

Rede van de voorzitter, Bert Marseille

Zorgplichten voor de bestuursrechter

Burgerperspectief en burgerlus

Van sommige ingrijpende gebeurtenissen weet je nog precies waar je was toen je ze vernam. Toen ik op 20 januari een appje kreeg van Kars de Graaf met het bericht dat Ben Schueler was overleden, zat ik in de bus van Arnhem naar Oosterbeek, waar ik bij mijn oud-collega Boudewijn de Waard op bezoek zou gaan. Ook al kwam het bericht niet helemaal onverwacht, toch kon ik het niet bevatten. Ik was van slag, van mijn stuk gebracht. Ik vergat prompt bij de juiste bushalte uit te stappen. Maar dat was niet erg, want toen ik een paar haltes verder uitstapte, bevond ik me op wat misschien wel de vredigste plek van Nederland is: de Rijnsoever bij Doorwerth. Van daar is het een half uur lopen naar Oosterbeek. Daardoor kon ik het bericht in alle rust een beetje op me laten inwerken, en ik was blij dat ik juist naar Boudewijn de Waard op weg was: voor mij – en wie hem kent, zal het begrijpen – precies de persoon om als eerste over dat verschrikkelijke nieuws te kunnen praten.

We zijn nu meer dan drie maanden verder, en het leven gaat verder, maar zeker voor degenen die Ben het meest na stonden en die hem – dat kan niet anders – dag na dag intens missen: nooit meer zoals het was. Voor mij was hij vooral een geweldige en geweldig aardige collega in wiens nabijheid het altijd uitzonderlijk goed toeven was en van wie ik ontzettend veel heb geleerd – allemaal redenen waarom ik hem mis.

In de dagen direct na zijn overlijden was ik vooral geroerd door hoe hartelijk en vol warmte mensen die Ben hadden gekend tegen elkaar deden, en door de vele bijzondere herinneringen die mensen met elkaar deelden, waarvan ik die van Rens Koenraad op LinkedIn en van Ymre Schuurmans aan het eind van de Scheltemalezing op 27 januari met name noem. En ik ben blij dat de VAR, waarvan Ben tussen 2013 en 2017 voorzitter was, samen met de Raad van State, de Universiteit Utrecht en de Vereniging voor Bouwrecht, betrokken is bij een bijeenkomst, op 29 februari volgend jaar, die in het teken staat van zijn wetenschappelijke werk.

Ben Schueler was een wetenschapper van wie ik altijd wilde weten hoe hij tegen allerlei zaken aankeek, want wat hij vond: zo was het eigenlijk altijd ook. Ik heb mij dus de afgelopen maanden van heel veel ontwikkelingen in het bestuursrecht afgevraagd hoe hij daarover zou hebben gedacht. Hoe zou hij bijvoorbeeld hebben gedacht over het voorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, over het voorstel

voor een burgerlijke lus dat daarin is opgenomen,¹ over de 1 maart-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (kortweg de Afdeling),² over de Almelo- en Rotterdam-uitspraken van de civiele rechter,³ en over de discussie over het procedeedgedrag van de overheid?⁴

Al lezende in het werk van Ben Schueler stuitte ik op een prachtige passage in het verhaal dat hij aan het begin van de VAR-jaarvergadering van 2015 hield. Ik citeer:

‘In het moderne procesrecht krijgt het bestuur de gelegenheid om zijn fouten te herstellen, met name als een formele of informele lus wordt toegepast. De formele bestuurlijke lus van de Awb heeft een belangrijk nadeel omdat die geconstrueerd is als een manier om het bestuursorgaan de gelegenheid te geven zijn eigen gebreken te herstellen. Daarom dringt zich steeds opnieuw het beeld op van een instrument waarmee de rechter het bestuur helpt zich te verweren tegen de burger. Op zich is dat een vertekend beeld want de bestuurlijke lus kan wel degelijk ook in het voordeel van de burger uitpakken. Maar in één opzicht is de formele lus wel degelijk ‘partijdig’: de Awb zegt niet dat de tussenuitspraak kan worden gebruikt om de burgerpartij in de gelegenheid te stellen haar gebreken te herstellen.

Toch kan ook de burgerpartij een gerechtvaardigde behoefte hebben aan een herkansing. De Awb verzet zich er in het geheel niet tegen de burgerpartij in de gelegenheid te stellen een nadere onderbouwing of nader bewijs te leveren. Daarbij moet weliswaar de goede procesorde in acht worden genomen, maar ook die verzet zich er niet a priori tegen. Kortom, er is alle ruimte voor de burgerlijke lus.

We moeten hem alleen niet zo noemen. We moeten het überhaupt niet meer over lussen hebben. Dat woord suggereert dat het om een bijzondere constructie gaat waarin de ene partij via een omweg alsnog zijn gelijk kan binnenhalen ten koste van de andere partij.⁵

Lezing van deze tekst van Schueler bracht mij op de volgende vragen:

- Kan invoering van een burgerlijke lus het ongenoegen over de bestuurlijke lus wegnemen, neutraliseren of compenseren? en, in het verlengde daarvan:
- Zijn procederende burgers ook los daarvan geholpen met invoering van een burgerlijke lus?

Voor beide vragen ben ik op zoek gegaan naar een antwoord en ik kan u nu alvast vertellen dat mijn antwoord twee keer ‘nee’ is. Maar mijn verhaal is uiteindelijk toch optimistisch van toon, omdat ik denk te weten hoe het ongenoegen over de toepassing van de bestuurlijke lus wél kan worden weggenomen en op welke

1 Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763 en bijlagen.

2 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, AB 2023/128, m.nt. Van Zanten; ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:852, AB 2023/129, m.nt. Van Zanten.

3 Rb. Overijssel 25 april 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1459, Rb. Rotterdam 26 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3475.

4 M. Scheltema, ‘Procederen tegen de burger’, NTB 2023/38.

5 Zie: B.J. Schueler, ‘Overwicht en tegenwicht’, in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Verslag van de algemene vergadering gehouden op 22 mei 2015 (VAR-reeks 155)*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 7-10.

manier procederende burgers meer kunnen worden geholpen dan met de invoering van een burgerlijke lus.

De burgerlijke lus – het mogelijk toekomstige artikel 8:51e Algemene wet bestuursrecht (Awb) – houdt in dat de bestuursrechter een tussenuitspraak doet waarin hij een belanghebbende in de gelegenheid stelt binnen een door de rechter gestelde termijn een ingenomen stelling schriftelijk aannemelijk te maken. Waarom kan invoering van een burgerlijke lus het ongenoegen over de bestuurlijke lus niet wegnemen? De reden is dat de burgerlijke lus niet voor reparatie zorgt van de zwakke plek van de bestuurlijke lus. Wat is die zwakke plek? Dat kan ik het beste illustreren aan de hand van een uitspraak van de Afdeling van 13 april 2016, over een bestemmingsplan van de – inmiddels voormalige – gemeente Zeevang.⁶ In de procedure in eerste en enige aanleg die tot die uitspraak leidde, paste de Afdeling de bestuurlijke lus toe, door in een tussenuitspraak een aantal geschilpunten tussen partijen af te kaarten en de gemeenteraad van Zeevang de opdracht te geven een gebrek in diens besluit te herstellen. De gemeenteraad nam daarop – lopende de procedure – een besluit tot wijziging van het bestemmingsplan.

In reactie op dat nieuwe besluit van de gemeenteraad betoogt appellant dat de Afdeling terug zou moeten komen op een van de in haar tussenuitspraak gegeven oordelen. Hij onderbouwt zijn standpunt met verschillende bewijsmiddelen en stelt dat het in strijd is met de beginselen van behoorlijke rechtspleging als de Afdeling deze bewijsmiddelen niet bij haar oordeel over het nieuwe besluit betreft. Zijn belangrijkste argument: nu de gemeenteraad in de tussenuitspraak de kans heeft gekregen het besluit te herstellen, moet ook ik de gelegenheid krijgen mijn standpunt nader te onderbouwen.

De Afdeling wijst het verzoek af, kort gezegd omdat appellant een discussie wil heropenen die de Afdeling met haar tussenuitspraak had gesloten.⁷ Van kansenongelijkheid is, aldus de Afdeling, geen sprake, want appellant en gemeenteraad hebben beide volop de kans gehad hun zegje te doen over alle aspecten van het besluit van de gemeenteraad waarover de Afdeling in de tussenuitspraak een oordeel velde.

Het oordeel van de Afdeling dat van een ongelijke behandeling geen sprake is, kan ik volledig volgen. Maar ik kan ook de appellant volgen, die zal hebben gedacht: de gemeenteraad heeft bij het nemen van zijn besluit een fout gemaakt die hij mag herstellen, terwijl ik mijn procedurele fout – niet op tijd een argument tegen het oorspronkelijke besluit naar voren brengen – niet mag herstellen. Kan de rechter

6 ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:997, JB 2016/105, AB 2016/221, m.nt. Ortlep (de tussenuitspraak was van 14 oktober 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:3165)). Ortlep citeert in zijn noot overigens uitvoerig de in de vorige noot genoemde publicatie.

7 Het is vaste jurisprudentie dat in beginsel niet kan worden getornd aan die in de tussenuitspraak gegeven oordelen. De standaardformulering die daarvoor aanvankelijk werd gehanteerd, luidde dat het de rechter, behoudens ‘uitzonderlijke omstandigheden’, niet vrij staat terug te komen van in een tussenuitspraak ‘zonder voorbehoud gegeven oordelen’ (zie ABRvS, 9 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:NU7433, JB 2012/53, AB 2012/45, m.nt. Ortlep, en CRvB 2 november 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY2116). In jurisprudentie van recentere datum wordt de formulering nog wat aangescherpt: ‘uitzonderlijke omstandigheden’ worden ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’, ‘zonder voorbehoud gegeven oordelen’ worden ‘oordelen’ (zie ABRvS 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3222, JB 2015/201, m.nt. Bots, AB 2016/74, m.nt. Ortlep).

iets met de frustratie van de burger over dit effect van toepassing van de bestuurlijke lus? Nee! De rechter kan immers, ingevolge vaste jurisprudentie, in beginsel niet terugkomen op oordelen in een tussenuitspraak die als definitief zijn bedoeld. De burgerlijke lus had de appellant in Zeevang niet geholpen, omdat die niet biedt waar de appellant behoefte aan had: de mogelijkheid de discussie te heropenen over de als definitief bedoelde oordelen in de tussenuitspraak van de rechter.

Wat de appellant in Zeevang wel had kunnen helpen, is als de rechter had gekozen voor toepassing van wat sinds de introductie van de bestuurlijke lus de *informele bestuurlijke lus* is gaan heten: het hervatten van het vooronderzoek met toepassing van artikel 8:64 of 8:68 Awb. De gemeenteraad had dan een brief van de griffier gekregen waarin hij in de gelegenheid was gesteld het gebrek in zijn besluit te herstellen.⁸ Waarom had toepassing van de informele bestuurlijke lus voor de appellant in deze zaak soelaas kunnen bieden? De reden is dat de rechter, als hij met toepassing van de formele bestuurlijke lus een tussenuitspraak doet, partijen met definitieve oordelen confronteert, terwijl bij toepassing van de informele lus – door het ontbreken van een tussenuitspraak – de discussie tussen partijen nog openligt. Als de Afdeling in de Zeevang-zaak de informele lus had toegepast, had zij het argument van appellant – dat nu niet meer mee mocht doen omdat het zich richtte tegen een in de tussenuitspraak gegeven oordeel – bij de beoordeling van het nieuwe besluit van de gemeenteraad toch nog kunnen betrekken. Het gevoel van ongelijkheid en achterstelling was er dan niet geweest.

Terug naar mijn eerste vraag: kan invoering van een burgerlijke lus het ongenoege over de bestuurlijke lus wegnemen, neutraliseren of compenseren? Het antwoord is wat mij betreft negatief, omdat de burgerlijke lus de achilleshiel van de bestuurlijke lus helemaal niet adresseert. De informele bestuurlijke lus doet dat wel. Om die reden is toepassing daarvan door de rechter een betere remedie tegen het mankement van de bestuurlijke lus dan invoering van de burgerlijke lus. Het goede nieuws is trouwens dat bestuursrechters in de praktijk vaker kiezen voor de informele dan voor de formele bestuurlijke lus.⁹

Dat brengt mij bij mijn tweede vraag: zijn procederende burgers desondanks geholpen bij invoering van de burgerlijke lus? Dat denk ik niet. De reden is trouwens niet dat de burgerlijke lus alleen maar een wat formeler cachet geeft aan iets wat de rechter toch al kon, maar dat het een bevoegdheid betreft die burgers zelden verder helpt. Uit onderzoek dat ik vorig jaar met Marc Wever deed naar de vraag wanneer, ten bate van wie, op welke manier en met welk resultaat bestuursrechters van de rechtbanken gebruikmaken van hun bevoegdheid het vooronderzoek na de zitting te hervatten, komt als beeld naar voren dat de rechter de burger regelmatig de kans biedt zijn standpunt over de feiten met bewijs te onderbouwen – een soort informele burgerlijke lus – maar dat dit er bijna nooit toe leidt dat de zaak in diens voordeel kantelt. Daarnaast is uit ons onderzoek gebleken dat de rechter weinig

8 Kritisch over de griffiersbrief: L.M. Koenraad & J.L. Verbeek, 'De brief van de rechter. Een beschouwing over het bekendmaken van procesbeslissingen in het bestuursprocesrecht', *JBplus* 2014-1, p. 54-70.

9 B. Marseille & M. Wever, 'Processuele beslissingen van de bestuursrechter: biased ten gunste van de overheid?', *NJB* 2022/618, p. 725.

gebruikmaakt van zijn bevoegdheid zelf de feiten aan te vullen, door het benoemen van een deskundige, terwijl dat, als hij dat doet, er regelmatig toe leidt dat de zaak wél in het voordeel van de burger kantelt.¹⁰

Een belangrijke reden voor de rechter om een deskundige te benoemen is dat hij vindt dat het beginsel van *equality of arms* in het geding is. Ik had gedacht dat de Korošec-uitspraak¹¹ van het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) uit 2015 ertoe zou leiden dat bestuursrechters, om een *fair balance* tussen de procespositie van overheid en burger te bereiken, veel vaker een deskundige zouden benoemen, zeker na de prachtige analyse van die uitspraak door Bart Jan van Ettekoven,¹² maar dat is niet gebeurd.¹³ Een van de redenen dat het niet is gebeurd, zou kunnen zijn dat het benoemen van een deskundige voor een excessieve verlenging van de procedure zorgt.

Doet de bestuursrechter direct na de zitting een schriftelijke uitspraak, dan – zo blijkt uit het onderzoek van Marc Wever en mij – is die er gemiddeld tien weken na de zitting. Past de rechter de bestuurlijke lus toe, dan is de einduitspraak er gemiddeld na 32 weken: dat viel ons niet heel erg tegen. Benoemt hij een deskundige, dan duurt het 66 weken voordat de uitspraak er is: dat viel ons wel heel erg tegen. Als vandaag ergens in Nederland een bestuursrechter beslist een deskundige te benoemen, dan kun je ervan uitgaan dat de uitspraak er pas eind juli 2024 is, ver na de jaarvergadering van de VAR van het volgend jaar.

Kan het sneller? Uiteraard. Uit ons onderzoek blijkt dat er meer dan dertig weken liggen tussen het moment dat de rechter beslist een deskundige te benoemen en het moment dat het onderzoek van de deskundige plaatsvindt, en daarna nog ruim dertig weken voordat de uitspraak er is. De redenen van de vertraging: deskundigen blijken moeilijk te vinden en partijen krijgen ruim de tijd om te reageren op het rapport van de deskundige en op elkaars reactie op dat rapport. De oplossing voor de eerste dertig weken vertraging bedacht ik toen ik een gepensioneerde arts sprak die mij mentaal nog veel te jong leek voor zijn gepensioneerde status. Ik gok dat er in Nederland genoeg van dat soort gepensioneerde artsen zijn te vinden die hun deskundigheid voor de bestuursrechtspraak willen inzetten. Als die poule van deskundigen maar groot genoeg is, kan de betrokken appellante binnen een week of twee bij de deskundige terecht en kan het rapport van de deskundige er een week later zijn.

En die andere dertig weken vertraging? Als de rechter drie weken na het gereedkomen van het rapport van de deskundige tot het oproepen van partijen voor een zitting of een comparitie overgaat en direct mondeling uitspraak doet, zijn die 66 weken in zes weken veranderd. Misschien ben ik te optimistisch, maar dertien

¹⁰ Marseille & Wever 2022.

¹¹ EHRM 8 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD0077212.

¹² Zie: B.J. van Ettekoven, 'De betekenis van de uitspraak Korošec tegen Slovenië voor het Nederlandse bestuursrecht', O&A 2016/29.

¹³ B. Marseille & M. Wever, 'Snelheid, maatwerk en finaliteit in bestuursrechtelijke procedures bij de rechtbank', NJB 2019/2252.