is dit hoofdstuk rechtstreeks van toepassing. Dat betekent dat artikel 8:72, vierde lid, Awb op het fiscale recht van toepassing is, hetgeen onder meer bepaalt dat indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, zij het bestuursorgaan kan opdragen een nieuw besluit te nemen. In de parlementaire geschiedenis van de herziening van het fiscale procesrecht is de mogelijkheid voor de rechter om zaken terug te wijzen aan de orde gekomen:

(...) De WARB kent niet een regeling van de uitspraakbevoegdheden, zoals opgenomen in artikel 8:72 van de Awb. In hoofdlijnen komt de regeling erop neer dat indien het beroep gegrond wordt verklaard, de uitspraak geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd, waarbij de rechter hetzij zelf in de zaak kan voorzien hetzij de zaak terugverwijzen naar de inspecteur met de opdracht een nieuw besluit te nemen met inachtneming van de rechterlijke uitspraak. (...) ¹⁹

Verder:

(...) Artikel 8:72 geeft een regeling voor de gevolgen van een gegrondverklaring van het beroep. Deze regeling zal de belastingrechter meer mogelijkheden geven in de wijze van afdoening na vernietiging van de uitspraak op bezwaar. De regeling staat er niet aan in de weg dat de belastingrechter de traditie, gebaseerd op de zogenoemde devolutieve werking van het appel, doorzet. Die traditie houdt in dat de belastingrechter na vernietiging doet wat de inspecteur had moeten beslissen. De rechter stelt alsdan de belastingschuld zelf vast, en verwijst de zaak niet terug naar de inspecteur. Het is denkbaar dat de belastingrechter er in de toekomst onder omstandigheden de voorkeur aan geeft dat de inspecteur een nieuwe uitspraak doet op bezwaar met inachtneming van zijn uitspraak. Men kan daarbij denken aan gevallen waarbij de inspecteur niet toegekomen is aan een inhoudelijke beoordeling van het bezwaar, omdat dit naar zijn oordeel niet-ontvankelijk was. Ook is voorstelbaar dat de rechter na de bevinding dat de zaak onvoldoende is voorbereid, de inspecteur opdraagt zijn werk alsnog te doen. Afgewacht moet worden of, en zo ja, in welke mate de attitude van de belastingrechter wijziging zal ondergaan. (...) ²⁰

De attitude van de belastingrechter heeft een wijziging ondergaan. Het eerste arrest waarin de Hoge Raad ervan blijk geeft dat een zaak kan worden teruggewezen naar het bestuursorgaan is het arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2002, BNB 2002/138 m.nt. Happé. De zaak handelt over een mogelijke schending van artikel 10:3, derde lid, Awb: mandaat tot het beslissen op een bezwaarschrift wordt niet verleend

19. Kamerstukken II 1996/97, 25 175, nr. 3, p. 17.

20. Kamerstukken II 1997/98, 25 175, nr. 5, p. 18.

aan degene die het besluit waartegen het bezwaar zich richt krachtens mandaat heeft genomen. In het arrest overweegt de Hoge Raad dat het gaat om een essentieel voorschrift bij overtreding waarvan moet worden geoordeeld dat de beslissing op het bezwaarschrift onbevoegd is genomen. De Hoge Raad verwees de zaak, omdat het hof de ‘art. 10:3, lid 3, Awb-stelling’ van de belanghebbende niet had behandeld. De Hoge Raad voegt daar echter aan toe voor het geval dat artikel 10:3, derde lid, Awb mocht zijn geschonden:

‘(...) dan zal de uitspraak op het bezwaarschrift moeten worden vernietigd en zal opnieuw, en dan in overeenstemming met dat voorschrift, uitspraak op het bezwaarschrift moeten worden gedaan (...)’

In het arrest van de Hoge Raad is geen verklaring terug te vinden waarom terugwijzen naar het bestuursorgaan inmiddels tot de mogelijkheden behoort – en op grond van welke wettelijke bepaling – maar in het jaarverslag van de Hoge Raad (jaar 2001/2002²¹) is die wel te vinden. In het kader van de bespreking van de zaak BNB 2002/138 wordt daar opgemerkt:

‘(...) Onder het procesrecht dat gold tot 1 september 1999 ontzegde de Hoge Raad het gerechtshof de bevoegdheid om de inspecteur op te dragen zijn beslissing over te doen; het gerechtshof moest zelf herstellen wat er mis was gegaan. Als bijvoorbeeld de belastingplichtige ten onrechte niet was gehoord over zijn bezwaar, mocht het hof de uitspraak op het bezwaarschrift niet om die reden vernietigen, want het daaraan klevende gebrek kon het hof herstellen door de belastingplichtige in de gelegenheid te stellen bij het hof zijn verhaal te vertellen. Door het van toepassing worden van hoofdstuk 8 van de Awb per 1 september 1999, is het aan de gerechtshoven niet langer in algemene zin verboden om ingeval een gebrekkige uitspraak op een bezwaarschrift wordt vernietigd de inspecteur die beslissing te laten overdoen. Artikel 8:72, lid 4, van de Awb bepaalt voor dat geval namelijk met zoveel woorden dat de rechter – als één van de mogelijkheden – het bestuursorgaan kan opdragen een nieuw besluit te nemen. In de meeste gevallen zal het echter nuttig noch praktisch zijn dat de rechter van die mogelijkheid gebruik maakt; in belastingzaken heeft het bestuursorgaan in de regel geen beleidsvrijheid. (...)’

Met het arrest BNB 2002/138 was het ijs gebroken: feitelijke instanties mogen – indien de zaak daarnaar is – deze naar het bestuursorgaan terugwijzen, maar meestal zal dit, aldus de Hoge Raad, niet op zijn plaats zijn.

Iets meer dan een jaar later volgt het tweede arrest van de Hoge Raad waarin de mogelijkheid van het terugwijzen van de zaak naar het bestuursorgaan onder het herziene procesrecht aan de orde komt. Het betreft het arrest van de Hoge Raad van 18 april 2003, BNB 2003/267 m.nt. Feteris. In dit arrest heeft de Hoge Raad uiteengezet op welke wijze moet worden omgegaan met een schending van de regels inzake het horen van een belastingplichtige in de bezwaarfase (artikel 7:5 Awb en

21. P. 35. Het jaarverslag is raadplagen op <www.rechtspraak.nl>.

artikel 25 AWR). Uit het arrest volgt – kort weergegeven – het navolgende spoorboekje:

1. Kan de beslissing op bezwaar – ondanks het verzuim van het op juiste wijze horen – in stand blijven op grond van het bepaalde in artikel 6:22 Awb? Hierbij moet, aldus de Hoge Raad, enerzijds in overweging worden genomen dat artikel 7:5 Awb geen dode letter mag worden, anderzijds dat de belastingplichtige niet gebaat is bij de vernietiging van een uitspraak op bezwaar die een herhaling van zetten oplevert en de duur van de procedure verlengt.
2. Op grond van punt 1 bestaat de mogelijkheid dat aan het hoorgebrek voorbij wordt gegaan, omdat de belastingplichtige door de gang van zaken niet is benadeeld.
3. Het hof dient dan wel te motiveren waarom de belastingplichtige niet is benadeeld, waarbij niet kan worden volstaan met de enkele redengeving dat het gebrek reeds is hersteld doordat de belastingplichtige zijn bezwaren in beroep schriftelijk heeft kunnen uiteenzetten en mondeling heeft kunnen toelichten.
4. De onder punt 3 genoemde omstandigheid is volgens de Hoge Raad wel voldoende indien het hof tevens vaststelt dat omtrent de van belang zijnde feiten en de waardering daarvan tussen de inspecteur en de belastingplichtige (uiteindelijk) geen verschil van mening bestaat en het geschil betrekking heeft op een aangelegenheid waarbij de inspecteur geen beleidsvrijheid toekomt.
5. Toepassing van artikel 6:22 Awb neemt niet weg dat het hof in de gang van zaken aanleiding kan vinden de inspecteur te veroordelen in de kosten die de belastingplichtige in beroep heeft gemaakt.
6. Indien het hof tot de conclusie komt dat de belastingplichtige door de gang van zaken bij het horen is benadeeld, moet de uitspraak op bezwaar worden vernietigd en heeft het hof de keuze om de zaak terug te wijzen naar de inspecteur dan wel zelf de zaak af te doen. Het laatste is aangewezen indien de belastingplichtige in het gelijk moet worden gesteld dan wel indien de belastingplichtige het hof heeft verzocht zelf in de zaak te voorzien.

In het jaar 2005 wordt weer een arrest gewezen waarin het terugwijzen van de zaak naar het bestuursorgaan aan de orde komt: HR 15 april 2005, BNB 2005/251 m.nt. Bartel. In die zaak was het door de belanghebbende gemaakte bezwaar tegen een aanslag vanwege termijnoverschrijding niet-ontvankelijk verklaard, maar omdat de aanslag in verband met een adreswijziging van de belanghebbende niet naar het juiste adres was gezonden, hield dat oordeel (en dat van het hof) in cassatie geen stand. De Hoge Raad vernietigde de uitspraak van het hof, maar verwees de zaak niet naar een ander gerechtshof. Op grond van artikel 29e, tweede lid, AWR, eerste volzin, deed de Hoge Raad zelf de zaak af, en deed hij hetgeen het hof had moeten doen. In deze zaak hield dat de opdracht aan de inspecteur in om opnieuw uitspraak op bezwaar te doen.

De Hoge Raad wijst in het jaar 2006 opnieuw een arrest (HR 9 juni 2006, BNB 2006/290 m.nt. De Bont) dat betrekking heeft op een onterechte niet-ontvankelijkverklaring in bezwaar (vanwege het uitblijven van een motivering). In beroep wordt het door de belanghebbende gemaakte bezwaar ontvankelijk geoordeeld waarna het hof

de zaak inhoudelijk behandelt. De Hoge Raad legt in zijn uitspraak de volgende rechtsregel neer:

‘(...) Indien de inspecteur de niet-ontvankelijkheid van een bezwaar heeft uitgesproken en de belastingrechter die uitspraak vernietigt, dient de rechter in de regel met toepassing van artikel 8:72, lid 4, Awb de inspecteur op te dragen opnieuw op het bezwaar te beslissen. Van die regel kan worden afgeweken indien daartoe goede grond bestaat, bijvoorbeeld indien partijen aandringen op een inhoudelijke beoordeling van het geschil door de rechter, of indien duidelijk is dat de belanghebbende niet wordt benadeeld doordat de rechter zelf in de zaak voorziet. (...)’

Vervolgens doet de Hoge Raad de zaak aldus af:

‘(...) Voor het Hof heeft belanghebbende bij repliek te kennen gegeven dat zij van het Hof uitsluitend een beslissing wenst over de juistheid van de uitspraak van de inspecteur, en zich verzet tegen “de poging van de Inspecteur om de materiële zijde van het geschil erbij te trekken”. Blijkens het proces-verbaal van de zitting heeft belanghebbende bij die opstelling volhard. Zij is in geen enkel stadium van het geding voor het Hof ingegaan op de merites van de naheffingsaanslag waartegen het bezwaarschrift zich keerde. Onder deze omstandigheden ziet de Hoge Raad geen goede grond om af te wijken van de regel dat de inspecteur, na de vernietiging van zijn niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar, opnieuw op het bezwaar dient te beslissen. (...)’

In het arrest BNB 2006/290 lijkt de benadeling te volgen uit de proceshouding van de belanghebbende, waardoor veronderstellenderwijze ervan moest worden uitgegaan dat omtrent de van belang zijnde feiten en de waardering daarvan verschil van mening bestond (vgl. HR BNB 2003/267). Deze invulling van het begrip benadeling brengt met zich mee dat de proceshouding van de belanghebbende, ingeval een zuivere rechtsvraag aan de orde is, kan resulteren in een onnodige terugwijzing.²² Indien de belanghebbende in beroep ingaat op de merites van de aanslag, dan kan de rechter op de gronden zoals uiteengezet in het arrest HR BNB 2003/267 een benadeling aannemen, waarna het van de wil van de belanghebbende (‘partijen’) afhangt of de zaak wordt verwezen.

In de uitspraak van de ABRvS van 30 juni 2004²³ was min of meer dezelfde kwestie aan de orde als in het arrest HR BNB 2006/290. De zaak betrof een (onterechte) kennelijke niet-ontvankelijkverklaring in bezwaar. De belanghebbende betoogde voor de ABRvS dat de rechtbank niet zelf in de zaak had mogen voorzien door onder meer te stellen dat het beroepschrift was beperkt tot formeel-juridische aspecten. De ABRvS laat de uitspraak van de rechtbank in stand. De ABRvS overweegt dat voor de rechtbank de materiële kant van het geschil voldoende aan de orde was geweest en dat gelet daarop niet kan worden

22. Het nog aan de orde komende arrest HR BNB 2007/166 levert voor dat geval mogelijk een argument op om aan een terugwijzing te ontkomen.

23. Nr. 200307392/1, JB 2004/292.

‘geoordeeld dat rechtbank, die ingevolge artikel 8:69, eerste lid, van de Awb uitspraak doet op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting, zich in haar uitspraak had moeten beperken tot het oordeel over de niet-ontvankelijkheidsverklaring van het bezwaar’.

Zowel de Hoge Raad als de ABRvS lijken, ingeval er sprake is van een onterechte niet-ontvankelijkheidsverklaring in bezwaar, dan ook als voorwaarde te stellen dat de belanghebbende inhoudelijk op de zaak is ingegaan om aan een terugwijzing te ontkomen.

Tot slot van deze paragraaf haal ik nog drie voor dit preadvies van belang zijnde arresten aan, gewezen door de Hoge Raad in het jaar 2007. Het eerste is het arrest van de Hoge Raad van 16 februari 2007, BNB 2007/166 m.nt. Albert. In het arrest is het eerder in deze paragraaf aangehaalde arrest BNB 2002/138 van een nuancering voorzien en past de Hoge Raad voor het eerst artikel 8:72, derde lid, Awb²⁴ toe: de belastingrechter kan bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand blijven. In de zaak was materieel de vraag aan de orde of een bepaalde in de Wet op de inkomstenbelasting 1964 opgenomen regeling willekeurig was dan wel discrimineerde. Deze vraag beantwoordde de Hoge Raad ontkennend. In de zaak was tevens nog een formeel punt aan de orde. De belanghebbende had gesteld dat artikel 10:3, derde lid, Awb, was geschonden. Het hof was in zijn uitspraak aan die stelling van de belanghebbende voorbijgegaan, door te oordelen dat – indien die stelling al juist zou zijn – dat voor de belanghebbende niet zou resulteren in een lager inkomen. De Hoge Raad overweegt in overeenstemming met het arrest BNB 2002/138 dat artikel 10:3, derde lid, Awb, een essentieel voorschrift is; de eventuele onbevoegdheid van de ambtenaar die de uitspraak op bezwaar heeft gedaan, wordt niet weggenomen door de omstandigheid dat deze een beslissing heeft gegeven in overeenstemming met een wetsbepaling die geen andere beslissing toeliet. Het hof had de stelling van de belanghebbende dan ook moeten onderzoeken, aldus de Hoge Raad. Uit de verwijzingsopdracht van de Hoge Raad volgt vervolgens dat – mocht blijken dat artikel 10:3, derde lid, Awb, niet is nageleefd – de uitspraak op bezwaar moet worden vernietigd en verder dat:

‘(...) In de omstandigheid dat omtrent het na de (eerste) uitspraak op bezwaar resterende bezwaar van belanghebbende, als van zuiver rechtskundige aard, geen andere beslissing kan worden gekregen dan de hiervoor (...) gegeven beslissing, kan het verwijzingshof, indien belanghebbende overigens geen belang zou hebben bij een nieuwe uitspraak op het bezwaarschrift, gerede aanleiding vinden om met toepassing van artikel 8:72, lid 3, Awb te bepalen dat de gevolgen van de vernietigde uitspraak op bezwaar in stand blijven, zodat door de Inspecteur niet opnieuw uitspraak op het bezwaar behoeft te worden gedaan. Een zodanige uitspraak van het verwijzingshof dient verder wel nog de beslissingen te bevatten, welke in de artikelen 8:74 en 8:75 Awb zijn voorzien omtrent het griffierecht en de proceskosten. (...)’

24. P.J. Wattel, R.H. Happé en M.W.C. Feteris wezen in hun BNB-noten, respectievelijk 1999/225, 2002/138 en 2003/167, al op deze bepaling.

Dit arrest van de Hoge Raad wijkt in de kern niet af van de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep²⁵ en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.²⁶ Deze stelt (onder meer²⁷) als voorwaarde om een onbevoegd genomen besluit gedekt te kunnen verklaren, dat het besluit wat de inhoud betreft de rechterlijke toets kan doorstaan (er is slechts één beslissing mogelijk).

In zijn arrest van 30 maart 2007, BNB 2007/242 m.nt. Happé, heeft de Hoge Raad het arrest BNB 2007/166 nog iets uitgebreid. In cassatie klaagde de belanghebbende over schending van artikel 10:3, derde lid, Awb. De Hoge Raad overwoog dat de belanghebbende bij het middel geen belang had – voor zover het de naheffingsaanslag betrof – omdat de belanghebbende voor het hof uitdrukkelijk en ‘met klem’ had verzocht om, indien het zou concluderen tot een schending van artikel 10:3, derde lid, Awb, de zaak niet terug te wijzen naar de inspecteur teneinde opnieuw uitspraak op bezwaar te doen, maar in weerwil daarvan de zaak zelf af te doen. De Hoge Raad overweegt (verder) dat de belanghebbende wel een belang had aangaande de schadevergoeding (artikel 8:73 Awb), waardoor verwijzing van de zaak voor een nader onderzoek naar een mogelijke schending van artikel 10:3, derde lid, Awb volgde. De wens van de belanghebbende om de zaak niet terug te wijzen naar het bestuursorgaan was derhalve van belang voor de wijze van afdoening van de zaak.

Het laatste arrest dat ik in deze paragraaf aanhaal, is het arrest van de Hoge Raad van 8 juni 2007, BNB 2007/231 m.nt. Cornelisse. In deze zaak dreigde de geruisloze inbreng van een apotheek in een bv – artikel 18 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 – te mislukken vanwege een te hoog bepaalde goodwill met als gevolg niet volgestorte aandelen. De belanghebbende beriep zich voor het hof – welk betoog werd verworpen – op de in de notariële akte opgenomen ‘glijclausule’, waarin was opgenomen dat de belanghebbende in een dergelijk geval een bedrag in geld zou bijstorten. De Hoge Raad overweegt – kort gezegd – dat de feitenrechter het niet volgestort zijn van de aandelen niet enkel kan afleiden uit een vastgesteld verschil tussen de waarde in het economische verkeer van de ingebrachte onderneming en de waarde daaraan toegekend door de belanghebbende. De feitenrechter zal bij de beoordeling van de aanslag eveneens de ‘glijclausule’ moeten betrekken en de belanghebbende gelegenheid moeten bieden om daaraan uitvoering te geven, omdat dan pas de aanslag kan worden vastgesteld. Het vernieuwende aan dit arrest is dat de Hoge Raad de uitvoering van de glijclausule en de mogelijke vermindering van de aanslag nadien niet afhankelijk maakt van een ambtshalve door de inspecteur te geven beslissing, maar de glijclausule bij de beoordeling van de aanslag betreft. De Hoge Raad bewerkstelligt die uitkomst door de zaak af te doen op de wijze waarop het hof de zaak had moeten afdoen, en dat is de inspecteur opdragen om opnieuw uitspraak op bezwaar te doen. Een reden om een zaak terug te wijzen naar de inspecteur kan er derhalve ook in zijn gelegen om de belastingplichtige meer rechtsbescherming te bieden.

25. Uitspraak van 21 januari 1998, AB 1998/167.

26. Uitspraak van 23 oktober 1997, JB 1998/5.

27. De rechtspraak verlangt ook dat het bevoegde orgaan het besluit voor zijn rekening neemt.

4 Het zelf afdoen van belastingzaken door de belastingrechter nader verklaard

Na in de paragrafen 2 en 3 de door de Hoge Raad gewezen jurisprudentie op het vlak van het afdoen van belastingzaken te hebben weergegeven, ga ik in deze paragraaf nader in op de vraag welke reden(en) er ten grondslag ligt (liggen) aan de wijze waarop de Hoge Raad – in ieder geval in het pre-Awb-tijdperk – de feitenrechter voorschreef om zaken af te doen. Deze hield – kort gezegd – in dat het de belastingrechter niet was toegestaan om de zaak terug te wijzen naar de inspecteur en de rechter in feite (alsnog) behoorde te doen hetgeen de inspecteur had moeten doen. De systematiek van niet terugwijzen en het zelf afdoen van de zaak door de belastingrechter wordt in de literatuur aangeduid als de devolutieve werking van het beroep.

In de literatuur worden voor de devolutieve werking van het beroep de volgende verklaringen gegeven.²⁸ Er wordt:

1. betoogd dat de bezwaarfase geen onderdeel uitmaakt van de fiscale procedure (het vormt geen deel van het geding);
2. gewezen op het karakter van de fiscale procedure en het onderscheid tussen gebonden en vrije beschikkingen;
3. gewezen op het gegeven dat aan iedere procedure een keer een eind moet komen.

Een andere (vierde) verklaring is dat de Hoge Raad het beroep tegen de uitspraak op bezwaar wellicht vond lijken op een hoger beroep bij de burgerlijke rechter, waarvoor de devolutieve werking geldt.²⁹ Nog een andere (vijfde) verklaring houdt ten slotte in dat het door de Hoge Raad voorgeschreven systeem (mede) uit nood is geboren.³⁰ Tot 1994 ging aan het instellen van beroep niet altijd een bezwaarfase vooraf (prorogatie). Indien aan de belanghebbende (bijvoorbeeld) een navorderingsaanslag was opgelegd, stond daartegen alleen een rechtstreeks beroep op de belastingrechter open.³¹ Indien

28. Zie de door J.A. Smit weergegeven literatuur in: De werking van het beroep in het fiscale procesrecht: devolutief of evocatief? (I), WFR 1986, p. 1552 en 1553.

29. P.J. van Amersfoort, De devolutieve werking van het (hoger) beroep, WFR 2005, p. 144 en E.B. Pechler/M.W.C. Feteris, Evaluatie van het herziene fiscale procesrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 14.

30. Geschrift van de Vereniging voor belastingwetenschap, nr. 177, p. 20 en P.J. van Amersfoort, t.a.p., p. 144.

31. Art. 26, tweede lid, (oud) AWR.

de belastingrechter vervolgens tot het oordeel zou komen dat de bestreden beslissing, zijnde de navorderingsaanslag, moest worden vernietigd, dan zou dat het gevaar met zich meebrengen dat de termijn voor het opleggen van een aanslag, zoals neergelegd in de AWR, inmiddels was verstreken.

Overigens verdient het opmerking dat in de literatuur – onder het pre-Awb-tijdperk – niet iedereen de door de Hoge Raad voorgeschreven wijze van afdoen van zaken (volledig) onderschreef. Zo pleitte Geppaart in het WFR³² ten aanzien van het kwijtscheldingsbesluit (welke samenhang met de verhoging) voor een terugwijzing naar de inspecteur. Enige jaren nadien omschreef Geppaart in het WFR de door de Hoge Raad voorgeschreven wijze van afdoen van zaken (devolutief) niet als een vanzelfsprekendheid.³³ Verder kan gewezen worden op Smit, die de mening was toegedaan dat terugwijzing van de zaak tot de mogelijkheden moest behoren.³⁴

De Hoge Raad heeft in zijn onder het pre-Awb-tijdperk gewezen rechtspraak, zoals hiervoor in paragraaf 2 uiteengezet, eveneens gemotiveerd waarom een zaak niet naar de inspecteur kan worden teruggewezen. Uit die rechtspraak volgen twee belangrijke elementen. Ten eerste, de door de ‘wet’ aan de raden van beroep opgelegde taak houdt in dat de belastingrechter heeft te beslissen over alle geschillen betreffende de belastingaanslag. Het is dan ook aan de belastingrechter om de vraag of de aanslag ‘wettig’ en ‘juist’ is gedaan in volle omvang te toetsen. Het tweede element dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt, is dat de bezwaarfase niet als een ‘instantie’ wordt aangemerkt. Het gevolg van deze benadering is dat de formele beginselen niet tot ontwikkeling kwamen; de juistheid van de aanslag staat immers centraal.

Het belangrijkste door de Hoge Raad genoemde element is naar mijn mening dat de belastingrechter (alleen) de wettigheid en juistheid van de aanslag in volle omvang toetst. Artikel 104 Grondwet bepaalt – onder meer – dat ‘Belastingen van het Rijk worden geheven uit kracht van een wet’. Belastingenschulden ontstaan dan ook niet doordat de inspecteur een aanslag aan de belastingplichtige oplegt (de formalisering van de belastingenschuld), maar vloeien rechtstreeks voort uit de wet (materiële belastingenschuld). Zo overwoog de Hoge Raad in zijn arrest van 19 januari 1955, BNB 1955/81 m.nt. Hofstra, dat ‘belastingenschulden ontstaan uit kracht van de wet, zodra de omstandigheden, waaraan de belastingenschuld verbonden is, aanwezig zijn’.³⁵ Uitgaande van deze benadering is het de belastingrechter die in volle omvang toetst of de uit de wet voortvloeiende belastingenschuld door de inspecteur juist in een aanslag is neergelegd. Is dat niet het geval, dan stelt de belastingrechter de belastinggrondslag zelf vast. De in het belastingrecht gegeven beschikkingen worden omschreven als gebonden beschikkingen.³⁶

32. Ch.P.A. Geppaart, Enige rechtstheoretische aspecten van de toetsingsgronden in art. 27 van de Algemene wet inzake rijksbelasting, WFR 1966, p. 432.

33. Ch.P.A. Geppaart, Over vanzelfsprekendheden in het fiscale procesrecht, WFR 1988, p. 1036 e.v.

34. J.A. Smit, De werking van het beroep in het fiscale procesrecht: devolutief of evocatief? (II, slot), WFR 1986, p. 1585.

35. Zie verder HR 7 juni 1922, B. 2966.

36. In het geschrift van de Vereniging voor belastingwetenschap, nr. 177, p. 20, wordt gesteld dat 99% van de beschikkingen in het belastingrecht gebonden beschikkingen zijn.

Ten aanzien van de redenering dat de materiële belastingschuld volledig uit de wet voortvloeit, maak ik nog twee opmerkingen.

De eerste is dat de belastingwetten niet op alle onderdelen zo sprekend zijn dat daaruit rechtstreeks de belastingschuld kan worden afgeleid. In belastingwetgeving komen open normen voor, die door de rechter worden ingevuld. Zo bepaalt artikel 3.25 Wet IB 2001 voor een ondernemer dat de in een jaar genoten winst wordt bepaald volgens goed koopmansgebruik, met inachtneming van een bestendige gedragslijn die onafhankelijk is van de vermoedelijke uitkomst. De nadere invulling van hetgeen in overeenstemming is met goed koopmansgebruik volgt uit de rechtspraak van de Hoge Raad. De rechter treedt in dit soort gevallen meer op als wetgever-plaatsvervanger dan als rechter, maar dat feit maakt het naar mijn mening niet zo dat van gebonden beschikkingen niet langer meer kan worden gesproken. De inspecteur heeft hier geen enkele beleidsvrijheid, de rechter heeft het laatste woord.³⁷

De tweede opmerking heeft te maken met het feit dat niet alleen de belastingwet van invloed is op (de hoogte van) de materiële belastingschuld. Gewezen moet eveneens worden op de uitvoeringspraktijk die – zoals Happé³⁸ het omschrijft – een intermediaire functie vervult tussen ‘de wetgever die in de wetgeving vaak onvoldoende nauwkeurig de ingreep van de belastingheffing aangeeft’ en ‘de belastingplichtigen op wie deze wetgeving wordt toegepast’. De uitvoeringspraktijk speelt zich af op twee vlakken.

Het eerste vlak is dat van de staatssecretaris van Financiën. De staatssecretaris kan aan de hand van besluiten uiteenzetten op welke wijze hij tegen bepaalde belastingaspecten aankijkt.³⁹ Laat de staatssecretaris zich in een besluit in begunstigende zin voor de belastingplichtige uit (*contra legem*), dan kan de belastingplichtige zich daarop beroepen (vertrouwen dan wel gelijkheid), althans wordt het besluit onder hoofdstuk 4 van de Awb aangemerkt als een beleidsregel waaraan kan worden getoetst (artikel 4:81 Awb). Een voorbeeld hiervan is het arrest van de Hoge Raad van 13 augustus 2004, BNB 2005/42 m.nt. Feteris, waarin expliciet wordt verwezen naar artikel 4:84 Awb. Uit artikel 62 AWR volgt (verder) dat de minister bevoegd is regelen te geven ter uitvoering van de belastingwet (ministeriële regelingen) en artikel 63 AWR (hardheidsclausule) geeft de minister de bevoegdheid om voor bepaalde gevallen of groepen van gevallen tegemoet te komen aan onbillijkheden van overwegende aard. Indien een belastingplichtige een beroep doet op de hardheidsclausule, zal tegen een afwijzing daarvan in zijn algemeenheid geen bezwaar dan wel beroep openstaan, zodat rechterlijke toetsing van gevoerd hardheidsclausulebeleid dan niet tot de mogelijkheden behoort.

37. Vgl. Ch.J. Langereis, *Fiscale rechtsbescherming*, FM 39, Deventer: Kluwer 1989, p. 262.

38. R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming*, FM 77, Deventer: Kluwer 1996, p. 26 e.v.

39. In het besluit van de staatssecretaris van 25 februari 2004, BNB 2004/194, wordt fiscaal uitvoeringsbeleid geduid als een door of namens de Staatssecretaris vastgestelde uitleg van het recht. De bevoegdheid tot het vaststellen van besluiten komt de staatssecretaris dan ook alleen toe.

Het tweede vlak is dat van de uitvoeringspraktijk van de inspecteur. Sinds de doorbraakarresten uit 1978⁴⁰ dient onder omstandigheden een strikte toepassing van de belastingwet achterwege te blijven indien deze in strijd komt met algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voor het belastingrecht zijn met name het vertrouwens- en het gelijkheidsbeginsel van belang. Op deze plaats laat ik de vraag verder rusten of het de inspecteur überhaupt is toegestaan om in de uitvoeringssfeer *contra legem* te handelen (bijvoorbeeld door het voeren van begunstigend beleid) of dat deze zich altijd strikt aan de wet dient te houden en de besluiten zoals uitgevaardigd door de staatssecretaris heeft na te leven. Het is alleen van belang om te constateren dat het handelen van de inspecteur een *contra legem* uitkomst ten gevolge kan hebben.

De gedachte dat de materiële belastingschuld rechtstreeks uit de wet voortvloeit, kan dan ook niet helemaal voor waar worden gehouden. Met name de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en door de staatssecretaris uitgevaardigde besluiten doen aan dat uitgangspunt af. De gebondenheid van de belastingbeschikking moet dan ook wat worden gerelativeerd, maar een ander kenmerk van een gebonden beschikking is dat deze volledig door de rechter kan worden getoetst. En naast het feit dat de belastingrechter toetst of een aanslag in overeenstemming met de wet is, heeft de rechter evenzeer de mogelijkheid om volledig te toetsen of een juiste wetstoepassing moet wijken voor de toepassing van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dan wel een besluit.⁴¹ De relativering van het begrip ‘gebonden beschikking’ levert naar mijn mening dan ook geen argument op voor terugwijzen van zaken naar het bestuursorgaan.

Tot slot van deze paragraaf vat ik als volgt samen. Naar mijn mening zijn de twee hoofdredenen waarom de rechter in het pre-Awb-tijdperk de zaak niet mocht terugwijzen (devolutieve werking van het beroep) het feit dat de bezwaarfase geen onderdeel van het geding vormt en de rechter (alleen) de aanslag in volle omvang op zijn juistheid dient te toetsen. De daaraan ten grondslag liggende gedachte is dat de materiële belastingschuld rechtstreeks uit de wet voortvloeit (gebonden beschikkingen; artikel 104 Grondwet). Alhoewel het begrip gebonden beschikking enige relativering verdient – zie de uitvoeringspraktijk – staat dat feit niet aan de volledige toetsingsbevoegdheid van de rechter in de weg. Oordeelt de rechter dat de aanslag door de inspecteur naar een onjuiste grondslag is vastgesteld, dan bepaalt de rechter de juiste grondslag.

In de volgende paragraaf ga ik in op de vraag of het in het Awb-tijdperk nog steeds zo voor de hand ligt om strak de hand te houden aan de onmogelijkheid om zaken terug te wijzen. Het antwoord daarop is ontkennend – dat volgt al uit de in paragraaf 3 uiteengezette rechtspraak van de Hoge Raad – maar het blijft de vraag, gezien de gebonden aard van de meeste fiscale beschikkingen, onder welke omstandigheden een terugwijzing voor partijen zinvol kan zijn, ondanks het gegeven dat de bezwaarfase geen onderdeel van het geding vormt.⁴²

40. HR 12 april 1978, BNB 1978/135-137 m.nt. Tuk en HR 6 juni 1979, BNB 1979/211 m.nt. Scheltens.

41. Vgl. J.C.K.W. Bartel in zijn noot onder HR BNB 2005/251.

42. De partijen zijn in de bezwaarfase niet gelijkwaardig (HR 10 februari 1988, BNB 1988/160 m.nt. Hofstra).

5 Zinnvolle terugwijzing onder vigeur van de Awb?

5.1 Inleiding

Uit de Evaluatie belastingrechtspraak in twee instanties⁴³ volgt dat de rechtbanken in de periode tot en met 30 juni 2006 – de tweede feitelijke instantie is met ingang van 1 januari 2005 in werking getreden – in 88,5% van de gevallen zelf in de zaak voorzien en in 2,2% van de gevallen de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand lieten. In de derde Evaluatie van de Awb – definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter⁴⁴ – wordt een percentage van 18 genoemd voor het aantal gevallen waarin de bestuursrechter gebruikmaakt van de mogelijkheid om de zaak zelf af te doen. De verschillen in percentages vinden – kort gezegd – hun verklaring in het gegeven dat het de rechter alleen is toegestaan om na de vernietiging van het besluit zelf in de zaak te voorzien indien rechtens nog maar één beslissing mogelijk is.⁴⁵ Is dat niet het geval en heeft het bestuursorgaan nog keuzevrijheid, dan is terugwijzen voorgeschreven (machtenscheiding). Zoals in paragraaf 4 uiteengezet, handelt het in het belastingrecht in het merendeel van de gevallen om gebonden beschikkingen, waardoor het meer in de rede ligt dat de belastingrechter, na een vernietiging van de uitspraak op bezwaar, zelf in de zaak voorziet. In het belastingrecht is het de vraag onder welke omstandigheden het zinvol is dat de belastingrechter de zaak bij wijze van uitzondering niet zelf afdoet, maar terugwijst. In het niet-fiscale bestuursrecht is momenteel – vergelijk het eerder al aangehaalde evaluatierapport – juist (tegengesteld) de vraag aan de orde of er niet meer mogelijkheden voor de rechter zijn – of geschapen moeten worden – om zaken zelf af te kunnen doen.

5.2 Artikel 6:22 Awb en het belastingprocesrecht

Alvorens een zaak kan worden teruggewezen, moet het bestreden besluit – de uitspraak op bezwaar – worden vernietigd. Niet in alle omstandigheden hebben gebreken in de

43. Eindrapport fase I, p. 50. Het rapport is te raadplegen op <www.rechtspraak.nl>.

44. T.a.p. (zie noot 2), p. 159.

45. Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 140. Dit kan – aldus de parlementaire geschiedenis – anders liggen indien partijen de rechter verzoeken om zelf in de zaak te voorzien. Vgl. CRvB 3 januari 2003, AB 2003/99.

totstandkoming van besluiten de vernietiging daarvan tot gevolg. Artikel 6:22 Awb bepaalt dat – ondanks schending van een vormvoorschrift door het bestuursorgaan – het besluit in stand kan worden gelaten indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. In de parlementaire geschiedenis is een vormvoorschrift omschreven als een voorschrift dat geen eisen stelt aan de materiële inhoud van het besluit, maar ziet op de procedure van totstandkoming of de wijze waarop het besluit moet worden genomen of vastgelegd.⁴⁶ Als voorbeeld van een vormvoorschrift zijn in de parlementaire geschiedenis genoemd de regels over het horen van de belanghebbende of de motivering. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat van een benadeling sprake is indien zonder de schending van het vormvoorschrift een andere uitkomst van de besluitvorming mogelijk zou zijn geweest.⁴⁷

De Hoge Raad heeft artikel 6:22 Awb in zijn uitspraken – al dan niet expliciet – een aantal keren toegepast. In een aantal arresten heeft de Hoge Raad simpele misslagen – ook al wordt artikel 6:22 Awb niet in alle uitspraken genoemd – onder artikel 6:22 Awb gebracht. In het arrest van 8 november 1995, BNB 1996/14, had de inspecteur drie beschikkingen behoren te geven in plaats van één. De Hoge Raad laat de beschikking in stand, omdat van een benadeling niet is gebleken. De belanghebbende betoogde in het arrest van de Hoge Raad van 29 september 1999, BNB 2000/76 m.nt. Langereis, dat deze de mogelijkheid had moeten worden geboden om het ingediende bezwaarschrift te splitsen en dat de inspecteur ten onrechte in één geschrift uitspraak op bezwaar had gedaan. De Hoge Raad passeert beide standpunten op grond van artikel 6:22 Awb.

Naast deze kleinere misslagen heeft de Hoge Raad artikel 6:22 Awb, althans het beginsel dat daaraan ten grondslag ligt, ook toegepast op bevoegdheidsgebreken die formeel gezien niet onder artikel 6:22 Awb vallen. Zo trok in het arrest van de Hoge Raad van 13 december 2000, BNB 2001/56 m.nt. Snoijink, het college van B&W een WOZ-beschikking in welke bevoegdheid was geattribueerd aan de gemeenteambtenaar. Onder meer omdat de belanghebbende door de gang van zaken niet was benadeeld, ging de Hoge Raad aan het bevoegdheidsgebrek voorbij. Een tweede geval betreft het arrest van de Hoge Raad van 7 maart 2003, BNB 2003/181 m.nt. Van Eijssden, alwaar een mandaatbesluit niet op de wettelijk voorgeschreven wijze was bekendgemaakt en als gevolg daarvan nog niet in werking was getreden. De Hoge Raad overweegt dat de belanghebbende door dit formele gebrek niet is benadeeld, zodat in overeenstemming met het beginsel dat ten grondslag ligt aan artikel 6:22 Awb dit gebrek niet de nietigheid van de uitspraak op bezwaar tot gevolg heeft. De Hoge Raad past in dit arrest naar mijn mening artikel 6:22 Awb niet rechtstreeks toe, gezien de verwijzing naar het beginsel dat ten grondslag ligt aan artikel 6:22 Awb. De Hoge Raad sluit in zijn arrest van 2 december 2005, BNB 2006/69 m.nt. Van Leijenhorst, niet uit dat de aanduiding in het heffingsbesluit ‘namens het college’ –

46. Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 141.

47. Kamerstukken II 1991/92, 21 221 enzovoort, nr. 174b, p. 16.

hetgeen op een bevoegdheidsgebrek zou kunnen duiden – berust op een vormfout waaraan op grond van artikel 6:22 Awb voorbij kan worden gegaan.

De Hoge Raad heeft artikel 6:22 Awb ook toegepast in gevallen waarin een boete aan de orde is (arresten van 11 juni 2004, BNB 2005/39 en 40 m.nt. Feteris). Artikel 67k, eerste lid, AWR schrijft voor dat – alvorens de inspecteur een vergrijpboete oplegt – de belastingplichtige in kennis wordt gesteld van het voornemen daartoe en onder vermelding van de gronden. Het tweede lid van artikel 67k AWR biedt de belastingplichtige de mogelijkheid om het voornemen te betwisten. De Hoge Raad heeft artikel 67k AWR als een vormvoorschrift in de zin van artikel 6:22 Awb aangemerkt: is de mededeling achterwege gebleven en is van een benadeling niet gebleken, omdat bijvoorbeeld de inspecteur in bezwaar de boete volledig heeft gehandhaafd, dan kan aan de schending van het vormvoorschrift voorbij worden gegaan. Indien de bezwaarfase resulteert in een vernietiging van de boete dan wel een lagere boete, dan kan – ook in de beroepsfase – van een benadeling worden uitgegaan. Het is vervolgens de vraag – zie punt 9 van de noot van Feteris onder dit arrest in de BNB – wat de rechter moet doen na de vernietiging van het besluit: de zaak terugwijzen dan wel de zaak zelf afdoen. Vanwege het feit dat het om een boete gaat – en de daaraan verbonden verdragswaarborgen – ligt mijns inziens het laatste het meest voor de hand. Het is vervolgens aan de rechter om uit te maken welke consequentie deze aan de benadeling wil verbinden. Ten overvloede merk ik op dat het niet naleven van artikel 67g, tweede lid, AWR – kennisgeving van boetegronden ten tijde van het opleggen van de boete – in verband met de eisen van artikel 6 EVRM zwaardere consequenties heeft, namelijk de vernietiging van de boete.⁴⁸

Zoals uit het in paragraaf 3 aangehaalde arrest BNB 2003/267 volgt, past de Hoge Raad artikel 6:22 Awb ook toe op hoorgebreken in de bezwaarfase. Dat de Hoge Raad artikel 6:22 Awb toepast op hoorvoorschriften is gezien de parlementaire geschiedenis van artikel 6:22 Awb weinig opzienbarend. De door de Hoge Raad gevolgde koers bij hoorgebreken wijkt echter toch iets af van die van de andere rechtscolleges. Die nemen bij een hoorgebrek een benadeling aan en gebruiken artikel 8:72, derde lid, Awb onder omstandigheden om de zaak zelf af te doen.⁴⁹ Het is daarmee de vraag of de Hoge Raad in geval van een hoorgebrek ook niet altijd een benadeling op grond van artikel 6:22 Awb had moeten aannemen.⁵⁰ Dat lijkt mij niet. De Hoge Raad concentreert zich op de aan de inspecteur toekomende beleidsvrijheid en de van belang zijnde feiten. Gezien de in het belastingrecht doorgaans aan de orde zijnde gebonden beschikkingen, lijkt mij die benadering juist en is het aannemen van een benadeling ondanks dat een andere uitkomst niet tot de mogelijkheden behoorde mijns inziens niet zinvol.

48. HR 19 december 1990, BNB 1991/176 m.nt. Den Boer.

49. ABRvS 18 augustus 2004, AB 2004/416. AB-annotator NV maakt uit de uitspraak van de CRvB van 4 januari 2000, AB 2000/146, op dat de CRvB in uitzonderingsgevallen niet lijkt uit te sluiten dat op grond van artikel 6:22 Awb voorbij kan worden gegaan aan een schending van de hoorplicht.

50. Het enige verschil is gelegen in art. 8:73 Awb.

In het conceptwetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht⁵¹ wordt voorgesteld om artikel 6:22 Awb in die zin te wijzigen dat meer nadruk komt te liggen op de benadeling dan op het vormvoorschrift. Dit is in de lijn van de besproken jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin de benadelingstoets aan de orde komt in gevallen waarin het – formeel gezien – niet altijd om een vormvoorschrift gaat.⁵² Na het in werking treden van het wetsvoorstel verdient het aanbeveling dat de Hoge Raad de arresten BNB 2002/138 en BNB 2007/166 heroverweegt en in dergelijke gevallen gaat toetsen aan artikel 6:22 Awb.

Een ander geval waarop naar mijn mening artikel 6:22 Awb kan worden toegepast – dan wel het daaraan ten grondslag liggende beginsel – is het geval waarin wordt geklaagd over schending van het motiveringsbeginsel.⁵³ Vaste bestuursrechtsspraak⁵⁴ is het – kort gezegd – dat artikel 3:47 Awb (kenbaarheid van de motivering) onder artikel 6:22 Awb valt en daarmee als vormverzuim passeerbaar is; de artikelen 3:46 en 7:12 Awb (een besluit behoort te berusten op een deugdelijke motivering) vallen conform deze rechtspraak niet onder artikel 6:22 Awb. Voorziet het bestuursorgaan in beroep het genomen besluit alsnog van een deugdelijke motivering, dan biedt artikel 8:72, derde lid, Awb uitkomst en kunnen de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand blijven. Ten aanzien van het belastingrecht verdedig ik wat artikel 3:46 Awb betreft een andere route, gebaseerd op het beginsel van de benadeling.

Indien een uitspraak op bezwaar niet deugdelijk is gemotiveerd en de inspecteur daartoe in beroep alsnog overgaat, dan is daarmee een eventuele benadeling weggenomen.⁵⁵ Hoogstens kan er aanleiding zijn voor een vergoeding van het griffierecht en/of de proceskosten. Motiveert de inspecteur in beroep het genomen besluit eveneens niet deugdelijk, dan zijn er naar mijn mening twee mogelijkheden. De eerste is dat indien op de inspecteur de bewijslast rust, deze daarin niet zal slagen. Het beroep is dan gegrond. De tweede mogelijkheid is dat de rechter, als hij het besluit van de inspecteur wel juist acht – conform de in paragraaf 2 weergegeven rechtspraak – de gronden in zijn uitspraak opneemt en dan is daarmee een eventuele benadeling weggenomen. Ook in deze situatie kan er plaats zijn – ondanks het feit dat het beroep ongegrond is – voor een vergoeding van het griffierecht en/of de proceskosten.⁵⁶

51. Te raadplegen op <www.justitie.nl>.

52. Vergelijk eveneens het arrest van de Hoge Raad handelende over de onterechte niet-ontvankelijkverklaring in bezwaar.

53. Vgl. Kamerstukken II 1991/92, 21 221 enzovoort, nr. 174b, p. 16. Ik ga uit van de bezwaarfase. Een schending van het motiveringsbeginsel gedurende de aanslagregeling – afgezien van de bestuurlijke boete – moet conform de in paragraaf 2 beschreven rechtspraak in bezwaar en beroep voor herstel in aanmerking komen. De reden daarvoor is wat de aanslag betreft gelegen in de beperkte mogelijkheden tot het opnieuw opleggen van een aanslag na de vernietiging daarvan.

54. Vgl. de memorie van toelichting van het conceptwetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht, p. 18 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

55. De inspecteur is het (zelfs) toegestaan om met een beroep op interne compensatie in bezwaar dan wel beroep de aanslag van een geheel andere motivering te voorzien (HR 24 januari 2003, BNB 2003/172 m.nt. Geradts).

56. Vgl. Hof Amsterdam 3 juli 2006, V-N 2006/52.6.

Ten aanzien van het zorgvuldigheidsbeginsel merk ik nog op dat een schending van dat beginsel – in verband met onvoldoende gedaan feitenonderzoek in de bezwaar-fase – aanleiding kan geven om de zaak terug te wijzen naar het bestuursorgaan.⁵⁷

5.3 Zinnvolle terugwijzing onder de Awb?

Indien artikel 6:22 Awb – dan wel het daaraan ten grondslag liggende beginsel – de vernietiging van een besluit niet kan voorkomen, rijst de vraag in welke situaties het in een fiscale zaak zinvol is om een zaak vervolgens terug te wijzen naar het bestuursorgaan. Op die vraag ga ik hierna nader in, maar alvorens ik dat doe, geef ik enige voor- en nadelen die zijn verbonden aan terugwijzen.⁵⁸

Een nadeel verbonden aan terugwijzen kan voor de belanghebbende zijn dat de inspecteur – zie het al eerder aangehaalde arrest BNB 1988/160 – weer de beschikking krijgt over alle controlebevoegdheden. Dat houdt (bijvoorbeeld) in dat de inspecteur de belanghebbende op grond van artikel 47 AWR om inlichtingen kan verzoeken en dat de inspecteur alsnog een boekenonderzoek kan instellen. Andere genoemde nadelen zijn langer rechtsonzekerheid voor de belanghebbende en een vernietiging op formele gronden kan leiden tot meer beroepen op de rechter. Voordelen van terugwijzen zijn dat er voor het bestuursorgaan een leereffect van uitgaat, het biedt de mogelijkheid tot nader feitenonderzoek en, indien nog slechts ‘rekenwerk’ resteert, tijdsparing voor de rechter. Een bijkomend voordeel is het tot ontwikkeling komen van de formele beginselen.

Bij de beantwoording van de vraag of een zaak moet worden teruggewezen, zijn naar mijn mening een aantal aspecten van belang:

1. de rechtszekerheid voor de belanghebbende;
2. de rechtsbescherming voor de belanghebbende;
3. de vraag of de belanghebbende bij een terugwijzing baat heeft, te weten de kans op een beter resultaat;⁵⁹
4. de omstandigheid dat een terugwijzing een herkansing voor het bestuursorgaan met zich kan meebrengen/het bestuursorgaan weer gebruik kan maken van zijn controlebevoegdheden;
5. de wil van de belanghebbende.

Aangezien het in het belastingrecht in het merendeel van de gevallen gaat om gebonden beschikkingen, komt de inspecteur (slechts) zelden beleidsvrijheid toe. Hoofd-

57. Vgl. de uitspraak van Hof Den Bosch 23 maart 2005, V-N 2005/36.5, alwaar de zaak werd teruggewezen naar de inspecteur in verband met een nog lopend onderzoek bij een andere belastingplichtige dat van belang was voor de belanghebbende.

58. Vgl. M.W.C. Feteris, *Wordt vernietigen en verwijzen vanzelfsprekender?*, Geppaart Bundel, Deventer: Kluwer 1996, p. 87 e.v.

59. Opmerking bij dit aspect verdient dat een belanghebbende bij een terugwijzing uiteraard geen baat heeft indien de rechter al tot het oordeel komt dat de belanghebbende in het gelijk moet worden gesteld.

regel moet dan ook zijn dat de belastingrechter zelf in de zaak voorziet. Terugwijzing van de zaak zal een belanghebbende kunnen baten indien partijen het niet eens zijn over de feiten. In een dergelijke situatie moet de rechtszekerheid (aspect 1) wijken voor het baataspect (aspect 3), tenzij de belanghebbende de rechter verzoekt om de zaak af te doen (aspect 5). Indien in een zaak slechts een zuivere rechtsvraag aan de orde is, ben ik geen voorstander van terugwijzen. In die situatie kan artikel 8:72, derde lid, Awb wel een rol spelen (vgl. HR BNB 2007/166). Het is overigens de vraag of artikel 8:72, derde lid, Awb op het belastingrecht van toepassing zou moeten zijn. Zoals in paragraaf 4 uiteengezet, gaat het in het belastingrecht om gebonden beschikkingen. Bij de belastingrechter ligt de vraag voor of de inspecteur de aanslag naar een juiste (wettelijke) grondslag heeft vastgesteld. Is dat het geval, dan is het beroep van de belanghebbende ongegrond. Oordeelt de belastingrechter de grondslag onjuist, dan stelt deze de juiste grondslag vast. Deze redenering – zoals gehanteerd in het pre-Awb-tijdperk – komt mij echter toch te rigide voor. Een dergelijke redeneertrant stagneert het tot ontwikkeling komen van het formele belasting(proces)recht en focust te zeer op de materiële kant van de aanslag. De toepassing van artikel 8:72, derde lid, Awb moet in het belastingrecht naar mijn mening dan ook niet worden afgewezen.

Bestaat tussen de partijen geen overeenstemming over de feiten en heeft zich in de bezwaarfase een formeel gebrek voorgedaan, dan kan een belanghebbende baat hebben bij een terugwijzing (aspect 3). Ik denk bijvoorbeeld aan het geval dat bij een horecazaak een boekenonderzoek heeft plaatsgevonden en de inspecteur de drankomzet heeft gecorrigeerd door uit te gaan van een hoger aantal getapte glazen bier dan waarvan belanghebbende uitging. Indien in de bezwaarfase de belanghebbende niet op juiste wijze is gehoord dan wel de uitspraak op bezwaar door een onbevoegde persoon is gedaan, kan niet worden uitgesloten dat de belanghebbende bij terugwijzing is gebaat. Niet ondenkbaar is immers dat zijn argumenten dan meer gewicht in de schaal leggen dan bij de eerste beoordeling van het bezwaarschrift. Indien de belanghebbende in bezwaar ten onrechte niet-ontvankelijk is verklaard dan wel deze beroep bij de rechter heeft ingesteld vanwege het uitblijven van een uitspraak op bezwaar, geldt naar mijn mening eenzelfde redenering, maar speelt de rechtsbescherming van de belanghebbende eveneens een rol. In deze gevallen gaan de aspecten 2 en 3 voor op aspect 1, tenzij de belanghebbende de rechter verzoekt om de zaak zelf af te doen (aspect 5). De belanghebbende zal op de koop toe moeten nemen dat de inspecteur weer over de controlebevoegdheden beschikt zoals opgenomen in de AWR (aspect 4).

In paragraaf 4 heb ik weergegeven dat in de literatuur (in het pre-Awb-tijdperk) werd betoogd dat ingeval een verhoging (boete) aan de orde was, de rechter de bevoegdheid moet hebben om de zaak terug te wijzen. Uit de in paragraaf 2 uiteengezette rechtspraak volgt dat die gedachte bij de Hoge Raad geen navolging heeft gevonden. Het betoog destijds dat de rechter in zaken waar een verhoging aan de orde is de zaak moet kunnen terugwijzen, heeft – naar mag worden aangenomen – zijn grondslag in de destijds geldende wetgeving, te weten het tweede lid van artikel 27 AWR. Daaruit volgde – kort gezegd – een marginale toetsing van de verhoging door de

rechter. Naar de huidige stand van het recht toetst de belastingrechter, indachtig artikel 6 EVRM,⁶⁰ de boete in volle omvang.⁶¹ Vernietigt de belastingrechter een boetebeschikking, dan zal deze met het oog op de rechtszekerheid (aspect 1) de zaak zo veel mogelijk afdoen. Na de invoering van de vierde tranche van de Awb wordt in de Awb artikel 8:72a opgenomen,⁶² waaruit – met het oog op de effectieve rechtsbescherming en de redelijke termijn – een verplichting voor de rechter volgt om de zaak bij vernietiging van een boetebeschikking zelf af te doen.⁶³ Constateert de rechter in een dergelijk geval een niet passeerbare schending van een vormvoorschrift, dan zal dat hoogstwaarschijnlijk resulteren in een matiging van de bestuurlijke boete.

Verder wijs ik nog op zaken waarin een waarderingskwestie aan de orde is. Een voorbeeld daarvan is de eerder al aangehaalde Wet WOZ. Conform die wet stelt de heffingsambtenaar de waarde van de onroerende zaak vast bij een voor bezwaar vatbare beschikking. Indien in beroep de rechter de mening is toegedaan dat de heffingsambtenaar onvoldoende materiaal heeft aangedragen om de gestelde waarde van de onroerende zaak te onderbouwen, zijn er in beginsel twee mogelijkheden. De eerste is dat de rechter de uitspraak op bezwaar vernietigt en de zaak (vanwege onvoldoende motivering) terugwijst naar het bestuursorgaan. De heffingsambtenaar kan de waarde dan opnieuw onderbouwen. Dit komt als het ware neer op een herkansing voor het bestuursorgaan (aspect 4). Deze mogelijkheid onderschrijf ik niet. De tweede – mijns inziens te prefereren – mogelijkheid past meer bij gebonden beschikkingen, zoals de WOZ-beschikking. Voor de rechter is de juistheid van de beschikking in geschil. Oordeelt de rechter als geschilbeslechter – waarbij deze bewijsoordelen velt – dat de heffingsambtenaar de bepleite waarde niet aannemelijk heeft gemaakt, dan moet de rechter alsnog oordelen over de waarde van de onroerende zaak. Deze komt niet per definitie neer op de door de belanghebbende gestelde waarde. Sluit de rechter evenmin aan bij de door de belanghebbende bepleite waarde, dan zal de rechter aan de hand van (onder meer⁶⁴) de stukken van het geding in goede justitie een waarde moeten vaststellen.⁶⁵

5.4 De bestuurlijke lus vanuit het belastingrecht bezien

Tot slot van deze paragraaf besteed ik aandacht aan de ‘bestuurlijke lus’ zoals voorgesteld in het al aangehaalde conceptwetsvoorstel ‘Wet aanpassing bestuursprocesrecht’. Het voorgestelde artikel 8:80a Awb voorziet erin dat indien de rechter het beroep gegrond verklaart, hij bij tussenuitspraak het bestuursorgaan in de gelegen-

60. Zie EHRM 23 juni 1983, NJ 1982/602 (Le compte, Van Leuven en De Meyere).

61. HR 23 februari 2000, BNB 2000/238 m.nt. Happé en ABRvS 4 juni 1996, JB 1996/172.

62. Zie verder het voorgestelde art. 5.4.1.7, tweede lid, waaruit – behoudens voor gefixeerde wettelijke boetes – een volle toetsing aan het evenredigheidsbeginsel volgt.

63. Omdat de bepaling ziet op de vernietiging van de boetebeschikking, kan de rechter, indien deze het materiële geschil terugwijst naar het bestuursorgaan, dat ook voor de mogelijk daarvan afhankelijke boete doen door alleen de uitspraak op bezwaar te vernietigen.

64. De rechter kan op grond van de Awb bijvoorbeeld een deskundige benoemen.

65. Zie over deze problematiek nader: P.J. van Amersfoort, t.a.p. (noot 29), p. 146.

heid kan stellen de aangeduide gebreken te herstellen. Het gaat om een discretionaire bevoegdheid. Heeft de voorgestelde bestuurlijke lus voor het belastingrecht meerwaarde?

Uit de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel 'Wet aanpassing bestuursrecht' volgt dat de gedachte achter de bestuurlijke lus is om te komen tot een efficiëntere en effectievere geschilbeslechting met behoud van het besluitvormingsprimaat van het bestuur.⁶⁶ Zoals hiervoor uiteengezet, komt in het belastingrecht de inspecteur (vrijwel) geen beleidsvrijheid toe. Het is daarmee de vraag of de bestuurlijke lus voor het belastingrecht meerwaarde heeft. Ik zou er in ieder geval niet voor pleiten dat de belastingrechter met de invoering van de bestuurlijke lus beroepen gegrond gaat verklaren op grond van bijvoorbeeld een schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waar hij dat naar huidig recht niet zou doen.

Uit de in paragraaf 3 uiteengezette rechtspraak blijkt dat terugwijzen van de zaak met name aan de orde is als het gaat om:

1. een 'hoorgebrek' in de bezwaarfase;
2. een onbevoegd genomen besluit (artikel 10:3, derde lid, Awb);
3. een onterechte niet-ontvankelijkverklaring in bezwaar.

Voor het geval waarin in de bezwaarfase niet (op de juiste wijze) is gehoord en de zaak op grond van het besproken arrest HR BNB 2003/267 zou moeten worden teruggewezen, heeft de bestuurlijke lus voor het belastingrecht naar mijn mening meerwaarde. Na herstel van het hoorgebrek zijn er naar mijn mening twee mogelijkheden. De eerste is dat de inspecteur bij de rechter een schriftelijk stuk indient waarin deze uiteenzet waarom hij bij zijn standpunt is gebleven.⁶⁷ De tweede mogelijkheid is dat het bestuursorgaan alsnog (gedeeltelijk) aan de belanghebbende tegemoetkomt. Dat standpunt van de inspecteur heeft dan een verlaging van de aanslag gedurende de beroepsfase tot gevolg dan wel een wijziging van de uitspraak op bezwaar (vgl. artikel 6:18, eerste lid, Awb). De bestuurlijke lus vormt op deze manier een soort 'partij-incident' in de beroepsprocedure. De bestuurlijke lus heeft als bijkomend voordeel dat de zaak – het betreft een tussenuitspraak – onder de rechter blijft. Daardoor kan het bestuursorgaan niet meer van de in de AWR opgenomen controlebevoegdheden gebruikmaken. De mogelijkheid tot het doen van nader feitenonderzoek door het bestuursorgaan is er daarmee niet – tenzij de belanghebbende daarmee instemt – waardoor het te herstellen gebrek is beperkt tot het herstel van het hoorgebrek.

Ten aanzien van het onbevoegd genomen besluit heb ik in deze paragraaf betoogd dat, na de inwerkingtreding van conceptwetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht, het overweging verdient om in dergelijke gevallen voortaan te gaan toetsen aan

66. P. 21.

67. Vgl. de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel 'Wet aanpassing bestuursrecht', p. 41.

artikel 6:22 Awb. Is de uitkomst van die toetsing dat de belanghebbende door het onbevoegd genomen besluit is benadeeld, dan ontstaat de vraag of aan een terugwijzing van de zaak kan worden ontkomen door middel van de voorgestelde bestuurlijke lus. Dat zal naar mijn mening met name afhangen van de inschatting van de rechter of deze herstel van het gebrek binnen een redelijke termijn voor mogelijk acht, waarbij de belanghebbende mogelijk ook nog moet worden gehoord. Uitgaande van de bestuurlijke lus zijn er naar mijn mening wederom twee mogelijkheden. De eerste is dat de bevoegde inspecteur de gedane uitspraak op bezwaar onderschrijft en daarmee in feite bekrachtigt. De tweede is dat de bevoegde inspecteur (gedeeltelijk) aan het standpunt van de belanghebbende tegemoetkomt. In dat geval zal de inspecteur in de beroepsfase alsnog moeten overgaan tot een vermindering van de aanslag. Een andere mogelijkheid zou zijn dat het de wel bevoegde inspecteur tot het doen van uitspraak op bezwaar wordt toegestaan om de gedane uitspraak op bezwaar in te trekken en opnieuw uitspraak op bezwaar te doen (artikel 6:18, eerste lid, Awb).⁶⁸

Tot slot de onterechte niet-ontvankelijkverklaring in bezwaar. Zoals uit het in paragraaf 3 besproken arrest HR BNB 2006/290 volgt, bestaat de mogelijkheid dat de belanghebbende de rechter alleen om een uitspraak op het punt van de ontvankelijkheid verzoekt. Oordeelt de rechter in dat geval dat de belanghebbende onterecht niet-ontvankelijk is verklaard, dan zie ik voor de rechter geen mogelijkheid om toe te komen aan de bestuurlijke lus. Gaat de belanghebbende voor de rechter wél voldoende in op de merites van de aanslag, dan kan de rechter alsnog tot het oordeel komen dat de belanghebbende is benadeeld en de zaak moet worden teruggewezen. Dat zal met name het geval zijn indien tussen partijen verschil van mening bestaat over de (waardering) van de feiten. De belanghebbende moet dan eveneens opnieuw worden gehoord. De bestuurlijke lus kan voor deze situatie naar mijn mening mogelijk wél uitkomst bieden, met name indien het de inschatting van de rechter is dat herstel van het gebrek niet al te veel tijd in beslag zal nemen. Het toepassen van de bestuurlijke lus komt er dan in feite op neer dat hangende de beroepsfase alsnog de bezwaarfase wordt doorlopen. De inspecteur kan vervolgens na afronding daarvan aan de rechter kenbaar maken of en in hoeverre deze de aanslag handhaaft (mogelijk door gebruik te maken van artikel 6:18, eerste lid, Awb).

68. Deze mogelijkheid wijkt af van de vaste leer van de Hoge Raad, inhoudende dat slechts eenmaal uitspraak op bezwaar kan worden gedaan (HR 3 april 1963, BNB 1963/129 m.nt. Den Boer).

6 Sociaalverzekeringsrecht

Vanaf 1 januari 2006 heft de Belastingdienst – overeenkomstig de regels voor de loonbelasting – de premies voor de werknemersverzekeringen.⁶⁹ Een procedure hierover wordt naar huidig recht dan ook bij de belastingrechter gevoerd. Voorheen inde het UWV dergelijke premies en werd een premieprocedure – na bezwaar – bij de rechtbank en de Centrale Raad van Beroep (CRvB) gevoerd. Op een aspect van de premierechtspraak van de CRvB ga ik hierna nader in.

In veel gevallen waarin het loon door een werkgever niet juist is verantwoord, zal zowel een loonbelastingcorrectie als een premiecorrectie worden aangebracht. Artikel 12 (oud) van de Coördinatiewet sociale verzekering bepaalde dat indien een werkgever niet (juist) dan wel onvolledig opgave doet van het loon, het UWV ambtshalve het verschuldigde bedrag aan premies kan vaststellen. Indien de administratie van de werkgever onvoldoende aanknopingspunten biedt om tot een nauwkeurige vaststelling van de premies te komen, moet het loon worden geschat, waarbij zo veel mogelijk de werkelijkheid moet worden benaderd. De wijze waarop de CRvB ‘schattingzaken’ afdoet, is naar mijn mening niet eenduidig.

In de uitspraak van 3 maart 2005⁷⁰ trof het bestuursorgaan tijdens een looncontrole in samenwerking met de Belastingdienst bij de belanghebbende negen vermeende valse facturen aan die werden aangemerkt als nettoloon. De CRvB oordeelde dat een zichtbaar verband tussen de facturen en de gestelde zwartloonbetaling ontbreekt en dat de door het bestuursorgaan aangedragen feiten en omstandigheden de opgelegde correcties niet dragen. De CRvB vernietigde het bestreden besluit en droeg het bestuursorgaan op om opnieuw op het bezwaar te beslissen. In het geval van de uitspraak van 3 november 2005 (RSV 2006, 17) leidde de uitkomst van een strafrechtelijk onderzoek tot correctienota’s. De CRvB oordeelde dat de door het bestuursorgaan gemaakte schatting niet met de vereiste zorgvuldigheid tot stand is gekomen: onduidelijk is of het bestuursorgaan acht heeft geslagen op de wel aanwezige administratie, hetgeen de Belastingdienst wel had gedaan en die was tot een lagere berekening gekomen. De CRvB wees de zaak terug naar het bestuursorgaan.

De CRvB deed in de uitspraak van 22 maart 2001 (RSV 2001, 99) de zaak af door de correctienota’s te vernietigen. In die zaak had het bestuursorgaan op grond van een

69. Art. 59 en 60 Wet financiering sociale verzekeringen.

70. Nr. 03/1575 CSV, LJN AT 1747, te raadplegen op <www.rechtspraak.nl>.

door de Belastingdienst opgesteld rapport correctienota's aan de belanghebbende opgelegd. De Belastingdienst heeft uiteindelijk alle navorderingen op nihil gesteld. De CRvB oordeelde dat de gemaakte schatting niet met de vereiste zorgvuldigheid tot stand is gekomen, omdat er:

1. is voorbijgegaan aan de bij de boekhouder aanwezige administratie;
2. van belang is dat de Belastingdienst de naheffing heeft laten vallen.

In de uitspraak van 10 maart 2005⁷¹ oordeelde de CRvB de gemaakte schatting van de loonbetalingen – zo daarvan sprake is geweest – onzorgvuldig. De CRvB zag geen aanleiding om tot een heropening van het onderzoek over te gaan en vernietigde het bestreden besluit.

Ook in het belastingrecht wordt gebruikgemaakt van de 'redelijke schatting'. Kort gezegd, indien de AWR⁷² voorschrijft dat de bewijslast moet worden omgekeerd en verzwaard (er is bijvoorbeeld niet voldaan aan de administratieplicht) en de inspecteur heeft de aanslag gebaseerd op een schatting, dan hoeft de rechter alleen nog maar te toetsen of deze niet willekeurig is.⁷³ Verwerpt de rechter de schatting van de inspecteur, dan zal deze zelf een schatting moeten maken op grond van hetgeen in het geding is komen vast te staan (vgl. HR 28 maart 2003, BNB 2003/303 m.nt. Van Soest).

Op grond van deze rechtspraak van de Hoge Raad meen ik dat de CRvB in gevallen waarin hij de schatting van het bestuursorgaan voor onzorgvuldig hield, de zaak diende af te doen door zelf een schatting daarvoor in de plaats te stellen.⁷⁴ Centraal stond immers de vraag of het in de correctienota's neergelegde bedrag aan loon voor juist kan worden gehouden. Ontbreken de feiten om tot een schatting te komen, dan kan de rechter de partijen desnoods om inlichtingen verzoeken. Naar mijn mening komt een terugwijzing in dit soort zaken te veel neer op een herkansing voor het bestuursorgaan en is het maar de vraag in hoeverre de belanghebbende erbij is gebaat om wederom met het bestuursorgaan om de tafel te gaan zitten. De hiervoor aangehaalde uitspraken van de CRvB waarin de zaak werd verwezen, onderschrijf ik dan ook niet. Het is afwachten of de belastingrechter na 1 januari 2006 in dit soort gevallen ook tot terugwijzen overgaat, waar mijn voorkeur niet naar uitgaat.

71. Nr. 03/6058 CSV, LJN AT 3075, te raadplegen op <www.rechtspraak.nl>.

72. Art. 25, zesde lid en art. 27e.

73. HR 29 december 1954, BNB 1955/51.

74. En kan afwijken van de hoofdregel dat in geval er meer uitspraken mogelijk zijn, teruggewezen moet worden.

7 Samenvatting

In deze bijdrage aan het preadvies ben ik ingegaan op de wijze waarop de belastingrechter zaken behoort af te doen. In paragraaf 2 heb ik aan de hand van de rechtspraak uiteengezet dat voor terugwijzen van de zaak in het pre-Awb-tijdperk geen plaats was. Uit de in paragraaf 3 besproken rechtspraak volgt dat in het Awb-tijdperk (artikel 8:72 Awb) het de belastingrechter wél is toegestaan om de zaak terug te wijzen. De reden dat de belastingrechter zaken voornamelijk zelf afdoet, is erin gelegen dat het in het belastingrecht gaat om gebonden beschikkingen: het bestuursorgaan komt geen beleidsvrijheid toe (zie paragraaf 4). Daardoor beoordeelt de rechter in beroep de wettigheid en juistheid van de aanslag volledig en stelt hij zo nodig de juiste grondslag zelf vast. Het is dan overbodig om een zaak terug te wijzen in verband met formele onregelmatigheden in de bezwaarfase. Zoals opgemerkt, is het de belastingrechter in het Awb-tijdperk echter toegestaan om een zaak terug te wijzen en wordt daarvan ook gebruikgemaakt, en is dat onder omstandigheden ook zinvol. Dat zal in zijn algemeenheid het geval zijn wanneer er tussen partijen onvoldoende overeenstemming bestaat over de (waardering van de) feiten en een belanghebbende bij een terugwijzen baat kan hebben, tenzij de belanghebbende zich daartegen verzet (zie paragraaf 5). Ten aanzien van premiezaken waarin de aangebrachte correctie berust op een gemaakte schatting heb ik tot slot de aanbeveling gedaan om deze op dezelfde wijze af te doen als belastingzaken waarin een schatting aan de orde is (zie paragraaf 6).

Stellingen

1. In het belastingrecht moet de hoofdregel zijn en blijven dat de rechter zelf in de zaak voorziet.
2. Terugwijzen kan met name zinvol zijn indien tussen partijen geen overeenstemming bestaat over de (waardering van de) feiten.
3. De voorgestelde bestuurlijke lus heeft meerwaarde voor het belastingrecht.
4. Indien het bestuursorgaan in een premiezaak een onzorgvuldige schatting heeft gemaakt, dient de rechter de zaak niet terug te wijzen, maar daarvoor zijn schatting in de plaats te stellen.

Verslag

Hierna volgt een verkorte weergave van de discussie naar aanleiding van de preadviezen. De discussie werd geleid door Bart Jan van Ettekoven, voorzitter van de VAR. Het verslag is opgesteld door Matthijs Degeling (Universiteit Leiden).

Preadvies Arco Rop

Na welkom te zijn geheten door de president van de Hoge Raad, mr. W.J.M. Davids, en na een korte inleiding van Arco Rop op zijn preadvies opent de voorzitter de discussie.

De heer **Poot** reageert op de door hem in het preadvies gelezen suggestie dat de bestuurlijke lus een kwestie van handjeklap zou kunnen worden. Hij vraagt zich af of de informele bestuurlijke lus dat niet juist veel meer in de hand werkt. Wat is er zo negatief aan de formele bestuurlijke lus in vergelijking met de informele bestuurlijke lus?

Arco Rop merkt op dat de informele bestuurlijke lus niet inhoudt dat de rechter geheel vrij is. De rechter moet ervoor waken dat de overige partijen adequaat kunnen reageren op de nadere reactie van het bestuur. Maar de wijze waarop het bestuur reageert, is niet geregeld. In het huidige wetsvoorstel staat alles stap voor stap beschreven; daar is het doodgeregeld.

De heer **Simons** complimenteert Arco Rop met zijn preadvies. Hij is het fundamenteel oneens met het voorontwerp van het wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht, omdat dat een onwerkbaar situatie oplevert. De mogelijkheden om geschillen effectiever te beslechten, liggen er al, bestuursrechters benutten ze alleen nog niet voldoende. Aanvullingen van de wetgever zijn naar zijn mening niet nodig; het huidige wettelijke kader biedt flexibiliteit genoeg. Zijn vraag is of de bestuurlijke lus niet ook toepasbaar is buiten de zogenoemde reparatiegevallen; dus ook bij een inhoudelijke wijziging van het besluit, zodat er op de inhoud ingegaan kan worden? En kan het in dat geval niet ook positief uitpakken voor de burger?

Arco Rop antwoordt dat de bestuurlijke lus ook toegepast kan worden als het om de inhoud gaat. De burger heeft dan echter weinig kans zich te weren, waardoor de bestuurlijke lus op nog meer bezwaren stuit. Of het in positieve zin uit kan pakken, ligt erg aan het beleidsterrein waarbinnen het geschil zich afspeelt. Zo zou dat mogelijk kunnen zijn bij financiële geschillen en sociale zekerheidszaken. Maar zoals de heer

Schueler al vaststelde, komen bestuursorganen vaak uit schadebeperkende motieven tot hetzelfde besluit.

De **voorzitter** vraagt zich in het verlengde van de vorige vraag af of het niet beter is partijen zo spoedig mogelijk in de procedure te confronteren met een gebrek in het aangevochten besluit.

Arco Rop is het daarmee eens. Hij zou het eleganter vinden om een bepaalde vraagstelling te hanteren, eventueel een comparitie. Toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb zou in een dergelijk geval niet misstaan.

De **voorzitter** merkt op dat de burger in dat geval meer kans heeft zich tegen een bepaald besluit te verzetten.

Waarop **Arco Rop** antwoordt: 'Hoe vroeger in de procedure, hoe beter.'

De heer **Verburg** meent dat rechters die de bestuurlijke lus zullen gaan toepassen nu toch ook al creatief zijn. Hij vraagt zich af of het opnemen van de bestuurlijke lus in de wet een goed instrument is om de bestuursrechter te dwingen tot verdere actie om geschillen effectief te beslechten. Bovendien vraagt hij zich af hoe de bestuurlijke lus zich verhoudt met de mogelijkheid om in eerste aanleg in overleg met partijen zelf in de zaak te voorzien.

Arco Rop is van mening dat het zeker in het geval van tweepartijengeschillen een goed idee kan zijn partijen in de gelegenheid te stellen over en weer te reageren. Als partijen het eens zijn over de gewenste inhoud van een besluit, ziet hij geen bezwaar dit vast te leggen in een rechterlijke uitspraak. Bij meerpartijengeschillen is dit echter lastig, de kans is dan groot dat belangen over het hoofd worden gezien.

De vraag is wel of een en ander in de wet geregeld dient te worden. Er staan prachtige onderzoeksbevoegdheden voor de bestuursrechter in de Awb, waarvan in de praktijk maar zeer sporadisch gebruik wordt gemaakt. 'Huiverachtigen zullen huiverachtig blijven.' Het is zijns inziens beter om de motiveringsplicht om te draaien: als er een besluit wordt vernietigd en de rechter voorziet niet zelf in de zaak, dan dient die keuze te worden gemotiveerd.

'Zal er tegen dit soort uitspraken niet vaak hoger beroep worden ingesteld', zo vraagt de **voorzitter** zich af.

Volgens de heer **Verburg** zou dat slechts een 'shock effect' zijn dat korte tijd zal duren.

Arco Rop bevestigt dat er slechts aanloopproblemen zullen zijn.

De **voorzitter** eindigt dit deel van de discussie met de opmerking dat het aan de bestuursrechter is om creatief met de mogelijkheden van de Awb om te gaan.

Ook de heer **Smelt** vindt het een zeer interessant preadvies. Hij meent de leer van de trias politica door het preadvies te zien schemeren en in dat verband komen enkele vragen bij hem op. Als de taken van rechter en uitvoerder in één hand komen te liggen, ontstaat er een bepaalde spanning. Is het niet juist de taak van het bestuur om te besturen en te besluiten? Kan effectievere geschilbeslechting niet beter worden bereikt met iets meer redelijkheids- en billijkheidstoetsing in het bestuursrecht? En moet de bestuursrechter in dat verband niet meer instrumenten in handen krijgen dan de vernietiging van een aangevochten besluit?

Arco Rop blijkt weinig enthousiast. Meer belangenafweging door de rechter zelf? Bij financiële beschikkingen en in de sociale zekerheid kan hij zich daarbij iets voorstellen, maar daarentegen bij veel besluiten ook juist niet. Belangen identificeren is één ding, maar de rechter is niet geschikt voor de optimale afweging daarvan. Als rechter zou hij bijvoorbeeld in veel gevallen niet weten welk gewicht hij precies aan de bij een geschil betrokken belangen zou moeten toekennen. Overigens dient het bestuur altijd ten minste éénmaal in de gelegenheid gesteld te worden zelf opnieuw een besluit te nemen.

De heer **Smelt** vraagt zich af waarom er nog vooronderzoek nodig is als de mogelijkheid bestaat om zelf in de zaak te voorzien.

De functie van vooronderzoek is, aldus **Rop**, voornamelijk het duidelijk krijgen van de feiten: het is gericht op feitenonderzoek.

Het maakt als een slok op een borrel uit vanuit welke invalshoek je spreekt, aldus de **voorzitter**. Wie bepaalt wat redelijk en billijk is? Wiens taak en bevoegdheid is het om in het algemeen belang keuzen te maken? De rechter of het bestuur?

De heer **Smelt** antwoordt dat het bestuur naar zijn mening als eerste deze taak heeft. De rechter mag slechts zelf voorzien als ernaar redelijkheid en billijkheid slechts één juist besluit kan worden genomen.

Ook de heer **Koenraad** complimenteert Arco Rop met het preadvies. Hij merkt op dat Rop geen warm voorstander van artikel 6:22 Awb lijkt te zijn. Zelf is hij geen voorstander van artikel 8:72, lid 3, Awb; toepassing daarvan leidt tot een gegronde beroep, het aangevochten besluit wordt vernietigd en vervolgens is daar 'het grote niets'. Leg dit maar uit aan de appellant: dat snapt niemand. Bovendien leidt het soms tot onzekerheid, bijvoorbeeld als het besluit in primo in stand is gelaten. Daarom is Koenraad tegen toepassing van artikel 8:72, lid 3, Awb, maar juist vóór artikel 6:22 Awb. Hij vraagt zich af welke nadelen Arco Rop precies ziet in artikel 6:22 Awb.

Het grootste bezwaar van **Rop** tegen toepassing van artikel 6:22 Awb is dat er iets vreemds wordt gevraagd van de rechter. De rechter wendt zijn hoofd even af en gaat daarna weer verder met zijn rechtmatigheidstoets. Er is een rechtsnorm geschonden en de rechter past een 'trucje' toe. Ook dat is toch moeilijk uit te leggen aan een rechtszoekende?

Indien artikel 6:22 Awb steeds op volstrekt objectieve wijze zou worden toegepast, in gevallen waarin toepassing van de geschonden norm niet kan leiden tot een ander besluit, zou er geen probleem zijn. Maar in de praktijk wordt vaak gebruikgemaakt van artikel 6:22 Awb als het bestuursorgaan ter zitting stelt toch geen inhoudelijk anders besluit te zullen nemen.

Artikel 8:72 Awb biedt daarentegen veel meer mogelijkheden voor de burger. Als voorschriften zijn geschonden, dan is de consequentie niet dat het gehele circus opnieuw moet beginnen, dat gaat soms te ver. Artikel 8:72 Awb is een officiële vernietiging en een zekere genoegdoening voor de burger. Het klinkt misschien wat triviaal, maar de proces- en griffiekosten enzovoort komen bij dit artikel ook aan de beurt. Nadelen heeft toepassing van artikel 8:72 Awb zeker ook. Een mogelijke oplossing om eventuele rechtsonzekerheid te lijf te gaan, is een uitdrukkelijke opdracht van de rechter aan het desbetreffende bestuursorgaan om ter formele vaststelling, in een document vast te leggen hoe de rechtsverhouding van de appellant ligt.

De **voorzitter** is benieuwd naar de mening van Rogier van der Struik op dit punt.

Rogier van der Struijk is van mening dat artikel 6:22 Awb in fiscale geschillen goed werkt en daarom ook moet worden toegepast. Artikel 8:72, lid 3 Awb is door de Hoge Raad slechts in één arrest toegepast en in dat geval was geen sprake van schending van een vormvoorschrift. Daarom pleit hij in zijn advies juist vóór een uitbreiding van de toepassing van artikel 6:22 Awb.

De **voorzitter** vraagt zich ten slotte nog af of de getroffen burger voldoende wordt gecompenseerd bij toepassing van artikel 6:22 Awb in het fiscale recht.

Rogier van der Struik antwoordt dat onder omstandigheden een proceskostenveroordeling zou kunnen plaatsvinden.

Preadvies Elserike Looije

De heer **Smelt** opent de discussie over het preadvies van Elserike Looije met de opmerking dat hij met veel belangstelling kennis heeft genomen van het preadvies en dat hij het enthousiasme voor mediation met haar deelt. Daarbij heeft hij een paar vragen:

1. Moet er, voordat wordt overgegaan tot het formeren van een bezwaarschriftcommissie ex artikel 7:13 Awb, niet eerst gekeken worden naar de mogelijkheden van mediation?
2. Hoe raken ambtenaren gecommiteerd bij mediation?
3. Hoe dient men om te gaan met geschillen die niet gaan over het aangevochten besluit? Hoe kan de zaak van 'de boze buurman' vooraf worden uitgefilterd?

Elserike Looije beantwoordt deze vragen als volgt:

1. De bezwaarcommissie van het ministerie van VWS onderzoekt vaak de mogelijkheid van mediation op de hoorzitting, maar de voorkeur zou inderdaad uit moeten gaan naar een eerder moment in de procedure.
2. Met betrekking tot het committeren van ambtenaren stelt zij voor klein te beginnen. Een praktische aanpak is het opleiden van twee of drie ambtenaren van een afdeling en van een opleiding en de nodige techniek te voorzien. Als blijkt dat het werkt, resultaten worden bereikt, raakt de rest van de organisatie vanzelf van nut en de noodzaak overtuigd en is uitbreiding van de mediationpraktijk mogelijk. Als er één schaaft over de dam is, volgen er meer.
3. Juist bij ‘vervelende geschillen’ is mediation goed toepasbaar en kan het tot wenselijke resultaten leiden. In een mediationtraject kan immers beter worden gezien waar de werkelijke crux, de pijn van een geschil ligt en kan daaraan ook aandacht worden besteed. Als het daarbij niet werkelijk om het aangevochten besluit blijkt te gaan, maar bijvoorbeeld om de wijze van handelen of behandeling door het bestuursorgaan, komt dat er in veel gevallen al voor de hoorzitting uit. Dan hoeft er misschien niet eens een beslissing op bezwaar of uitspraak te volgen.

Mevrouw **Blomberg** reageert op de laatste stelling van Elserike Looije (stelling nr. 5). Vaak willen belanghebbenden de zaak voor de rechter zo lang mogelijk rekken, zodat er gedurende de procedure bijvoorbeeld niet tot handhaving hoeft te worden overgegaan. Wat zou in een dergelijk geval, waarin een bestuursorgaan daarbij geen belang heeft, een geschikte manier zijn om toch zo snel mogelijk tot definitieve geschilbeslechting te komen?

Elserike Looije meent dat in een dergelijk geval mediation niet geschikt is. Er is in die gevallen behoefte aan een snel rechtmatigheidsoordeel van een bestuursrechter, daarvoor zal de normale procedure doorlopen moeten worden. Getracht moet worden de procedure voor die gevallen zo efficiënt mogelijk in te richten.

De heer **Konijnenbelt** merkt in aanvulling daarop op dat de gevallen waarin alleen een uitspraak als autoriteit kan gelden, waarin de mensen klagen om het klagen, beroepen zo snel mogelijk afgehandeld en ongegrond verklaard dienen te worden. Dat is de enige oplossing.

Mevrouw **Blomberg** is het daarmee eens. Zij vindt dat het bestuursorgaan in een dergelijk geval niet te lang mag wachten met de tenuitvoerlegging van rechterlijke oordelen.

Mevrouw **Miedema** heeft een vraag met betrekking tot hetgeen Looije stelt ten aanzien van ambtenaren die met een mandaat naar een zitting moeten komen om indien mogelijk aan geschiloplossing bij te dragen. Zij vindt dat te ver gaan, het kan een ambtenaar gemakkelijk in diskrediet brengen, waar uiteindelijk niemand bij gebaat is. Zij ziet geen ruimte om ambtenaren bevoegdheden toe te kennen die aan een heel college zijn toegekend. Het kan in de praktijk dus heel lastig zijn vertegenwoordigers van een bestuursorgaan meer mandaat in procedures te geven. Kan er niet beter vanuit de procedure worden teruggekoppeld naar het verantwoordelijke bestuursorgaan?

Elserike Looije meent toch dat vooraf meer over onderhandelingsruimte nagedacht moet worden; de mogelijkheden tot het nemen van een ander besluit zouden van tevoren moeten worden besproken en in kaart gebracht. Natuurlijk kan een ambtenaar tijdens de zitting niet alles beslissen; hij dient te handelen binnen zijn mandaat. Als het mandaat overschreden zou worden, dan dient er sprake te zijn van terugkoppeling. Hij moet dus goed nagaan wat zijn mandaat is, zodat hij daarnaar kan handelen. Maar zonder mandaat kan hij helemaal niets en dat draagt niet bij aan een effectieve oplossing van geschillen.

Ook de **voorzitter** meent dat het punt van beslisalternatieven naar voren geschoven dient te worden in de besluitvormingsprocedure; bestuursorganen dienen daarover eerder na te denken dan na een rechterlijke vernietiging van het besluit. Dat dit relevant kan zijn, moet in een eerder stadium worden bedacht, niet pas op de zitting. Bestuursorganen dienen tijdig hun huiswerk te doen. Bij politiek gevoelige onderwerpen ligt dit misschien wat lastig, maar in veel gevallen kan het ook wel. Op het juiste moment dient er voorbereid te worden en dient er een inschatting plaats te vinden. Wederom zijn concrete mogelijkheden wellicht verbonden met het rechtsterrein waarop het geschil zich afspeelt.

De heer **Van der Burg** merkt ter aanvulling op dat soms al in de uitnodiging voor de zitting staat vermeld dat een vertegenwoordiger met een toereikend mandaat op de zitting wordt verwacht.

Arco Rop meent dat het sleutelwoord 'tijdig communiceren' is.

Pauze

Preadvies Rogier van der Struijk

De heer **Schueler** is net als Rogier van der Struijk voorstander van de bestuurlijke lus. Hij vraagt Rogier van der Struijk hoe hij aankijkt tegen de kritiek van Arco Rop, die inhoudt dat een bestuurlijke lus ook mogelijk is zonder dat deze (verder) in de wet behoeft te worden geregeld.

Rogier van der Struijk meent dat het element van tijdwinst afhangt van de mogelijkheden tot feitenvaststelling van de feitenrechter. Indien de inschatting van de belastingrechter is dat het nog even kan duren voordat partijen het eens zijn, dan dient de bestuurlijke lus niet toegepast te worden, maar bijvoorbeeld als een partij niet is gehoord, kan de lus goede diensten bewijzen.

In het belastingrecht werd al meer met de bestuurlijke lus gewerkt, al werd dat niet zo genoemd, aldus de heer **Schueler**. Heeft de belastingrechter voldoende grip op de zaak of is hij de grip kwijt zodra partijen de zittingszaal verlaten? Moet de zaak niet worden aangehouden?

Nu **Rogier van der Struijk** werkzaam is bij de Hoge Raad is zijn kennis over feitenvaststelling door een andere bestuursrechter beperkt. Een voordeel van de bestuurlijke lus vindt hij dat de zaak bij de rechter blijft.

De heer **Van Amersfoort** heeft elf jaar ervaring als feitenrechter en heeft veel met de niet-officiële bestuurlijke lus gewerkt; naar zijn mening werkt die prima. Hij raakte de grip op de zaak niet kwijt. De bestuurlijke lus ging vaak snel, met de hete adem van de rechter in de nek. Daarbij merkt hij op dat het in die gevallen doorgaans wel ging om gebonden (fiscale) beschikkingen, waarbij het geschil vaak alleen nog slechts draaide om de feiten.

De **voorzitter** vraagt zich af hoe die hete adem precies moet worden vertaald? Wat als het bestuur de termijn niet haalt?

De heer **Van Amersfoort** antwoordt dat het bij geschillen over gebonden beschikkingen pas in tweede instantie gaat om het toepassen van het recht en in de eerste plaats bezien moet worden hoe de feiten liggen. Soms is een verlenging van de termijn nog mogelijk c.q. wordt een verlenging toegestaan, maar na het verstrijken van de door de rechter gestelde termijn wordt gewoon een zitting gepland. Zijn de feiten dan nog onduidelijk, dan verliest degene op wie de bewijslast rust.

De heer **Schueler** merkt op dat de eeuwige herstelmogelijkheid voor het bestuur die in het reguliere bestuursrecht voorkomt, zou moeten ophouden. Om dat te bereiken zou geschilbeslechting door de bestuursrechter een meer finaal karakter moeten krijgen.

Als één van de partijen niet in de bewijslast slaagt, dan zou deze partij de zaak moeten verliezen. Toepassing van de formele bestuurlijke lus zou daarop ook niet moeten zien. De lus zou veeleer moeten worden toegepast in gevallen waarin de rechter nog informatie van het bestuur nodig heeft om daarna een einduitspraak te kunnen doen.

Het grote voordeel van de bestuurlijke lus is dat de eeuwige herkansing van het bestuur ergens stopgezet kan worden.

Het is de heer **Verburg** opgevallen dat fiscalisten wanneer zij spreken over feitenvaststelling het over iets anders hebben dan andere bestuursrechtelijke juristen. Fiscalisten gaan uit van de geboden kans om te bewijzen; slaagt men daarin niet, dan is de zaak verloren. Hij vraagt zich af hoe in dat geval de formele waarheidsvinding zich met de materiële waarheidsvinding verhoudt. Nu fiscalisten op deze manier geschillen beslechten, vraagt hij zich ook af wat erop tegen zou zijn deze methode ook toe te passen binnen het algemene bestuursrecht; kan er op dit vlak iets worden geleerd van het fiscale recht? Waarom is de 'gewone' bestuursrechter niet veel harder? Als het bestuursorgaan bepaalde zaken niet kan aantonen, kan dan niet in beginsel worden aangenomen dat kennelijk de appellant gelijk heeft? Of verzet het algemeen belang zich daartegen?

Rogier van der Struijk vindt het lastig hierop te antwoorden. Het fiscale proces verloopt grotendeels langs de lijnen van de bewijslast. Als een partij iets stelt en het

lukt niet het gestelde te bewijzen, dan verliest zij. In het belastingrecht gaat het om gebonden beschikkingen en doet de rechter de zaak af.

De **voorzitter** vraagt wat de zin is van terugverwijzen als er materieel toch niets anders uit kan komen.

Rogier van der Struijk ziet ook niet in waarom je zou terugverwijzen als de rechter in staat is het geschil ten materiële te beslechten. Maar bij onduidelijkheid over de feiten kan dat wel zinvol zijn.

‘Maar in andere gevallen, als het algemeen belang betrokken is, als er een belangenafweging dient plaats te vinden? Kan de aanpak van de belastingrechter dan onverkort worden toegepast’, zo vraagt de **voorzitter**.

De heer **Van Amersfoort** antwoordt hierop dat de bewijsproblematiek met betrekking tot het belastingrecht anders ligt dan op veel andere terreinen van het bestuursrecht. Het gaat om andere typen geschillen.

De **voorzitter** vraagt of een bestuursrechter – als relevante feiten onduidelijk blijven – gebruik zou moeten maken van zijn onderzoeksbevoegdheden.

De heer **Van Amersfoort** meent van niet, dat zou leiden tot kostbare procedures, maar bij enkele grote zaken zou dat wel kunnen. Persoonlijk is hij daar een voorstander van.

Arco Rop reageert op de vraag wat de aard van het verschil is tussen het fiscale recht en het overige bestuursrecht, die leidt tot verschillende wijzen van geschilbeslechting. Bij veel bestuursrechtelijke geschillen is het noodzakelijk dat de materiële waarheid boven tafel moet komen voordat de rechter een oordeel kan vellen over de inhoudelijke rechtmatigheid van het besluit, maar hij zou daarbij niet alle bewijsrechtelijke kwesties over één kam willen scheren. Als de feiten op een aannemelijke wijze door het bestuursorgaan worden weergegeven en deze onvoldoende betwist worden door appellant, dan dienen de feiten zoals geschetst door het bestuursorgaan door de rechter als vaststaand aangenomen te worden. Op het gebied van het financiële bestuursrecht kan de wijze van geschilbeslechting zoals gehanteerd door de fiscale rechter wel worden toegepast. Waarom is de intrekking van een huursubsidie zo anders dan een belastingaanslag? Als het onderzoek met betrekking tot het intrekkingbesluit niet zorgvuldig is verricht, kan dat naar zijn mening meebrengen dat van terugvordering moet worden afgezien.

Noch in het fiscale recht, noch in het bestuursrecht heeft één der partijen een tegendeelbewijslast, aldus de heer **Verburg**. Kan een verschil gelegen zijn in het feit dat het terugvorderen van subsidie berust op een discretionaire bevoegdheid?

Het is meestal wel een reparatoir besluit, zo merkt de **voorzitter** op.

De heer **Van der Berge** legt uit dat ook in het sociale recht veel gebonden beschikkingen worden gegeven. Op een bijstandsuitkering bestaat ook recht indien aan de wettelijke voorwaarden is voldaan. Op dat punt is een en ander goed vergelijkbaar met het fiscale recht en kan de bestuursrechter bij geschillen best zelf de knoop doorhakken.

De heer **Verheij** merkt op dat de herkansingsmogelijkheden voor het bestuur binnen het belastingrecht erg beperkt zijn. Als de rechter eenmaal heeft besloten tot vernietiging van het aangevochten besluit, dan heeft de belastinginspecteur niet veel mogelijkheden om alsnog een rechtmatig heffingsbesluit te nemen.

De **voorzitter** vult aan dat in het fiscale recht de regel lijkt te zijn dat er éénmaal op bezwaar wordt besloten door het bestuursorgaan, daarna beslist de rechter en is het geschil beslecht.

De heer **Koenraad** voelt een zekere argwaan bij het verschil tussen rechterlijke beoordeling van besluiten op grond van gebonden bevoegdheden en vrije bevoegdheden; daar gelooft hij niet erg in. Hij vraagt zich af of het belastingrecht geen termen kent waar een heel verschillende invulling aan kan worden gegeven. Kan het niet zo zijn dat belastingrechters in de basis een geheel andere houding hebben met betrekking tot het zelf voorzien in de zaak? Is deze andere grondhouding wellicht tot stand gekomen door het verkeren in een civiele omgeving?

De heer **Konijnenbelt** gaat hier tegenin. De opstelling van de fiscale rechter wordt niet veroorzaakt door zijn civiele omgeving; er spelen rechtssociologische factoren een rol. Er zijn van oudsher verschillende rechterlijke kolommen die een eigen werkwijze hebben ontwikkeld, afhankelijk van het rechtsterrein en de inhoudelijke kennis van de desbetreffende rechters. De laatste twintig à dertig jaar komen de tradities dichter bij elkaar, onder meer door de ontwikkeling van het algemene bestuursrecht en andere vormen van selectie van rechters en onderlinge roulatie.

De heer **Van Amersfoort** waarschuwt ervoor dat in belastingzaken niet alleen het bestuursorgaan de feiten vaststelt. Het grootste gedeelte wordt vastgesteld door de belastingplichtige zelf. Dit is een geheel andere situatie dan in het 'gewone' bestuursrecht.

De **voorzitter** merkt op dat de parallel die wordt getrokken met het socialeverzekeringsrecht soms wel op gaat, maar soms ook niet. Blijft de vraag wat in het bestuursrecht in het algemeen kan worden geleerd van de aanpak van de fiscale bestuursrechter. Hij heeft daarvan grote verwachtingen. Tot zijn schrik begint de fiscale rechter zich af te vragen wanneer hij dient terug te verwijzen na vernietiging van een besluit. Dat lijkt hem niet de goede ontwikkeling. De rest van het bestuursrecht zou juist moeten kijken naar de fiscale aanpak, vanwege de effectiviteit daarvan, het geschilbeslechtend vermogen.

Rogier van der Struijk is het daarmee niet eens. Terugverwijzen moet ook voor de fiscale rechter mogelijk zijn, onder omstandigheden kan dit namelijk zinvol zijn. Hij

vraagt zich af waarom de belastingrechter überhaupt geen gebruikmaakt van artikel 8:72, vierde lid, Awb. De Hoge Raad heeft vastgesteld dat terugwijzen naar het bestuur na vernietiging mogelijk is, de bestuurlijke lus zou de eventuele nadelen daarvan kunnen ondervangen.

Tot slot rest de stemming over de verschillende stellingen die de preadviseurs hebben aangeleverd.

Stellingen Arco Rop

1. *Definitieve geschilbeslechting leidt niet tot meer rechtsbescherming in het bestuursrecht, maar is slechts het inkorten van een rituele dans.*
Een ruime meerderheid is het met deze stelling oneens.
2. *Doorlooptijden zijn geen argument voor het afzien van vooronderzoek.*
Bijna iedereen is het met deze stelling eens.
3. *Het vaststellen van beleidsregels moet in beginsel een verplichting voor bestuursorganen worden.*
Een ruime meerderheid is het met deze stelling oneens.
4. *De zegeningen van de bestuurlijke lus worden schromelijk overschat.*
Een krappe meerderheid is het met deze stelling eens, mits hierbij de ‘formele’ bestuurlijke lus wordt bedoeld.

Stellingen Elserike Looije

1. *Betere communicatie met bezwaarden draagt in sterke mate bij aan effectieve geschilbeslechting.*
Bijna iedereen is het met deze stelling eens, slechts één aanwezige is tegen.
2. *Mediation in bezwaar en beroep heeft de toekomst.*
Er heerst grote verdeeldheid onder de aanwezigen; een krappe meerderheid is het met de stelling oneens.
3. *Beter kennismanagement en het aanpassen van organisatorische processen binnen de (rijks)overheid hebben meer rendement dan het zoeken en toepassen van nieuwe juridische instrumenten als het gaat om effectieve geschilbeslechting.*
Een ruime meerderheid is het met deze stelling eens.
4. *De bestuurlijke lus dient zo spoedig mogelijk over de volle breedte van het bestuursrecht te worden ingevoerd.*
Een krappe meerderheid is het met deze stelling oneens.
5. *Soms heeft een van de partijen in een geschil er belang bij dat een geschil niet (effectief) wordt opgelost; in dergelijke gevallen dient effectieve geschilbeslechting nog meer voorop te staan.*
Een ruime meerderheid is het met deze stelling eens.

Stellingen Rogier van der Struijk

1. *In het belastingrecht moet de hoofdregel zijn en blijven dat de rechter zelf in de zaak voorziet. Een ruime meerderheid is het met deze stelling eens.*
2. *Terugwijzen kan met name zinvol zijn indien tussen partijen geen overeenstemming bestaat over de (waardering van de) feiten. Een ruime meerderheid is het met deze stelling eens.*
3. *De voorgestelde bestuurlijke lus heeft meerwaarde voor het belastingrecht. De meerderheid onthoudt zich van stemming.*
4. *Indien het bestuursorgaan in een premiezaak een onzorgvuldige schatting heeft gemaakt, dient de rechter de zaak niet terug te wijzen, maar daarvoor zijn schatting in de plaats te stellen. Een meerderheid onthoudt zich van stemming, maar onder de stemmers zijn er duidelijk meer voorstemmen dan tegenstemmen.*