

OPINIE

Ook de gemachtigde van burgers is aan de slag met de Nieuwe Zaaksbehandeling (en denkt daar het zijne van)

Mr. R. van der Velde*

Trefwoorden: finale geschilbeslechting, Nieuwe Zaaksbehandeling

In de novembereditie van dit tijdschrift¹ beschrijven Jean-Paul Heinrich en Hedwig den Herder hun ervaringen met De Nieuwe Zaaksbehandeling (DNZ) als gemachtigden van bestuursorganen. In deze reactie zet ik daar graag mijn ervaringen als gemachtigde van ‘burgers’² naast.³ Dat doe ik zonder wetenschappelijke pretentie. De bijdrage is gebaseerd op mijn eigen ervaringen en inzichten, maar ook op geluiden die ik in de markt en van collega’s hoor. Over DNZ en finaliteit wordt in bestuursrechtelijk Nederland veel gesproken.

1. De Nieuwe Zaaksbehandeling of een Nieuwe Zaaksbehandeling?

Wat precies onder De Nieuwe Zaaksbehandeling moet worden verstaan is niet helemaal helder. Met Heinrich en Den Herder herken ik in de rechtspraktijk grofweg twee facetten die relatief nieuw zijn en over het algemeen tot de Nieuwe Zaaksbehandeling worden gerekend, namelijk finaliteit en alternatieve afdoeningen zonder uitspraak. De Nieuwe Zaaksbehandeling is meer dan dat, maar omdat Heinrich en Den Herder dat ook doen, concentreer ik mij met name op die twee elementen.

Met Heinrich en Den Herder deel ik positieve ervaringen met De Nieuwe Zaaksbehandeling. Dat zaken snel op zitting worden behandeld en er – als dat nodig is – snel een uitspraak komt, valt zonder meer toe te juichen. Het doen van een klassieke uitspraak maakt immers ook onderdeel uit van De Nieuwe Zaaksbehandeling, hoewel de rechter in het kader van De Nieuwe Zaaksbehandeling soms erg sterk inzet op alternatieve afdoeningen. Het blijkt niet heel duidelijk uit het artikel van Heinrich en Den Herder, maar in bijzinnen (‘in zaken die zich

daarvoor lenen ...’) bevestigen ook zij wel dat niet iedere bestuursrechtzaak zich leent voor

De Nieuwe Zaaksbehandeling, met name niet voor het doorpakken naar het achterliggende conflict. Dat is ook mijn ervaring. In veel zaken wordt De Nieuwe Zaaksbehandeling niet of nauwelijks toegepast, althans merk ik weinig verschil met ‘vroeger’. Er wordt gewoon gepleit⁴, de rechter stelt een aantal indringende vragen en daarna is de slotronde. Misschien ligt het aan

* Robert van der Velde is advocaat bij PlasBossinade advocaten en is als universitair docent verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

1 «Jbplus» 2013/4, p. 210.

2 Ik gebruik gemakshalve de term ‘burger’, maar bedoel daarmee zowel natuurlijke als rechtspersonen.

3 In de (bestuursrecht)praktijk treed ik overigens ook vaak op voor bestuursorganen en ken de Nieuwe Zaaksbehandeling van beide kanten.

4 Zij het vaak wel korter dan voorheen; dat is zonder meer een van de grote voordelen van de Nieuwe Zaaksbehandeling.

mij, maar in veel zaken vinden ik, mijn klant (burger of overheid) en de wederpartij dat helemaal niet erg. Hoewel 'de' Nieuwe Zaaksbehandeling vaak wordt beschreven als een remedie tegen alle bestuursrechtelijke kwalen, is het dat volgens mij niet en kan het dat ook niet zijn. Daarvoor is het bestuursrecht qua rechtsgebieden en qua partijen te gevarieerd. Hoewel vaak – ook door Heinrich en Den Herder – de loftrumpet wordt gestoken over de – kort gezegd – mediërende rechter, zijn er naar mijn waarneming (en die van collega's) nog genoeg zaken waarin partijen hunkeren naar een juridische uitspraak over de (on)rechtmatigheid van het besluit. Niet alle burgers die een zaak bij de rechter brengen hebben behoefte aan een gesprek over hun belangen en emoties. Net zo min als het deksel van de 'oude' zaaksbehandeling op elk bestuursrechtelijk potje past, geldt dat ook voor het deksel van de 'Nieuwe' Zaaksbehandeling. Toch past op ieder potje wel een bestuursrechtelijk dekseltje. Daarmee pleit ik dus voor zaaksdifferentiatie. 'Een' nieuwe zaaksbehandeling is denk ik een verrijking van het bestuursprocesrecht in geschillen die zich daar voor lenen. 'De' Nieuwe Zaaksbehandeling is een idee fixe.

Praktisch probleem – ook Heinrich en Den Herder wijze daarop – is de onvoorspelbaarheid van de zitting en met name de vraag of er überhaupt in een pleidooi ruimte is om het standpunt van de cliënt toe te lichten. Die ruimte zou er naar mijn mening zonder meer moeten zijn, in elke zaak, ook al is het kort. Ik ben dan ook content (net als Heinrich en Den Herder) met de vijfminutenpleidooien⁵ bij de Raad van State. Het zou praktisch zijn als de rechtbanken ook voor die – of een andere uniforme – werkwijze zouden kiezen, waarin altijd ruimte is voor een kort pleidooi. Cliënten staan soms

raar te kijken als hun (ervaren) advocaat vertelt dat hij ook niet weet hoe de zitting eruit zal zien.

2. Een geschikte of een schikkende rechter?

Mijn betoog voor zaaksdifferentiatie is ingegeven door ervaringen van mijzelf – en collega's – met schikkende rechters in zaken die daarvoor niet geschikt zijn (in de dubbele betekenis van het woord).⁶ Hoewel goed bedoeld, kan dat leiden tot frustratie en onbegrip: 'Waarom denkt u nu eigenlijk dat wij hier zijn?'. De rechtspreekende rechter – 'Dit is mijn uitspraak, en daar moet u het mee doen!' – doet het kennelijk alleen nog goed op televisie, maar willen we in de rechtszaal niet meer zien. Dat betreurt ik. Voor de goede orde: ik ben niet tegen een schikkende rechter (er zijn heel veel zaken die zich daar goed voor lenen) maar heb wel mijn bedenkingen tegen schikken als hoofdregel en rechtspreken als uitzondering. Ik herken de opmerking van Heinrich en Den Herder dat het voor bestuursorganen van belang is om zo concreet mogelijk te kunnen noemen welk belang maakt dat de voorkeur uitgaat naar een uitspraak boven een schikking. Datzelfde geldt trouwens ook voor de burger. Maar ik – en veel van mijn cliënten (zowel burgers als overheden) vinden het merkwaardig dat wij bij de bestuursrechter moeten uitleggen – en ons soms zelfs moeten verontschuldigen voor het feit - dat we graag een uitspraak willen. Heinrich en Den Herder noemen het voorbeeld van een rechter die partijen tot een schikking poogt te brengen met de opmerking: 'Bij het komen tot een oordeel zal het niet in het voordeel van partij Y zijn dat hij niet bereid is tot overleg.' Dat gaat wat mij betreft veel te ver. De rechtmatigheid van een besluit kan en mag niet afhankelijk zijn van de opstelling van de partij ter zitting. In de praktijk zie ik nog een schaduwkant van de schikkende rechter. De schikkende rechter

5 Al vind ik het niet helemaal logisch dat die spreektijd ook geldt in zeer complexe zaken of in zaken waarin de gemachtigde van het bestuursorgaan moet reageren op meerdere eisers/appellanten.

6 Bijvoorbeeld in een zaak over invorderingsbeschikkingen en een Wob-zaak.

ontkomt er niet aan om voorlopig en voorzichtig te anticiperen op zijn oordeel. In de praktijk maakte ik mee dat het bestuursorgaan er nogal van langs kreeg in een poging van de rechter om het bestuursorgaan tot een schikking te bewegen. De burger vond dat natuurlijk prachtig en rekende zich rijk. Maar de schikking kwam er niet. Toen vervolgens in de uitspraak het juridische puntje bij het juridische paaltje kwam, bleek het besluit gewoon rechtmatig en het beroep ongegrond. Schikkende rechters moeten ervoor waken dat er te veel discrepantie bestaat tussen hun goedbedoelde uitlatingen en de werkelijkheid enerzijds en hun juridische manoeuvreerruimte anderzijds. Zij moeten – schikkend – geen verwachtingen wekken die zij – juridisch – niet waar kunnen maken.

3. Van argument naar sentiment

Als een advocaat – samen met zijn burgercliënt – besluit beroep in te stellen tegen een besluit, maakt hij uiteraard een inschatting van de kans van slagen. Die inschatting was voor De Nieuwe Zaaksbehandeling alleen gebaseerd op juridische overwegingen. Dat verschuift nu. Als de bestuursrechter kiest voor een ruimere benadering (niet alleen de (on)rechtmatigheid van het besluit, maar ook het achterliggende conflict), waarom zou ik als gemachtigde van burgers dan nog alleen juridisch kansrijke zaken naar de bestuursrechter brengen? Stel B&W weigeren mijn cliënt een omgevingsvergunning, gebruikmakend van hun beleidsvrijheid. Juridisch win ik die zaak niet bij de bestuursrechter omdat deze, juridisch toetsend, zal oordelen dat B&W zijn beleidsvrijheid en dus een rechtmatig besluit hebben genomen. Maar aangezien de bestuursrechter niet meer alleen juridisch kijkt maar ook naar het achterliggende conflict, kan ik er met een zielig en sympathiek verhaal over de kleine burger en de grote boze overheid misschien toch nog een schikking uit slepen. Zo zwart-wit ligt het niet, maar de veranderende taakopvatting van de bestuursrechter zou logi-

scherwijs met zich moeten brengen dat gemachtigden van burgers een andere inschatting – namelijk minder juridisch – gaan maken van de kans van slagen van een bestuursrechtelijke procedure. Een ruimere visie op conflictoplossing door de bestuursrechter zou kunnen leiden tot een andere procesinschatting van burgers en/of hun gemachtigden

4. Finaliteit

Als overheids-gemachtigden zijn Heinrich en Den Herder zeer tevreden over finaliteit. Zij vinden dat een verademing en een verrijking van de rol van de gemachtigde. Als overheids-gemachtigde vind ik dat ook. Het finaliteitsinstrumentarium biedt ongekende mogelijkheden om gebreken in de besluitvorming te herstellen. Het kan bijna niet meer misgaan voor het bestuursorgaan: we 'lussen' het wel op. Dit optimisme over de procedure zou kunnen leiden tot minder zorgvuldige besluiten. Stel, er zijn naar aanleiding van zienswijzen nog wat twijfels over vleermuizen. Dan kunnen we nu nog een kostbaar ecologisch onderzoek doen, maar we kunnen ook kijken waar het schip in de procedure strandt. *Worst case* worden we via de bestuurlijke lus alsnog in de gelegenheid gesteld om een gebrekkig ecologisch onderzoek later te herstellen. Vergelijk het met een tentamen. De student die bij een onvoldoende een volledig hertentamen moet doen, studeert waarschijnlijk harder dan de student die bij een onvoldoende alleen de fout beantwoorde vragen hoeft te herstellen (en dan ook nog met aanwijzingen van de docent).

Als gemachtigde van de burger zit ik er bij finaliteitsgesprekken tussen bestuursrechter en bestuursorgaan beteuterd bij. Waar het bestuursorgaan tijdens – of als er wordt gelust: ná – de zitting alle ruimte krijgt om gebreken te herstellen en gebrekkige motiveringen aan te vullen, kan ik als gemachtigde van de burger binnen de grenzen van de goede procesorde

weinig nieuwe gronden meer aanvoeren.⁷ Op de punten waar mijn beroepsgronden doel treffen (en de burger dus gelijk heeft), moet diezelfde burger met lede ogen toezien hoe bestuursrechter en bestuursorgaan met elkaar bespreken hoe die gebreken zo efficiënt mogelijk hersteld kunnen worden. Damen noemt dit verschijnsel treffend ‘omgekeerde ongelijkheidscompensatie: het bestuur wordt als een zielenpoot in juridische bescherming genomen.’⁸

Heinrich en Den Herder⁹ zullen tegenwerpen dat wat er nu bij de bestuursrechter wordt hersteld, ‘vroeger’ pingpongend in een nieuw besluit gebeurde. Dat klopt, en er zijn zeker talloze gevallen waarin deze wijze van finale geschilbeslechting uiteindelijk veel bevredigender is dan het werken met herstelbesluiten na vernietiging. Ik ben dan ook niet tegen finalisering. Maar net als bij De Nieuwe Zaaksbehandeling meen ik dat finalisering niet als een allesoverheersende hoofdregel voorop zou moeten staan, maar gedifferentieerd en rekeninghoudend met de wensen en belangen¹⁰ van procespartijen wordt toegepast. Dat het oude systeem misschien slechter was, betekent nog niet automatisch dat finalisering altijd goed is. Echte sigaretten zijn aanmerkelijk slechter dan de E-sigaret, maar dat maakt de E-sigaret nog niet gezond.

Het voordeel van de finaliteitsinstrumenten is uiteraard dat partijen sneller weten waar zij aan toe zijn. Nadeel – misschien is het subjectief, maar mijn burgercliënten, andere advocaten die ik spreek en ikzelf voelen het wel op die

manier – is dat de burger niet zozeer verliest van de overheid, maar van en bij de bestuursrechter. Het beeld van de finaliserende bestuursrechter die het bestuursorgaan op weg helpt om geconstateerde gebreken te herstellen, komt niet overeen met het beeld dat rechtzoekenden van de onafhankelijke rechter hebben als zij beroep instellen tegen een besluit.

Heinrich en Den Herder doen het voorkomen alsof vernietigen en opnieuw besluiten altijd fout en onwenselijk is. Daar ben ik het niet mee eens. Voordeel van vernietiging is dat het speelveld weer enigszins open ligt. De finaliseringsinstrumenten zijn vaak alleen maar gericht op het in stand houden van (de rechtsgevolgen van) dat ene besluit dat op het moment dat het bij de bestuursrechter terechtkomt vaak ook al weer enkele maanden¹¹ oud is. De finaliseringsinstrumenten dwingen het bestuursorgaan zich te focussen op het overeind houden van dit ene besluit, hetgeen kan leiden tot een tunnelvisie. Het bestuur kan nog maar één kant op, namelijk vooruit met dit besluit. Na vernietiging is er vaak meer mogelijk¹² en zijn er meer – ook niet juridische – opties en varianten.

Mijn voorkeur zou ernaar uitgaan dat de bestuursrechter niet uit zichzelf en eigenmachtig met het bestuursorgaan aan de slag gaat met het repareren van gebreken, maar aan de

7 Dat geldt zeker in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

8 Prof. mr. L.J.A. Damen, ‘Lijdt de bestuursrechter aan ‘finalitis’?’, *AAe* 2010, p. 271.

9 En waarschijnlijk vele anderen, want het is niet bon ton om kritische vragen te stellen bij finale geschilbeslechting.

10 Ik realiseer mij dat dit in een meerpartijengeschil met divergerende belangen lastig is.

11 In hoger beroep vaak enkele jaren.

12 Zie daarvoor bijvoorbeeld A.T. Marseille, I.M. Boekema & B.W.N. de Waard, ‘Het effect van de vernietigingsuitspraak op de andere bestuurlijke besluitvorming’, *NTB* 2012, 19: ‘*Het komt regelmatig voor dat de besluitvorming na de vernietiging een ander verloop heeft dan op grond van de uitspraak was te verwachten. (...) de impact van de vernietiging overstijgt dan de constatering van de rechter in diens uitspraak dat het bestreden besluit met een gebrek is behept en het bestuursorgaan in de gelegenheid wordt gesteld dat te repareren. In plaats van zo snel mogelijk met de reparatiepoging te beginnen, nemen bestuur en/of vergunninghouder tijd voor reflectie.*’

(gemachtigde van de) burger¹³ de keuze voorlegt: ofwel repareren binnen de procedure ofwel vernietigen en een nieuw besluit van het bestuursorgaan afwachten. Een duidelijke termijnstelling¹⁴ kan dienstig zijn om de vaart erin te houden.

5. Conclusies

Dat een nieuwe zaaksbehandeling en finalisering in sommige bestuursrechtelijke procedures een zegen kan zijn, staat buiten kijf. Dat wil nog niet zeggen dat zij geschikt is voor *alle* bestuursrechtelijke procedures. De teneur in de rechtszaal en in de literatuur lijkt echter te zijn dat een zaak zonder Nieuwe Zaaksbehandeling en zonder finaliteit, een slechte zaak is. Dat is volgens mij een verkeerde voorstelling van zaken. Het bestuursrecht is te mooi en te divers om op alle procedures een en hetzelfde model los te laten. Dat geldt voor zowel de oude als De Nieuwe Zaaksbehandeling.

Het bestuursprocesrecht is er volgens mij eerst en vooral voor de burger. Naar de voorstelling van de Awb-wetgever moet het bestuursprocesrecht zijn gericht op het bieden van individuele rechtsbescherming.¹⁵ Is het – uitgaande van die individuele rechtsbescherming – wel zo logisch om in een procedure ongevraagd een bepaald systeem (Dé Nieuwe Zaaksbehandeling, finale geschilbeslechting) op te dringen, zonder te informeren wat de rechtszoekende zelf wil? Aan door mij en anderen gesignaleerde bijwerkingen van De Nieuwe Zaaksbehandeling en finalisering kan deels tegemoet worden gekomen door partijen niet ter zitting te overvallen met de ene of de andere rechterlijke strategie, maar

met de rechtzoekenden te bespreken¹⁶ of zij prijs stellen op bijvoorbeeld een meer of minder juridische benadering van het geschil of op reparatie van mogelijke gebreken hangende de procedure, of liever op vernietiging door het bestuursorgaan (maar dan wel met een strakke beslistermijn). Ik realiseer mij dat dit weer nieuwe problemen oplevert, omdat bijvoorbeeld de vergunninghouder in een procedure andere belangen en andere wensen heeft dan zijn procederende buurman. Voor de rechter is het uiteraard eenvoudiger om een en hetzelfde model op alle zaken los te laten. Toch meen ik dat enige vorm van inspraak door de burger in de wijze van behandeling van zijn geschil¹⁷ kan bijdragen aan efficiënte geschilbeslechting en een groter draagvlak voor het werk van de bestuursrechter.

13 Ik realiseer mij dat dit in het meerpartijengeschil met verschillende belangen lastig is en heb daar binnen het bestek van deze bijdrage helaas niet direct een oplossing voor.

14 En in hoger beroep de judiciële lus van art. 8:113 lid 2 Awb.

15 Zie voor een recente toelichting daarop R.M. van Male, 'Recours objectif revisited', NTB 2013, 11

16 Of hen dat tevoren te vragen.

17 Hoe dat moet worden vormgegeven is lastig en gaat het bestek van dit artikel te buiten.