

Versnelling van infrastructurele en bouwprojecten: de crisis- en herstelwet voorbij?

T. Barkhuysen & C.N.J. Kortmann*

1 Inleiding

Zo lang als het in Nederland vaak duurt om infrastructurele projecten en andere grote bouwprojecten van de grond te krijgen, zo snel kwam het voorstel voor de Crisis- en Herstelwet tot stand. Het idee voor een dergelijke wet ontstond in het vroege voorjaar van 2009 en al op 15 september 2009 konden de Regels met betrekking tot de versnelde ontwikkeling en verwezenlijking van ruimtelijke en infrastructurele projecten (Crisis- en Herstelwet of CHW) bij de Tweede Kamer worden ingediend.¹ Achtergrond van het wetsvoorstel is de economische crisis waarin de wereld zich sinds het najaar van 2008 bevindt. In reactie daarop kondigde het kabinet diverse investeringen aan ter waarde van bijna drie miljard euro. Daarbij werd vooral gedacht aan investeringen op het terrein van duurzaamheid, energie en innovatie. Tegelijkertijd constateerde het kabinet dat infrastructurele projecten en andere grote bouwprojecten vaak zeer lastig van de grond komen. Het belangrijkste doel van de Crisis- en Herstelwet is dan ook versnelling van deze projecten. Op deze wijze zou via snelle en zorgvuldige procedures werkgelegenheid en duurzaamheid kunnen worden bevorderd, aldus de regering.²

Zo lang als het in Nederland vaak duurt om infrastructurele projecten en andere grote bouwprojecten van de grond te krijgen, zo snel kwam het voorstel voor een Crisis- en Herstelwet tot stand

Het was de bedoeling deze Crisis- en Herstelwet per 1 januari 2010 in werking te doen treden. Ondanks een voortvarende behandeling in de Tweede Kamer (die het wetsvoorstel wel op een aantal punten amendeerde) lukte dit niet, met name omdat de Eerste Kamer vrij kritisch reageerde.³ Desalniettemin zou een snelle inwerkingtreding waarschijnlijk wel mogelijk zijn geweest, zij het dat een andere crisis roet in het eten gooide. Als gevolg van de val van het kabinet-Balkenende IV in de nacht van 19 op 20 februari 2010, leek het wetsvoorstel lange tijd controversieel te worden verklaard. Na heftige debatten besloot de Eerste Kamer het toch in stemming te brengen. Uiteindelijk werd het wetsvoorstel op 16 maart 2010 met een ruime meerderheid door de Eerste Kamer aangenomen⁴ en is de CHW inwerking getreden op 31 maart 2010.⁵ De praktijk in Nederland zal nu met de wet aan de slag moeten.

De kans is groot dat in ieder geval een of meer van de in de CHW voorziene maatregelen, ook los van deze (grotendeels tijdelijk bedoelde) wet, in de toekomst op een of andere wijze tot structureel geldend recht zullen worden verheven

Alle reden dus om de CHW nader onder de loep te nemen. Daar komt nog bij dat de wet ook goed laat zien welke ideeën er bij de diverse betrokken ministeries en in het parlement leven om procedures te versnellen.

* Prof. mr. T. Barkhuysen is advocaat te Amsterdam en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Mr. dr. C.N.J. Kortmann is advocaat te Amsterdam en honorair universitair hoofddocent overheid en privaatrecht aan de Universiteit Utrecht.

1 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 1-3.

2 Vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 070, nr. 24.

3 Het wetsvoorstel werd, samen met de genoemde amendementen, op 17 november 2009 in de Tweede Kamer aangenomen. Volgens is het bij de Eerste Kamer ingediend. Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 32 127, A en B. Ook de Raad van State alsmede een door de Tweede Kamer gehoord panel van experts was kritisch. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 4 en 5. Dat geldt ook voor door de Eerste Kamer geraadpleegde experts. Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 32 127, F.

4 Zie de informatie daarover op de website van de Eerste Kamer.

5 *Stb.* 2010, 135, 136, 137.

De kans is dan ook groot dat in ieder geval een of meer van de in de CHW voorziene maatregelen, ook los van deze (grotendeels tijdelijk bedoelde) wet, in de toekomst op een of andere wijze tot structureel geldend recht zullen worden verheven. Naast deze beschouwing over de CHW zal in deze bijdrage eveneens worden gezien welke mogelijkheden er bestaan tot versnelling van procedures los van deze wet. De vraag kan namelijk worden gesteld of de CHW daarvoor wel echt nodig is. Bij dit alles zal het gaan om een behandeling op hoofdlijnen met een accent op procesrechtelijke maatregelen, nu de voorgeschreven maximale omvang van deze bijdrage een meer omvattende en gedetailleerde analyse niet toelaat.

De CHW kent twee categorieën maatregelen. In de eerste plaats gaat het om tijdelijke maatregelen voor projecten en bevoegdheden die op een bij deze wet behorende lijst zijn geplaatst. Daarnaast bevat de wet permanente wijzigingen van bijzondere wetten

2 Opbouw van deze bijdrage

De CHW kent twee categorieën maatregelen. In de eerste plaats gaat het om *tijdelijke* maatregelen voor projecten en bevoegdheden die op een bij deze wet behorende lijst zijn geplaatst. Daarbij gaat het om bijzondere bepalingen met betrekking tot projecten (hoofdstuk 1 CHW) en bijzondere voorzieningen (hoofdstuk 2 CHW). Deze vervallen in beginsel op 1 januari 2014. Daarnaast bevat de wet *permanente* wijzigingen van bijzondere wetten (hoofdstuk 3 CHW) die na 1 januari 2014 in stand zullen blijven.⁶

In de categorie processuele maatregelen van de CHW – die in hoofdstuk 1 zijn opgenomen – kunnen grosso modo vijf hoofdmaatregelen worden onderscheiden: beperking van het beroepsrecht, het bevorderen van finale geschilbeslechting, verkorting van termijnen, beperking van de onderzoeksplichten en de *lex silencio positivo*. In het kader van deze bijdrage zullen wij in deze volgorde inhoud en doel van deze maatregelen bezien (paragrafen 3 tot en met 7). Daarbij gaan wij per maatregel steeds na wat er op dit punt los van de CHW al mogelijk is of in de nabije toekomst

mogelijk wordt en hoe de maatregel moet worden gewaardeerd.⁷ De bijdrage wordt in paragraaf 8 afgesloten met een slotbeschouwing.

3 Beperking beroepsrecht

De eerste maatregel van de CHW is de beperking van het beroepsrecht. Dit gebeurt op twee manieren. Ten eerste wordt het beroepsrecht van decentrale overheden beperkt. Deze zouden geen beroep meer kunnen instellen tegen een besluit indien dat niet rechtstreeks aan deze decentrale overheid of een orgaan daarvan is gericht (art. 1.4 CHW). Ten tweede voorziet artikel 1.9 CHW in de invoering van het relativiteitsvereiste. Op grond daarvan mag de bestuursrechter een besluit niet vernietigen wegens strijd met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel, indien de betreffende regel of het beginsel niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. Met deze beide beperkingen wordt beoogd het aantal beroepsgerechtigden c.q. beroepsgronden te verminderen. Op de achtergrond speelt de gedachte een rol dat overheden hun geschillen niet voor de rechter dienen uit te vechten. Waar het betreft het relativiteitsvereiste geldt dat men de rechtsbeschermingsgedachte in het bestuursprocesrecht nog verder centraal wil stellen. Dat betekent dat de bestuursrechter er alleen is om de concrete belangen van de eiser die in het geding zijn te beschermen, en niet optreedt als ‘algemene controleur’ van het overheidsoptreden.

Decentrale overheden zouden geen beroep meer kunnen instellen tegen een besluit indien dat niet rechtstreeks aan deze decentrale overheid of een orgaan daarvan is gericht

Hoe verhoudt zich dit nu tot de bestaande situatie? We zagen de afgelopen jaren in de rechtspraak van Afdeling bestuursrechtsspraak van de Raad van State⁸ al een beperking van het beroepsrecht van belangenorganisaties die alleen procederen en geen andere feitelijke werkzaamheden ontplooiën ter behartiging van hun doelen.⁹ De beperking van het beroepsrecht van overheden (in de ogen van sommigen ook een soort belangenorganisatie) kan in die lijn worden gezien. De relativiteitseis – hoewel in de literatuur vaker

⁶ Zie voor een handzame samenvatting van het wetsvoorstel J.H.G. van den Broek, ‘De Crisis- en Herstelwet samengevat’, *Milieu en Recht* 2009, p. 617-621. Vgl. ook A. Toebes, ‘De Crisis- en herstelwet: een versnelling?’, *NTB* 2010, p. 31-33, die verslag doet van een discussiedag over deze wet in het kader van de vereniging voor bestuursrecht (VAR).

⁷ Vgl. voor een kritische analyse Ch.W. Backes, ‘Crisistijden voor de waarborgfunctie van het bestuursrecht?’, *Milieu en Recht* 2009, p. 622-627; A. Weggeman & E.O.M.P. Florijn, ‘De wetten zwijgen stil voor wapens en trompetten: nood breekt wet’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2010, p. 165-176.

⁸ In deze bijdrage beperken wij ons tot de rechtspraak van de Afdeling, omdat zij bevoegd is te oordelen over de besluiten waar het door ons besproken deel van de CHW op ziet.

⁹ Vgl. ABRvS 28 mei 2008, AB 2008, p. 238, m.nt. Nijmeijer; ABRvS 1 oktober 2008, AB 2008, p. 348, m.nt. Michiels. Zie ook *Ars Aequi* 2009, p. 640, (CA20090640).



bepleit – zou (buiten het schadevergoedingsrecht) echt nieuw zijn, omdat de rechtspraak bij toepassing van artikel 1:2 Awb de zogenaamde slagboomtheorie hanteert: als men eenmaal voldoende belang heeft bij bezwaar of beroep dan is men vervolgens niet meer beperkt in de gronden die tegen het besluit aangevoerd kunnen worden. Er kan dan geklaagd worden over schending van alle normen die op het besluit van toepassing zijn, ook als deze normen niet de strekking hebben de belangen van de appellant te beschermen.¹⁰ Daarbij kan worden gedacht aan het inmiddels klassieke voorbeeld van de bewoners van een villawijk die de komst van een asielzoekerscentrum in hun wijk tegenhouden met een beroep op wettelijke geluidsnormen waaraan de geluidsbelasting op de gevel van het beoogde centrum niet zou voldoen.

De beperking van het beroepsrecht van decentrale overheden is af te raden.¹¹ Om te beginnen zal het vrijwel niet voorkomen dat alleen decentrale overheden beroep instellen en/of gronden aanvoeren die ook niet reeds door andere partijen zijn aangevoerd. Daarbij komt dat een decentrale overheid na inwerkingtreding van deze beperking ook heel makkelijk een wel beroepsgerechtigde stroman kan inzetten. Het grootste bezwaar tegen de

beperking is evenwel het risico dat decentrale overheden een procedure bij de civiele rechter beginnen, waar zij waarschijnlijk ook ontvankelijk zijn nu zij niet meer bij de bestuursrechter terecht kunnen.¹² Met een dergelijke procedure kan een heel lange duur gemoeid zijn, waarbij bovendien het risico bestaat op tegenstrijdige uitspraken tussen de civiele en de bestuursrechtelijke kolom. Decentrale overheden zouden zelfs bewust voor een dergelijke vertragingstactiek kunnen kiezen.

De beperking van het beroepsrecht van decentrale overheden is af te raden. Ook de voorgestelde invoering van het relativiteitsvereiste stuit op bezwaren

Ook de voorgestelde invoering van het relativiteitsvereiste stuit op bezwaren. Enerzijds omdat dit vereiste doorgaans geen barrière vormt ten aanzien van beroepsgronden van belangenorganisaties die bij de betrokken projecten meestal meeproceduren (als zij ten minste hun statuten handig genoeg formuleren). In zo'n geval kan dus geen (tijd)

¹⁰ Zie bijv. ABRvS 15 november 1985, AB 1986, p. 321, m.nt. Van Buuren; ABRvS 2 juli 2003, AB 2003, p. 393, m.nt. Van Hall.

¹¹ Zo ook H.J. de Vries, 'Beperking van het beroepsrecht van decentrale overheden in de Crisis- en Herstelwet: niet doen!', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2010, p. 65-70.

¹² HR 31 december 1915, NJ 1916, p. 407; HR 16 mei 1986, AB 1986, p. 573, m.nt. Van der Burg.



Foto © Marten Hoogstraat

winst worden geboekt. Anderzijds roept de toepassing van dit vereiste complexe juridische vragen op naar het beschermingsbereik van betrokken normen waarvan de beantwoording veel extra tijd zal kosten. Eerdere procedures over het relativiteitsvereiste hebben dat al laten zien.¹³ Daarbij komt dat de toepassing van dit vereiste vanuit Europeesrechtelijk perspectief (waaronder het in Europese richtlijnen omgezette Verdrag van Aarhus dat onder meer ziet op de bescherming van het milieu door bij beslissingen op dit terrein participatie van burgers en belangengroeperingen te waarborgen) niet onomstreden is, zodat het risico groot is dat de nationale rechter zich gedwongen voelt hierover prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de EU met als gevolg een tijdverlies van zo'n twee tot drie jaar.¹⁴ Daaraan doet niet af dat het volgens de wetstekst moet gaan om het 'kennelijk' niet strekken tot bescherming van degene die daarop een beroep doet. Ook over de invulling van dit begrip is immers discussie mogelijk. Overigens kent de naar verwachting medio 2010 in werking te treden Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) ook een relativiteitseis.¹⁵ Daarnaast is aangekondigd dat het in het voorjaar van 2010 in

te dienen wetsvoorstel tot aanpassing van het Awb-bestuursprocesrecht ook een relativiteitsvereiste zal inhouden.¹⁶

Om finale geschilbeslechting te bevorderen geeft artikel 1.5 CHW de bevoegdheid om in bezwaar en beroep (kleine) materiële gebreken te passeren mits belanghebbenden daardoor niet worden benadeeld

4 Finale geschilbeslechting

Om finale geschilbeslechting te bevorderen geeft artikel 1.5 CHW de bevoegdheid om in bezwaar en beroep (kleine) materiële gebreken te passeren mits belanghebbenden daardoor niet worden benadeeld. Daarmee wordt beoogd te voorkomen dat een besluit wordt vernietigd op grond van een klein gebrek terwijl al duidelijk is dat het bestuur dit gebrek vervolgens kan en zal herstellen, zodat nadere verlengde besluitvorming geen redelijk doel dient en alleen maar tijd en geld kost.

¹³ Zie bijv. ABRvS 3 december 2008, AB 2009, p. 65, m.nt. Barkhuysen & Di Bella; HR 7 mei 2004, AB 2005, p. 127, m.nt. Van Ommen.

¹⁴ Vgl. de kritische noot van Backes onder HvJ EG 15 oktober 2009, AB 2009, p. 382. Minder problemen ziet B.J. Schueler, 'De relativiteitseis: sneller of beter?', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2010, p. 35-41.

¹⁵ *Staatsblad* 2008, 496.

¹⁶ Vgl. *Bestuursrecht Actueel* 2008, 160.

De vraag is of deze bepaling veel toevoegt aan de reeds bestaande praktijk. De Afdeling is sinds anderhalf jaar namelijk zeer actief bij het bevorderen van finale geschilbeslechting: zorgen dat met de uitspraak van de rechter een definitief einde aan de beroepsgang (en liever nog: het gehele geschil) komt.¹⁷ Daarbij maakt de Afdeling veel meer dan voorheen gebruik van de mogelijkheden die de leden 3 en 4 van artikel 8:72 Awb bieden, namelijk het in stand laten van de rechtsgevolgen van een besluit en het zelf in de zaak voorzien door in plaats van het bestuursorgaan via de uitspraak een besluit te nemen. De Afdeling kan dit doen, omdat zij de eis heeft losgelaten dat sprake moet zijn van een situatie waarin na vernietiging rechtens nog maar één besluit mogelijk is. Als uit de beroepsprocedure blijkt welk besluit het bestuur zal (en ook mag) nemen respectievelijk in stand laten, is het immers weinig zinvol te volstaan met een vernietiging, terwijl de verlengde besluitvorming vervolgens slechts bevestigt wat al bekend is. Bovendien is het nadeel van een nieuw besluit na vernietiging dat daartegen weer een geheel nieuwe rechtsgang openstaat. Daarnaast is de bestuursrechter de afgelopen periode veel actiever geworden met het instrueren van partijen, bijvoorbeeld via 'griffiersbrieven', om daarmee sneller de kern van het geschil op tafel te krijgen.

In lijn met deze ontwikkeling in de rechtspraak is – los van de CHW – per 1 januari 2010 aan de Awb toegevoegd de regeling voor de zogenaamde bestuurlijke lus.¹⁸ Deze maakt het kort samengevat mogelijk dat de rechter een tussenuitspraak doet, waarin hij aangeeft welke gebreken er volgens hem aan het besluit kleven en hoe deze gebreken hersteld kunnen worden. Het bestuursorgaan kan vervolgens een nieuw besluit nemen waarna de procedure bij de rechter wordt voortgezet. Ook hiervan is de gedachte dat de einduitspraak die de rechter vervolgens doet een definitief einde maakt aan het geschil.

Op zichzelf is het initiatief van de wetgever om finale geschilbeslechting te bevorderen toe te juichen

Op zichzelf is het initiatief van de wetgever om finale geschilbeslechting te bevorderen toe te juichen. Het voorgestelde artikel 1.5 CHW kan daaraan mogelijk verder bijdragen. De vraag is echter wel in welke mate, nu dit

artikel als randvoorwaarde kent dat aanneemelijk moet zijn dat de belanghebbenden door het passeren van het (materiële) gebrek niet zijn benadeeld.

Partijen moeten binnen de termijn in één keer alle beroepsgronden naar voren brengen op straffe van niet-ontvankelijkheid dan wel niet-behandeling van de te laat naar voren gebrachte grond

5 Verkorting van termijnen

Om tegemoet te komen aan de kritiek dat met name rechterlijke procedures te lang zouden duren voorzien de artikelen 1.6 en 1.6a CHW in een aantal maatregelen op dit vlak. Op basis daarvan moeten partijen binnen de termijn in één keer alle beroepsgronden naar voren brengen op straffe van niet-ontvankelijkheid (bij het geheel ontbreken van beroepsgronden) dan wel niet-behandeling van de te laat naar voren gebrachte grond. Dat is een belangrijk verschil met de huidige situatie waarin partijen op grond van artikel 6:5 juncto 6:6 Awb de mogelijkheid hebben om een pro forma beroepschrift in te dienen en de beroepsgronden binnen een nadere door de rechter gestelde termijn aan te vullen. Verder kunnen naar huidig recht in ieder geval in beroep in eerste aanleg tot tien dagen voor de zitting nadere beroepsgronden worden ingediend, tenzij de goede procesorde daaraan in de weg staat. Daarnaast voorziet de CHW in een versnelde behandeling van beroepen tegen de besluiten voor de aangewezen projecten. Binnen zes maanden na afloop van de beroepstermijn moet uitspraak worden gedaan (nu is dat meestal een jaar). Daarbij geldt op grond van artikel 1.7 en 1.8 CHW een uitzondering als de bestuurlijke lus wordt toegepast of als een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie in Luxemburg wordt gesteld. Daarnaast moet de vaste adviseur van de Afdeling, de Stichting Advisering Bestuursrechtpraak (StAB), binnen twee maanden adviseren (nu is dat meestal tussen de vier en zes maanden).

De hier beoogde concentratie van het beroep staat eigenlijk haaks op de ontwikkeling van de afgelopen jaren waarin wetgeving (art. 6:13 Awb en de bijbehorende toelichting) en rechtspraak – na kritiek uit de rechtswetenschap –

¹⁷ Zie bijv. ABRvS 10 december 2008, *JB* 2009, p. 39; ABRvS 11 februari 2009, *AB* 2009, p. 224, m.nt. Ortlep. Daarover J.A.M. van Angeren, 'Zelf voorzien in stroomversnelling', *JB-plus* 2009, p. 257-266.

¹⁸ Zie met name art. 8:13a, 8:51a-8:51c en 8:80a-8:80b Awb (*Staatsblad* 2009, p. 570). Zie ook *Ars Aequi* 2010, p. 235 (AA20100235).

juist wat soepeler zijn gaan omgaan met het voor het eerst aanvoeren van bepaalde grieven in beroep.¹⁹ Opmerkelijk is bovendien dat de CHW op dit punt afbreuk doet aan een grondgedachte van de Awb, namelijk dat een burger zonder deskundige rechtsbijstand moet kunnen opkomen tegen bestuursbesluiten. De mede met het oog daarop gebaseerde verplichting van de rechter op grond van artikel 6:6 Awb om de burger de mogelijkheid te geven om verzuimen in het beroepschrift te herstellen, wordt in feite tenietgedaan voor de in de CHW genoemde projecten.

De verplichting van de rechter om de burger de mogelijkheid te geven om verzuimen in het beroepschrift te herstellen, wordt in feite tenietgedaan voor de in de CHW genoemde projecten

Daarbij komt dat de Afdeling de afgelopen jaren sterk heeft ingezet op het doen van uitspraak binnen de wettelijke termijnen en met succes (vgl. de jaarverslagen van de Raad van State). Bovendien kan de Afdeling nu ook al zelf prioriteit aanbrenen in de behandeling van zaken (ambtshalve of door toepassing van art. 8:52 Awb) en zo voor versnelling zorgen. Wat nu in feite gebeurt, is dat de wetgever de Afdeling oplegt hoe zij moet prioriteren, door voor specifieke projecten versnelde behandeling voor te schrijven. De vraag is of dit verstandig is. De Afdeling had en heeft snelheid zelf hoog op de agenda staan en aangenomen mag worden dat zij zelf beter kan zorgen voor een efficiënte interne prioritering dan de wetgever dat kan als relatieve buitenstaander. Voor de adviestermijn van de StAB bestaat er nu geen aparte wettelijke regeling. Ook hier geldt dat het effectiever lijkt om interne efficiency bij de StAB te stimuleren dan van buitenaf een beslistermijn op te leggen. Bovendien bestaat het risico dat snelheid ten koste gaat van grondigheid. Dat wreekt zich uiteindelijk op de zitting omdat, als de appellanten vervolgens het StAB-rapport kunnen ondergraven, er geen eenduidig beeld ontstaat over de feitelijke aspecten van de zaak. Voor de Afdeling is het dan heel lastig om een definitief einde te maken aan het geschil, zodat het netto resultaat verlies van tijd en geld is. Europeesrechtelijk worden ook serieuze eisen gesteld aan de zorgvuldigheid van de recht-

spraak en deskundigenadvisering. Partijen moeten daadwerkelijk in staat worden gesteld inbreng te hebben in de procedure en ten aanzien van het advies. Met een termijn van zes maanden (en twee maanden voor het StAB-advies) komt de zorgvuldigheid in het gedrang. Zeker nu er in de wet ook geen harde sanctie is voorzien op overschrijding, had het voor de hand gelegen een realistische termijn van tien maanden op te nemen voor zaken waarin een adviseur moet worden ingeschakeld en zes maanden voor zaken waarin dit niet het geval is (en deze eventueel wel te koppelen aan een financiële sanctie bij overschrijding).²⁰

6 Beperking van de onderzoeksplicht

Artikel 1.10 CHW beoogt de houdbaarheidsduur van 'oude feiten' te verlengen. Wat wordt hiermee bedoeld? Stel dat ter voorbereiding van een woningbouwproject verkeerstellingen worden gedaan om een inschatting te kunnen maken van bereikbaarheid, geluidhinder en luchtkwaliteit voor en na realisering van het bouwplan. Vervolgens wordt het besluit dat het project mogelijk maakt vernietigd, niet omdat de tellingen verkeerd zijn, maar bijvoorbeeld omdat er getoetst is aan verouderde normen voor geluid en luchtkwaliteit. Naar huidig recht is het dan zo dat als het bestuur vervolgens een nieuw projectbesluit moet nemen, ter onderbouwing daarvan nieuwe verkeerstellingen gedaan dienen te worden. De hoofdregel van ons bestuursprocesrecht is immers dat het bestuur bij het nemen van een besluit de op dat moment geldende feiten en omstandigheden in aanmerking neemt (ex nunc toetsing). Dat geldt ook als met de oorspronkelijke verkeerstellingen niets mis was. De CHW bepaalt nu dat in een dergelijk geval de oude verkeerstellingen ook aan het nieuwe besluit ten grondslag mogen worden gelegd.

Artikel 1.10 CHW beoogt de houdbaarheidsduur van 'oude feiten' te verlengen. Dit onderdeel van de CHW lijkt een verbetering, mits voorzien wordt in een veiligheidsklep

Kennelijk wordt de beperkte houdbaarheid van onderzoeken door het openbaar bestuur en initiatiefnemers als problematisch erva-

¹⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 421, nr. 3, p. 7 en een daarop betrekking hebbende brief van de minister (*Kamerstukken II* 2004/05, 29 421, nr. 11).

²⁰ In deze zin ook P.J.J. van Buuren, 'Uitspraak binnen zes maanden...', *Jaarrede van de voorzitter van de Vereniging voor Bouwrecht* gehouden op 26 november 2009 te Amersfoort, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2010, p. 79-87.

ren, wat gezien het voorbeeld van zojuist ook wel te begrijpen is. Maar ook zonder de CHW zou de rechter mogelijkheden kunnen vinden om de houdbaarheid van eerdere onderzoeken of gegevens te verlengen, bijvoorbeeld door de wijze waarop hij het besluit toetst. Niettemin lijkt dit onderdeel van de CHW een verbetering, mits voorzien wordt in een veiligheidsklep: als de eiser aantoonbaar dat de onderzoeken actualisering behoeven, zodanig dat aannemelijk is dat dit leidt tot een ander dictum, dan zou de houdbaarheid naar ons oordeel doorbroken moeten worden. Zeker als het gaat om regels van Europeesrechtelijke oorsprong zou deze veiligheidsklep wel eens cruciaal kunnen zijn.

7 Lex silencio positivo

De lex silencio positivo (lsp) ten slotte, waarin artikel 1.12 CHW voor specifieke (uitvoerings)besluiten voorziet, houdt in dat als het bestuursorgaan niet binnen de wettelijke termijn beslist, de aanvraag van rechtswege is gehonoreerd. De gedachte hierachter is, dat als eenmaal het (strategische) projectbesluit is genomen, de uitvoering van het project niet vertraagd mag worden doordat het bestuursorgaan niet tijdig op vergunningaanvragen beslist.

De lex silencio positivo is geen nieuwe figuur in ons bestuursrecht. Positief effect van de lex silencio is dat bestuursorganen mogelijk meer hun best gaan doen om ook daadwerkelijk binnen de termijn te beslissen

De lsp is geen nieuwe figuur in ons bestuursrecht. Wij kennen deze al sinds jaar en dag voor onder meer de bouwvergunning, althans voor zover er geen sprake is van strijd met het bestemmingsplan.²¹ De CHW zal hier weinig aan toevoegen, omdat vooralsnog alleen de aanlegvergunning wordt aangewezen als besluit waarop de lsp van toepassing is. De regeling van de lsp zelf is sinds 1 januari 2010 na inwerkingtreding van de Dienstenwet te vinden in artikel 4:20a tot en met 4:20f Awb. Tot slot is de al genoemde Wet algemene bepalingen omgevingsrecht in het Staatsblad verschenen die voorziet in een nog ruimere toepassing van de lex silencio.

Vastgesteld kan worden dat de lsp door middel van verscheidene wetgevingstrajecten langzaam terrein lijkt te winnen. Levert dit nu ook wat op uit een oogpunt van snelheid? Dat is de vraag. De praktijk leert dat verlening van rechtswege van bouwvergunningen weinig voorkomt. Bovendien is het voor de vergunninghouder lastig dat ook tegen de van rechtswege verleende vergunning bezwaar en beroep open staat. Begint hij met bouwen, dan doet hij dat met het eigen risico²² dat hij de bouw halverwege moet stilleggen omdat de bouwvergunning wordt geschorst. Complicerende factor daarbij is dat bij een besluit van rechtswege méér discussie mogelijk is over de aanvang van de bezwaar- en beroepstermijnen. Er is immers geen sprake van bekendmaking van een (reëel) besluit. De regeling in de Awb lijkt dit probleem overigens te verhelpen doordat daarin, kort gezegd, het bestuursorgaan de verplichting krijgt opgelegd de van rechtswege verleende vergunning zo spoedig mogelijk te publiceren waarna de termijn begint te lopen. Positief effect van de lex silencio is in ieder geval wel dat bestuursorganen mogelijk meer hun best gaan doen om ook daadwerkelijk binnen de termijn te beslissen. Nadeel daarvan zou wel kunnen zijn dat dit ten koste zou kunnen gaan van de vereiste zorgvuldigheid, hoewel de termijnen meestal ruim genoeg zijn om daaraan tegemoet te komen. Extra druk op tijdige besluitvorming vloeit overigens ook voort uit de in oktober 2009 inwerking getreden Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen.²³ Deze wet heeft geleid tot aanpassingen in de Awb op basis waarvan de overheid dwangsommen verbeurt wanneer zij niet tijdig beslist en heeft ook de rechtsbescherming daartegen gekanaliseerd (zie o.m. art. 4:16-4:20 en 8:55a-8:55e Awb).

‘Oude wijn in nieuwe zakken’ zou een te hard oordeel zijn over het initiatief voor de CHW waar met name (thans demissionair) premier Balkenende zich zo hard voor maakte

8 Slotbeschouwing

‘Oude wijn in nieuwe zakken’ zou een te hard oordeel zijn over het initiatief voor de CHW waar met name (thans demissionair) premier Balkenende zich zo hard voor maakte. Toch

²¹ Immers, in het bestemmingsplan ligt de strategische keuze besloten, en de lsp is vooral geschikt voor besluiten ter uitvoering van die strategische keuze, zoals een bouwvergunning die met het plan in overeenstemming is.

²² Vgl. HR 29 april 1994, AB 1994, p. 530. m.nt. Van der Burg; ABRvS 3 juli 2002, AB 2003, p. 306, m.nt. Schueler.

²³ Staatsblad 2009, p. 383.

laat het voorgaande zien dat veel van de crisismaatregelen in een of andere vorm al eerder in het vat zaten. Dat is ook niet per se slecht. Het voordeel is dat er ten aanzien van die maatregelen in elk geval al wat langer nagedacht is over de voor- en nadelen en de inpassing in het bestaande systeem van rechtsbescherming.

Van de hiervoor besproken maatregelen is de meest radicale naar ons oordeel ook de minst goede, namelijk inperking van het beroepsrecht voor burgers en decentrale overheden. Juist voor de grote projecten waarop de CHW ziet, zal deze maatregel weinig effect hebben: ondanks de beperking van het beroepsrecht zullen er immers altijd wel enkele appellanten overblijven die ontvankelijk zijn en tijdig hun beroepsgronden hebben aangevoerd. Daar staat tegenover dat de ervaring leert dat burgers en overheden die hun beroepsrechten gefrustreerd zien andere wegen zullen zoeken om hun recht te halen, bijvoorbeeld door een beroep op verdragsrecht, via de civiele rechter of door inschakeling van de media. Per saldo zou het project dan wel eens verder vertraagd in plaats van versneld kunnen worden.

Van de hiervoor besproken maatregelen is de meest radicale naar ons oordeel ook de minst goede, namelijk inperking van het beroepsrecht voor burgers en decentrale overheden

De (voorgenomen) maatregelen op bestuursprocesrechtelijk terrein zien daarbij voornamelijk op versnelling van procedures bij de rechter, terwijl uit veel recent onderzoek blijkt dat de grootste 'bottleneck' niet bij de rechter ligt maar bij het bestuur in de voorbereiding van de besluiten. Bij het bestuur ontbreekt te vaak – zeker bij complexe projecten zoals die hier aan de orde zijn – de expertise om tot goede en daarmee in rechte houdbare besluiten te komen.²⁴ Daarop wees ook al Michiels in een eerdere boeiende bijdrage aan dit tijdschrift.²⁵ Daarbij ontbreekt ook te vaak voldoende capaciteit om complexe besluitvorming op het niveau van het bestuur voortvarend af te ronden. Dit klemt te meer omdat met de inwerkingtreding van de Crisis- en Herstelwet – en van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, zoals voorzien voor medio 2010 – voor veel betrokken overhe-

den een nog complexere juridische situatie ontstaat dan nu reeds het geval is.²⁶ Het is daarom hoe dan ook aan te bevelen voor de beoogde projecten te voorzien in kwalitatieve en kwantitatieve versterking van de betrokken overheden die de besluitvorming voorbereiden. Daarbij zou gedacht kunnen worden aan teams met experts (onder meer vanuit de centrale overheid) die daar waar nodig ondersteuning kunnen bieden (zo te noemen 'crisiswetprojectondersteuningsteams').

Wanneer het bestuur degelijk werk levert, hoeft het niet te vrezen voor blokkades door de rechter

Indien het bestuur zou slagen in een kwalitatief goede en voortvarende voorbereiding van besluiten, zouden veel meer maatregelen ter versnelling van rechterlijke procedures – zo dat al mogelijk zou zijn – ook niet meer heel urgent zijn. Wanneer het bestuur degelijk werk levert, hoeft het niet te vrezen voor blokkades door de rechter.²⁷ Daarbij slaagt de voor de onderhavige projecten belangrijkste rechter, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, er vrijwel steeds in zaken binnen een jaar af te handelen. Het is maar zeer de vraag of dit sneller kan zonder ondergeldende (Europese) kwaliteitsmaatstaven te zakken, zeker in zaken waarin deskundigenadvies moet worden ingewonnen. Ook bestaat er een risico dat de nu in de CHW voorziene maatregelen ter versnelling van rechterlijke procedures allerlei complexe juridische vragen oproepen waarvan de behandeling door de rechter juist meer tijd neemt. Dit geldt temeer omdat sommige maatregelen nadrukkelijk de grens opzoeken van wat Europeesrechtelijk nog geoorloofd is. Daaruit vloeit het risico voort dat een betrokken rechter in bepaalde gevallen niet kan ontkomen aan het stellen van prejudiciële vragen aan het Luxemburgse Hof van Justitie met als gevolg dat de procedure voor twee tot drie jaar komt stil te liggen, want dat is de gemiddelde behandelingstermijn voor dit hof.

Dit kritische oordeel betekent natuurlijk niet dat moet worden afgezien van het streven naar versnelling van procedures waar dit zonder de hiervoor geschetste problemen wel mogelijk is. Het ministerie van Justitie is zich daarvan bewust blijkens de opzet van het onlangs gestarte project 'Versnelling besluitvorming

²⁴ Vgl. Commissie-Elverding, *Sneller en beter, advies van de Commissie versnelling besluitvorming infrastructurele projecten*, 2008.

²⁵ F.C.M.A. Michiels, 'Een snelweg voor besluitvorming', *Ars Aequi* 2009, p. 531-535 (AA20090531).

²⁶ Zie ook J. Struiksma, 'Moratorium op omgevingswetgeving dringend gewenst', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2010, p. 88-91.

²⁷ In deze zin ook Michiels 2009.

in het ruimtelijk domein' dat zich richt op de bestuurlijke én rechterlijke fase.²⁸ In dat kader wordt terecht ook veel waarde gehecht aan buitenlandse ervaringen waarnaar een verkennend onderzoek is uitgevoerd.²⁹ Een belangrijke conclusie is dat in Duitsland en Frankrijk overeenstemming bestaat over het feit dat een groot versnellend effect uitgaat van het openstellen van rechtsbescherming in slechts één instantie. De onderzoekers constateren terecht

dat het vanuit het oogpunt van snelheidsbevordering opmerkelijk is dat in Nederland juist een tegenovergestelde ontwikkeling aan de gang is nu met de aanstaande inwerkingtreding van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht een belangrijke verschuiving plaatsvindt van rechtspraak in één naar rechtspraak in twee instanties.³⁰ Al met al genoeg redenen dus om de ontwikkelingen op dit vlak kritisch te blijven volgen.

28 Vgl. de notitie Bestuursprocesrecht: sneller en beter, Ministerie van Justitie, 2009.

29 Ch.W. Backes e.a., *Snellere besluitvorming over complexe projecten vergelijkend bekeken*, Den Haag: Quickscan 2009; *Kamerstukken II 2009/10*, 31 731, nr. 5.

30 Backes e.a. 2009, p. 83.