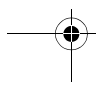
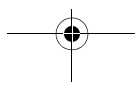
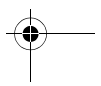
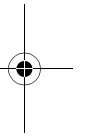
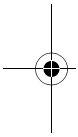


Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006



**In het kader van de derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006 zijn
verschenen:**

Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter	ISBN 978-90-5454-797-6
Feitenvaststelling in beroep	ISBN 978-90-5454-768-6
Klagen bij bestuursorganen. Evaluatieonderzoek naar de klachtbehandeling door bestuursorganen	ISBN 978-90-5454-794-5
Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger. Stand van zaken in theorie en eerder onderzoek	ISBN 978-90-5454-788-4
De Europese agenda van de Awb	ISBN 978-90-5454-781-5
Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006	ISBN 978-90-5454-055-7

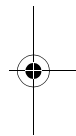
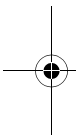
DERDE EVALUATIE VAN DE ALGEMENE WET BESTUURSRECHT 2006

**Toepassing en effecten van de Algemene wet
bestuursrecht 2002-2006**

Commissie Evaluatie Awb III



Aanbevolen citeerwijze: Commissie Evaluatie Awb III, Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht
2002-2006



© 2007 Commissie Evaluatie Awb III

Dit rapport is uitgebracht ten behoeve van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (wOdc) te Den Haag.

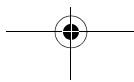
Deze uitgave is gedrukt op chloorvrij papier.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

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 978-90-5454-055-7
NUR 823



Voorwoord

De derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht is een feit. De resultaten ervan staan in dit rapport. Ik voeg daaraan op deze plaats enkele persoonlijke observaties toe. Weliswaar schrijf ik dit voorwoord als voorzitter van de Evaluatiecommissie, maar de inhoud ervan komt voor mijn rekening.

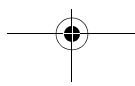
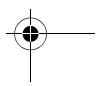
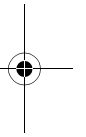
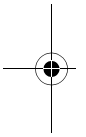
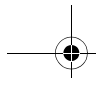
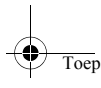
Bezie ik de toepassing van het bestuursrecht vanuit het perspectief van de burger, dan zie ik een informatiekloof. De burger weet niet altijd wat hij van het bestuur en de rechter mag en kan verwachten en ook niet wat dezen van hem verlangen. Dat leidt niet zelden tot teleurstellingen. Verder is het zo dat de burger behoefte heeft aan informele en laagdrempelige procedures. Opzienbarend is dat alles niet. Bestuur en rechter moeten gewoon klantgericht werken en zich dienstbaar jegens de burger opstellen. Dat wisten we al en dat wordt nu weer bevestigd.

Geruststellend acht ik dat de Europeanisering van het bestuursrecht voor het algemene bestuursrecht kennelijk niet veel problemen oplevert. In dat verband beveelt de Commissie eigenlijk alleen het treffen van regelingen voor de terugvordering van staatssteun en voor transnationaal toezicht aan. Oplettendheid is echter wel geboden.

Wat de gereedschapskist van de rechter betreft, doet de Commissie drie aanbevelingen waarvoor ik hier alvast de aandacht vraag. De eerste is dat het zo langzamerhand tijd lijkt te worden voor een wettelijke regeling van de tussenuitspraak; daarover moet worden nagedacht. De tweede aanbeveling betreft het bewijsrecht dat een plaats in de Awb zou moeten krijgen. Dat zou wellicht anders zijn als er één hoogste bestuursrechter zou zijn, die aan de rechtsontwikkeling op dit terrein leiding zou kunnen geven, maar zo'n rechter is er niet en zal er waarschijnlijk ook niet komen. Ik betreur dat maar het is wel de politieke realiteit. En daarom moet wat het bewijsrecht betreft – helaas – het heil vooral van de wetgever komen. De derde aanbeveling heeft betrekking op het zogenoemde zittingsgerichte werken dat de laatste jaren praktijk is geworden. Voordeel daarvan is dat de doorlooptijden aanmerkelijk zijn ingekort, maar er is ook een keerzijde. Die is dat van het vooronderzoek niet veel werk meer wordt gemaakt. Dat vind ik jammer omdat juist het vooronderzoek rechter, bestuur en burger dichterbij elkaar kan brengen en het geschilbeslechtende vermogen van de rechter kan bevorderen; de praktijk blijkt daaraan grote behoefte te hebben.

De Commissie heeft met voortvarendheid en in grote harmonie haar opdracht vervuld. Dat is niet alleen aan de leden van de Commissie te danken maar ook en vooral aan de inspirerende wijze waarop het ambtelijke secretariaat zijn analyserende en redigerende werk heeft gedaan. Zonder secretariaat geen evaluatierapport; dat staat wel vast. Dank en hulde daarvoor. Ook de universitaire onderzoekers dienen in die dank en hulde te delen. Zij hebben vijf waardevolle rapporten geproduceerd met veel informatie waarvan wij nog jaren plezier zullen hebben.

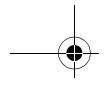
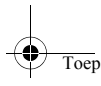
J.W. IJssink



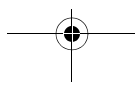
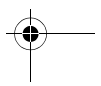
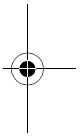
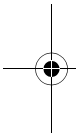
Inhoud

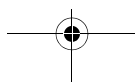
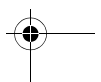
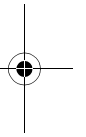
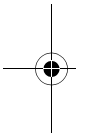
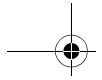
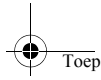
Voorwoord	v
1 INLEIDING	1
1.1 De derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht	1
1.2 De onderwerpen van de derde evaluatie	1
1.3 Opbouw van het advies	4
2 KLAGEN BIJ BESTUURSORGANEN	5
2.1 De wettelijke regeling	5
2.2 Het onderzoek	6
2.3 Algemeen oordeel	7
2.4 De functies van het intern klachtrecht en de organisatorische inbedding ervan	7
2.4.1 De functies van het intern klachtrecht	7
2.4.2 Organisatorische inbedding van de klachtbehandeling	9
2.5 Registratie van klachten	9
2.6 Het informele karakter van de klachtbehandeling	10
2.7 Aanvullende regels	11
2.8 Termijnen	12
3 AWB-PROCEDURES VANUIT HET GEZICHTSPUNT VAN DE BURGER	13
3.1 De wettelijke regeling	13
3.2 Het onderzoek	14
3.3 Onderwerpen en aandachtspunten voor vervolgonderzoek	15
4 FEITENVASTSTELLING IN BEROEP	21
4.1 Inleiding	21
4.2 De wettelijke regeling	21
4.3 Het onderzoek	22
4.4 Algemeen oordeel	23
4.5 Een (te?) lijdelijke bestuursrechter	24
4.5.1 Bevindingen van de onderzoekers	24
4.5.2 Het model van de onderzoekers	25
4.5.3 Oordeel van de Commissie	26
4.6 Voorlichting	28
4.6.1 Algemeen	28
4.6.2 Voorlichting in de bestuurlijke fase	29
4.6.3 Voorlichting in de beroepsfase	30
4.7 De rechterlijke toetsing	31

4.8	De bewijslevering in beroep en het bewijsrecht	32
4.9	Onderzoeksbevoegdheden en de behandeling van het beroep	33
5	DEFINITIEVE GESCHILBESLECHTING DOOR DE BESTUURSRECHTER	37
5.1	Inleiding	37
5.2	De wettelijke regeling	38
5.3	Het onderzoek	39
5.4	Algemeen oordeel	40
5.5	Wat is definitieve geschilbeslechting?	41
5.6	Kwantitatieve bevindingen	42
5.7	Belemmeringen bij definitieve geschilbeslechting	43
5.8	Streven naar definitieve geschilbeslechting	44
5.9	Mogelijkheden tot verbetering	45
6	DE EUROPESE AGENDA VAN DE AWB	49
6.1	Inleiding	49
6.2	Het onderzoek	50
6.3	Algemeen oordeel	51
6.4	Bestuurlijke besluitvorming	52
6.4.1	Algemeen	52
6.4.2	Het verdedigingsbeginsel	52
6.4.3	'Legal privilege'	53
6.4.4	Het transparantiebeginsel	54
6.4.5	De Dienstenrichtlijn	55
6.5	Subsidies	56
6.6	Handhaving	57
6.7	De procedure bij de rechter	58
6.8	Aansprakelijkheid	61
6.9	Definitieve besluiten en bestuursrechtelijke uitspraken	61
6.10	De toekomstige Europese agenda van de Awb	62
7	SLOTBESCHOUWING	63
7.1	De verwachtingen van de wetgever kwamen op verschillende punten niet uit	63
7.2	Het schort in de praktijk vooral aan communicatie en voorlichting	64
7.3	Het bestuursprocesrecht als gereedschapskist van de rechter	65
7.4	De Awb blijkt in hoge mate Europa-bestendig	66
7.5	Onderzoek naar ervaringen van burgers dient te worden voortgezet	66
8	AANBEVELINGEN	69
8.1	Inleiding	69
8.2	Aanbevelingen aan de wetgever	69
8.3	Aanbevelingen aan de regering	70
8.4	Aanbevelingen aan het bestuur	71
8.5	Aanbevelingen aan de bestuursrechter	72
8.6	Aanbevelingen aan onderzoekers	72



BIJLAGE 1:	Samenstelling Evaluatiecommissie en begeleidingscommissies	73
BIJLAGE 2:	Samenstelling onderzoeksgroepen	77





1 Inleiding

1.1 DE DERDE EVALUATIE VAN DE ALGEMENE WET BESTUURSRECHT

De Algemene wet bestuursrecht – afgekort: Awb – draagt de Ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op om de toepassing van de wet periodiek te evalueren en daarvan verslag uit te brengen aan de Staten-Generaal (artikel 11:1, eerste lid). Dat is inmiddels tweemaal gebeurd.¹ In beide gevallen was het verslag opgesteld door een daartoe ingestelde evaluatiecommissie, bestaande uit externe leden en ondersteund door een ambtelijk secretariaat vanuit beide betrokken ministeries. Over de adviezen en aanbevelingen van beide evaluatiecommissies heeft het kabinet vervolgens een standpunt bepaald.²

Bij deze derde evaluatie is dezelfde opzet gevolgd. In opdracht van de Ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties hebben vijf universitaire onderzoeksgroepen wetenschappelijk onderzoek gedaan naar aspecten van de toepassing van de Awb. Elk van deze onderzoeken werd begeleid door een commissie onder voorzitterschap van een externe deskundige. Vervolgens hebben de ministers de daartoe ingestelde Commissie Evaluatie Awb III belast met het beoordelen van de onderzoeksbevindingen en het opstellen van dit samenvattende verslag dat tevens een advies is aan het kabinet. De Commissie Evaluatie Awb III, die hierna kortweg zal worden aangeduid als de Commissie, stond onder voorzitterschap van mr. J. IJssink, lid van de Hoge Raad der Nederlanden. Zij bestond verder uit de voorzitters van de begeleidingscommissies, aangevuld met deskundigen uit de kring van het openbaar bestuur, de bestuursrechtspraak, de advocatuur en de wetenschap. Het secretariaat werd verzorgd door ambtenaren van de beide betrokken ministeries.³

1.2 DE ONDERWERPEN VAN DE DERDE EVALUATIE

Net als bij de voorafgaande evaluaties is ook deze keer een selectie gemaakt van onderwerpen die in de evaluatie zijn betrokken. Deze onderwerpen zijn niet door de Commissie maar door de bewindslieden gekozen, deels op basis van suggesties vanuit praktijk en wetenschap.

Drie van de vijf onderzochte onderwerpen stonden bij voorbaat al vast. Om te beginnen lag het voor de hand om deze keer de werking van het intern klacht-

1. Commissie Evaluatie Awb (Commissie-Polak), *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996*, Den Haag 1996; Commissie Evaluatie Awb II (Commissie-Boukema), *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001*, Den Haag 2002.
2. Respectievelijk Kamerstukken II 1997-1998, 25 600 VI, nr. 46 en Kamerstukken II 2003-2004, 29 279, nr. 16.
3. In bijlage 1 is de precieze samenstelling van de Commissie en van de begeleidingscommissies vermeld.

recht (titel 9.1 van de Awb) te evalueren, omdat de regeling daarvan in 1999 in werking is getreden en er inmiddels dus voldoende ervaring mee is opgedaan om een gefundeerd oordeel te kunnen vormen. Deze evaluatie was al bij de behandeling van het betrokken wetsvoorstel in de Tweede Kamer aangekondigd. Vanwege het belang dat de bewindslieden blijkens hun nota 'Naar een slagvaardiger bestuursrecht'⁴ hechtten aan voortvarende besluitvorming en aan een vlotte en doeltreffende afdoening van bestuursrechtelijke geschillen, hebben zij besloten om daarnaast in elk geval onderzoek te laten doen naar het onderwerp definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter. Ten slotte was het hun wens om in de derde evaluatie uitdrukkelijk aandacht te besteden aan de ervaringen van burgers met Awb-procedures, iets wat in eerdere evaluaties nog niet of nauwelijks was gebeurd. Naast afzonderlijke aandacht voor het perspectief van burgers in daarvoor in aanmerking komende deelonderzoeken – vooral in de evaluatie van het intern klachtrecht – is hier ook een afzonderlijk onderzoek naar gedaan. Omdat een breed empirisch onderzoek onder burgers een grondige voorbereiding vergt en ook meer tijd vraagt dan in het kader van een evaluatieronde beschikbaar is, is voor dit onderwerp begonnen met een vooronderzoek, dat in kaart moest brengen op welke punten nader onderzoek gewenst lijkt. Het was dus van meet af aan de bedoeling om op dit punt vervolgonderzoek te doen. Dat vervolgonderzoek hoeft dan – doordat het los staat van de evaluatierondes – niet te kampen te hebben met de tijdsdruk waaronder de evaluatieonderzoeken nu eenmaal plegen te staan.

De overige twee onderwerpen zijn gekozen op basis van suggesties uit praktijk en wetenschap. In een aantal vaktijdschriften en op websites is daartoe een oproep geplaatst waarin gevraagd werd om onderwerpen aan te dragen voor de derde evaluatie. Daarbij is aangegeven dat één of meer van deze onderwerpen zouden kunnen worden toegevoegd aan de al gekozen onderwerpen. Deze oproep heeft geleid tot negen reacties, waarvan drie vanuit de universitaire wereld, twee vanuit provinciale hoek, één uit gemeentelijke hoek, twee van advocaten en één van een particulier. In de reacties werden in totaal ruim twintig suggesties voor onderwerpen gedaan. Een deel van de gedane suggesties ondersteunde de keuze voor de al vaststaande evaluatieonderwerpen – vooral definitieve geschilbeslechting en het burgerperspectief – of betrof aspecten daarvan. Een ander deel leende zich minder goed voor evaluatieonderzoek naar de Awb, of in elk geval niet op dit moment. Daarbij ging het om onderwerpen die geen betrekking hadden op ervaringen bij de toepassing van de Awb, die reeds onderwerp waren van wetsvoorstellen, die in de vorige evaluatie al waren onderzocht of waarnaar in ander verband reeds onderzoek werd gedaan. Twee suggesties zijn wel overgenomen: een onderzoek naar de feitenvaststelling door de rechter en een onderzoek naar de Europeesrechtelijke agenda van de Awb.

4. Kamerstukken II 2003-2004, 29 279, nr. 16.

Tezamen leverde dit dus vijf onderwerpen op voor de derde evaluatie van de Awb. Voor elk van deze onderwerpen is aan een aantal onderzoeksinstellingen om een offerte gevraagd. Dit heeft geleid tot de volgende vijf onderzoeksrapporten.⁵

1 *Klagen bij bestuursorganen – Evaluatieonderzoek naar de klachtbehandeling door bestuursorganen*

Dit onderzoek is uitgevoerd door een onderzoeksgroep van de Rijksuniversiteit Groningen in samenwerking met het onderzoeksbureau Pro Facto, onder leiding van dr. H.B. Winter. De begeleidingscommissie werd voorgezeten door prof. mr. J.B.J.M. ten Berge (Universiteit Utrecht).

2 *Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger – Stand van zaken in theorie en eerder onderzoek*

Dit onderzoek is uitgevoerd door een onderzoeksgroep van de Radboud Universiteit Nijmegen onder leiding van prof. dr. L.E. de Groot-van Leeuwen. De begeleidingscommissie werd voorgezeten door prof. mr. N.J.H. Huls (Erasmus Universiteit).

3 *Feitenvaststelling in beroep*

Dit onderzoek is uitgevoerd door een onderzoeksgroep van de Rijksuniversiteit Groningen en de Universiteit Leiden, onder de gezamenlijke leiding van prof. mr. L.J.A. Damen (Rijksuniversiteit Groningen) en prof. mr. T. Barkhuysen (Universiteit Leiden). De begeleidingscommissie werd voorgezeten door mr. B.J. van Ettekovén (Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State).

4 *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*

Dit onderzoek is uitgevoerd door een onderzoeksgroep van de Universiteit van Amsterdam onder leiding van prof. mr. B.J. Schueler. De begeleidingscommissie werd voorgezeten door prof. mr. B.W.N. de Waard (Universiteit van Tilburg).

5 *De Europese agenda van de Awb*

Dit onderzoek is uitgevoerd door een onderzoeksgroep van de Universiteit Utrecht onder leiding van prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven en prof. mr. S. Prechal. De begeleidingscommissie werd voorgezeten door mr. A.J.C. de Moor-van Vugt (College van Beroep voor het bedrijfsleven).

De Commissie spreekt haar waardering uit over de onderzoeksrapporten. De onderzoekers hebben in relatief korte tijd veel werk verzet. De rapporten bevatten veel waardevolle observaties en grondige analyses. Omdat het bestuursrecht veel deelgebieden kent en veel bestuurlijke en rechterlijke instanties, bleek het desondanks vaak lastig om algemene conclusies te trekken op basis van de rapporten. Toch dringt een aantal conclusies zich duidelijk op, zowel naar aanleiding van de afzonderlijke rapporten als wanneer men ze in samenhang beziet. Op sommige

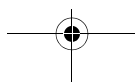
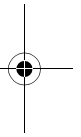
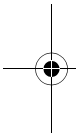
5. In bijlage 2 is een volledige titelbeschrijving met vermelding van alle auteurs opgenomen. De vijf rapporten zullen samen met dit verslag in een uitgavenreeks in boekvorm worden gepubliceerd.



punten lijkt de Commissie nader onderzoek gewenst. In de volgende hoofdstukken komt dit aan de orde.

1.3 OPBOUW VAN HET ADVIES

In de hoofdstukken 2 tot en met 6 worden de bevindingen van de onderzoekers van de vijf deelonderzoeken besproken en verbindt de Commissie daaraan conclusies en aanbevelingen voor de wetgever, de regering, het bestuur of de rechter. Achtereenvolgens komen de onderwerpen intern klachtrecht, het vooronderzoek naar het perspectief van de burger, de feitenvaststelling door de rechter, definitieve geschilbeslechting en de Europese agenda van de Awb aan de orde. In een slotbeschouwing (hoofdstuk 7) komen vervolgens enkele algemene lijnen aan bod die de Commissie op basis van de bevindingen uit de onderzoeken onder de aandacht wil brengen. Een overzicht van alle aanbevelingen is ten slotte opgenomen in hoofdstuk 8. Bijlage 1 geeft een overzicht van de samenstelling van de Commissie en van de vijf begeleidingscommissies. Bijlage 2 geeft een overzicht van de samenstelling van de onderzoeksgroepen.



2 Klagen bij bestuursorganen

2.1 DE WETTELIJKE REGELING

Hoofdstuk 9 van de Awb gaat over de behandeling van klachten. Titel 9.1 regelt de klachtbehandeling door een bestuursorgaan, het zogenoemde intern klachtrecht. Titel 9.2 stelt regels voor de klachtbehandeling door een ombudsman, het zogenoemde extern klachtrecht. De regeling van het intern klachtrecht is op 1 juli 1999 in werking getreden. Titel 9.2 Awb over de klachtbehandeling door een ombudsman is op 1 januari 2006 in werking getreden. De interne klachtbehandeling wordt door de wetgever gezien als een verplichte voorprocedure (artikel 9:20, eerste lid) voor de externe klachtprocedure bij een ombudsman: na behandeling van de klacht door een bestuursorgaan hebben klagers de mogelijkheid hun klacht voor te leggen aan de bevoegde externe klachtinstantie.

De wetgever heeft de regeling van het intern klachtrecht bewust eenvoudig gehouden. Hem stond een informele wijze van afdoening van klachten voor ogen.

Een ieder heeft volgens artikel 9:1 Awb het recht mondeling of schriftelijk een klacht in te dienen over de manier waarop het bestuursorgaan zich jegens hem of een ander heeft gedragen. Het bestuursorgaan moet zorgen voor een behoorlijke behandeling van een ingediende klacht, aldus artikel 9:2 Awb.

Voor mondelinge klachten gelden geen vormvereisten. Mondelinge klachten kunnen in persoon – bijvoorbeeld aan de balie – of telefonisch worden ingediend. Schriftelijke klachten moeten naam en adres van de klager bevatten, voorzien zijn van een ondertekening en een omschrijving bevatten van de gedraging waartegen de klacht is gericht. Afdeling 9.1.2 van de Awb geeft regels voor de behandeling van schriftelijk ingediende klachten. Zodra het bestuursorgaan echter naar tevredenheid van de klager aan diens klacht tegemoet is gekomen, vervalt de verplichting tot het verder toepassen van die regels (artikel 9:5).

Een belangrijk onderdeel van de klachtprocedure is de hoorplicht. De klager wordt in de gelegenheid gesteld te worden gehoord (artikel 9:10). De klager hoeft niet te worden gehoord wanneer hij daarop geen prijs stelt of wanneer de klacht kennelijk ongegrond is. Van het horen moet een verslag worden gemaakt. Dat verslag bevat de hoofdlijnen van het verhandelde tijdens het horen.

Het bestuursorgaan moet de klacht binnen zes weken na ontvangst van het klaagschrift behandelen. De behandeling kan met ten hoogste vier weken worden verdaagd (artikel 9:11, tweede lid). Klachtbehandeling eindigt, indien de volledige procedure wordt doorlopen, met een afdoeningsbrief, waarin het bestuursorgaan de klager schriftelijk en gemotiveerd in kennis stelt van de bevindingen van het onderzoek, zijn oordeel daarover en de eventuele conclusies die daaruit worden getrokken (artikel 9:12). Het is gebruikelijk in de afdoeningsbrief te vermelden of naar het oordeel van het bestuursorgaan de klacht (gedeeltelijk) gegrond of onge-

grond is. Wanneer de klacht gegrond wordt verklaard, kan de afdoeningsbrief maatregelen bevatten die gelet op de aard van de gedraging worden genomen (conclusies).

Het bestuursorgaan kan de klachtbehandeling in handen leggen van een bepaalde persoon of commissie: de klachtadviesinstantie (artikel 9:14). In dat geval geldt een langere initiële beslistermijn: tien weken (artikel 9:11, eerste lid). De wet schrijft ten slotte voor dat ingediende schriftelijke klachten worden geregistreerd en dat daarover jaarlijks wordt gepubliceerd (artikel 9:12a).

2.2 HET ONDERZOEK

Het onderzoek is uitgevoerd door een onderzoeksteam van de Vakgroep Bestuursrecht en bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen en Pro Facto RuG, bestaande uit dr. H.B. Winter, mr. A. Middelkamp en prof. dr. M. Herweijer, met medewerking van mr. N. Struiksmā en J. Nagtegaal. Mr. dr. A.J.G.M. van Montfort en drs. J.M.C. Meulenbroek werkten aan het onderzoek mee als adviseur.

De probleemstelling van het onderzoek luidde: Hoe functioneert de regeling van het intern klachtrecht van de Awb, worden de doelstellingen die de wetgever daarbij voor ogen stonden gehaald, welke knelpunten doen zich voor in de praktijk en is er aanleiding voor aanpassing van de regeling of de uitvoeringspraktijk?

Het onderzoek bestond uit een viertal deelonderzoeken.

- 1 Een literatuuronderzoek.
- 2 Een schriftelijk enquêteonderzoek onder 118 bestuursorganen, door de onderzoekers aangeduid als 'het breedteonderzoek'. Aan acht ministeries of ministeriële diensten, negen provincies, 76 gemeenten, 16 waterschappen en negen zelfstandige bestuursorganen is onder meer gevraagd naar de inrichting van de procedure, de verantwoordelijkheid voor de klachtbehandeling en de normen die bij de beoordeling van klachten worden gehanteerd.
- 3 Een dossieronderzoek bij 22 bestuursorganen die ook al betrokken waren in het breedteonderzoek. Dit 'diepteonderzoek', waarin ook interviews zijn gehouden, diende ertoe een beeld te verkrijgen van het daadwerkelijke verloop van de klachtbehandeling in de praktijk.
- 4 Een telefonische enquête onder 224 klagers bij negen verschillende bestuursorganen, verdeeld over de categorieën gemeenten, uitkeringsinstanties en politie en justitie. Bestuursorganen uit het diepteonderzoek hebben hiervoor namen van klagers beschikbaar gesteld.

De klagers zijn bevraagd over hun ervaringen met de klachtprocedure waarbij gekeken is naar de volgende aspecten: functioneert de procedure in overeenstemming met de daarover verschaft informatie, worden klachten serieus genomen (procedure, uitkomst) en leidt de afhandeling van de klacht bij de klager tot een ander beeld van het bestuursorgaan? Aan klagers is ook verzocht aan te geven of zij na de interne klachtprocedure een externe klacht hebben ingediend en wat

daarvan de uitkomst was. Daarnaast is gevraagd naar de manier waarop klagers op de hoogte zijn geraakt van het bestaan van de mogelijkheid een klacht in te dienen en van de daarvoor geldende procedure.

2.3 ALGEMEEN OORDEEL

Uit het onderzoek komt naar voren dat de opname in de Awb van een (minimale) regeling voor het klagen bij bestuursorganen, voor die bestuursorganen aanleiding is geweest veel energie te steken in de ontwikkeling van interne klachtprocedures. Dit heeft de Commissie blij verrast. Titel 9.1 Awb heeft zich in de afgelopen jaren een duidelijke plaats in de bestuurspraktijk verworven, wat op zichzelf opmerkelijk mag heten, omdat de in die titel vervatte vereisten voorheen in feite ook al golden krachtens de beoordelingsmaatstaven van de Nationale ombudsman (in elk geval voor die bestuursorganen die onder zijn bevoegdheid vielen). In hoeverre dit het rechtstreekse gevolg is van opname in de Awb en in hoeverre daaraan de meer algemene ontwikkeling naar betere dienstverlening door het bestuur ten grondslag ligt, kon in het onderzoek niet worden vastgesteld. De Commissie gaat ervan uit dat het een combinatie van beide is geweest. De onderzoekers stellen daarnaast vast dat het klachtrecht in meer algemene zin verwikkeld is in een proces van institutionalisering, wat onder andere blijkt uit de oprichting van een Vereniging voor Klachtrecht en een Tijdschrift voor Klachtrecht, beide in 2005. Verder constateert de Commissie met tevredenheid dat uit het onderzoek geen belangrijke tekortkomingen in de wettelijke regeling zijn gebleken.

Dit betekent niet dat het interne klachtrecht 'af' is. De Commissie beseft dat met de verinnerlijking van nieuw beleid tijd gemoeid is, en constateert dat bestuursorganen daarbij wat het intern klachtrecht betreft anno 2006 het bestuurlijke tijd mee hebben: de verbetering van de kwaliteit van dienstverlening staat hoog op de politieke agenda, zo valt onder andere op te maken uit de recente gemeentelijke collegeprogramma's en burgerjaarverslagen. Ook de opkomst van kwaliteitshandvesten, waarin bestuursorganen concrete maatstaven vastleggen voor te leveren prestaties, is daar een voorbeeld van.

2.4 DE FUNCTIES VAN HET INTERN KLACHTRECHT EN DE ORGANISATORISCHE INBEDDING ERVAN

2.4.1 *De functies van het intern klachtrecht*

De wetgever heeft een drietal functies van het intern klachtrecht onderscheiden. Om te beginnen zou het klachtrecht een bijdrage kunnen leveren aan het krijgen van genoegdoening (in welke vorm dan ook) voor de klager in verband met onheuse bejegening door de overheid (genoegdoeningsfunctie). Die genoegdoening kan bestaan uit het aanbieden van excuses, maar kan ook verder gaan. Sommige bestuursorganen bieden een terecht klagende burger een kleine attentie aan, of schelden hem bepaalde verplichtingen (het betalen van leges of een boete) kwijt.

Ten tweede is zorgvuldige klachtbehandeling vanuit de overheid gezien een concretisering van de beginselen van behoorlijk bestuur (legitimiteitsfunctie). Het bieden van een zorgvuldige klachtprocedure kan worden beschouwd als een kwestie van bestuurlijke betamelijkheid waarmee invulling wordt gegeven aan fundamentele rechtsbeginselen. Daarbij is het uitgangspunt van de dienende overheid een belangrijk beginsel. Voor zover sprake was van een vertrouwensbreuk tussen overheid en burger, kan de behandeling van een klacht leiden tot herstel van vertrouwen.

Ten slotte ligt het belang van het interne klachtrecht, bezien vanuit de overheid, ook in het vermogen van klachtprocedures een bijdrage te leveren aan kwaliteitsverbetering. Zorgvuldig onderzoek van klachten binnen het bestuursorgaan heeft een belangrijk leereffect (leerfunctie). Het bestuur kan op basis van ontvangen klachten aanleiding zien fouten te herstellen en zwakke punten binnen de organisatie weg te nemen. Registratie, analyse en evaluatie van de klachtbehandeling kunnen ertoe bijdragen dat het leereffect inderdaad optreedt.

Een opvallende uitkomst van het onderzoek is dat – ondanks de energie die in het intern klachtrecht is gestoken – de drie aan het klachtrecht toegedachte functies in de praktijk geen van alle echt tot hun recht lijken te komen (paragraaf 8.3 van het rapport). De belangrijkste oorzaak daarvan lijkt te zijn dat bestuursorganen niet of niet voldoende structureel een vervolg geven aan binnengekomen klachten. Niet alleen komt de ‘leerfunctie’ daardoor in de meeste gevallen niet of onvoldoende aan bod, maar uit het onderzoek blijkt ook dat dit de meeste klagers niet ontgaat en dat zij zich daardoor niet voldoende serieus genomen voelen. Klagers blijken niet primair uit te zijn op ‘genoegdoening’ in de zin dat zij achteraf hun gelijk willen halen. Het uitsluitend netjes afwikkelen en beantwoorden van de klacht zelf stemt hen dan ook niet zonder meer tevreden, waardoor ook de derde functie (herstel van geschonden vertrouwen of legitimiteitsfunctie) in de knel komt. Een opvallende uitkomst van het onderzoek op dit punt is dat door de behandeling van klachten (die in de meerderheid van de gevallen procedureel redelijk tot goed verloopt) het vertrouwen in bestuursorganen eerder af dan toe lijkt te nemen.

De Commissie onderschrijft van harte de aanbeveling van de onderzoekers dat klagen en klachtbehandeling veel meer dan thans moet komen te staan in de sleutel van verbetering van de kwaliteit van de dienstverlening. De belangrijkste voorwaarde daarvoor is in de ogen van de Commissie dat de leiding van organisaties zich sterk maakt voor een goede klachtafhandeling en ook geïnteresseerd is in de inhoud van de klachten. Uit het onderzoek blijkt dat op dit moment nog slechts een klein percentage (12%) van de ambtelijke top geïnteresseerd is in klachten en de wijze waarop zij worden afgedaan.

Dat verbeteringen op dit punt heel goed mogelijk zijn, is iets dat het onderzoek tevens heeft aangetoond, want enkele van de in het diepteonderzoek betrokken bestuursorganen presteren zo te zien op alle punten voorbeeldig. Dit is in de eerste plaats een kwestie van cultuur. Daarnaast lijkt vooral de organisatorische inbedding van de klachtbehandeling van belang. De Commissie verwacht dat ook de wettelijke regeling van het extern klachtrecht (titel 9.2 Awb) een positief effect

zal hebben op de ontwikkeling van het intern klachtrecht. Zij beveelt aan hieraan aandacht te besteden bij de evaluatie van het externe klachtrecht te zijner tijd.

Aanbeveling

Het verdient aanbeveling om bij de evaluatie van het extern klachtrecht (titel 9.2 van de Awb) tevens aandacht te besteden aan de daarmee beoogde positieve effecten op de kwaliteit van de interne klachtbehandeling.

2.4.2 Organisatorische inbedding van de klachtbehandeling

De onderzoekers bevelen aan de klachtbehandeling niet in de lijn, maar in de staf van de organisatie onder te brengen. Dit omdat zij hebben vastgesteld dat de positionering in de staf de beste garanties biedt voor zowel lerend vermogen als kwalitatief goede klachtbehandeling.

Ook de Commissie ziet het belang van een zorgvuldige organisatorische inbedding van de klachtbehandeling. Om drie redenen is een zekere centralisatie van de klachtbehandeling binnen de organisatie inderdaad belangrijk. Ten eerste omdat de klachtbehandeling het beste kan plaatsvinden op voldoende afstand tot degene waarover is geklaagd. Dat is zowel voor de klager als voor de beklagde van belang: de klager ziet de klachtbehandelaar als bemiddelaar, de klachtbehandelaar zal minder geneigd zijn zich defensief op te stellen en voor de beklagde is het ook minder bedreigend. Ten tweede, omdat de klachtbehandeling dient plaats te vinden in de nabijheid van de ambtelijke en bestuurlijke leiding van de organisatie, zodat die er zicht op kan houden en er lering uit kan trekken. Ten derde omdat klachtbehandeling een zekere professionaliteit vergt die beter gewaarborgd is als het een aparte (deel)taak is die aan vaste personen wordt toegedeeld. Een zekere centralisatie is dus noodzakelijk. Het onderbrengen in een stafafdeling is daarvoor een mogelijkheid, maar andere mogelijkheden zijn naar het oordeel van de Commissie ook denkbaar. Veel zal ook afhangen van de aard en schaal van de betrokken organisatie.

Aanbeveling

Bestuursorganen dienen de klachtbehandeling binnen hun organisatie op een voldoende centraal niveau onder te brengen om te garanderen dat:

- er voldoende afstand is tot degenen waarover wordt geklaagd;
- de ambtelijke en bestuurlijke leiding er voldoende zicht op kan houden en er ook lering uit kan trekken;
- de klachtbehandeling zelf voldoende professioneel kan gebeuren.

2.5 REGISTRATIE VAN KLACHTEN

Uit het diepteonderzoek onder bestuursorganen komt de registratie van de ingediende klachten als een mogelijk knelpunt naar voren. In overeenstemming met de bedoeling van de wetgever handelen sommige bestuursorganen ingediende klachten zoveel mogelijk informeel af. Op basis van zowel het dossieronderzoek als het enquêteonderzoek onder bestuursorganen kan worden betwijfeld of in de

gevallen waarin de klacht informeel wordt afgedaan, ook registratie van die klacht plaatsvindt. De onderzoekers wijzen erop dat gebrekkige registratie nadelig is voor het leereffect van ingediende klachten. Wanneer niet zichtbaar is waarover en in welke aantallen wordt geklaagd, zal de prikkel om tot aanpassing van de dienstverlening te komen minder sterk zijn.

De Commissie is het eens met de onderzoekers dat een goede klachtregistratie (ook van informeel afgedane klachten) en een goede terugkoppeling naar de organisatie noodzakelijk zijn met het oog op de beoogde leereffecten. Registratie is daarnaast van belang voor de openbare verantwoording over de omgang met klachten. Een dergelijke openbare verantwoording kan op zichzelf weer helpen bij het bevorderen (vanuit de top van de organisatie) van een klagersvriendelijke organisatiecultuur en van het intern goed bijhouden en terugkoppelen van klachten. Dat het vaak schort aan het bijhouden van klachten, van de afdoening daarvan en van de eraan gegeven gevolgen, is bijvoorbeeld ook gebleken na de introductie enkele jaren geleden van een wettelijke verplichting voor burgemeesters en Commissarissen van de Koningin om jaarlijks een burgerjaarverslag uit te brengen.⁶ Verschillende decentrale overheden hebben naar aanleiding daarvan inmiddels hun registraties en verslaglegging verbeterd. Ook in jaarverslaglegging van zelfstandige bestuursorganen en ministeriële diensten wordt steeds vaker aandacht besteed aan aantallen, inhoud en afhandeling van klachten (bijvoorbeeld de Informatiebeheergroep, het Uitvoeringsorgaan Werknemersverzekeringen, de Belastingdienst).

Overigens is de registratie van klachten en de jaarlijkse openbaarmaking daarvan wettelijk verplicht (artikel 9:12a Awb). Uit het onderzoek is gebleken dat 90% van alle bestuursorganen zegt dat zij zich aan deze verplichting houden.

Aanbeveling

Ter bevordering van het leereffect zouden bestuursorganen ook informeel afgedane klachten moeten registreren en de wettelijke registratie- en publicatieplicht van klachten zoveel mogelijk moeten benutten om tevens in het openbaar verantwoording af te leggen over de gevolgen die zij aan de klachten hebben verbonden voor hun dienstverlening. Een (burger)jaarverslag is daarvoor een zeer geschikt medium.

2.6 HET INFORMELE KARAKTER VAN DE KLACHTBEHANDELING

De onderzoekers bevelen aan klachten zoveel mogelijk informeel af te doen (met gebruikmaking van artikel 9:5 Awb) en vaker de telefoon in te zetten in het verkeer tussen bestuursorgaan en klager. Deze aanbevelingen hebben de algemene instemming van de Commissie. Door de telefoon te pakken kunnen allereerst de mogelijkheden voor informele afdoening van de klacht worden verkend. Blijkt dat de klager prijs stelt op verdere (formele) afdoening van de klacht, dan kan een

6. Albeda en Van der Meijden, *Kleine stapjes vooruit. Onderzoek kwaliteit burgerjaarverslagen 100 grootste gemeenten 2004*, Stichting Rekenschap 2005. Van dezelfde auteurs en uitgever: *Een grote sprong vooruit! Onderzoek kwaliteit burgerjaarverslagen provincies 2004*. Beide publicaties zijn te vinden op www.rekenschap.nl.

vervolgafspraak voor het officiële horen worden gepland en kan de klager van algemene informatie over de verdere procedure worden voorzien. Ook het horen kan vaker dan thans het geval is, telefonisch plaatsvinden als de klager daarmee instemt en uiteraard na voorafgaande afspraak. Een ander voordeel van snel telefonisch contact leggen is dat het bestuursorgaan kan informeren naar de bedoeling van de klager. Het kan dan bijvoorbeeld blijken dat de ‘klager’ helemaal niet bedoeld had een klacht in te dienen, maar dat hij bezwaar had willen maken tegen een genomen besluit of alleen iets wilde melden bij het bestuur. Door te informeren naar de intentie van de klager kunnen misverstanden over de intenties van de klager worden voorkomen.

Het (eerste) telefoontje naar een klager kan uit de aard der zaak slechts oriënterend zijn. Het mag niet zo zijn dat een klager zich overvallen voelt. In termen van herstel van vertrouwen (één van de functies van het intern klachtrecht) is het van belang dat het bestuursorgaan snel contact opneemt met de klager en dat dit gebeurt door iemand anders dan degene over wie de klacht gaat.⁷

Aanbeveling

Bestuursorganen wordt in overweging gegeven te bezien of zij (nog) meer gebruik kunnen maken van de mogelijkheden om informeel te reageren op klachten, met name door het gebruik van de telefoon.

De Ministers van BZK en Justitie zouden in overleg met de vertegenwoordigende organisaties van de decentrale overheden kunnen bezien hoe zij dit nadrukkelijk onder de aandacht kunnen brengen van gemeenten, provincies, waterschappen en gemeenschappelijke regelingen.

2.7 AANVULLENDE REGELS

De onderzoekers wijzen erop dat de Awb al de noodzakelijke minimumregels geeft voor klachtbehandeling en dat er allerlei nadelen zijn verbonden aan het daarnaast stellen van aanvullende regels. Vooral gemeenten blijken dat te doen in de vorm van verordeningen, waarin zij dan bovendien soms de Awb-regels herhalen. De onderzoekers zijn tevens op een aantal gevallen gestuit waarin de eigen klachtregeling op sommige punten strijdig was met de regeling in de Awb.

De Commissie is het met de onderzoekers eens dat het wettelijk kader van de Awb als formele regeling voldoende is en dat nadere wettelijke regels niet wenselijk zijn. Voor zover de nu bestaande nadere regels andere functies vervullen dan het scheppen van een formeel kader – communicatie met de burgers of instructie voor de eigen medewerkers – staan daarvoor andere middelen ter beschikking, zoals publieksfolders en -websites of interne werkinstructies. Tegen het daarin opnemen van een volledige weergave van de gang van zaken – dus ook voor zover die al uit de Awb voortvloeit – bestaat in de ogen van de Commissie geen enkel bezwaar.

7. Zie voor meer informatie over de interne klachtprocedure van titel 9.1 Awb, o.a. ook over het telefonisch horen, de brochure Intern klachtrecht op de website van het Ministerie van BZK (www.minbzk.nl).

Aanbeveling

Verordeningen en beleidsregels op het terrein van het intern klachtrecht zijn overbodig en verwarrend. Waar zij bestaan, dienen ze bij voorkeur te worden afgeschaft. Voor communicatieve doeleinden kan gebruikgemaakt worden van de gebruikelijke voorlichtingsmiddelen en (intern) van werkinstructies.

2.8 TERMIJNEN

Uit het onderzoek is gebleken dat de snelheid waarmee klachten behandeld worden, verschilt. Sommige bestuursorganen hebben geen probleem met het binnen de Awb-termijn afhandelen van klachten, andere hebben grote moeite om de termijn te halen of slagen daar in het geheel niet in. Als een belangrijke reden voor overschrijding wordt genoemd het informeel afdoen van klachten. Wanneer een informele oplossing niet mogelijk is, is daarmee wel tijd verloren gegaan en blijken vervolgens de wettelijke termijnen soms niet meer haalbaar.

Het is de Commissie opgevallen dat een met bezwaar vergelijkbare regeling om de termijn met instemming van de klager te verlengen, voor klachten ontbreekt. De Commissie erkent dat het benutten van de mogelijkheid een klacht informeel af te doen, extra tijd kan vergen en is van mening dat het mogelijk moet zijn de termijn waarbinnen een klacht moet worden behandeld, met instemming van de klager te verlengen.

Aanbeveling

De wetgever wordt in overweging gegeven in titel 9.1 Awb de mogelijkheid op te nemen om de beslistermijn voor klachten met instemming van de klager te verlengen.

3 Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger

3.1 DE WETTELIJKE REGELING

Afgezien van titel 1.2 en hoofdstuk 10 van de Algemene wet bestuursrecht, staat in de Awb de verhouding tussen burger en overheid centraal. Hoewel de meeste burgers nooit van de Awb gehoord zullen hebben – dat hoeven zij natuurlijk ook niet – hebben zij er toch al snel mee te maken, namelijk zodra zij zich tot het bestuur wenden om bijvoorbeeld een vraag te stellen, een bepaald besluit aan te vragen of een klacht in te dienen (Awb hoofdstukken 2, 3, 4 en 9). De ervaringen met de Awb worden uit de aard der zaak indringender als een burger te maken krijgt met bestuursrechtelijk toezicht of handhaving (hoofdstuk 5) of als hij beslist om gebruik te maken van de mogelijkheid om bezwaar of beroep in te stellen tegen een besluit waarbij hij belang heeft (Awb hoofdstukken 6, 7 en 8), maar voor de meerderheid van de Nederlandse burgers is dat laatste zelden of nooit aan de orde.

De Awb-wetgever ging ervan uit dat door het tot stand brengen van de Awb het bestuursrecht voor burgers toegankelijker zou worden, omdat procedures uniform en eenvoudiger werden en omdat ze consequenter waren doordacht. Hij beschouwde de verhouding tussen overheid en burger als een ‘wederkerige rechtsbetrekking’, waarin beide partijen over en weer rechten en plichten hebben. Daarmee heeft de Awb-wetgever op twee manieren afstand willen nemen van wat hij zag als de ouderwetse benadering van het bestuursrecht.⁸ Om te beginnen wordt ermee tot uitdrukking gebracht dat al het bestuurshandelen door rechtsnormen wordt begrensd en gestructureerd. Daarnaast heeft de wetgever met dit begrip het eenzijdige karakter van het bestuursoptreden willen relativeren. De wederkerige rechtsbetrekking impliceert dat het bestuur – ook bij formeel eenzijdige handelingen – rekening moet houden met de belangen van de daarbij betrokken burgers en met hun eigen visie op die belangen, en dat het bestuur aan de burger ook verantwoording moet afleggen over de manier waarop hun belangen bij de besluitvorming zijn betrokken. Anderzijds impliceert deze rechtsbetrekking ook zekere plichten voor de burger waaraan het bestuur, in geval van niet-nakoming daarvan, gevolgen mag verbinden.

In de eerste Awb-evaluatie is de werking van de Awb voornamelijk vanuit het perspectief van bestuursorganen, ambtenaren en rechters onderzocht. Aangezien de Awb-procedures er onder meer toe dienen om problemen tussen belanghebbenden (veelal burgers) en overheidsorganen te beslechten, is ook het perspectief van burgers relevant. De eerste evaluatiecommissie deed daarom de aanbeveling om

8. Verheij, *Het systeem van de Algemene wet bestuursrecht*, Nijmegen 1995.

bij de tweede evaluatie ook aandacht te besteden aan ervaringen van burgers met de Awb. Aan deze aanbeveling is in de tweede evaluatie in zoverre gevolg gegeven, dat onderzoek is gedaan naar de ervaringen van professionele gemachtigden van burgers, de zogenoemde repeat players. Het onderzoek richtte zich op Awb-procedures over besluiten op het gebied van de arbeidsongeschiktheidswetgeving en het omgevingsrecht. In totaal zijn toen vijftig personen geïnterviewd. Over het algemeen waren zij van oordeel dat er voldoende mogelijkheden waren om hun standpunten naar voren te brengen door middel van indiening van schriftelijke stukken en de mogelijkheid tot horen. Er bleek echter in hun ogen onvoldoende gelegenheid te zijn om de inhoud van het besluit te beïnvloeden. Repeat players bleken van mening dat de verschillende fasen in bestuursrechtelijke procedures zinvol zijn, mits het bestuursorgaan bereid is tot horen, heroverwegen en corrigeren. Vooral een actieve opstelling van de rechter in de beroepsfase werd van belang geacht. Zowel de bestuurlijke besluitvorming als de behandeling van het beroep bij de rechter werd algemeen als te lang ervaren. De onderzoekers deden op verschillende punten aanbevelingen, onder andere over de procedurele attitude van bestuursorganen.

Men zou kunnen veronderstellen dat de bevindingen aangaande repeat players ook opgaan voor burgers. Uit rechtssociologische literatuur en onderzoek blijkt echter dat professionele rechtsdeelnemers meestal een aanmerkelijk positiever oordeel hebben dan individuele rechtzoekenden, waarvoor het procederen meestal een eenmalige ervaring is (one-shotters). Om een goed beeld te krijgen van de ervaringen van burgers met de Awb is het daarom nodig om gericht onder deze groep empirisch onderzoek te verrichten.

Bij deze derde evaluatie is er daarom voor gekozen een begin te maken met onderzoek naar de ervaringen van burgers zelf met de Awb. Dat is op twee manieren gebeurd. Ten eerste is het gezichtspunt van de burger een belangrijk onderdeel geweest van de evaluatie van het intern klachtrecht (zie daarover het vorige hoofdstuk). Ten tweede is een algemene analyse gemaakt van relevante theorieën en eerder onderzoek naar ervaringen van burgers met juridische procedures (zowel rechterlijke procedures als bestuurlijke en ook op andere terreinen dan het bestuursrecht) met als doel te bezien wat we op basis daarvan al kunnen zeggen en welke vragen in aanmerking komen voor nader onderzoek. Dit hoofdstuk gaat over laatstgenoemd onderzoek.

3.2 HET ONDERZOEK

Het onderzoek is verricht door prof. dr. L.E. de Groot-van Leeuwen, mr. dr. M.T.A.B. Laemers en mr. R. Fredriks, allen van het Instituut voor Rechtssociologie van de Radboud Universiteit te Nijmegen (Onderzoeksprogramma Rechtspleging).

Met een bronnenonderzoek in parlementaire stukken uit de periode 1988 tot en met 2006 hebben de onderzoekers de beleidsveronderstellingen over de positie van de burger gereconstrueerd die de Awb-wetgever door de jaren heen heeft gehanteerd. Vervolgens is in binnen- en buitenlandse literatuur van de afgelopen dertig jaar geïnventariseerd welke factoren in wetenschappelijke theorieën en

empirisch onderzoek naar voren komen als factoren die van belang zijn in de beleving van partijen vóór, tijdens en na (vooral rechterlijke) procedures. Ten slotte is gezocht naar empirische studies en naar klanttevredenheidsonderzoeken en benchmarkonderzoeken die iets kunnen vertellen over ervaringen en percepties van burgers met daadwerkelijk door de Awb bestreken procedures. Daarbij zijn ook de jaarverslagen van de Nationale ombudsman als informatiebron betrokken. De onderzoekers hebben hierbij een onderscheid gemaakt tussen procedures in de primaire fase (aanvraag, aangifte e.d.), de secundaire fase (bezwaar bij het bestuur) en de tertiaire fase (beroep bij de rechter).

Empirisch onderzoek naar ervaringen van burgers met de Awb bleek overigens nogal schaars. Als al empirisch onderzoek is verricht op het terrein van de Awb, dan gebeurde dat vooral vanuit het perspectief van het bestuursorgaan of betrof het onderzoek eerder het gevoerde beleid dan de ervaringen van burgers daarmee. De aanbevelingen van de onderzoekers hebben daardoor alle betrekking op onderwerpen en aandachtspunten voor nader (vervolg)onderzoek.

3.3 ONDERWERPEN EN AANDACHTSPUNTEN VOOR VERVOLGONDERZOEK

De onderzoekers constateren om te beginnen dat uit onderzoeken naar ervaringen van partijen in geschilbeslechtsprocedures telkens weer blijkt dat degene die een voor hem positieve uitspraak heeft gekregen, na afloop van een procedure zeer veel beter te spreken is over allerlei aspecten van de uitspraak en de procedure dan degene die een voor hem negatief oordeel heeft gekregen (paragraaf 3.3 van het rapport). In veel onderzoeken bleek het resultaat van de procedure de belangrijkste factor te zijn voor de verklaring van tevredenheid of ontevredenheid achteraf, al lijkt de mate waarin dat het geval is wel af te hangen van het type besluit dat werd aangevochten (bij verkeersovertredingen weegt de uitkomst bijvoorbeeld veel minder zwaar dan bij beslissingen waar grotere belangen mee gemoeid zijn).

Dit zijn bevindingen die telkens weer naar voren komen in onderzoek op alle rechtsgebieden, zowel internationaal als nationaal. Als zodanig zijn deze gegevens dus niet verrassend te noemen. De onderzoekers staan er ook niet lang bij stil. Zij constateren dat het juist daarom van belang is om vooral te kijken naar die factoren die ongeacht de uitkomst het belangrijkste lijken te zijn voor het positieve of negatieve karakter van de ervaringen van burgers. Voor rechtsprocedures blijkt het dan te gaan om de volgende punten (paragraaf 3.5 van het rapport):

- Procesdeelnemers willen werkelijk gehoord worden en hun eigen verhaal kunnen doen (*voice*). Zij willen hun argumenten naar voren kunnen brengen ten overstaan van een luisterende rechter of bezwaarinstantie.
- Zij willen invloed kunnen uitoefenen op het verloop van de procedure (procescontrole), bijvoorbeeld door bewijs in te brengen en argumenten aan te voeren.
- Zij willen geïnformeerd worden over de procedure en de procedurestappen en over de redenen op grond waarvan de uiteindelijke beslissing is genomen (motivering).

- Zij willen correct en met respect bejegend worden (eerlijkheid, openheid, beleefdheid).

Als deze wensen belangrijk worden gevonden, lijken zij te wijzen in de richting van informele procedures met meer direct persoonlijk contact, aldus de onderzoekers.⁹ Formele aspecten blijken door burgers minder gewaardeerd te worden. Goede voorlichting juist weer wel. De ervaringen met mediation lijken dit beeld te bevestigen. De onderzoekers verwijzen bij dit thema ook naar aanbevelingen van de Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, die ertoe moeten bijdragen het rechtssysteem ‘enigszins uit zijn juridisch conflictmodel los te weken’.¹⁰

De bevinding van de onderzoekers dat de uitkomst van een rechterlijke procedure telkens weer de belangrijkste factor blijkt voor verklaring van de tevredenheid of ontevredenheid van procespartijen, is weliswaar niet verrassend, maar gezien het geringe percentage beroepen dat in Nederlandse bestuursrechtelijke procedures gegrond wordt verklaard¹¹, roept deze bevinding bij de Commissie wel de vraag op of niet veel meer gedaan zou kunnen worden om kansloze beroepen bij de bestuursrechter te voorkomen. Uit eigen ervaring hebben veel Commissieleden de indruk dat burgers vaak veel te hoge verwachtingen hebben van wat een rechter nog kan doen, vooral – maar niet uitsluitend – in procedures in het omgevingsrecht. Bedacht moet worden dat burgers zelf een weinig ‘gejuridiseerde’ blik hebben op de wereld om hen heen. Dat is maar goed ook, maar het kan in procedures gemakkelijk tot grote frustraties leiden. De standaardrechtsmiddelverwijzing helpt niet om te hoge verwachtingen te voorkomen – eerder het tegendeel. Bestuursorganen en bezwarencommissies zouden hierin een voorlichtende rol kunnen spelen, maar de indruk bestaat dat dit vaak onvoldoende gebeurt, misschien omdat hun woordvoerders zelf juist heel vertrouwd zijn met de bestuursrechtelijke logica en zich daardoor niet meer goed in het perspectief van de leek kunnen verplaatsen of hen althans – in de gegeven context – niet overtuigend uitleg kunnen geven over hun positie en kansen bij een eventueel beroep. Het feit dat zij in de ogen van de burger verbonden zijn met het bestuursorgaan dat tevens tegenpartij is, kan hierbij ook een rol spelen. Nader onderzoek hiernaar lijkt de Commissie noodzakelijk. In dat verband zou het tevens interessant kunnen zijn om eens te bezien of in bepaalde gevallen bemiddeling tussen bezwaarmaker en bestuursorgaan door een onafhankelijke gespreksleider in dit opzicht betere resultaten geeft dan een klassieke bezwaarprocedure met of zonder bezwaarcommissie.¹²

9. Een zelfde conclusie werd voor het burgerlijk procesrecht getrokken in Barendrecht en Klijn (red.), *Balanceren en vernieuwen. Een kaart van sociaal-wetenschappelijke kennis voor de Fundamentele Herbezinning Procesrecht*, Den Haag 2004.

10. Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *Toegang tot het recht* (RMO-advies 32), Den Haag 2004.

11. Cijfers van het CBS geven steevast percentages van rond 30 procent gegronde beroepen in Awb-procedures met gewone of versnelde behandeling, waarbij aangetekend moet worden dat ‘gegrond’ niet altijd betekent dat de burger zijn zin heeft gekregen, en dat dit bovendien cijfers voor het totaal aantal Awb-beroepen zijn, terwijl het beeld per onderwerp uiteen kan lopen van bijvoorbeeld ongeveer 50 procent gegronde beroepen voor de Telecommunicatiewet tot nog geen 10 procent voor beroepen op grond van de Wet tegemoetkoming onderwijsbijdrage en schoolkosten (cijfers 2005).

Aanbeveling

Het verdient overweging om vervolgonderzoek te doen naar de verwachtingen die burgers hebben van het beroep op de bestuursrechter, de mate waarin die verwachtingen gerechtvaardigd zijn, en de factoren die daarop van invloed zijn.

Wat de behandeling van het beroep door de rechter betreft, is de Commissie het met de onderzoekers eens dat, ondanks de grotere mondigheid van veel burgers, geen overdreven verwachtingen mogen worden gehanteerd van hun juridische vaardigheden als het erop aankomt de finesses van het algemeen bestuursrecht en het bestuursprocesrecht te doorgronden en daarnaar te handelen. Een rechterlijke procedure is voor de meeste daarbij betrokken burgers een eenmalig leerproces waarin zij pas gaandeweg gaan beseffen wat er van hen wordt verwacht. Goede rechtsbijstand kan uiteraard helpen, maar het gaat de Commissie te ver om ervan uit te gaan dat een bestuursrechtelijke procedure niet meer zonder rechtsbijstand gevoerd kan worden. Het uitgangspunt van de ongelijkheidscompensatie is in de ogen van de Commissie ook in de huidige tijd daarom nog onverminderd van belang. De rechter heeft tot taak ervoor te zorgen dat de burger niet in procedurele valkuilen valt. In de hoofdstukken 4 en 5 komt de Commissie hierop nog terug.

De onderzoekers constateren dat tot nu toe zowel theorievorming als empirisch onderzoek zich hoofdzakelijk bezig hebben gehouden met procedures bij de rechter. Zij wijzen erop dat de ervaringen van burgers met primaire besluitvormingsprocedures en met de bezwaarprocedure vele malen talrijker zijn en pleiten er daarom voor om vervolgonderzoek naar ervaringen van burgers in de eerste plaats op die procedures te richten.

De Commissie is het daarmee eens. Als er gekozen moet worden, heeft zij daarbij een sterke voorkeur voor vervolgonderzoek naar de bezwaarprocedure. Het was immers juist de bezwaarprocedure die in de ogen van de wetgever zou moeten voorzien in de hiervoor vermelde behoefte bij burgers aan informele procedures met direct persoonlijk contact. De onderzoekers vragen zich af of de aandacht die er tegenwoordig is voor mediation in de bezwaarfase, gezien moet worden als een signaal dat de bezwaarprocedure op deze punten in de praktijk niet voldoet, en zij wijzen op het risico dat ook mediation weer geformaliseerd zal gaan worden. In dit licht pleiten zij voor een herhaling van het onderzoek dat onder de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen ooit is gedaan naar het ontstaan en de afloop van bezwaarprocedures.¹² Het aantrekkelijke van dit type onderzoek is, dat burgers kunnen worden bevraagd in de fase voorafgaand aan het (eventuele) bezwaar en ook weer (indien van toepassing) tijdens de bezwaarprocedure, zodat geabstraheerd kan worden van de uiteindelijke uitkomst van de bezwaarprocedure en er bovendien gegevens worden verkregen over de factoren die de tevredenheid over de primaire fase bepalen en over de afweging om al dan niet bezwaar in te stellen. Door daarbij een breed spectrum van onderwerpen te

12. Zie Tolsma, 'Bemiddelen in de besluitvormingsfase. Een plicht voor het bestuur?', *NTB* 2006, II, p. 73-74. Zij verwijst naar Vetter, *Mediation und Vorverfahren*, Berlijn 2004.

13. Breeuwsma, Helder, Niemeijer, Rawee, Griffiths, Oosting, *Arob-praktijken. Over ontstaan en afloop van bezwaarschriftenprocedures ingevolge de Wet Arob in de gemeentelijke bestuurspraktijk*, Deventer 1984.

betrekken, kan tevens verzekerd worden dat – anders dan in de meeste onderzoeken tot nu toe – ook procedures aan bod komen waarin vooral lageropgeleide en sociaal minder vaardige burgers betrokken raken – een aandachtspunt dat door de onderzoekers terecht sterk wordt benadrukt. De Commissie realiseert zich dat een dergelijke opzet hoge eisen stelt aan de voorbereiding en uitvoering van een dergelijk onderzoek – ook op methodologisch vlak – maar meent dat die niet onoverkomelijk hoeven te zijn. Een en ander betekent wel dat een dergelijk onderzoek tamelijk omvangrijk zal moeten zijn en een langere looptijd zal moeten hebben dan het gemiddelde Awb-evaluatieonderzoek.

Aanbeveling

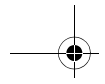
Het verdient overweging om een breed opgezet vervolgonderzoek te doen naar het ontstaan en verloop van bezwaarprocedures en daarbij te verzekeren dat ook het perspectief van burgers met een lager dan gemiddelde opleiding en sociale vaardigheid aan bod komt.

In een onderzoek naar bezwaarprocedures volgens een opzet zoals hiervoor geschetst, kunnen de ervaringen van burgers met primaire besluitvormingsprocedures voldoende aan bod komen om te bezien op welke punten eventueel afzonderlijk vervolgonderzoek daarnaar op zijn plaats lijkt. De Commissie wijst er daarnaast op dat de komende evaluatie van het extern klachtrecht gebruikt kan worden om te bezien wat op dit punt de bevindingen zijn van de verschillende ombudsinstanties.

Aanbeveling

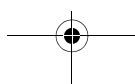
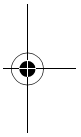
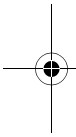
Het verdient aanbeveling om bij de evaluatie van het extern klachtrecht ook de bevindingen van de verschillende ombudsinstanties met de toepassing van Awb-bepalingen bij de primaire besluitvorming te betrekken.

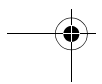
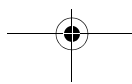
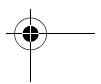
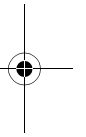
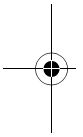
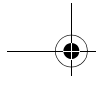
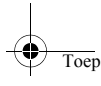
Bestuursorganen hoeven uiteraard niet op die evaluatie te wachten. Zij kunnen nu al lering trekken uit de bevindingen die hun ombudsinstantie en hun bezwaarcommissie opdoen over de gang van zaken in de primaire fase van besluitvorming bij allerlei besluiten, en dit bijvoorbeeld betrekken bij het opmaken van hun burgerjaarverslag. Uit het hier besproken onderzoek kan overigens al worden afgeleid dat veel bestuursorganen en rechterlijke colleges tegenwoordig met enige regelmaat zogenoemde tevredenheidsonderzoeken onder hun 'klanten' doen. Eén van de door de onderzoekers benadrukte aandachtspunten is vooral ook van belang voor dergelijke tevredenheidsonderzoeken of – meer in het algemeen – voor alle vormen van onderzoek naar ervaringen van burgers. Dat is hun advies om onderscheid te maken tussen burgers voor wie de uitkomst van een procedure weliswaar positief was maar hun gevoelens over de gang van zaken negatief en omgekeerd, omdat dat het meeste inzicht biedt in factoren die burgers van belang achten in procedures.



Aanbeveling

Het verdient aanbeveling om bij onderzoek naar ervaringen van burgers vooral goed te letten op burgers die positieve ervaringen melden terwijl de uitkomst van de procedure voor hen negatief was, en op burgers die negatieve ervaringen melden terwijl de uitkomst van de procedure voor hen positief was, omdat dat het meeste inzicht biedt in factoren die burgers van belang achten in de betrokken procedures.





4 Feitenvaststelling in beroep

4.1 INLEIDING

Om zich over een geschil te kunnen uitspreken, moet een rechter enerzijds de relevante feiten vaststellen en anderzijds de relevante rechtsregels vinden en toepassen. In de literatuur krijgt de rechtsvinding doorgaans de meeste aandacht, maar in de praktijk gaan veel geschillen hoofdzakelijk over de feiten. Reeds daarom is het van belang om te weten hoe de rechter met de feiten omgaat.

Daarbij verkeert de bestuursrechter in een andere positie dan de burgerlijke rechter en de strafrechter. De burgerlijke rechter en de strafrechter stellen zelf de feiten vast. De bestuursrechter oordeelt over feiten die al een keer zijn vastgesteld, namelijk door het bestuur. Tegen de achtergrond daarvan is er de afgelopen jaren in de rechtsgeleerde literatuur veel gediscussieerd over de taak van de bestuursrechter bij de vaststelling van de feiten. Grofweg staan daarbij twee opvattingen tegenover elkaar. Volgens de 'klassieke' leer moet de bestuursrechter zijn oordeel zoveel mogelijk baseren op de materiële waarheid en daartoe zo nodig actief onderzoek doen naar de feiten. Anderen menen dat de bestuursrechter slechts moet nagaan of het bestuur bij de feitenvaststelling op correcte wijze te werk is gegaan. In die visie leidt een feitelijke onjuistheid in het besluit niet noodzakelijkerwijs tot vernietiging van het besluit als het bestuur geen onzorgvuldigheid kan worden verweten. Zoals hierna zal blijken, acht de Commissie het nodig noch wenselijk voor het gehele bestuursrecht voor één van beide opvattingen te kiezen. De wet geeft de bestuursrechter tal van bevoegdheden om onderzoek te doen naar de feiten. Dat past bij bovengenoemde 'klassieke' opvatting. De indruk bestond echter dat deze bevoegdheden in de praktijk minder dan voorheen worden gebruikt. Dat zou er op kunnen wijzen dat de nieuwere opvatting over de taak van de bestuursrechter veld wint, maar het zou ook andere oorzaken kunnen hebben. Al met al was er dus aanleiding om in het kader van deze derde evaluatie van de Awb onderzoek te doen naar de wijze waarop de bestuursrechter de feiten vaststelt.

4.2 DE WETTELIJKE REGELING

De wet (hoofdstuk 8 Awb) verdeelt de behandeling van een beroepszaak in twee fasen: het vooronderzoek (afdeling 8.2.2) en het onderzoek ter zitting (afdeling 8.2.5). In beide fasen beschikt de rechter over een reeks bevoegdheden om onderzoek naar de feiten te doen. De rechter kan partijen oproepen om te verschijnen (artikelen 8:44 en 8:59), hij kan inlichtingen vorderen (artikel 8:45), getuigen en deskundigen horen (artikelen 8:46-8:48 en 8:60) of een onderzoek ter plaatse doen (artikelen 8:50-8:51). Al deze bevoegdheden zijn discretionair van aard: de rechter kan, al dan niet op verzoek van een partij, één van deze bevoegdheden gebruiken, maar is daartoe niet verplicht.

In dit verband is ook artikel 8:69 Awb van belang. Artikel 8:69 bepaalt dat de omvang van het geding in beginsel wordt bepaald door de beroepsgronden die de belanghebbende tegen het bestreden besluit aanvoert. In beginsel mag de rechter dus niet oordelen over onderdelen of aspecten van het besluit waartegen geen bezwaren zijn aangevoerd. Binnen de aldus afgebakende grenzen van het geding moet de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvullen (artikel 8:69, tweede lid; dit wil zeggen dat de rechter de bezwaren van appellant zo nodig moet ‘vertalen’ in juridische stellingen) en mag hij ambtshalve de feiten aanvullen (artikel 8:69). Dit laatste wil zeggen dat de rechter zijn oordeel mede mag baseren op feiten die niet door een partij zijn aangevoerd, maar uit eigen onderzoek van de rechter zijn gebleken. Ook hier gaat het echter om een bevoegdheid, niet om een verplichting.

4.3 HET ONDERZOEK

Het onderzoek is uitgevoerd door een onderzoeksgroep van de Rijksuniversiteit Groningen (RUG) en de Universiteit Leiden (UL), bestaande uit prof. mr. L.J.A. Damen, mr. K.J. de Graaf, mr. A.T. Marseille, mr. A. Tollenaar (allen RUG), prof. mr. T. Barkhuysen, mr. W. den Ouden en mr. Y.E. Schuurmans (allen UL).

De centrale onderzoeksvraag is door de onderzoekers als volgt geformuleerd: Aan welke eisen van (nationaal en Europees) recht is de rechter gebonden als hij feiten vaststelt of toetst? Hoe doet de rechter dat in de praktijk? Voldoet de praktijk en is de praktijk in overeenstemming met deze normen?

Deze centrale vraag is uitgewerkt in de volgende deelvragen:

- 1 Hoe is de feitenvaststelling door de bestuursrechter in de Awb geregeld?
- 2 Hoe zijn de regels van feitenvaststelling in de Awb uitgewerkt in de jurisprudentie?
- 3 Welke eisen stellen (overige) nationale en Europese regelgeving en rechtsbeginselen aan de feitenvaststelling door de bestuursrechter?
- 4 Op welke wijze geeft de rechter in de praktijk toepassing aan de regels over de feitenvaststelling?
- 5 Door welke factoren wordt het handelen van de rechter beïnvloed?
- 6 Wat vinden partijen die betrokken zijn bij beroepsprocedures bij de bestuursrechter, van de wijze waarop feiten door de bestuursrechter worden vastgesteld dan wel getoetst?

Het begrip ‘feitenvaststelling door de bestuursrechter’ is door de onderzoekers omschreven als ‘het proces waarin de rechter tot een oordeel komt over de vraag of het ter discussie staande besluit van het bestuur op een juiste vaststelling van de feiten is gebaseerd’.

Het onderzoek is gericht op het beroep in eerste aanleg bij de bestuursrechter. Eventuele bijzonderheden van de feitenvaststelling in hoger beroep zijn niet onderzocht. Wel is ook de fase van de bestuurlijke besluitvorming bij het onderzoek betrokken. In het bestuursrecht worden de feiten immers in eerste instantie door het bestuur vastgesteld. Pas daarna wordt deze vaststelling desgevraagd door de rechter getoetst. Wat de rechter in een concrete zaak aan feitenvaststelling kan

of moet doen, wordt daarom in belangrijke mate bepaald door wat het bestuur reeds heeft gedaan of nagelaten.

Ter beantwoording van de centrale vraag en de deelvragen is zowel juridisch-normatief als empirisch onderzoek verricht. Het juridisch-normatieve onderzoek bestond allereerst uit een analyse van de wetsgeschiedenis van en de jurisprudentie en literatuur over de relevante bepalingen van de Awb. Daarnaast zijn de relevante nationale rechtsbeginselen en bepalingen van internationaal en Europees recht (in het bijzonder het EVRM) geanalyseerd. Ten slotte is een rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar het Duitse bestuursrecht. Tezamen leverden deze bronnen een normatief kader voor de vaststelling van feiten door de bestuursrechter op.

In het empirische deel van het onderzoek is nagegaan op welke wijze de bestuursrechter tot een oordeel komt over de vraag of een bestuursorgaan zijn besluit op de juiste feiten heeft gebaseerd. Daartoe zijn 349 dossiers bestudeerd. Deze dossiers betroffen beroepsprocedures in eerste aanleg bij vijf rechtbanken en beroepsprocedures in eerste en enige aanleg in milieuzaken bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Naast het dossieronderzoek zijn 119 zittingen bijgewoond. Deze gegevens betroffen de jaren 2002 en 2005. Ten slotte is een aantal interviews gehouden met partijen die betrokken waren bij de procedure bij de rechter.

Op basis van deze deelonderzoeken hebben de onderzoekers geanalyseerd welke de knelpunten zijn in het proces van feitenvaststelling. Ter oplossing van die knelpunten hebben de onderzoekers een uniform model voor de feitenvaststelling in beroep door de bestuursrechter vastgesteld. Dat model is door de onderzoekers geconcretiseerd in 21 aanbevelingen.

4.4 ALGEMEEN OORDEEL

Het onderzoeksrapport bevat een grondige analyse van het wettelijke en jurisprudentiële kader dat geldt voor de feitenvaststelling door de bestuursrechter in eerste aanleg. Het praktijkonderzoek heeft waardevolle gegevens opgeleverd. Dat de feitenvaststelling door de bestuursrechter in eerste aanleg een voor de praktijk belangrijk onderwerp is, blijkt alleen al uit de omstandigheid dat in ongeveer 90% van de onderzochte zaken tussen partijen onenigheid blijkt te bestaan over de feiten (paragraaf 5.3.1 van het rapport). De Commissie is dan ook verheugd dat dit onderwerp bij de evaluatie aan de orde is gesteld.

De Commissie wijst er wel op dat de onderzoekers genoodzaakt waren het onderzoeksveld te beperken, omdat het onderzoek in relatief korte tijd moest worden uitgevoerd. Zij konden niet alle deelgebieden van het bestuursrecht en niet alle hoogste bestuursrechters in hun onderzoek betrekken. Dat noopt tot voorzichtigheid bij het trekken van algemene conclusies. Een complicerende factor in dit verband is dat de hoogste bestuursrechters niet allen dezelfde taakopvatting over de feitenvaststelling lijken te hebben. Een en ander neemt niet weg dat uit het onderzoek wel een duidelijk beeld naar voren komt over de opstelling van de bestuursrechter in eerste aanleg bij de vaststelling van de feiten.

4.5 EEN (TE?) LIJDELIJKE BESTUURSRECHTER

4.5.1 *Bevindingen van de onderzoekers*

De meest opvallende bevinding van het empirisch onderzoek is dat de bestuursrechter maar weinig gebruikmaakt van de bevoegdheden die de wet hem geeft om de feiten te onderzoeken. Sommige bevoegdheden, zoals het (onder ede) horen van getuigen en het verrichten van onderzoek ter plaatse, worden vrijwel nooit gebruikt, andere, zoals het vragen van inlichtingen of het benoemen van een deskundige, slechts mondjesmaat.

Dit is niet omdat er weinig geschillen over de feiten zijn. Als gezegd blijkt uit het onderzoek juist dat in ongeveer 90% van de onderzochte zaken sprake is van onenigheid over de feiten. In de grote meerderheid van die gevallen baseert de rechter zijn oordeel dus uitsluitend op een weging van de door partijen naar voren gebrachte (standpunten over de) feiten.

Dit houdt onder meer verband met veranderingen in de werkwijze van de bestuursrechter. Het in de wet voorziene vooronderzoek omvat tegenwoordig meestal niet meer dan het opvragen van de stukken en een verweerschrift. Om de doorlooptijden terug te dringen zijn bestuursrechters steeds meer overgegaan tot 'zittingsgericht werken'. Dit betekent dat een zaak na ontvangst van de op de zaak betrekking hebbende stukken en het verweerschrift zo snel mogelijk op de zitting wordt gebracht. De rechter bestudeert het dossier pas kort voor de zitting. Daardoor is er weinig tijd meer om nog voor de zitting nader onderzoek naar de feiten te doen, aldus de onderzoekers. Na de zitting alsnog onderzoek naar de feiten doen is op zichzelf wel mogelijk, maar dan moet er in beginsel ook een tweede zitting komen, hetgeen de afdoening van de zaak aanzienlijk vertraagt. Daarom zijn rechters zeer terughoudend met het heropenen van de zaak na de eerste zitting. Het financieringssysteem van de rechtbanken, dat het budget vooral relateert aan aantallen einduitspraken en doorlooptijden, werkt deze terughoudendheid in de hand.

De onderzoekers vinden de praktijk die in het empirisch onderzoek is aangetroffen opmerkelijk, omdat de memorie van toelichting bij het in 1994 ingevoerde uniforme bestuursprocesrecht een heel ander beeld schetst. Volgens deze toelichting is juist kenmerkend voor het bestuursprocesrecht dat daarin de materiële waarheid centraal staat, hetgeen zou meebrengen dat de rechter zo nodig actief feitenonderzoek moet doen om deze materiële waarheid te achterhalen. In hun ogen is er dus een forse spanning tussen de praktijk en het beeld dat de wetgever van 1994 voor ogen stond. Dit leidt tot rechtsonzekerheid. Partijen weten niet goed wat zij wel en niet van de bestuursrechter kunnen verwachten. Bovendien heeft de lijdelijke opstelling van de rechter tot gevolg dat de bewijslast voor betwiste feiten op partijen komt te rusten. Het is voor partijen echter vaak niet duidelijk wie wat moet bewijzen. Uit de interviews komt naar voren dat partijen zich nogal eens overvallen voelen door een oordeel van de rechter dat zij iets aannemelijk hadden moeten maken. Deze rechtsonzekerheid is naar het oordeel van de onderzoekers het eerste knelpunt in de huidige praktijk.

Voorts zijn de onderzoekers van oordeel dat de gevonden terughoudende opstelling van de bestuursrechter ten opzichte van de feiten op gespannen voet kan staan met de eis van effectieve rechtsbescherming tegen overheidshandelen (effective remedy). Deze eis vloeit voor een groot deel van het bestuursrecht voort uit het EVRM, het Europese gemeenschapsrecht of beide. Daarom zien zij deze terughoudendheid als het tweede knelpunt in de huidige praktijk.

Een volgende belangrijke bevinding van de onderzoekers is dat bestuursrechters nogal verschillend met de feiten omgaan. Deze verschillen doen zich voor tussen rechtbanken, maar ook binnen rechtbanken tussen individuele rechters en tussen verschillende deelgebieden van het bestuursrecht. Soms worden deze verschillen verklaard door de aard van de zaak of van het desbetreffende deelgebied, maar soms lijkt de verklaring eerder te moeten worden gezocht in de cultuur of traditie van het desbetreffende deelgebied of het desbetreffende gerecht. Volgens de onderzoekers is de uniformerende werking van de Awb op dit punt gering, waarschijnlijk omdat de meeste bevoegdheden die de Awb aan de bestuursrechter toekent, discretionaire bevoegdheden zijn. Deze verscheidenheid is volgens de onderzoekers het derde knelpunt in de huidige praktijk.

4.5.2 *Het model van de onderzoekers*

Om de gesignaleerde knelpunten weg te nemen presenteren de onderzoekers een uniform model voor de feitenvaststelling in beroep, waarvoor zij mede inspiratie hebben geput uit het Duitse bestuursrecht (paragraaf II.4 van het rapport). Belangrijke elementen van dit model zijn:

- Bij de vaststelling van de feiten ligt het primaat bij het bestuur. Juist daarom is het van groot belang dat het bestuur daarbij zorgvuldig te werk gaat. Voor zover de burger bepaalde feiten aannemelijk moet maken, moet het bestuursorgaan hem daarover actief en tijdig voorlichten.
- Het primaat van het bestuur betekent niet dat de rechter passief kan blijven. De rechter mag weliswaar primair vertrouwen op de bewijsvoering door partijen, maar hij moet wel de regie over het proces van bewijsvoering voeren, partijen tijdig en actief voorlichten omtrent hun verplichtingen om (alsnog) bewijs te leveren en gemotiveerde beslissingen nemen omtrent de verdeling van de bewijslast, het al dan niet aanvaarden van een bewijsaanbod en de waardering van het bewijs.
- De rechter moet voorts zijn eigen onderzoeksbevoegdheden gebruiken indien bewijslevering in redelijkheid niet van partijen kan worden gevergd, indien dit nodig is met het oog op een effectieve beslechting van het geschil of indien bewijslevering door partijen anderszins onwenselijk is. In ieder geval moet hij gemotiveerd beslissen op een verzoek van een partij om een rechterlijke onderzoeksbevoegdheid te gebruiken.
- De rechter mag niet volstaan met een oordeel over de zorgvuldigheid of redelijkheid van de feitenvaststelling door het bestuur, maar moet desgevraagd zelf een oordeel geven over de juistheid van de in het besluit vastgestelde feiten. Dit lijdt slechts uitzondering als de feitenvaststelling specialistische kennis vergt. In dat geval mag de rechter terughoudender toetsen, mits hij dit

motiveert en mits de feitenvaststelling door het bestuur met voldoende ('quasi-rechterlijke') waarborgen is omringd.

- Er is geen reden om op bovenstaande punten verschil te maken tussen de verschillende deelgebieden van het bestuursrecht.

Dit model wordt door de onderzoekers uitgewerkt in 21 aanbevelingen aan de wetgever, het bestuur en de rechter, waaronder een aantal aanbevelingen tot aanvulling van de Awb. Een deel van deze aanbevelingen komt hieronder nader aan de orde.

4.5.3 *Oordeel van de Commissie*

De onderzoekers oordelen zeer kritisch over de huidige praktijk bij de feitenvaststelling door de bestuursrechter. De Commissie onderschrijft dit oordeel slechts gedeeltelijk en deels op andere gronden. Zo is de parlementaire geschiedenis van het bestuursprocesrecht, waaruit zou blijken dat de huidige praktijk niet in overeenstemming is met de bedoeling van de wetgever, minder eenduidig dan de onderzoekers aangeven. Naast passages die inderdaad de actieve rol van de bestuursrechter beklemtonen, zijn er ook passages die dit weer relativeren.

Voorts stond het vraagstuk van de rol van de rechter bij de vaststelling van de feiten ten tijde van de totstandkoming van hoofdstuk 8 Awb niet op de voorgrond. De praktijk was ook toen al gevarieerd. In bijvoorbeeld het socialezekerheidsrecht en het belastingrecht beantwoordde de praktijk inderdaad aan het klassieke beeld van de actieve bestuursrechter, maar de Arob-rechter was ook toen al veel terughoudender. Wellicht hing dit ook toen al samen met verschillen tussen de deelgebieden van het bestuursrecht waarop de verschillende bestuursrechters actief waren. In ieder geval staat niet vast dat de wetgever destijds de praktijk van bijvoorbeeld de Arob-rechter drastisch heeft willen ombuigen in de richting van die van de belastingrechter of de socialezekerheidsrechter.

Bovendien is het de vraag hoeveel gewicht thans nog aan deze parlementaire geschiedenis toekomt. De rechtsontwikkeling heeft sinds 1 januari 1994 niet stilgestaan. Er is sindsdien een tendens tot 'subjectivering' van het bestuursprocesrecht waarneembaar. Dit betekent dat de verantwoordelijkheid voor de procesvoering meer bij partijen is komen te liggen. Een terughoudender rol van de rechter bij de bewijsvoering zou op zichzelf in deze trend passen.

Voorts is de aandacht voor het beheersen van de doorlooptijden van beroepsprocedures sterk toegenomen. Het zogenoemde 'zittingsgericht werken' is daar een uitvloeisel van en heeft er ook daadwerkelijk toe geleid dat de doorlooptijden zijn afgenomen en soms aanzienlijk zijn afgenomen. Dat is maatschappelijk gezien belangrijke winst, die bij eventuele veranderingen op het stuk van de feitenvaststelling waar mogelijk moet worden behouden.

Dit alles brengt naar het oordeel van de Commissie mee dat het belang van de parlementaire geschiedenis (inmiddels) moet worden gerelativeerd. Anno 2006 is de vraag minder wat de wetgever destijds precies voor ogen heeft gehad, maar vooral wat, gelet op de rechtsontwikkeling sindsdien en de huidige maatschappelijke behoeften, de meest gewenste taakopvatting voor de bestuursrechter is.

Dit neemt niet weg dat ook de Commissie wel knelpunten ziet. Er is inderdaad sprake van rechtsonzekerheid doordat voor burgers soms onvoldoende duidelijk is dat en wanneer zij bepaalde feiten aannemelijk moeten maken. De oplossing hiervoor moet vooral worden gezocht in betere voorlichting; in de volgende paragraaf wordt daarop nader ingegaan.

De door de onderzoekers gesignaleerde verscheidenheid in de wijze waarop bestuursrechters met de vaststelling van de feiten omgaan, is naar het oordeel van de Commissie slechts een knelpunt voor zover de verschillen louter voortkomen uit de verschillende culturen en tradities van de onderscheiden deelgebieden van het bestuursrecht en geen verband houden met de aard van de zaak. Anders dan de onderzoekers acht de Commissie het echter niet mogelijk om voor het gehele bestuursrecht één uniform model voor de feitenvaststelling te ontwikkelen. Opvattingen over de taak van de bestuursrechter bij de vaststelling van de feiten zijn vaak nauw verweven met het onderliggende materiële recht. De rechter kan op twee manieren actief zijn: hij kan zelf onderzoek naar de feiten doen of partijen actief aansporen om ontbrekende feiten of bewijs aan te voeren. In hoeverre hij in deze zin actief moet en kan zijn, hangt samen met twee te onderscheiden vragen: de vraag naar de mate van indringendheid van de rechterlijke toetsing en de vraag tot in welke fase van de procedure nieuw bewijs kan worden ingebracht (en het dus zinvol is voor de rechter om actief om aanvulling van het bewijs te vragen). Het antwoord op beide vragen hangt af van een reeks factoren, zoals:

- De vraag of de wet het bestuur al dan niet beoordelingsvrijheid laat.
- De aard van de feiten en de praktische mogelijkheden van de rechter. Naarmate de vaststelling van de feiten meer specialistische kennis vergt of anderszins gecompliceerder is, zal de rechter terughoudender moeten zijn. Natuurlijk kan de rechter soms zelf een deskundige benoemen, maar ook dat is niet altijd een begaanbare weg. Bij een besluit van de NMa of de OPTA dat berust op een uitvoerige marktanalyse, bijvoorbeeld, zal de rechter deze analyse niet snel door een externe deskundige (kunnen) laten overdoen.
- De in het geding zijnde belangen. Naarmate een besluit een verdergaande inbreuk op een grondrecht maakt, zal de rechter indringender moeten toetsen en zich ook actiever met de feitenvaststelling moeten bemoeien.
- De aard van het besluit. Bij besluiten op aanvraag ligt de verzameling van gegevens meer op de weg van de burger en kan de rechter dus terughoudender zijn dan bij ambtshalve besluiten. Maar binnen beide categorieën zijn er ook nog verschillen. Bij subsidies die worden verdeeld door onderlinge vergelijking en prioritering van de aanvragen brengt de eerlijkheid van de vergelijking mee dat na de uiterste aanvraagdatum in beginsel geen nieuw bewijs meer kan worden ingebracht, ook niet bij of door de rechter. Bij andere besluiten op aanvraag kan dit anders liggen. Binnen de categorie ambtshalve besluiten moet de rechter zich bij bestraffende sancties (nog) actiever opstellen dan bij andere besluiten.
- De aan- of afwezigheid van derden-belanghebbenden. Als het bestreden besluit de belangen van derden met tegengestelde belangen raakt, is het bezwaarlijker om in een laat stadium van de procedure nog nieuw bewijs toe te laten dan wanneer dit niet het geval is.

- De opstelling van partijen. Als een partij in de bestuurlijke fase verwijtbaar nalatig is geweest bij het leveren van bewijs, is er minder reden om hem in de beroepsfase de mogelijkheid te bieden om dit te herstellen dan wanneer de nalatigheid niet verwijtbaar is.

Gelet op deze veelheid van factoren acht de Commissie een uniform model voor de feitenvaststelling door de bestuursrechter niet haalbaar. Daar komt nog bij dat het ontbreken van één hoogste bestuursrechter het ook op dit punt op zijn zachtst gezegd niet gemakkelijker maakt om eenheid te scheppen en te bewaren. Naar het oordeel van de Commissie vloeit ook uit het EVRM en het gemeenschapsrecht niet voort dat over de volle breedte van het bestuursrecht voor een uniforme benadering moet worden gekozen. Indien de rechter zich in een bepaald type zaken terughoudend opstelt, betekent dit niet zonder meer dat geen sprake meer is van een *effective remedy*, mits er voor die terughoudende opstelling goede gronden zijn.

De Commissie is het echter wel met de onderzoekers eens dat de opstelling van de rechter bij het onderzoek naar de feiten voor partijen beter voorspelbaar zou moeten zijn. De rechter zou meer inzichtelijk moeten maken op grond van welke afwegingen hij voor een meer terughoudende of juist meer actieve opstelling kiest. Anders gezegd: de rechtspraak zou op dit punt per deelgebied van het bestuursrecht – in ieder geval voor veelvoorkomende typen zaken – beleid moeten ontwikkelen. Dit beleid zou kunnen worden neergelegd in richtinggevende jurisprudentie van de desbetreffende hoogste bestuursrechter of in – al dan niet in de diverse procesregelingen neer te leggen – richtlijnen die worden ontwikkeld in de diverse overleggremia van de bestuursrechtelijke colleges. De Raad voor de rechtspraak zou hierin een ondersteunende en faciliterende rol kunnen spelen. Indien het lukt om voor belangrijke deelgebieden dergelijk beleid te ontwikkelen, kan wellicht in een later stadium blijken dat daarin gemeenschappelijke elementen te herkennen zijn, die voor het gehele bestuursrecht kunnen gelden. Thans is het daarvoor nog te vroeg. Daardoor kan ook (nog) niet voor het gehele bestuursrecht worden gekozen voor één uniforme opvatting over de taak van de bestuursrechter bij de vaststelling van de feiten.

Aanbeveling

Het verdient aanbeveling dat de bestuursrechters per deelgebied van het bestuursrecht beleid ontwikkelen inzake de feitenvaststelling.

4.6 VOORLICHTING

4.6.1 Algemeen

Een belangrijke bevinding van het onderzoek is dat partijen nogal eens worden verrast door een uitspraak van de rechter waaruit blijkt dat zij bepaalde feiten aannemelijk hadden moeten maken. De Commissie meent met de onderzoekers dat dit zoveel mogelijk moet worden voorkomen door belanghebbenden op passende wijze voor te lichten over de bewijslast die op hen rust.

4.6.2 Voorlichting in de bestuurlijke fase

De Commissie meent met de onderzoekers dat de eerste verantwoordelijkheid voor de vaststelling van de feiten bij het bestuur ligt. Uit het onderzoek blijkt dat de bestuursrechter bij de verdeling van stelplicht en bewijslast teruggrijpt op de bepalingen van de Awb die zien op de verdeling van verantwoordelijkheden bij de verzameling van feiten in de fase van de voorbereiding van een besluit – dit zijn in het bijzonder de artikelen 3:2 en 4:2, tweede lid – en/of op regels uit de bijzondere wetgeving. Hoewel deze bepalingen zijn geschreven voor de bestuurlijke fase, werken zij door in de beroepsfase. Het ligt immers niet voor de hand om de bewijslast in de beroepsfase wezenlijk anders te verdelen dan in de bestuurlijke fase.

Gelet op het belang van de bestuurlijke fase voor de vaststelling van de feiten meent de Commissie met de onderzoekers dat het bestuur belanghebbenden zoveel mogelijk en in een zo vroeg mogelijk stadium moet voorlichten over hun verplichtingen op het gebied van de verzameling en vaststelling van de voor het besluit relevante feiten. Dit geldt zowel voor de fase van de primaire besluitvorming als voor de bezwaarfase (aanbeveling 2 van de onderzoekers, eerste volzin). De belanghebbende moet weten wat er op het gebied van de bewijslevering van hem wordt verwacht. Voorts moet hij er zo concreet mogelijk op worden gewezen dat een tekortschieten in de bewijslevering in de bestuurlijke fase gevolgen kan hebben voor de uitkomst van een eventuele beroepsprocedure. Aldus kunnen al veel verrassingen op het gebied van de feitenvaststelling worden voorkomen.

De hier bedoelde voorlichting kan op allerlei manieren vorm krijgen. Als vuistregel geldt: hoe eerder, hoe beter. Bij besluiten op aanvraag is het aanvraagformulier een geschikt middel om nauwkeurig aan te geven welke gegevens de aanvrager moet verstrekken en hoe en wanneer hij deze eventueel moet bewijzen. Daarnaast of in plaats daarvan kan ook voorlichting door middel van folders of brochures over bepaalde typen besluiten nuttig zijn. Dergelijke folders kunnen bijvoorbeeld bij de bevestiging van de ontvangst van een aanvraag worden meegestuurd en/of op het internet worden gepubliceerd. In meer ingewikkelde zaken kan het nodig zijn om tijdens de voorbereiding van een besluit ook meer op het individuele geval toegespitste voorlichting te geven.

Aanbeveling

Bestuursorganen zouden belanghebbenden in een zo vroeg mogelijk stadium zo concreet mogelijk moeten voorlichten over hun verantwoordelijkheid voor het aanleveren van informatie ten behoeve van een te nemen besluit, alsmede over de eventuele gevolgen van een tekortschieten daarin. Dit geldt zowel bij de voorbereiding van een primair besluit als bij de voorbereiding van een beslissing op bezwaar.

De onderzoekers bevelen aan (aanbeveling 1) deze ‘voorlichtingsplicht’ in de wet vast te leggen, zowel in algemene termen in hoofdstuk 3 Awb als meer specifiek in de hoofdstukken 4 en 6 Awb. De Commissie is echter in ieder geval in dit stadium geen voorstander van een wettelijke regeling en zeker niet van een zo gede-

tailleerde regeling als de onderzoekers voorstellen. Een algemene ‘beginselbepaling’ in hoofdstuk 3 voegt weinig toe aan hetgeen naar het oordeel van de Commissie reeds uit het zorgvuldigheidsbeginsel voortvloeit. Een meer gedetailleerde regeling zou geen recht kunnen doen aan de veelheid van vormen waarin en momenten waarop de voorlichting bij verschillende soorten besluiten zou kunnen en moeten plaatsvinden.

De onderzoekers bevelen voorts aan het bestuursorgaan in algemene zin te verplichten om, indien het door een belanghebbende overgelegde bewijsmateriaal onvolledig of niet overtuigend acht, de belanghebbende daarop te wijzen en hem in de gelegenheid te stellen om aanvullend bewijs te leveren (aanbeveling 2, tweede volzin). De Commissie meent echter dat voor een zo algemene verplichting om een ‘tweede kans’ te bieden geen plaats is. De aard van een besluit (bijvoorbeeld als aanvragen onderling moeten worden vergeleken), de belangen van derden of de noodzaak om een besluit voor een bepaald tijdstip te nemen, kunnen zich tegen het bieden van zo’n tweede kans verzetten. Bovendien vraagt de Commissie zich af of zo’n tweede kans wel gerechtvaardigd is als de voorlichting in eerste instantie voldoende specifiek is geweest.

Aan bestuursorganen die grote aantallen gelijksoortige besluiten moeten nemen (‘beschikkingenfabrieken’) bevelen de onderzoekers aan om vaste procedures voor de feitenvaststelling en een vast ‘bewijsbeleid’ te ontwikkelen. De Commissie onderschrijft de wenselijkheid daarvan, maar acht het niet nodig daaraan een aanbeveling te wijden omdat een en ander in de praktijk al in ruime mate geschiedt.

4.6.3 Voorlichting in de beroepsfase

Ook in de fase van het beroep bij de rechter moet zoveel mogelijk worden voorkomen dat belanghebbenden worden verrast door beslissingen van de rechter over de vaststelling van de feiten. De bevinding uit het vooronderzoek naar Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger (zie hoofdstuk 3), dat burgers nogal eens te hoge verwachtingen hebben van een procedure bij de bestuursrechter, onderstreept dit nog eens. Idealiter zou een burger in een zo vroeg mogelijk stadium van de procedure zo goed mogelijk moeten weten wat hij bij de rechter nog kan en moet bewijzen en hoe.

De onderzoekers bevelen aan om de ‘bewijsvoorlichtingsplicht’ van de rechter in de wet te regelen (aanbeveling 6). De Commissie is daarvan geen voorstander. Zoals eerder opgemerkt (paragraaf 4.5.3 van het rapport), zijn de taak van de rechter bij de feitenvaststelling en dus ook de mogelijkheid voor en noodzaak van bewijslevering afhankelijk van tal van factoren zoals de aard van het besluit, het toepasselijke materiële recht, het al of niet aanwezig zijn van derden-belanghebbenden. Bovendien is de behoefte aan bewijslevering in de beroepsfase uiteraard afhankelijk van de door appellant aangevoerde beroepsgronden. Ten slotte is de behoefte aan voorlichting in de beroepsfase mede afhankelijk van de kwaliteit van de reeds in de bestuurlijke fase geboden voorlichting. Gelet hierop zou een rechterlijke voorlichtingsplicht slechts in zeer algemene termen kunnen worden

geformuleerd en daarom naar het oordeel van de Commissie onvoldoende toegevoegde waarde hebben.

Dit neemt niet weg dat ook de Commissie van oordeel is dat de rechtsprekende macht zich zou moeten bezinnen op de mogelijkheden voor een betere voorlichting van appellanten. Voor veelvoorkomende soorten zaken zou men kunnen denken aan het ontwikkelen van informatiefolders die worden meegezonden bij de bevestiging van de ontvangst van het beroepschrift. Bij medische zaken zou daarin bijvoorbeeld kunnen worden aangegeven aan welke vereisten de bestrijding van een deskundigenoordeel moet voldoen en in welke gevallen de rechter wel en niet zelf een deskundige benoemt.

Aanbeveling

Het verdient aanbeveling dat bestuursrechters beleid ontwikkelen ter verbetering van de voorlichting aan appellanten over hun verantwoordelijkheden en mogelijkheden bij de bewijslevering in beroep.

Daarnaast zou het, vooral in wat meer complexe zaken, nuttig zijn als de rechter in een vroeg stadium van de procedure een 'regiezitting' zou beleggen (zie ook hierna paragraaf 4.9). Op of naar aanleiding van die zitting zou de rechter zo nodig ook uitdrukkelijke bewijsopdrachten kunnen geven.

De onderzoekers bevelen nog aan dat de rechter zoveel mogelijk en in ieder geval wanneer hij een partij oproept, voorafgaand aan de zitting aan partijen laat weten welke vragen hij wil stellen en/of wat de reden is voor de oproeping (aanbeveling 8). De Commissie onderschrijft deze aanbeveling voor zover zij ziet op de oproeping, bedoeld in artikel 8:59 Awb. Bij de gewone uitnodiging, bedoeld in artikel 8:56 Awb, is dit veelal niet mogelijk, doordat deze meestal wordt verstuurd voordat de rechter het dossier heeft bestudeerd. De Commissie tekent daarbij overigens wel aan dat partijen het veelal op prijs stellen als de rechter hen informeert over punten die hij op de zitting aan de orde wil stellen, ook als dat pas kort voor de zitting gebeurt. Enige voorbereidingstijd is immers altijd nog beter dan geen.

Aanbeveling

Indien de rechter met toepassing van artikel 8:59 Awb een partij oproept voor de zitting, verdient het aanbeveling daarbij de reden voor de oproeping te vermelden.

Aanbeveling

Het verdient aanbeveling dat de rechter partijen zoveel mogelijk informeert over punten die hij ter zitting aan de orde wil stellen, ook als dat pas kort voor de zitting kan.

4.7 DE RECHTERLIJKE TOETSING

Volgens de onderzoekers (aanbeveling 10) volgt uit het EVRM dat de rechter zich een eigen oordeel moet vormen over de in geschil zijnde feiten en, behoudens beoordelingsvrijheid van het bestuur, het bewijsbeleid van het bestuur vol moet

toetsen (aanbeveling 11). De rechter zou niet mogen volstaan met het toetsen van de zorgvuldigheid van de feitenvaststelling door het bestuur. Een meer terughoudende toetsing zou slechts toelaatbaar zijn indien daarvoor voldoende rechtvaardiging bestaat (bijvoorbeeld omdat de feitenvaststelling specialistische deskundigheid vergt) en de feitenvaststelling door het bestuur met compenserende, quasi-rechterlijke waarborgen is omringd.

Naar het oordeel van de Commissie kan uit het EVRM niet een zo stellige, voor het gehele bestuursrecht geldende regel worden afgeleid. Het EVRM laat toe dat de rechter de indringendheid van zijn toetsing afstemt op de aard van de zaak, waarbij tal van factoren een rol kunnen spelen. De Commissie acht het niet mogelijk hierover voor het gehele bestuursrecht geldende regels te formuleren en heeft evenmin reden om aan te nemen dat het Nederlandse bestuursrecht op dit punt stelselmatig in strijd zou komen met het EVRM. Er is derhalve geen reden om op dit punt aanbevelingen te doen.

Voor de gevallen waarin de rechter kiest voor een terughoudende toetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling, bevelen de onderzoekers de wetgever en het bestuur aan om deze feitenvaststelling met quasi-rechterlijke waarborgen te omringen (aanbevelingen 13 en 14). Ook deze aanbeveling is naar het oordeel van de Commissie te algemeen. Het kan in dergelijke gevallen verstandig zijn om de bestuurlijke feitenvaststelling met extra waarborgen te omringen, maar bijvoorbeeld bij spoedeisende besluiten zal dat niet altijd mogelijk zijn.

De onderzoekers doen ten slotte de aanbeveling dat de rechter zich bij zijn wijze van toetsing moet oriënteren op de wijze waarop het EHRM de feitenvaststelling toetst, om te voorkomen dat er aanleiding ontstaat om in Straatsburg door te procederen. De Commissie heeft niet de indruk dat het hier een algemeen probleem betreft. Een duidelijke discrepantie tussen de wijze waarop het EHRM toetst en de wijze waarop de nationale rechter toetst, doet zich thans slechts voor op één specifiek terrein, namelijk het asielrecht. De Commissie ziet derhalve geen aanleiding om over dit punt een aanbeveling te doen.

4.8 DE BEWIJSLEVERING IN BEROEP EN HET BEWIJSRECHT

De onderzoekers stellen (aanbeveling 16) dat de rechter in beginsel moet toestaan dat belanghebbenden in beroep alsnog bewijs leveren dat niet in de bestuurlijke fase is geleverd. De rechter zou bewijs slechts buiten beschouwing mogen laten als de belanghebbende het bewijs verwijtbaar niet heeft overgelegd in de bestuurlijke fase. Van verwijtbaarheid zou slechts sprake zijn als de belanghebbende de bewijslast droeg, het bewijs in redelijkheid van hem kon worden verlangd en hem expliciet om overlegging daarvan is gevraagd. Bij onvolledigheid of onvoldoende overtuigingskracht van het bewijs zou de rechter, net als het bestuur, de belanghebbende expliciet een 'tweede kans' moeten bieden om het bewijs alsnog te leveren (aanbeveling 17 van de onderzoekers).

De Commissie onderschrijft de grondgedachte achter deze aanbeveling. Dat is trouwens ook de grondgedachte van de wetgever geweest bij de totstandkoming van het nieuwe artikel 6:13 Awb, zoals dit sedert 1 juli 2005 luidt. De Commissie wijst er echter wederom op dat er behalve verwijtbare nalatigheid van de belang-

hebbende nog andere steekhoudende redenen kunnen zijn om uitzonderingen op dit uitgangspunt te maken in die zin, dat na een bepaald tijdstip geen nieuw bewijs meer kan worden overgelegd. Dergelijke redenen kunnen bijvoorbeeld gelegen zijn in de aard van het besluit of de belangen van derden. Dit onderstreept het eerdergenoemde belang van goede voorlichting daaromtrent.

De Commissie vraagt wel aandacht voor een ander punt. Bij de introductie van het uniforme bestuursprocesrecht stelde de regering dat de actieve opstelling van de bestuursrechter bij de feitenvaststelling wettelijke bepalingen van materieel bewijsrecht overbodig maakte. Uit het onderzoek blijkt nu dat de verantwoordelijkheid voor de bewijsvoering in de praktijk toch primair bij partijen ligt. Zoals uit het voorgaande blijkt, is de Commissie, anders dan de onderzoekers, van oordeel dat het wenselijk noch mogelijk is om deze ontwikkeling volledig ongedaan te maken. Dit betekent echter ook dat de argumentatie van de wetgever om geen wettelijke regeling van het bewijsrecht op te nemen, enigszins door de ontwikkelingen is achterhaald. Er is dus aanleiding om een wettelijke regeling van het bestuursrechtelijk bewijsrecht te overwegen.

Aanbeveling

De wetgever wordt in overweging gegeven om na te gaan of in hoofdstuk 8 Awb een regeling van het bewijsrecht moet worden opgenomen.

Uit het onderzoek blijkt dat de bestuursrechter zijn oordelen over de feiten maar beperkt motiveert. Daardoor maakt de jurisprudentie onvoldoende duidelijk aan welke eisen bestuursorganen en belanghebbenden op het gebied van de bewijsvoering moeten voldoen. De onderzoekers menen terecht dat daarin verbetering moet komen (aanbeveling 5). Voorts menen zij dat de rechter beslissingen over de bewijslastverdeling, het al dan niet aanvaarden van een bewijsaanbod en de bewijswaardering moet motiveren (aanbeveling 21). De Commissie onderschrijft dit voor beslissingen omtrent de bewijslastverdeling of een bewijsaanbod. Voor beslissingen inzake de waardering van het bewijs past een voorzichtiger aanbeveling, want soms leent het oordeel dat een bepaald feit niet aannemelijk is geworden zich nu eenmaal niet of nauwelijks voor een nadere motivering.

Aanbeveling

De rechter dient zijn beslissingen over bewijslastverdeling en waar mogelijk ook die over de bewijswaardering voldoende concreet te motiveren.

4.9 ONDERZOEKSBEVOEGDHEDEN EN DE BEHANDELING VAN HET BEROEP

De onderzoekers constateren dat de bestuursrechter niet alleen weinig gebruikmaakt van zijn onderzoeksbevoegdheden, maar dat ook moeilijk voorspelbaar is in welke gevallen hij dat wel doet. Dat leidt tot rechtsonzekerheid. Zij menen dat de rechterlijke macht terzake beleid zou moeten ontwikkelen, dat zou moeten worden neergelegd in hetzij de diverse procesregelingen, hetzij in richtinggevende jurisprudentie van de diverse hoogste bestuursrechters (aanbeveling 18).

De Commissie onderschrijft dit in zoverre, dat de ontwikkeling van beleid per deelgebied van het bestuursrecht zal moeten geschieden en waarschijnlijk alleen voor veelvoorkomende typen zaken mogelijk is.

Aanbeveling

Het verdient aanbeveling dat bestuursrechters voor veelvoorkomende categorieën geschillen kenbare criteria ontwikkelen voor het gebruik van onderzoeksbevoegdheden.

Voorts menen de onderzoekers dat de rechter op een onderbouwd verzoek van een partij om een onderzoeksbevoegdheid te gebruiken steeds een gemotiveerde beslissing zou moeten nemen (aanbeveling 19). De Commissie is het hiermee eens, voor zover het een tijdig en onderbouwd verzoek betreft.

Aanbeveling

De rechter zou op een tijdig en onderbouwd verzoek van een partij om een onderzoeksbevoegdheid te gebruiken tijdig een gemotiveerde beslissing moeten nemen.

Zoals reeds opgemerkt, hangt het feit dat de bestuursrechter zo weinig gebruikmaakt van zijn onderzoeksbevoegdheden samen met de ontwikkeling van het zogenoemde 'zittingsgericht werken' bij de rechterlijke macht. Om ruimte te scheppen voor het gebruik van onderzoeksbevoegdheden door de rechter, zou overwogen moeten worden om voor bepaalde typen zaken het vooronderzoek in ere te herstellen.

Hierbij past wel enige voorzichtigheid. Het zittingsgericht werken heeft bijgedragen aan een bekorting van de doorlooptijden. Het weer gaan werken met een uitgebreider vooronderzoek zou mee kunnen brengen dat die doorlooptijden langer worden. De Commissie plaatst hierbij echter twee kanttekeningen. In de eerste plaats moet erop worden gewezen dat de cijfers over doorlooptijden betrekking hebben op de doorlooptijden per procedure, dat wil zeggen het tijdsverloop tussen de indiening van een beroepschrift en de uitspraak van de rechter. Als deze uitspraak het geschil niet definitief beslecht, bestaat er een kans dat een tweede beroepsprocedure nodig is. De werkelijke doorlooptijd van een geschil kan dus aanzienlijk langer zijn dan de doorlooptijd van één beroepsprocedure.

Voor zover een diepergaand (voor)onderzoek naar de feiten de kans vergroot dat het geschil definitief wordt beslecht, zou het dus zo kunnen zijn dat weliswaar de doorlooptijd van de eerste beroepsprocedure toeneemt, maar de totale doorlooptijd van het geschil afneemt, doordat een tweede beroepsprocedure wordt voorkomen. Onder die omstandigheden kan uitbreiding van het vooronderzoek per saldo tijdwinst opleveren.

De Commissie zou dan ook zeker niet willen bepleiten om het huidige zittingsgerichte werken voor alle zaken af te schaffen en voor alle zaken alle mogelijkheden van het vooronderzoek ten volle te benutten. Veeleer zou zij ook hier, anders dan de onderzoekers (aanbeveling 21) willen pleiten voor een gedifferentieerde benadering. Aannemelijk is dat de situatie dat het vooronderzoek per saldo tijdwinst

kan opleveren, zich op bepaalde deelterreinen van het bestuursrecht (bijvoorbeeld het omgevingsrecht) en bij bepaalde typen besluiten vaker voordoet dan bij andere. De bestuursrechters zouden dus moeten streven naar verschillende ‘standaardbehandeltrajecten’ voor verschillende typen geschillen: voor sommige zaken een uitgebreid vooronderzoek, voor andere zaken zo snel mogelijk een behandeling ter zitting.¹⁴ Als in laatstgenoemde zaken incidenteel toch nader onderzoek nodig is, kan de ruimte daarvoor worden geschapen door heropening van het vooronderzoek.

Aanbeveling

De rechter zou bij daarvoor in aanmerking komende zaken meer inhoud moeten geven aan het vooronderzoek.

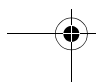
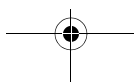
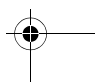
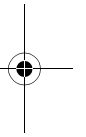
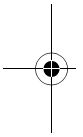
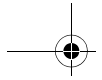
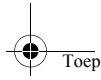
Een tweede kanttekening betreft de financiering. Het huidige financieringssysteem voor de rechterlijke macht knoopt vooral aan bij het ‘kernproduct’ uitspraak. Het ontmoedigt dus het houden van een vooronderzoek of het heropenen van het onderzoek ter zitting, want dat betekent extra werk waar geen extra middelen tegenover staan. Daardoor bestaat het gevaar dat beslissingen over de wijze van behandeling van een zaak op oneigenlijke gronden worden genomen. De Commissie is van oordeel dat de Minister van Justitie en de Raad voor de rechtspraak het financieringsstelsel zodanig zouden moeten herzien, dat het in dit opzicht neutraal wordt.¹⁵

Aanbeveling

Het verdient aanbeveling dat de Minister van Justitie en de Raad voor de rechtspraak nagaan of de financiering van de gerechten moet worden aangepast, om te waarborgen dat het houden van een uitgebreider vooronderzoek of een hernieuwd onderzoek ter zitting niet wordt ontmoedigd.

14. Vgl. Commissie Evaluatie modernisering rechterlijke organisatie (Commissie-Deetman), *Rechtspraak is kwaliteit*, Den Haag 2006, p. 19.

15. Vgl. Commissie Evaluatie modernisering rechterlijke organisatie (Commissie-Deetman), *Rechtspraak is kwaliteit*, Den Haag 2006, p. 15 en 47.



5 Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter

5.1 INLEIDING

De laatste jaren wordt in de literatuur steeds meer kritiek geuit op het gebrek aan geschilbeslechtend vermogen van het bestuursprocesrecht.¹⁶ Deze problematiek houdt verband met de eigen aard van het bestuursrecht en de daaruit voortvloeiende grondslagen van het bestuursprocesrecht.¹⁷ Deze brengen mee dat de rechter in het bestuursrecht een andere taak heeft dan in het privaatrecht. In het privaatrecht stelt de rechter desgevraagd de in geschil zijnde rechtsbetrekking tussen partijen vast. In het bestuursrecht, daarentegen, stelt een bestuursorgaan zelf zijn rechtsbetrekking tot een burger of burgers vast door daarover een besluit te nemen. Vervolgens toetst de rechter desgevraagd of het bestuur bij het nemen van dit besluit binnen de grenzen van het recht is gebleven. Als dat niet het geval is, vernietigt de rechter het besluit. Dit betekent in de meeste gevallen dat het bestuur een nieuw besluit moet nemen om zijn rechtsbetrekking tot de burger opnieuw vast te stellen. Om deels praktische, deels principiële redenen kan de rechter dit vaak niet zelf doen. Een principiële reden kan zijn dat de wet het bestuursorgaan beleidsvrijheid laat, waarin de rechter niet mag treden. Een praktische reden kan zijn dat de rechter de deskundigheid mist om het nieuwe besluit te formuleren (zie uitvoeriger hierna).

Een nadeel van dit stelsel van ‘vernietigen en opnieuw voorzien’ is dat de uitspraak van de bestuursrechter het geschil lang niet altijd definitief beslecht. Als het bestuur ter uitvoering van de uitspraak van de rechter een nieuw besluit neemt, staan tegen dit nieuwe besluit opnieuw bezwaar en beroep open. Dit heeft soms tot gevolg dat een geschil zich jaren voortsleept voordat het definitief wordt beslecht. Dat leidt vaak tot ergernis en onbegrip bij betrokkenen en kan voorts in strijd komen met de verdragsrechtelijke eis van berechting binnen een redelijke termijn (artikel 6 EVRM).

Bij de totstandkoming van de Awb is het belang van definitieve geschilbeslechting onderkend. De wet geeft de bestuursrechter enkele instrumenten om een definitieve beslechting van het geschil te bevorderen. Desondanks bestaat de indruk dat de bestuursrechter er nog steeds onvoldoende in slaagt om geschillen definitief te beslechten. Als verklaring daarvoor wordt vaak gewezen op de ‘bestuurlijke keuzevrijheid’¹⁸, die de rechter vaak zou beletten om knopen door te

16. Zie voor een overzicht VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag 2004.

17. De problematiek dateert dan ook al van voor de Awb. Zie voor een historisch overzicht hoofdstuk 3 van het onderzoeksrapport.

18. Dit is de overkoepelende term die de onderzoekers gebruiken voor de beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid of -ruimte die het bestuursorgaan kunnen toekomen (par. 1.1 van het rapport).

hakken. Maar waarschijnlijk spelen ook andere factoren een rol. Daarom is in het kader van deze derde evaluatie van de Awb een onderzoek verricht naar de factoren die definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter belemmeren, alsmede naar de mogelijkheden om deze definitieve geschilbeslechting juist te bevorderen.

De Commissie is verheugd dat ook dit onderwerp in deze evaluatie aan de orde is gesteld. Het streven naar meer definitieve geschilbeslechting is van groot belang voor de effectiviteit van het bestuursprocesrecht en reeds daarom ook van groot maatschappelijk belang. Voorts zou een meer op definitieve besluitvorming gericht bestuursprocesrecht wellicht iets kunnen wegnemen van de nu soms wat negatieve beeldvorming over het bestuursprocesrecht bij de buitenwereld.

5.2 DE WETTELIJKE REGELING

Als gezegd heeft de wetgever bij de totstandkoming van de Awb wel enigszins oog gehad voor de behoefte aan definitieve geschilbeslechting. Dit heeft ertoe geleid dat in de wet een aantal bevoegdheden is opgenomen dat kan bijdragen aan een definitieve geschilbeslechting. Genoemd kunnen worden:

- De regel dat een beroep zich van rechtswege mede richt tegen een intrekking of wijziging van het bestreden besluit hangende beroep (artikel 6:19 Awb). Deze regel draagt bij aan definitieve geschilbeslechting doordat zij ervoor zorgt dat de rechter oordeelt over het meest actuele standpunt van het bestuur.
- De bevoegdheid om een besluit ondanks vormgebreken in stand te laten als geen der belanghebbenden door het gebrek is benadeeld (artikel 6:22 Awb).¹⁹
- De bevoegdheid van de rechter om de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand te laten (artikel 8:72 lid 3 Awb). Dit doet zich bijvoorbeeld voor als een besluit is genomen door een ambtenaar die daarvoor geen mandaat had, maar het besluit inhoudelijk rechtmatig is en vaststaat dat het bevoegde orgaan geen ander besluit zou hebben genomen.
- De bevoegdheid van de rechter om zelf in de zaak te voorzien (artikel 8:72 lid 4 Awb). In dat geval treedt de uitspraak van de rechter in de plaats van het vernietigde besluit. De rechter neemt als het ware zelf het nieuwe besluit. Volgens vaste jurisprudentie mag de rechter dit slechts doen als rechtens nog maar één besluit mogelijk is.
- De bevoegdheid van de rechter om het bestuursorgaan op te dragen een nieuw besluit te nemen en daarvoor een termijn te stellen (artikel 8:72 lid 5 Awb).
- De bevoegdheid van de rechter om aanwijzingen te geven omtrent de inhoud van het door het bestuur te nemen nieuwe besluit. Ook als de rechter formeel niet zelf in de zaak voorziet, kan de inhoud van het te nemen nieuwe besluit vaak gedeeltelijk en soms vrijwel geheel worden afgeleid uit de overwegingen waarop de uitspraak berust.

19. In het op 16 mei 2006 in consultatie gegeven conceptwetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht (te vinden op www.justitie.nl) wordt voorgesteld deze bevoegdheid uit te breiden tot alle gebreken.

Daarnaast geeft de Awb de rechter diverse bevoegdheden om de feiten te onderzoeken en vast te stellen. Zoals in het vorige hoofdstuk is gebleken, maakt de bestuursrechter thans weinig gebruik van deze bevoegdheden. Dat is ook voor de discussie over definitieve geschilbeslechting van belang. Om het geschil definitief te kunnen beslechten, moeten immers eerst de feiten tot klaarheid worden gebracht. Een actievere houding van de rechter bij het onderzoek van de feiten kan dus ook bevorderen dat het geschil definitief wordt beslecht.

Naast deze bestaande bevoegdheden is in het onderzoek ook aandacht geschonken aan mogelijke effecten van nieuwe bevoegdheden, zoals de in het concept-wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht voorgestelde 'bestuurlijke lus'. Deze houdt kort gezegd in dat de rechter het bestuursorgaan de gelegenheid kan geven om door hem geconstateerde gebreken in het bestreden besluit nog hangende de beroepsprocedure te herstellen. Vervolgens kan de rechter dan in dezelfde procedure beoordelen of dit herstel toereikend is geweest.

5.3 HET ONDERZOEK

Het onderzoek is verricht door een onderzoeksgroep van de Universiteit van Amsterdam onder leiding van prof. mr. B.J. Schueler. De onderzoeksgroep bestond verder uit mr. J.K. Drewes, dr. F.T. Groenewegen, dr. W.G.A. Hazewindus, dr. A.P. Klap, dr. V.M.Y. van 't Lam, mr. B.K. Olivier en dr. E.M. Voegelzang-Stoute. De begeleidingscommissie stond onder voorzitterschap van prof. mr. B.W.N. de Waard.

De probleemstelling van het onderzoek is door de opdrachtgever als volgt omschreven: Het onderzoek dient om duidelijk te maken of de mogelijkheden voor de bestuursrechter om besluiten te toetsen dan wel zelf een beslissing in de zaak te nemen uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in de praktijk voldoen en te bezien of nadere regelgeving gewenst is, teneinde de materiële geschilbeslechting te verbeteren.

De probleemstelling is uitgewerkt in vijf onderzoeksvragen:

- 1 In hoeverre maakt de bestuursrechter gebruik van de in de Awb toegekende bevoegdheden om het geschil definitief te beslechten?
- 2 Als de bestuursrechter van deze bevoegdheden gebruikmaakt, in hoeverre worden geschillen er dan ook definitief door beslecht?
- 3 Voor zover de bestuursrechter geschillen niet definitief beslecht, wat zijn daarvan dan de redenen?
- 4 Als de rechter het geschil niet definitief beslecht, wat doet hij dan wel om de beëindiging van het geschil te bevorderen?
- 5 Welke oplossingsrichtingen zijn reeds gesuggereerd in de literatuur en welke zijn overigens denkbaar om definitieve geschilbeslechting te optimaliseren?

Naast literatuur- en jurisprudentieonderzoek is zowel kwantitatief als kwalitatief empirisch onderzoek verricht. Het kwantitatieve onderzoek had alleen betrekking op de toepassing van de artikelen 8:72 lid 4 (zelf in de zaak voorzien) en 8:72 lid 3 (in stand laten van rechtsgevolgen).²⁰ Alle uitspraken in het jaar 2005 van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (kamers 1 tot en met 3), de

Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en twee rechtbanken zijn bij het onderzoek betrokken. Naar ontwikkelingen in de tijd is geen onderzoek gedaan.

In het kader van het kwalitatieve onderzoek is allereerst een aantal uitspraken nader geanalyseerd waarin zelf in de zaak was voorzien of waarin de rechtsgevolgen in stand waren gelaten. Daarnaast is in 25 dossierstudies kwalitatief onderzoek gedaan naar het verloop van een geschil na vernietiging. In zes van de onderzochte gevallen zijn de betrokken ambtenaren en de burgerpartijen (of hun procesvertegenwoordigers) geïnterviewd met het oog op aanvullende informatie over de afloop van de zaak. Verder zijn interviews gehouden met twaalf bestuursrechters van zes verschillende colleges. Tot slot heeft een expert meeting plaatsgevonden met tien ervaren bestuursrechters van de verschillende rechtscollages.

Bij het onderzoek zijn op verzoek van de opdrachtgever het vreemdelingen- en belastingrecht buiten beschouwing gebleven. Ook is niet onderzocht in hoeverre intrekking van het beroep²¹ het gevolg is van geschilbeslechtend handelen van de rechter. Hetzelfde geldt voor de figuur van de schikking, het effect van het hoger beroep, de voorlopige voorziening en mediation. Deze beperkingen hebben een praktische achtergrond: het onderzoek moest binnen een beperkt tijdbestek worden afgerond.

De onderzoekers hebben de structuur van het huidige bestuursprocesrecht (de koppeling van het beroepsrecht aan het besluitbegrip en het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien) als een gegeven beschouwd. Dat betekent ook, zo stellen zij, dat men ervoor moet oppassen dat men de bestuursrechter niet 'overvraagt'.

5.4 ALGEMEEN OORDEEL

De in het rapport geschetste belemmeringen voor definitieve geschilbeslechting zijn realistisch en herkenbaar. De onderzoekers doen waardevolle suggesties voor verbetering. De centrale boodschap dat de rechter wordt aangespoord om actief te zijn en met partijen mee te denken met het oog op de definitieve beslechting van het geschil spreekt de Commissie aan.

De Commissie vindt het jammer dat de opdrachtgevers het belastingrecht buiten het onderzoek hebben gehouden. Zij wijst erop dat in het belastingrecht traditioneel relatief vaak zelf in de zaak wordt voorzien. Het zou interessant zijn om te onderzoeken in hoeverre de bevindingen van dit onderzoek ook voor het belastingrecht gelden. Voor zover dit het geval is, zou het interessant zijn om na te gaan hoe de door de onderzoekers gesignaleerde belemmeringen voor definitieve geschilbeslechting in de praktijk van de belastingrechtspraak worden overwonnen. Een vervolgonderzoek op dit punt zou nuttig zijn. Wellicht kan een en ander

20. Kwantitatief onderzoek naar het gebruik van andere instrumenten en methoden voor definitieve geschilbeslechting was niet of nauwelijks mogelijk, mede gelet op het tijdsbestek waarbinnen het onderzoek moest worden verricht. Dit is dus achterwege gebleven.

21. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak. Een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke beroepsprocedures*, Den Haag 2004, par. 8.3, meldt dat het beroep in een substantieel deel van de zaken (17%) wordt ingetrokken.

worden betrokken bij de lopende evaluatie van de invoering van een tweede feitelijke instantie voor de belastingrechtspraak.

De Commissie vraagt voorts aandacht voor de effecten van mediation. Mediation kan immers ook bijdragen aan een definitieve beslechting van het geschil. Inmiddels hebben verschillende bestuursrechtelijke colleges ervaringen opgedaan met mediation. Deze ervaringen zijn overwegend positief.²²

Voorts proberen sommige bestuursrechters in zaken die zich daarvoor lenen, ter zitting te bewerkstelligen dat partijen tot een schikking komen. Onder meer bij de Centrale Raad van Beroep zijn daar goede ervaringen mee opgedaan. Nu moet worden aangenomen dat een schikking veelal betekent dat het geschil definitief uit de wereld is, zou het van belang zijn meer te weten over de ervaringen met schikkingen in het bestuursrecht en in het bijzonder over de gevallen waarin een poging om een schikking te bewerkstelligen kansrijk is.

Ten slotte kan ook de behandeling van een verzoek om voorlopige voorziening bijdragen aan de definitieve beslechting van het bodemgeschil, omdat deze behandeling soortgelijke mogelijkheden biedt en effecten kan hebben als een comparitie tijdens het vooronderzoek. Het zou interessant zijn om de effecten van beide figuren op de al dan niet definitieve beslechting van het geschil te vergelijken.

Aanbeveling

Het verdient aanbeveling een vervolgonderzoek te doen, waarin aandacht wordt geschonken aan:

- a. de ervaringen op deelterreinen van bestuursrecht waar rechters het geschil vaak definitief beslechten, zoals het belastingrecht, en
- b. andere figuren die kunnen bijdragen aan definitieve beslechting van het geschil, zoals mediation, de schikking en de behandeling van een verzoek om voorlopige voorziening.

5.5 WAT IS DEFINITIEVE GESCHILBESLECHTING?

De onderzoekers hebben, om onderzoekstechnische reden, gekozen voor een juridische definitie van het begrip definitieve geschilbeslechting. Kort gezegd beschouwen zij een geschil als definitief beslecht als na de uitspraak van de rechter geen nieuw besluit meer behoeft te worden genomen. Dit betekent dat een geschil als definitief beslecht is beschouwd indien één van de volgende typen uitspraken is gedaan:

- het beroep is ongegrond verklaard;
- het beroep is niet-ontvankelijk verklaard;
- het rechter heeft zich onbevoegd verklaard;
- de rechter heeft het besluit vernietigd en vervolgens zelf in de zaak voorzien;

22. Schaap en Allewijn, 'Symposium Mediation in het bestuursrecht', *Trema* 2006/3, p. 130-132; Pach, 'Mediation in het bestuursrecht: het kan, het mag en het werkt', in: Van Ettehoven, Pach, Van der Vlies, *Alternatieven van en voor de bestuursrechter*, preadvies VAR 2001, VAR-geschrift 126, Den Haag 2001. Zie ook de Evaluatie Project Mediation bij de Raad van State, te vinden op www.raadvanstate.nl.

- de rechter heeft het besluit vernietigd, maar de rechtsgevolgen van dit besluit in stand gelaten;
- de rechter heeft het besluit vernietigd en er hoeft geen nieuw besluit ter uitvoering van de uitspraak meer te worden genomen.²³

De Commissie constateert dat de onderzoekers hebben gekozen voor een beperkte, juridische opvatting van de begrippen ‘geschil’ en ‘definitieve geschilbeslechting’. Zo is ‘het geschil’ opgevat als het geschil over het bestreden besluit. De onderzoekers wijzen erop dat zo’n geschil soms onderdeel zal zijn van een breder geschil. Zij noemen het voorbeeld van een geschil over een planologisch besluit dat deel uitmaakt van een veel breder geschil over het leefklimaat in een wijk. Het was binnen het bestek van het onderzoek echter niet mogelijk om na te gaan in hoeverre de uitspraak van de rechter ook bijdraagt aan de beëindiging van dit bredere geschil. Dat zou een veel uitvoeriger sociaal-wetenschappelijk onderzoek vergen.

Voorts brengt de maatstaf dat het geschil als beslecht wordt beschouwd als geen nieuw besluit meer behoeft te worden genomen, mee dat uitspraken waarbij het beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard, worden meegeteld als uitspraken die het geschil definitief beslechten. In werkelijkheid zal zeker de appellant dat niet altijd zo ervaren, maar ook hier geldt dat bij een andere opvatting een veel uitvoeriger sociaal-wetenschappelijk onderzoek nodig zou zijn om te kunnen vaststellen in hoeverre het geschil door de uitspraak is beëindigd. De Commissie heeft derhalve begrip voor de op dit punt door de onderzoekers gemaakte keuzen, maar vindt het wel van belang uitdrukkelijk op deze beperkingen van het onderzoek te wijzen.

5.6 KWANTITATIEVE BEVINDINGEN

Uit het kwantitatieve onderzoek dat is verricht, blijkt allereerst dat in 24% van de onderzochte zaken een of meer besluiten vernietigd zijn. In de overige zaken (76%) is het beroep dus ongegrond of niet-ontvankelijk, dan wel de rechter onbevoegd verklaard. Volgens de gehanteerde definitie is in laatstgenoemde groep zaken het geschil definitief beslecht.

In een deel van de gevallen is het beroep ongegrond verklaard, hoewel het besluit vormgebreken vertoonde (vgl. artikel 6:22 Awb). Het was echter niet zinvol om na te gaan hoe vaak artikel 6:22 Awb is toegepast, omdat uit de interviews is gebleken dat rechters vaak vormgebreken passeren zonder expliciet artikel 6:22 Awb toe te passen. Wel is kwantitatief onderzoek gedaan naar het gebruik van de twee meest in het oog springende instrumenten voor definitieve geschilbeslechting: het in stand laten van de rechtsgevolgen en het zelf in de zaak voorzien.

Uit dit onderzoek is gebleken dat in 18% van de zaken waarin een besluit is vernietigd, de rechter zelf in de zaak heeft voorzien, terwijl hij in 9% van die zaken

23. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als de intrekking van een milieuvergunning wordt vernietigd omdat het bestuursorgaan niet bevoegd was om tot intrekking over te gaan. In dat geval is geen nieuw besluit nodig en is het geschil ten einde.

de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand heeft gelaten. In totaal is dus in 27% van de 'vernietigingszaken' één van beide instrumenten toegepast. Een nadere analyse leerde echter dat daarmee toch niet in alle gevallen het geschil definitief was beslecht.²⁴ In 22% van de 'vernietigingszaken' was dit laatste wel het geval.

Dit percentage is niet voor alle rechtscolleges gelijk. De onderzoekers concluderen, met de nodige slagen om de arm, dat de Centrale Raad van Beroep in vergelijking met andere instanties iets vaker een definitieve beslechting van het geschil bereikt door toepassing van één van beide instrumenten (29%). Het CBb zit rond het gemiddelde (23%²⁵) en de ABRvS (16%) en de twee onderzochte rechtbanken (12% en 16%) passen genoemde instrumenten wat minder vaak toe.

Al met al wordt volgens deze cijfers iets meer dan 80% van de bestuursrechtelijke geschillen definitief beslecht. Dat is op het eerste gezicht heel positief. Maar anderzijds, zo moet de Commissie constateren, lukt het in 20% van de zaken dus niet om het geschil definitief te beslechten. In absolute aantallen zijn dat heel veel zaken. Er is dus zeker nog verdere winst te behalen, zeker op sommige deel-terreinen. Dit is te meer van belang nu de 20% zaken waarin definitieve geschilbeslechting niet lukt, deels het (negatieve) beeld over het geschilbeslechtend vermogen van de bestuursrechter bepalen.

5.7 BELEMMERINGEN BIJ DEFINITIEVE GESCHILBESLECHTING

Aan de hand van nader kwalitatief onderzoek naar uitspraken en de resultaten van de interviews en de expert meeting is onderzocht welke factoren de definitieve geschilbeslechting belemmeren. De onderzoekers onderscheiden er negen:

- 1 Beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid van het bestuur: definitieve geschilbeslechting is in mindere mate mogelijk naarmate na de vernietiging meer beslissingsalternatieven bestaan. Hiermee correspondeert de constatering van de onderzoekers dat op terreinen waar het bestuur over ruime discretionaire bevoegdheden beschikt (zoals bijvoorbeeld het ruimtelijkeorderingsrecht) vaak wordt volstaan met toetsing van het bestreden besluit, terwijl op terreinen met gebonden bestuursbeschikkingen vaker een geschilbeslechtingsperspectief wordt gehanteerd.
- 2 Benodigde inhoudelijke deskundigheid: indien de rechter hierover niet beschikt, is dat een reden om te volstaan met toetsing en eventueel vernietiging. De Commissie voegt hieraan toe dat in deze situatie soms wel de mogelijkheid bestaat een deskundige in te schakelen.
- 3 Het verschil in toetsingsmoment (ex nunc en ex tunc): de rechter toetst of het besluit rechtmatig was toen het werd genomen. Daarbij gaat hij dus uit van het recht en de feiten ten tijde van het bestreden besluit. Bij een nieuw besluit

24. Soms wordt slechts voor een gedeelte zelf in de zaak voorzien, soms zijn er meer belanghebbenden voor wie de zaak verschillend afloopt en in een aantal gevallen ging het om goedkeuring van bestemmingsplannen en moest na het zelf voorzien nog een nieuw bestemmingsplan worden vastgesteld.

25. Zie par. 5.6 van het rapport: hierbij is een groep van bijzondere gevallen niet meegeteld. Anders zou het percentage op 40% uitkomen.

moet echter rekening worden gehouden met eventuele veranderingen in de feiten of het recht. Soms is het voor de rechter bezwaarlijk om zich afdoende op de hoogte te stellen van de actuele feitelijke situatie.

- 4 Mandaat van de vertegenwoordigers van het bestuursorgaan: indien het mandaat van de vertegenwoordiger van het bestuursorgaan te beperkt is, kan het geschil soms daardoor niet op basis van een nader standpunt worden beslist.
- 5 Procedurele en formele belemmeringen: in sommige gevallen moet een procedure opnieuw worden doorlopen of moeten fouten worden hersteld. Definitieve geschilbeslechting is dan niet mogelijk.
- 6 De betrokkenheid van derden: indien derden bij het besluit betrokken zijn, is het vaak niet mogelijk om ter zitting een keuze te maken uit de resterende beslissingsalternatieven. De belangen van derden kunnen dan niet goed bij de beslissing worden betrokken.
- 7 Doorlooptijden: uit de interviews en de expert meeting blijkt dat de druk om de doorlooptijden zo kort mogelijk te houden, een negatief effect heeft.
- 8 Werklastverdeling tussen rechter en bestuur: rechters willen soms voorkomen dat zij het 'huiswerk' van het bestuursorgaan doen.
- 9 Zittingsgericht werken: bij deze manier van werken wordt meestal geen vooronderzoek gedaan, anders dan bestudering van het dossier. Indien ter zitting mogelijkheden voor definitieve geschilbeslechting naar voren komen, is het vaak te laat om hiermee nog iets te doen, behalve door de zaak aan te houden, hetgeen weer vertraging oplevert.

5.8 STREVEN NAAR DEFINITIEVE GESCHILBESLECHTING

Uit de interviews blijkt dat de meeste rechters zich zoveel mogelijk inspannen om tot definitieve geschilbeslechting te komen. Een deel van hen gebruikt daarbij een 'informele variant' van de bestuurlijke lus, waarbij partijen wordt gevraagd om nadere feiten en bewijsmateriaal dan wel het bestuursorgaan wordt gevraagd hoe het een bepaald gebrek zou herstellen. Ook artikel 6:19 Awb wordt in de praktijk benut om geschillen definitief te beslechten. Een beperking daarbij is wel dat het bestuursorgaan niet kan worden verplicht een nieuw besluit te nemen. Verder komt het voor dat een geschil nagenoeg definitief kan worden beslecht, zonder dat instrumenten voor definitieve geschilbeslechting (kunnen) worden ingezet.

Meer algemeen blijkt uit de interviews dat rechters zoveel mogelijk proberen door te dringen tot de kern van het geschil. In hun uitspraak gaan zij met het oog daarop zoveel mogelijk in op alle aangevoerde twistpunten (natuurlijk tot op zekere hoogte). Ook brengen zij in de motivering van de vernietiging tot uitdrukking op welke punten het besluit verbetering behoeft, hetgeen de definitieve beslechting van het geschil ten goede komt. Van zogenoemde overwegingen ten overvloede zijn de meeste rechters minder gecharmeerd, omdat deze gemakkelijk onbedoeld (en vergeefs) hoger beroep uitlokken.

Als het de rechter lukt om tot de kern van het geschil door te dringen, betekent dat volgens de onderzoekers in veel gevallen dat het geschil ook wordt opgelost. Dat leiden zij af uit een analyse van het verloop van de procedure in 25 zaken waarin sprake was van een vernietiging.

5.9 MOGELIJKHEDEN TOT VERBETERING

De onderzoekers noemen verschillende mogelijkheden om definitieve geschilbeslechting te verbeteren. In de eerste plaats moedigen zij rechters aan gebruik te maken van de (bestaande) mogelijkheden om nadere standpunten van partijen te vragen tijdens het proces (de ‘informele bestuurlijke lus’). In dat kader bevelen zij ook aan dat wordt gewerkt met een expliciete en tijdige bewijslastverdeling. Van de comparitie zou meer gebruik kunnen worden gemaakt. Voor een definitieve beslechting van het geschil is immers nodig dat de feiten volledig tot klaarheid worden gebracht. Een en ander sluit aan bij de aanbevelingen over de feitenvaststelling door de bestuursrechter die de Commissie in hoofdstuk 4 heeft gedaan. De Commissie is met de onderzoekers voorstander van verbetering van de regeling van artikel 6:19 Awb en van invoering van een bestuurlijke lus (zoals opgenomen in het concept-wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht). De bestuurlijke lus heeft drie voordelen: de rechter kan het bestuur aan termijnen binden, hij kan een bindende tussenuitspraak doen en invoering ervan brengt bovendien het belang van definitieve geschilbeslechting tot uitdrukking.

Aanbeveling

De wetgever wordt in overweging gegeven een ‘bestuurlijke lus’ in te voeren, langs de lijnen van het concept-wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht.

De onderzoekers bevelen de wetgever voorts aan over te gaan tot invoering van wat zij noemen de ‘judiciële lus’. De Commissie zou liever spreken van sprongberoep na vernietiging. Dit ziet op de situatie dat de uitspraak van de hogerberoepsrechter inhoudt dat het bestreden besluit alsnog wordt vernietigd en een nieuw besluit moet worden genomen. Tegen dit nieuwe besluit staan dan weer beroep op de rechtbank en vervolgens hoger beroep open. De ‘judiciële lus’ (sprongberoep na vernietiging) houdt in dat de hogerberoepsrechter in zijn uitspraak kan bepalen dat tegen het nieuwe besluit slechts beroep kan worden ingesteld bij de hogerberoepsrechter. In de regel zal een eventueel geschil over het nieuwe besluit immers beperkter van omvang zijn dan het oorspronkelijke geschil over het eerste besluit, zodat een hernieuwde behandeling in twee instanties niet nodig is.

De Commissie onderschrijft deze aanbeveling. Zij merkt daarbij op dat zij aan de facultatieve variant, zoals voorgesteld door de onderzoekers, de voorkeur geeft boven de imperatieve variant zoals voorgesteld door de Commissie verbetervoorstellen bestuursrecht van de Raad voor de rechtspraak.²⁶ In die laatste variant zou tegen het na vernietiging door de hogerberoepsrechter genomen nieuwe besluit steeds van rechtswege beroep in één instantie bij de hogerberoepsrechter openstaan. Dat is te rigide. Het kan namelijk ook voorkomen dat bij het nieuwe besluit nieuwe kwesties spelen die in de eerste procedure nog in het geheel niet aan de orde zijn geweest. In dergelijke gevallen kan een hernieuwde behandeling in twee instanties wel aangewezen zijn.

26. Commissie verbetervoorstellen bestuursrecht, *Eindrapport*, uitgave Raad voor de rechtspraak, Den Haag 2006.

Aanbeveling

De wetgever wordt in overweging gegeven om het mogelijk te maken dat de hogerberoepsrechter bepaalt dat tegen een ter uitvoering van zijn uitspraak te nemen besluit beroep bij de hogerberoepsrechter zal openstaan.

De Commissie wil met de onderzoekers wel waarschuwen voor te veel optimisme. Genoemde methoden kunnen niet alle belemmeringen wegnemen. Voor een deel hangen deze samen met het besluitvormingsprimaat van het bestuur (de belemmeringen 1 tot en met 3), dat volgens de onderzoekers niet mag worden afgedaan als een 'sleets' of 'verouderd' dogma. Zolang het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien de hoofdstructuur van het bestuursprocesrecht blijft vormen, zullen deze belemmeringen een rol blijven spelen. Wel kunnen het in een vroeg stadium houden van een comparitie of regiezitting en met name de bestuurlijke lus deze belemmeringen gedeeltelijk wegnemen. Bij de bestuurlijke lus wordt het besluitvormingsprimaat van het bestuur immers volledig gerespecteerd. Bovendien wordt dan geen last ondervonden van belemmering 4 (onvoldoende onderhandelingsmandaat van het bestuur). In een deel van de gevallen zal door toepassing van de bestuurlijke lus zelfs kunnen worden tegemoetgekomen aan belemmeringen 3 (belangen van derden) en 5 (alsnog volgen van een voorgeschreven procedure).

De bestaande praktisch-organisatorische belemmeringen (belemmeringen 7-9) kunnen langs deze weg echter niet worden weggenomen. De Commissie acht het van belang dat ook deze categorie belemmeringen (met name 7 en 9) zoveel mogelijk wordt weggenomen. Dat betekent dat het financieringsstelsel van de rechterlijke macht moet worden aangepast, opdat het houden van comparities of een tweede zitting niet langer door het financieringssysteem wordt ontmoedigd. Korthedshalve zij verwezen naar de aanbeveling die de Commissie hierover in hoofdstuk 4 heeft gedaan (paragraaf 4.9).

De Commissie acht het van belang dat nauwlettend in de gaten wordt gehouden welk effect het vaker definitief beslechten van geschillen heeft op de doorlooptijden. Het is denkbaar dat de inspanningen die nodig zijn om het geschil definitief te beslechten zullen leiden tot het oplopen van de doorlooptijden. Om dit te zijner tijd te kunnen vaststellen, dient een 'nulmeting' te worden verricht. Daarbij zou moeten worden nagegaan welke gegevens over de huidige doorlooptijden reeds beschikbaar zijn en welke aanvullende gegevens nodig zijn om te zijner tijd een zinvolle en betrouwbare vergelijking te kunnen maken tussen de situatie voor en na het nemen van maatregelen ter bevordering van definitieve geschilbeslechting.

Aanbeveling

De Minister van Justitie wordt in overweging gegeven een nulmeting van de doorlooptijden van beroepen te verrichten met het oog op later onderzoek naar het effect van de maatregelen ter verbetering van definitieve geschilbeslechting.

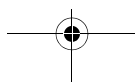
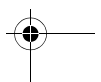
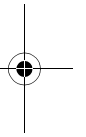
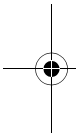
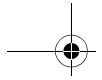
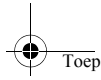
De mogelijkheden voor definitieve geschilbeslechting kunnen verder toenemen indien ook bestuursorganen zich dit belang meer aantrekken. Zij kunnen dit

doen door zich voor de zitting of comparitie zoveel mogelijk te verdiepen in de beslissingsalternatieven die zij na een eventuele vernietiging open zouden willen houden, tijdens de procedure zoveel mogelijk te beschikken over een voldoende ruim onderhandelingsmandaat en zoveel mogelijk gebruik te maken van de voordelen van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb. De Commissie ondersteunt deze suggesties, maar tekent daarbij aan dat een en ander niet altijd mogelijk is. In het bijzonder bij besluiten die zijn genomen door de politieke bestuurders zelf, zal vaak niet in redelijkheid van de procesvertegenwoordiger kunnen worden verlangd dat hij zonder ruggespraak instemt met een substantiële aanpassing van het besluit.

Aanbeveling

Bestuursorganen dienen zich waar mogelijk reeds voor de zitting te beraden op na een eventuele vernietiging resterende beslissingsalternatieven. Voorts dienen zij hun procesvertegenwoordigers waar mogelijk te voorzien van een toereikend mandaat om desgevraagd ter zitting een keuze te maken uit de resterende beslissingsalternatieven.

Tot slot wijst de Commissie er nog op dat de mate waarin de rechter het geschil daadwerkelijk definitief kan beslechten, natuurlijk ook in belangrijke mate afhangt van de wijze waarop de rechter met de feiten omgaat. Voor het geschil definitief kan worden beslecht, zullen eerst de feiten tot klaarheid moeten worden gebracht. Veel van de in het vorige hoofdstuk opgenomen aanbevelingen aan de rechter over de wijze van vaststellen van feiten – zoals het meer inhoud geven aan het vooronderzoek en het vaker houden van ‘regiezittingen’ – kunnen dus tevens worden gezien als aanbevelingen gericht op het bevorderen van definitieve geschilbeslechting.



6 De Europese agenda van de Awb

6.1 INLEIDING

Zoals vrijwel alle deelgebieden van het Nederlandse recht ondervindt ook het algemeen bestuursrecht in toenemende mate de invloed van het Europese recht. Dit houdt verband met het fenomeen van de ‘gedeelde rechtsorde’ die door het EG-Verdrag in het leven is geroepen. De tenuitvoerlegging van het gemeenschapsrecht²⁷ geschiedt voor het grootste deel door nationale rechters en bestuursorganen. Uiteraard moeten zij daarbij de toepasselijke communautaire voorschriften in acht nemen. Voor zover deze voorschriften onvolledig zijn, geldt het beginsel van de nationale procedurele autonomie: de nationale autoriteiten leggen het gemeenschapsrecht ten uitvoer met behulp van hun nationale recht.

Dit betekent dat de Awb vaak (mede) strekt tot uitvoering van het gemeenschapsrecht. In die gevallen moet de Awb voldoen aan enkele eisen die het Hof van Justitie heeft gesteld om de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren. De nationale procedures die worden ingezet voor het geldend maken van aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten mogen voor de burger niet ongunstiger zijn dan de procedures voor de verwezenlijking van vergelijkbare nationale rechten en zij mogen deze verwezenlijking niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. In de praktijk doen deze eisen hun invloed ook gevoelen buiten de gevallen waarin gemeenschapsrecht ten uitvoer wordt gelegd, omdat het op veel beleids-terreinen nauwelijks meer doenlijk is om onderscheid te maken tussen ‘nationale’ en ‘Europese’ uitvoering.

Van tijd tot tijd wordt dan ook de vraag opgeworpen of de Algemene wet bestuursrecht in voldoende mate rekening houdt met dit Europese recht. Ook de Commissie Evaluatie Awb II (Commissie-Boukema) vroeg in haar verslag aandacht voor de verhouding tussen de Awb en het Europese recht, overigens zonder daarbij specifieke knelpunten aan te wijzen.²⁸

Een en ander is aanleiding geweest om in het kader van deze derde evaluatie onderzoek te doen verrichten naar mogelijke spanningen tussen (de toepassing van) de Awb en het gemeenschapsrecht. Daarbij is bewust niet slechts gezocht naar punten waarop de Awb in strikte zin in strijd zou zijn met het Europese recht, maar ook naar meer latente spanningen, zoals die bijvoorbeeld zouden kunnen voortvloeien uit verschillen in de gehanteerde begrippenkaders en die mogelijk in de toekomst tot echte strijdigheden zouden kunnen leiden.

27. De termen ‘Europees recht’, ‘gemeenschapsrecht’ en ‘communautair recht’ worden in dit advies als synoniemen gebruikt. Het recht van de tweede en derde pijler van de EU heeft voor het bestuursrecht vooralsnog weinig praktische betekenis.

28. Commissie Evaluatie Awb II, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001*, Den Haag 2002, p. 4/5.

6.2 HET ONDERZOEK

Het onderzoek is verricht door een onderzoeksgroep van de Universiteit Utrecht onder leiding van prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven en prof. mr. S. Prechal. De onderzoeksgroep bestond verder uit mr. M.J.M. Verhoeven, mr. A.P.W. Duijkersloot, mr. J.W. van de Gronden, prof. mr. B. Hessel en mr. R. Ortlep. De begeleidingscommissie stond onder voorzitterschap van mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, raadsheer bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

De centrale probleemstelling van het onderzoek luidde als volgt:

- Welke eisen stelt het EG-recht aan het algemeen bestuursrecht van de Awb? Daarbij moet onderscheid worden gemaakt tussen de algemene Europese eisen die worden gesteld in de rechtspraak van het Hof van Justitie en de specifieke eisen die worden voorgeschreven in secundaire Europese regelgeving.
- Op welke punten staat de Awb op gespannen voet met de algemene en specifieke EG-rechtelijke eisen, dan wel zou zij in de nabije toekomst op gespannen voet kunnen komen te staan?
- Kunnen de gesignaleerde spanningen worden opgelost door middel van bijvoorbeeld conforme uitleg van de Awb, of nopen zij tot wijziging of aanvulling van de Awb?
- Kan een urgentievolgorde worden bepaald voor het door wetswijziging oplossen van spanningen tussen het EG-recht en de Awb?

Om deze probleemstelling te beantwoorden is een aantal onderdelen van de Awb geconfronteerd met de algemene EG-rechtelijke eisen en met specifieke eisen die voortvloeien uit een selectie uit de secundaire Europese regelgeving. Het gaat om de volgende onderwerpen:

- de kernbegrippen van de Awb (hoofdstuk 4);
- bestuurlijke besluitvorming (hoofdstuk 5);
- subsidies en handhaving (hoofdstuk 6);
- de procedure bij de rechter (hoofdstuk 7);
- aansprakelijkheid (hoofdstuk 8);
- definitieve besluiten en bestuursrechtelijke uitspraken (hoofdstuk 9).

Om mogelijke spanningen te achterhalen is literatuur- en jurisprudentieonderzoek verricht en is een aantal interviews gehouden met vertegenwoordigers van betrokken bestuursorganen en bestuursrechters. Daarnaast is een aantal Europese regelgevingscomplexen onderzocht om – voorbeeldsgewijs – aan te geven welke specifieke eisen uit het EG-recht kunnen voortvloeien. Het gaat om de volgende regelgevingscomplexen:

- het communautaire douanerecht;
- Europese landbouwsubsidies;
- telecommunicatierecht;
- de ‘Dienstenrichtlijn’;
- regelgeving inzake het toezicht op de financiële markten;
- regelgeving inzake de bescherming van de financiële belangen van de EG.

Meer incidenteel zijn ook het Europese mededingingsrecht en het Europese aanbestedingsrecht in de beschouwingen betrokken.

6.3 ALGEMEEN OORDEEL

De Commissie vindt de verhouding tussen de Awb en het Europees recht een belangrijk onderwerp en is dan ook verheugd dat hiernaar onderzoek is gedaan. De belangrijkste bevinding van de onderzoekers is dat het met de spanningen tussen de Awb en het Europese recht wel meevalt, mits de Awb gemeenschapsrechtconform wordt toegepast. Het aan de Awb ten grondslag liggende concept van de wederkerige rechtsbetrekking is verenigbaar met het gemeenschapsrecht, evenals het uitgangspunt dat het bestuursprocesrecht primair gericht is op rechtsbescherming. Wel wijzen de onderzoekers erop dat voor het Hof van Justitie het beroep op de rechter mede de functie van controle op de rechtmatigheid van overheidshandelen heeft, hetgeen grenzen stelt aan de mate waarin de Nederlandse nadruk op de rechtsbeschermingsfunctie kan worden doorgevoerd. De Awb-kernbegrippen bestuursorgaan, belanghebbende en besluit behoeven niet te worden aangepast. Het Europese recht, in het bijzonder het mededingingsrecht, hanteert weliswaar een overheidsbegrip dat niet geheel overeenkomt met het begrip bestuursorgaan, maar dat komt door de verschillende doelstellingen van beide rechtsstelsels. Zo kan een bestuursorgaan onder omstandigheden een onderneming in de zin van het Europese mededingingsrecht zijn. Tot dusver heeft dat echter geen problemen gegeven. Aanpassing van het begrip bestuursorgaan is dus niet nodig en zou trouwens ook niet helpen, omdat het Europese recht in andere contexten soms weer een ruimer overheidsbegrip hanteert. Ook het begrip belanghebbende behoeft geen aanpassing, mits de rechtspraak het voldoende ruim blijft uitleggen, met name in het milieurecht. Dit laatste houdt mede verband met het Verdrag van Århus.

In dit verband gaan de onderzoekers in op de vraag of het gemeenschapsrecht zich zou verzetten tegen het invoeren van een zogeheten relativiteitsvereiste in het bestuursprocesrecht. Dit zou kort gezegd inhouden dat de bestuursrechter een besluit dat in strijd is met een rechtsregel slechts zou mogen vernietigen indien de geschonden rechtsregel (mede) strekt tot bescherming van de belangen van appelland. Een dergelijk vereiste geldt naar Nederlands recht thans niet, maar invoering daarvan is voorwerp van een uitgebreide discussie in de literatuur.²⁹

De onderzoekers zijn van oordeel dat invoering van een relativiteitsvereiste niet in strijd zou komen met het gemeenschapsrecht, mits dit vereiste niet te strikt wordt uitgelegd, aangezien het Hof op sommige terreinen al snel aanneemt dat het gemeenschapsrecht subjectieve rechten toekent die bij de rechter moeten kunnen worden afgedwongen. Deze uitleg kan echter langs de normale weg van gemeenschapsrechtconforme uitleg worden verzekerd. De Commissie onderschrijft dit oordeel, maar spreekt zich verder niet uit over de wenselijkheid van

29. Zie Jurgens, oratie UU 2004, n.n.g., Verheij, 'Uit zuinigheid naar relativiteit', in: Heringa, Jansen, Van der Linden, Verhey (red.), *Het bestuursrecht beschermd*, Den Haag 2006; De Waard, 'Relativiteit en rechtsbescherming', *NTB* 2007/1, p. 8-15.

invoering van een relativiteitsvereiste, nu het onderzoek daarvoor onvoldoende basis biedt en bovendien de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht (Commissie-Scheltema) daarover binnenkort zal adviseren.

Ook het besluitbegrip behoeft geen aanpassing. Het komt incidenteel voor dat secundair gemeenschapsrecht voorschrijft dat beroep bij de rechter moet openstaan tegen een beslissing die geen besluit in de zin van artikel 1:3 Awb is. De Commissie is met de onderzoekers van oordeel dat dit in voorkomende gevallen in de bijzondere wetgeving kan worden opgelost, bijvoorbeeld door de desbetreffende beslissingen voor de mogelijkheid van beroep met een besluit gelijk te stellen. Dit is bijvoorbeeld geschied in de Telecommunicatiewet.

6.4 BESTUURLIJKE BESLUITVORMING

6.4.1 Algemeen

De onderzoekers concluderen dat het in artikel 3:2 Awb neergelegde zorgvuldigheidsbeginsel (paragraaf 5.2 van het rapport) en het in artikel 3:4 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel (paragraaf 5.3 van het rapport) op zichzelf geen spanningen met het Europese recht opleveren. Daarbij is wel van belang hoe de rechter deze beginselen in de praktijk toepast. De in Nederland gebruikelijke, nogal formele toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel kan onder omstandigheden onvoldoende zijn om de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Bij de toepassing van artikel 3:4, tweede lid Awb, dient de rechter de mate van indringendheid van de toetsing af te stemmen op de wijze waarop het Hof van Justitie het communautaire evenredigheidsbeginsel toepast.

De onderzoekers vragen voorts aandacht voor twee Europese beginselen die niet als zodanig in de Awb zijn gecodificeerd: het verdedigingsbeginsel en het transparantiebeginsel.

6.4.2 Het verdedigingsbeginsel

Het verdedigingsbeginsel (door het Hof aangeduid als het beginsel van eerbiediging van rechten van verdediging) is door het Hof van Justitie vooral ontwikkeld in het kader van het communautaire mededingingsrecht, maar geldt inmiddels in algemene zin voor iedere procedure die tot een 'bezwarende handeling' kan leiden. De kern van dit verdedigingsbeginsel bestaat uit het recht van betrokkene om zijn standpunt naar voren te brengen voor zo'n bezwarende handeling definitief wordt. Daarnaast omvat het enkele rechten die min of meer accessoir zijn aan dit basisrecht: het recht op rechtsbijstand, het recht op voldoende tijd ter voorbereiding van de verdediging en het recht op inzage in de stukken.³⁰

30. De onderzoekers noemen in dit verband ook het recht om zichzelf niet te incrimineren, maar dat voor bestraffende sancties ontwikkelde recht kan naar het oordeel van de Commissie niet zonder meer worden doorgetrokken naar andere bezwarende handelingen.

De onderzoekers constateren (paragraaf 5.4 van het rapport) dat de Awb op dit punt een andere invalshoek kiest dan het Europese recht. De Awb regelt wel een hoorplicht in de primaire fase van de besluitvorming (afdeling 4.1.2), maar deze staat blijkens de wetsgeschiedenis in dienst van de informatievergaring door het bestuur en niet zozeer van de verdediging. Bovendien geldt zij slechts voor beschikkingen en niet voor andere bezwarende handelingen en kent zij de nodige uitzonderingen, waarvan vooral die van artikel 4:12 Awb voor financiële beschikkingen in het licht van het Europese recht te ruim zou kunnen zijn.

Tegelijk constateren de onderzoekers dat dit verschil in invalshoek in de praktijk vrijwel nooit tot echte strijd met het gemeenschapsrecht leidt. Dat komt omdat diverse deelaspecten van het verdedigingsbeginsel wel in de Awb zijn geregeld, dan wel door de jurisprudentie onder het ruime begrip 'zorgvuldigheid' zijn gebracht. Daarnaast zijn diverse verdedigingsrechten wel geregeld voor de bezwaarfase, hetgeen volgens de onderzoekers eventuele gebreken in de fase van de primaire besluitvorming in veel gevallen kan compenseren.

Niettemin vinden de onderzoekers het, gelet op de ambitie van de Awb-wetgever om het algemeen bestuursrecht te codificeren, onbevredigend dat Nederland om recht te doen aan het Europese verdedigingsbeginsel deels moet terugvallen op jurisprudentierecht. Zij bevelen aan om het verdedigingsbeginsel in algemene termen neer te leggen in afdeling 3.2 Awb. Deelaspecten zouden zo nodig kunnen worden uitgewerkt in afdeling 4.1.2 Awb.

De Commissie is van oordeel dat de wetgever terughoudend dient te zijn met het in algemene en dus onvermijdelijk vage termen codificeren van rechtsbeginselen. Zo'n codificatie roept al snel weer allerlei nieuwe vragen op. Nu het in de praktijk mogelijk blijkt om – zo nodig langs de weg van een gemeenschapsrecht-conforme toepassing van bijvoorbeeld artikel 4:8 Awb – aan de eisen van het gemeenschapsrecht te voldoen, is het noodzakelijk noch wenselijk om een nieuw beginsel in de Awb op te nemen. Daarbij komt dat veel van de eisen die uit het communautaire verdedigingsbeginsel voortvloeien, in veel gevallen ook al voortvloeien uit het EVRM. Terecht heeft de wetgever ook daarin tot dusver geen aanleiding gezien om een algemeen verdedigingsbeginsel in de wet op te nemen.

6.4.3 'Legal privilege'

Tot het Europese verdedigingsbeginsel behoort ook het zogenoemde *legal privilege*. Dit is het beginsel dat de correspondentie tussen een advocaat en zijn cliënt vertrouwelijk is, zelfs voor toezichthouders met een wettelijke bevoegdheid om inlichtingen te verlangen. Dit wordt voor een deel gedekt door het in artikel 5:20 lid 2 Awb neergelegde verschoningsrecht voor advocaten en andere traditionele geheimhouders. Volgens het Gerecht van Eerste Aanleg geldt dit *legal privilege* echter ook voor documenten die bij een onderneming worden aangetroffen, maar die onder het verschoningsrecht zouden vallen als zij zich bij de advocaat zouden bevinden.³¹ Deze uitbreiding is uitdrukkelijk vastgelegd in de Nederlandse Mede-

31. GEA 4 april 1990, Zaak T-30/89, Hilti, Jur. 1990, p. II-163.

dingingswet (artikel 51). De onderzoekers bevelen aan deze uitbreiding in de Awb zelf op te nemen.

Ook hier zou de Commissie willen pleiten voor terughoudendheid met wetgeving zolang zich in de praktijk geen problemen voordoen. Een eventuele regeling van het *legal privilege* in het bestuursrecht zou goed moeten worden afgestemd op hetgeen op dit punt in het strafprocesrecht geldt.

6.4.4 *Het transparantiebeginsel*

Een ander Europees beginsel dat niet als zodanig in de Awb is gecodificeerd, is het zogenoemde transparantiebeginsel (paragraaf 5.5 van het rapport). Dit beginsel is ontstaan in het aanbestedingsrecht maar heeft zich volgens de onderzoekers inmiddels ontwikkeld tot een algemeen beginsel van Europees recht. Het beginsel eist bijvoorbeeld dat criteria en procedures volgens welke opdrachten, vergunningen of subsidies worden verdeeld vooraf bekend worden gemaakt en consistent worden toegepast en dat relevante stukken openbaar zijn. Sommige van de eisen die uit het transparantiebeginsel worden afgeleid vloeien naar Nederlands recht voort uit andere geschreven of ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb) en het verbod van vooringenomenheid (artikel 2:4 Awb). Voorts kan bijvoorbeeld de regel dat de regels voor de verdeling van een subsidieplafond vooraf bekend moeten zijn (artikel 4:26 Awb) als een uitwerking van het transparantiebeginsel worden opgevat.

Het is echter onzeker of alle aspecten van het transparantiebeginsel voldoende door bestaande Nederlandse regels en beginselen worden 'gedekt'. Het gaat dan vooral om gevallen waarin de criteria voor vergunningverlening vooraf zijn neergelegd in beleidsregels met het oog op aanbesteding of een vergelijkend onderzoek (*beauty contest*). Daarom geven de onderzoekers in overweging om op termijn het transparantiebeginsel als zodanig in de Awb vast te leggen. Tevens zou dan moeten worden geregeld dat bestuursorganen, in de gevallen waarin het transparantiebeginsel dit eist, niet slechts bevoegd (vgl. artikel 4:81 Awb), maar ook verplicht zijn beleidsregels vast te stellen. Bovendien zou volgens de onderzoekers voor die gevallen de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb moeten worden uitgesloten. Het is immers niet de bedoeling dat bestuursorganen de spelregels tijdens de rit nog zouden kunnen wijzigen; de regels moeten consistent worden toegepast.

Naar het oordeel van de Commissie pleiten de bezwaren die zij tegen codificatie van het verdedigingsbeginsel naar voren heeft gebracht, in nog veel sterkere mate tegen codificatie van het transparantiebeginsel. Dit 'beginsel' is, zeker buiten het aanbestedingsrecht, nog onvoldoende uitgekristalliseerd om nu tot codificatie over te gaan.³² Daartoe bestaat ook geen noodzaak, omdat het, zoals de onderzoe-

32. Zelfs binnen het aanbestedingsrecht is nog niet duidelijk wat het beginsel precies moet inhouden. Daarover zijn nog procedures aanhangig bij het Hof, zoals de zaak Commissie/Ierland (zie recente conclusie in zaak C-532/03).

kers ook aangeven, zeer wel mogelijk is om zonder zodanige codificatie aan de eisen van het gemeenschapsrecht te voldoen.

Een algemene verplichting om beleidsregels vast te stellen is bij de totstandkoming van de derde tranche Awb tot tweemaal toe door de wetgever uitdrukkelijk overwogen en afgewezen. Voor zover het Europese recht daartoe in specifieke gevallen zou nopen – de onderzoekers geven echter niet aan in welke gevallen dat zo zou zijn – verzet de Awb zich er niet tegen dat zo'n verplichting in een bijzondere wet wordt opgenomen.

6.4.5 *De Dienstenrichtlijn*

De onderzoekers wijzen er nog op (paragraaf 10.2.3 van het rapport) dat de komende Dienstenrichtlijn op enkele punten bepalingen over de bestuurlijke besluitvorming bevat. Zo moet een dienstverlener uit een andere lidstaat die in Nederland actief wil worden voor alle vergunningen en andere besluiten die hij daarvoor nodig heeft bij één loket terecht kunnen. De onderzoekers adviseren daarvoor in de Awb een voorziening te treffen.

Naar de Commissie heeft vernomen, zal begin 2007 een wetsvoorstel Samenhangende besluiten worden ingediend bij de Tweede Kamer, dat het bundelen van aanvraagprocedures voor verschillende besluiten vergemakkelijkt. De Commissie gaat ervan uit dat in dat wetsvoorstel rekening zal worden gehouden met de uit de Dienstenrichtlijn voortvloeiende verplichtingen.

De Dienstenrichtlijn schrijft ook voor dat aanvragers zoveel mogelijk langs elektronische weg met dat ene loket moeten kunnen communiceren.³³ Volgens de onderzoekers gaat deze verplichting verder dan artikel 2:15 Awb, dat het aan de betrokken bestuursorganen overlaat om al dan niet de mogelijkheid van elektronische communicatie te openen. De onderzoekers menen dat artikel 2:15 Awb daarom moet worden aangepast.

De Commissie vraagt zich af of dit strikt noodzakelijk is. Zolang maar wordt gezorgd dat de mogelijkheid van elektronische communicatie feitelijk bestaat bij de door de Dienstenrichtlijn bestreken besluiten, is het naar het oordeel van de Commissie niet per se nodig om artikel 2:15 Awb aan te passen. Dit is van belang, omdat de Commissie er, anders dan de onderzoekers (paragraaf 10.2.3 van het rapport), niet van overtuigd is dat het onproblematisch is om op korte termijn alle bestuursorganen te verplichten om voor alle gevallen elektronische communicatie mogelijk te maken. De veronderstelling van de onderzoekers (paragraaf 10.2.3 van het rapport) dat 'elektronisch verkeer ook buiten het dienstenterrein over drie jaar de gebruikelijke wijze van communiceren zal zijn', is nogal optimistisch, zeker gelet op de kosten die gemoeid zijn met het openstellen van voldoende betrouwbare en veilige elektronische communicatiekanalen.

33. Artikel 8 lid 1 van de Dienstenrichtlijn luidt: De lidstaten zien erop toe dat alle procedures en formaliteiten betreffende de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit eenvoudig, op afstand en met elektronische middelen via het betrokken één-loket en met de relevante bevoegde instanties kunnen worden afgewikkeld.

Aanbeveling

Het verdient aanbeveling dat bestuursorganen die besluiten nemen die onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen, er met voorrang voor zorgen dat deze besluiten langs elektronische weg kunnen worden aangevraagd.

6.5 SUBSIDIES

De onderzoekers hebben titel 4.2 Awb, inzake subsidies, vergeleken met enerzijds de Europese regels inzake staatssteun (artikelen 87 e.v. EG en de daarop gebaseerde secundaire regelgeving) en anderzijds de regels voor Europese landbouwsubsidies.

Voor zover een subsidie staatssteun oplevert, voldoet de regeling op een aantal punten niet aan de eisen van het Europese recht, zo constateren de onderzoekers in navolging van anderen.

Specifiek noemen zij de volgende punten:

- artikel 4:15 Awb zou moeten worden aangevuld met de bevoegdheid om de beslistermijn op te schorten in afwachting van de beoordeling door de Europese Commissie of een voorgenomen besluit verboden staatssteun oplevert;
- aan artikel 4:35 Awb dient een weigeringsgrond te worden toegevoegd, inhoudende dat een subsidie moet worden geweigerd indien de Europese Commissie heeft geoordeeld dat deze verboden staatssteun oplevert;
- de gronden voor lagere vaststelling van de subsidie (artikel 4:46 lid 2 Awb), alsmede de intrekingsgronden van de artikelen 4:48 en 4:49 Awb dienen te worden aangevuld om buiten twijfel te stellen dat een subsidie op nihil kan worden vastgesteld, respectievelijk kan worden ingetrokken, indien het gemeenschapsrecht daartoe verplicht;
- voor subsidies die verboden staatssteun opleveren, dienen de vervaltermijnen voor intrekking van een subsidievaststelling (artikel 4:49) en voor terugvordering van een subsidie (artikel 4:57) te worden verlengd tot tien jaar;
- in de Awb moet een bevoegdheid worden opgenomen om bij terugvordering van een met het gemeenschapsrecht strijdige subsidie ook rente in rekening te brengen.

De Commissie onderschrijft op dit punt de analyse van de onderzoekers en beveelt derhalve aan om de subsidietitel van de Awb te wijzigen langs de door de onderzoekers aangegeven lijnen. Met de onderzoekers acht zij de uitvoering van deze aanbevelingen urgent, omdat Nederland thans niet altijd aan zijn Europees-rechtelijke verplichtingen kan voldoen (zie voor een recent voorbeeld ABRvS II januari 2006, AB 2006, 208 m.nt. WdO). Overigens is blijkens de Justitiebegroting reeds een wetsvoorstel inzake terugvordering van staatssteun in voorbereiding (Kamerstukken II 2006/07, 30 800 VI, nr. 2, p. 261).³⁴

34. Overigens volstaat aanpassing van de Awb in dit kader niet, omdat staatssteun ook de vorm kan krijgen van een fiscale faciliteit. Voor de terugvordering daarvan moet wellicht in de Algemene wet inzake rijksbelastingen een voorziening worden getroffen.

Aanbeveling

Het verdient aanbeveling dat de subsidietitel van de Awb in overeenstemming wordt gebracht met het Europese recht inzake staatssteun.

Ook de regels inzake Europese landbouwsubsidies stemmen op een aantal punten niet overeen met de Awb. De Europese regels zijn voor de burger vaak ongunstiger dan de Nederlandse. Zo geldt voor de beoordeling of een aanvraag tijdig is ingediend niet de verzend- maar de ontvangsttheorie en bestaat er geen verplichting om de aanvrager in de gelegenheid te stellen een onvolledige aanvraag aan te vullen. Dit betekent dat de met de uitvoering van het Europese landbouwbeleid belaste bestuursorganen de Awb soms buiten toepassing moeten laten. Omdat dit probleem specifiek is voor het beleidsterrein landbouw, is er naar het oordeel van de Commissie geen reden om de Awb aan te passen. Veeleer ligt het voor de hand om een voorziening te treffen in de Landbouwwet of de Kaderwet LNV-subsidies.

6.6 HANDHAVING

Op het gebied van de handhaving constateren de onderzoekers dat er geen spanningen bestaan tussen de Awb en de algemene EG-rechtelijke eisen. Wel signaleren zij enige specifieke aandachtspunten.

In de eerste plaats wijzen de onderzoekers erop dat de activiteit die in de Awb wordt aangeduid als 'toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften' (afdeling 5.2), in de Europese regelgeving veelal 'controle' of 'inspectie' wordt genoemd. Het begrip toezicht heeft in de Europese regelgeving doorgaans een veel ruimere betekenis, namelijk die van handhaving in ruime zin. De onderzoekers geven daarom in overweging om, om verwarring te vermijden, in de Awb een andere term te gebruiken, bijvoorbeeld 'controle' of 'inspectie'. Zij geven daarbij overigens aan dat een dergelijke aanpassing niet urgent is.

De Commissie neemt deze aanbeveling niet over. Het begrip 'toezicht op de naleving' is hier nu eenmaal ingeburgerd. Vervanging daarvan door een begrip als 'controle' kan bovendien niet tot de beoogde overeenstemming met het Europese recht leiden, reeds omdat dat Europese recht geen uniform, algemeen gedefinieerd begrip controle kent.

Voorts wijzen de onderzoekers er in paragraaf 6.3.4.1 van het rapport op dat in het mededingings- en douanerecht verdergaande toezichtsbevoegdheden nodig zijn. Dit leidt echter volgens de onderzoekers niet tot de conclusie dat de Awb moet worden aangepast.

In de derde plaats wijzen de onderzoekers erop dat het gemeenschapsrecht soms meebrengt dat ambtenaren van de Europese Commissie (bijvoorbeeld in het mededingingsrecht), dan wel van andere lidstaten (bijvoorbeeld bij het toezicht op de financiële markten) in Nederland zelfstandig toezichtsbevoegdheden moeten kunnen uitoefenen. Gelet hierop bevelen zij aan om artikel 5:11 Awb zo te wijzigen, dat bijvoorbeeld de Minister van Justitie deze Europese of buitenlandse ambtenaren kan aanwijzen als toezichthouder.

In de vierde plaats wijzen de onderzoekers op de gevolgen van de toekomstige Dienstenrichtlijn voor het toezicht op de naleving. Indien een dienstverlener uit een andere lidstaat zich tijdelijk naar Nederland begeeft, blijft hij in beginsel onderworpen aan het recht van zijn land van herkomst. In het verlengde daarvan blijft ook de toezichthouder van het land van herkomst primair verantwoordelijk voor eventueel toezicht. Echter, als in het kader van dit toezicht verificaties en controles nodig zijn op Nederlands grondgebied, moet de Nederlandse toezichthouder deze desgevraagd verrichten (artikel 34 lid 3 Dienstenrichtlijn). Dit betekent dat de Nederlandse toezichthouder geroepen kan worden om toezichtsbevoegdheden uit te oefenen ter handhaving van buitenlands recht. Daartoe zijn toezichthouders thans meestal niet bevoegd, want zij zijn veelal belast met het toezicht op de naleving van 'deze wet', waarmee de Nederlandse wet is bedoeld. De onderzoekers bevelen daarom aan om hiervoor in de Awb een voorziening te treffen.

De Commissie onderschrijft de analyse van de onderzoekers en adviseert om hoofdstuk 5 Awb aan te vullen met de nodige bepalingen inzake 'transnationaal' toezicht. In verband met de tijdige implementatie van de Dienstenrichtlijn is daarbij enige haast geboden.

Aanbeveling

De wetgever wordt aanbevolen hoofdstuk 5 Awb aan te vullen met bepalingen inzake transnationaal toezicht. Daarbij dient voorrang te worden gegeven aan de bepalingen die nodig zijn ter implementatie van de Dienstenrichtlijn.

6.7 DE PROCEDURE BIJ DE RECHTER

De onderzoekers zijn voor vier procesrechtelijke leerstukken nagegaan of zich spanningen voordoen tussen de Awb en het gemeenschapsrecht. Deze onderwerpen zijn:

- de omvang van het geding;
- rechtsmiddelen tegen niet tijdig beslissen;
- de prejudiciële procedure;
- de voorlopige voorziening.

De onderzoekers concluderen dat het Nederlandse leerstuk van de omvang van het geding bij de huidige stand van het recht verenigbaar is met het Europese recht. De Commissie onderschrijft dit in algemene zin, maar plaatst wel twee kanttekeningen. In de eerste plaats is de Nederlandse rechtspraak inzake de omvang van het geding nog niet volledig uitgekristalliseerd. Meer in het bijzonder is nog niet duidelijk hoe de 'onderdelenfuik' van het nieuwe artikel 6:13 Awb, zoals dit sedert 1 juli 2005 luidt, in de praktijk zal worden toegepast. Bij de verdere ontwikkeling van jurisprudentie terzake dient de rechter er rekening mee te houden dat het Europeesrechtelijke vereiste van effectieve rechtsbescherming zich kan verzetten tegen een al te beperkte opvatting van de omvang van het geding.

In de tweede plaats wijst de Commissie erop dat ook de rechtspraak van het Hof van Justitie op dit punt nog in ontwikkeling is. Zo zijn thans bij het Hof nog twee Nederlandse zaken aanhangig waarin de vraag is gesteld in hoeverre het gemeenschapsrecht de bestuursrechter verplicht tot ambtshalve toetsing aan bepalingen van gemeenschapsrecht.³⁵ De Nederlandse rechter zal ook op dit punt de Europese rechtspraak dus nauwgezet moeten blijven volgen.

Ook de rechtsmiddelen die het Nederlandse recht beschikbaar stelt in geval van niet tijdig beslissen door bestuursorganen zijn volgens de onderzoekers in algemene zin verenigbaar met het gemeenschapsrecht. Wel wijzen de onderzoekers erop dat de Dienstenrichtlijn voor bepaalde gevallen voorschrijft dat bij overschrijding van de beslistermijn het aangevraagde besluit wordt geacht te zijn genomen (fictieve positieve beslissing). De Awb verzet zich er niet tegen dat deze figuur voor bepaalde besluiten in de bijzondere wetgeving wordt geregeld. Indien echter zou blijken dat dit in veel gevallen noodzakelijk is, zou volgens de onderzoekers een regeling in de Awb moeten worden getroffen.

Hoewel dit laatste natuurlijk juist is, ziet de Commissie vooralsnog geen aanleiding om op dit punt aanbevelingen te doen. Eerst zal moeten blijken in hoeveel gevallen een voorziening nodig is.

De onderzoekers bevelen aan om in hoofdstuk 8 Awb vast te leggen dat de bestuursrechter een tussenuitspraak kan doen om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen. Daarbij zou dan tevens kunnen worden geregeld aan welke eisen deze tussenuitspraak qua vorm en inhoud moet voldoen. Ten slotte zou de rechter de bevoegdheid moeten krijgen om, ook ambtshalve, bij tussenuitspraak een voorlopige voorziening te treffen ter verzekering van de volle werking van het gemeenschapsrecht.

De Commissie constateert enerzijds dat de praktijk zich tot dusver zonder expliciete wettelijke regeling van de tussenuitspraak heeft weten te redden. Anderzijds zal de figuur van de tussenuitspraak in ieder geval zijn intrede in de Awb doen, als de in het concept-wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht voorgestelde regeling van de 'bestuurlijke lus' tot wet wordt verheven. Dat is een goede aanleiding om dan ook het andere in de praktijk bestaande type tussenuitspraak, namelijk de tussenuitspraak waarbij prejudiciële vragen worden gesteld, van een wettelijke basis te voorzien. Daarbij komt dat de Commissie in hoofdstuk 4, over de feitenvaststelling, heeft bepleit voor bepaalde zaken het vooronderzoek weer meer inhoud te geven en daarbij zo nodig ook vaker met expliciete bewijsopdrachten te werken. Niet kan worden uitgesloten dat er soms aanleiding zal zijn om zo'n opdracht in een formele tussenuitspraak neer te leggen, bijvoorbeeld wanneer daaraan een belangrijke beslissing over de bewijslastverdeling ten grondslag ligt.

Al met al constateert de Commissie dat er voor een aantal verschillende doelen behoefte bestaat aan de figuur van de tussenuitspraak. Op zichzelf zou elk type tussenuitspraak afzonderlijk in de wet kunnen worden geregeld. Naar het oordeel van de Commissie ligt het echter meer voor de hand dat de wetgever nagaat of een algemene regeling van het fenomeen tussenuitspraak tot de mogelijkheden

35. Zie zaken 222-225/05 (Van de Weerd e.a.) en C-455/06 (Heemskerk en Schaap).

behoort. Van een aantal aspecten die bij zo'n regeling aan de orde komen – bijvoorbeeld de vraag of tegen een tussenuitspraak hoger beroep moet openstaan en de vraag in hoeverre de rechter bij zijn einduitspraak aan de tussenuitspraak is gebonden – ziet de Commissie namelijk niet aanstonds dat die voor de verschillende typen tussenuitspraken verschillend zouden moeten worden geregeld.

Aanbeveling

De wetgever wordt in overweging gegeven om een algemene regeling van de tussenuitspraak in de Awb op te nemen.

Bij de bespreking van de Nederlandse regeling inzake de voorlopige voorziening constateren de onderzoekers dat deze op één punt tekortschiet. In de (zeldzame) gevallen waarin de nationale voorzieningenrechter zich genoodzaakt ziet om de werking van een gemeenschapshandeling op te schorten, dient hij ingevolge de rechtspraak van het Hof van Justitie³⁶ bevoegd te zijn om zo nodig te verlangen dat de verzoeker zekerheden stelt ter bescherming van de financiële belangen van de gemeenschap. Daarvoor bestaat thans geen wettelijke basis.

De Commissie adviseert, in navolging van de onderzoekers, om de voorzieningenrechter uitdrukkelijk de bevoegdheid te geven om het treffen van een voorlopige voorziening afhankelijk te maken van het stellen van zekerheid door de verzoeker. De Commissie wijst er daarbij op dat een dergelijke bevoegdheid incidenteel ook in andere dan de door de onderzoekers genoemde gevallen nuttig kan zijn.³⁷

Aanbeveling

De wetgever wordt in overweging gegeven de voorzieningenrechter de bevoegdheid toe te kennen om aan een voorlopige voorziening de voorwaarde te verbinden dat de verzoeker financiële zekerheid stelt.

Ten slotte constateren de onderzoekers dat het in een voorlopigevoorzieningsprocedure waarin de geldigheid van een gemeenschapshandeling ter discussie staat, nuttig kan zijn om een vertegenwoordiger van de Europese Commissie ter zitting uit te nodigen. Zij bevelen aan om daarvoor een wettelijke basis te scheppen, aangezien de Commissie in hun ogen noch getuige, noch deskundige is en dus de desbetreffende Awb-bepaling niet kan worden gebruikt. Naar het oordeel van de Commissie staat dit er echter geenszins aan in de weg dat de rechter in een voorkomend geval een vertegenwoordiger van de Commissie uitnodigt de zitting bij te wonen.

36. Zie gevoegde zaken I43/88 en C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen, Jur. 1991, I-534.

37. Zie VzABRvS 10 mei 2005, AB 2005, 361 m.nt. WdO (Ferm-O-Feed), waarbij een terugvorderingsbesluit werd geschorst nadat de verzoeker zich bereid had verklaard een bankgarantie voor het terug te betalen bedrag over te leggen.

6.8 AANSPRAKELIJKHEID

De onderzoekers constateren dat het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht geen wezenlijke spanningen met het Europese recht oplevert. Ook de forfaitaire regeling voor de vergoeding van de proceskosten kan naar hun oordeel door de Europeesrechtelijke beugel, zeker nu deze de rechter de mogelijkheid biedt om in incidentele gevallen een hogere vergoeding toe te kennen indien dat nodig mocht zijn om een reële toegang tot de rechter te verzekeren. Wel zal het arrest-Köbler³⁸ moeten leiden tot een verruiming van de rechtspraak van de Hoge Raad inzake overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. Dit noopt echter niet tot een aanpassing van de Awb, hoewel de onderzoekers hier wel een probleem van rechtsmacht signaleren. Het handelen van de bestuursrechter kan namelijk onder toezicht komen te staan van de Hoge Raad.

Wat betreft tegemoetkomingen in schade die is ontstaan door rechtmatig handelen van de overheid, wijzen de onderzoekers erop dat deze staatssteun in de zin van artikel 87 EG kunnen opleveren indien zij niet krachtens een rechtsplicht tot vergoeding, maar onverplicht op grond van politieke overwegingen worden verstrekt. Verder kan een vergoeding op basis van het *égalité*-beginsel mogelijk staatssteun opleveren, als meer wordt vergoed dan de onevenredig gelegen schade (paragraaf 8.3.3 van het onderzoek). Dit is een aandachtspunt voor de wetgever bij het totstandbrengen van dergelijke regelingen, maar noopt evenmin tot wijziging van de Awb. De Commissie wijst er in dit verband op dat de Interdepartementale Commissie Europees Recht een werkgroep heeft ingesteld die mogelijke spanningen tussen het nadeelcompensatierecht en het staatssteunregime in kaart zal brengen en op basis daarvan een handreiking voor bestuursorganen zal ontwikkelen. In dat licht ziet de Commissie thans geen aanleiding nadere aanbevelingen te doen.

6.9 DEFINITIEVE BESLUITEN EN BESTUURSRECHTELIJKE UITSPRAKEN

De toepassing van (redelijke) beroepstermijnen en andere fatale termijnen is niet in strijd met het effectiviteitsbeginsel, zodat op dit punt geen aanpassing nodig is. Wel waarschuwen de onderzoekers dat, gelet op de Emmott- en Levez-rechtspraak, in bepaalde specifieke omstandigheden het verstrijken van een termijn niet kan worden tegengeworpen. Dit kan worden ondervangen door toepassing van artikel 6:11 Awb.

De onderzoekers wijden enige beschouwingen aan de actuele problematiek van besluiten en rechterlijke uitspraken die naar nationaal recht rechtens onaantastbaar zijn geworden, maar vervolgens in strijd met het gemeenschapsrecht blijken (de zogenoemde Kühne & Heitz-problematiek). Zij concluderen dat de tot dusver gewezen rechtspraak van het Hof van Justitie op dit stuk niet tot aanpassing van de Awb noopt. Daaraan kan worden toegevoegd dat het na afsluiting van het onderzoek gewezen arrest van 19 september 2006 in de ook door de onderzoekers genoemde gevoegde zaken C-392/04 en C-422/04 (Arcor en i-21) daarin

38. Zaak C-224/01, Köbler, Jur. 2003, I-10239, AB 2003, 429 m.nt. RW.

geen verandering brengt. Daarbij tekent de Commissie wel aan dat de rechtspraak van het Hof op dit punt nog niet volledig is uitgekristalliseerd.

6.10 DE TOEKOMSTIGE EUROPESE AGENDA VAN DE AWB

De onderzoekers wijzen tot slot op drie ontwikkelingen op Europees niveau die in de toekomst voor de Awb van belang zouden kunnen worden.

De eerste ontwikkeling is de groei van het 'echte' Europese bestuursrecht. In het onderzoek is duidelijk geworden dat onderwerpen van algemeen bestuursrecht steeds vaker specifiek worden geregeld in secundaire Europese regelgeving. Deze regelingen wijken soms af van de Awb. Zorgwekkender is nog dat zij ook onderling vaak uiteenlopen, terwijl daar niet altijd een inhoudelijke reden voor is. Anders gezegd: op Europees niveau gaat de aandacht – begrijpelijkerwijs – vooral uit naar de harmonisatie tussen lidstaten en krijgt de harmonisatie tussen beleidsterreinen nog te weinig aandacht. De onderzoekers adviseren de regering daarom om wegen te zoeken om ook laatstgenoemde problematiek op de Europese agenda te krijgen. Dit hoeft niet direct te leiden tot een 'Europese Awb'; daar biedt het EG-Verdrag trouwens ook geen rechtsbasis voor. Maar ook met niet-bindende aanwijzingen voor de Europese wetgever zou al veel gewonnen zijn.

De tweede ontwikkeling waarvoor de onderzoekers aandacht vragen is de 'economisering' van het algemeen bestuursrecht. Daarmee doelen zij op het verschijnsel dat onder invloed van het Europese recht nieuwe eisen worden gesteld aan de besluitvorming over bijvoorbeeld vergunningen. Waar de Awb nog uitgaat van het klassieke systeem waarin iedere aanvraag afzonderlijk aan de toepasselijke voorschriften wordt getoetst, vraagt het Europese recht steeds vaker om onderlinge vergelijking van aanvragen, veilingen of aanbestedingsachtige procedures. Dat kan op den duur ook gevolgen hebben voor bijvoorbeeld de rechtsbeschermingsregels van de Awb.

Ten derde wijzen de onderzoekers erop dat de toenemende 'transnationale' samenwerking tussen toezichthouders van verschillende lidstaten onderling en met de Europese Commissie allerlei nieuwe vragen oproept, die op den duur wellicht regeling in de Awb behoeven.

De Commissie onderkent het belang van de door de onderzoekers geschetste ontwikkelingen. De Commissie zou dan ook de regering willen aanmoedigen om naar deze ontwikkelingen nader onderzoek te doen. Het komt de Commissie voor dat, mede gelet op de komende Dienstenrichtlijn, een nader onderzoek naar een mogelijke regeling voor transnationaal toezicht daarbij de meeste prioriteit heeft (zie ook paragraaf 3.4).

7 Slotbeschouwing

Worden de resultaten van de vijf onderzoeken in onderlinge samenhang beschouwd, dan valt de Commissie een aantal zaken op.

7.1 DE VERWACHTINGEN VAN DE WETGEVER KWAMEN OP VERSCHILLENDE PUNTEN NIET UIT

De Commissie constateert in de eerste plaats dat de ontwikkelingen in de praktijk op enkele van de onderzochte punten blijken af te wijken van de aannames, bedoelingen en verwachtingen van de Awb-wetgever. Voor de Commissie is bij het beoordelen van deze bevindingen niet doorslaggevend geweest of de bedoelingen en de verwachtingen van de wetgever wel in alle opzichten zijn uitgekomen. Zij heeft zich vooral laten leiden door de vraag of de werkwijzen zoals die blijkens de onderzoeken in de praktijk zijn gegroeid, voldoende aansluiten bij de huidige behoeften, of er voldoende gebruik wordt gemaakt van de ter beschikking staande mogelijkheden en of de Awb daarbij ondersteunend dan wel belemmerend werkt.

Zo wekken bepaalde passages in de parlementaire geschiedenis bijvoorbeeld de indruk dat de wetgever ervan uitging dat de bestuursrechter actief op zoek zou gaan naar de feiten, terwijl uit het onderzoek *Feitenvaststelling in beroep* blijkt dat de bestuursrechters in de praktijk op dit punt een lijdelijker houding aannemen: zij laten het feitenonderzoek grotendeels over aan partijen. Op zichzelf hoeft dat geen bezwaar te zijn, als alle deelnemers aan het proces daar maar voldoende over worden voorgelicht, zodat zij de gelegenheid hebben om hierop tijdig in te spelen. Dat laatste blijkt echter nog vaak niet het geval te zijn. De aanbevelingen van de Commissie zijn erop gericht daarin verbetering te brengen (zie met name de aanbevelingen 24-31).

Ook sprak de wetgever de verwachting uit dat de in de Awb opgenomen procesrechtelijke instrumenten in veel gevallen zouden kunnen bijdragen aan een definitieve beslechting van de aan de bestuursrechter voorgelegde geschillen. Uit het onderzoek *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter* blijkt dat dit in de praktijk vaak tegenvalt, onder meer doordat de bestuursrechters juist de afgelopen tijd hun werkprocessen sterk hebben gestandaardiseerd teneinde – ondanks het omvangrijke werkaanbod – de doorlooptijden terug te kunnen brengen. De Commissie ziet daarvan het belang in, maar bepleit toch een meer gedifferentieerde benadering, gelet op het belang dat gehecht moet worden aan de definitieve beslechting van geschillen die zich daarvoor lenen.

Een ander voorbeeld is de veronderstelling van de wetgever dat een klager uit is op genoegdoening door het bestuursorgaan waarover hij een klacht heeft ingediend. Uit het onderzoek *Klagen bij bestuursorganen* blijkt echter dat het de meeste

klagers daar niet primair om te doen is. Zij willen vooral dat het bestuursorgaan voor de toekomst lering trekt uit hun klacht. Tegelijkertijd blijkt uit hetzelfde onderzoek dat juist die leerfunctie nog erg weinig uit de verf komt bij de meeste bestuursorganen. Hoewel de klachtbehandeling in veel gevallen keurig verloopt, is het vaak een te geïsoleerd proces, zonder doorwerking naar de rest van de organisatie. Dat was voor de Commissie aanleiding om aan te bevelen juist de leerfunctie centraal te stellen (zie aanbevelingen 17 en 18).

7.2 HET SCHORT IN DE PRAKTIJK VOORAL AAN COMMUNICATIE EN VOORLICHTING

Uit de onderzoeken komt naar voren dat zowel bestuursorganen als bestuursrechters in hoge mate vertrouwd lijken te zijn geraakt met de onderzochte aspecten van de Awb. Dit geldt uit de aard der zaak niet of veel minder voor de procederende of klagende burger. Hoewel die burger over het algemeen een meer dan gemiddelde opleiding heeft gehad, tast hij vaak in het duister of raakt hij gefrustreerd doordat de verwachtingen van waaruit hij klaagt of procedeert, anders en vaak veel hoger zijn dan wat de werkelijkheid hem blijkt te bieden. De Commissie meent dat de oplossing hiervoor deels gezocht zal moeten worden in betere en vooral ook meer tijdige voorlichting door zowel bestuursorganen als bezwaarcommissies en bestuursrechters. Maar daarnaast kan op sommige punten ook meer tegemoet worden gekomen aan de verwachtingen van klagers en appellanten, vooral door de communicatieve mogelijkheden van de betrokken procedures beter te benutten.

Zo blijkt uit het onderzoek *Klagen bij bestuursorganen* dat veel mensen als ‘meedenkend burger’ aan het bestuur schrijven en dat zij dan verrast worden als hun brief zonder meer wordt aangemerkt als ‘klacht’, in verband waarmee zij vervolgens gehoord worden, waarna ze dan ten slotte vaak een brief met excuses krijgen. Een eenvoudig telefoontje naar aanleiding van een brief is al voldoende om dit soort misverstanden te voorkomen (zie aanbevelingen 10 en 19).

Uit het onderzoek *Feitenvaststelling in beroep* blijkt dat zelfs de meer ervaren partijen in een geding nogal eens verrast zijn als hen op een te laat moment pas blijkt welke eisen aan hen werden gesteld bij de verzameling en vaststelling van de relevante feiten. Betere en vooral ook het eerder verschaffen van voorlichting op dit punt is gewenst, zowel door de bestuursrechter als door bestuursorganen en bezwaarcommissies (zie aanbevelingen 21 en 25).

De procedure bij de bestuursrechter kan in veel gevallen meer aan de verwachtingen voldoen als zowel bestuursorganen als bestuursrechters zich zoveel mogelijk inspannen om de kans op een definitieve beslechting van het geschil te vergroten. Uit het rapport *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter* blijkt dit voor het bestuursorgaan onder meer te betekenen dat dit zijn gemachtigde goed voorbereid en voldoende gevolmachtigd naar de zitting laat gaan (zie aanbeveling 22). De rechter dient waar mogelijk gebruik te maken van de mogelijkheden om het geschil definitief te beslechten. Een meer informele handelwijze, waarbij al in een vroeg stadium wordt onderzocht hoe het geschil kan wor-

den opgelost, is daarbij van groot belang (zie aanbeveling 31). Blijkens de meer algemene literatuur over ervaringen van burgers met rechterlijke procedures, aangehaald in het onderzoek *Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger*, is dit in hoge mate bepalend voor de beleving van de betrokken burgers. De Commissie beveelt in dit verband aan om de wettelijke instrumenten ter bevordering van definitieve geschilbeslechting uit te breiden, zodat in meer gevallen nieuwe, gewijzigde of verbeterde besluiten in de lopende procedure kunnen worden meegenomen (zie aanbevelingen 3 en 4).

Meer in het algemeen lijkt betere voorlichting aan de burger over de staatsrechtelijke positie en de daaruit voortvloeiende mogelijkheden en (vooral ook) de onmogelijkheden van de bestuursrechter van groot belang (zie aanbeveling 25).

7.3 HET BESTUURSPROCEDURE RECHT ALS GEREEDSCHAPSKIST VAN DE RECHTER

De Commissie constateert met tevredenheid dat de procesrechtelijke regels in de Awb weliswaar op enkele punten kunnen worden aangevuld of gewijzigd, maar dat niet is gebleken dat ze in algemene zin niet (meer) voldoen. De Commissie benadrukt daarbij dat uniform procesrecht niet betekent dat zaken ook uniform moeten worden afgedaan. Het uniforme procesrecht geeft de rechter een gereedschapskist met instrumenten waarmee hij rechtsbescherming dient te verlenen en geschillen dient te beslechten. Welk gereedschap in een concrete zaak het meest voor toepassing in aanmerking komt, is iets wat de rechter moet beoordelen.

Zo heeft de Commissie naar aanleiding van het rapport *Feitenvaststelling in beroep* geconstateerd dat een uniform feitenvaststellingsmodel geen wenselijke zaak is, maar dat er wel voor bepaalde typen besluiten of voor bepaalde rechtsgebieden rechterlijk beleid kan worden ontwikkeld dat als richtsnoer kan dienen en dat ook partijen meer houvast kan geven. Daarbij kunnen factoren als de aard van de zaak, de hoedanigheid en het aantal betrokken partijen worden betrokken (zie aanbeveling 24).

Ook in het belang van – waar mogelijk – een meer definitieve beslechting van geschillen door de bestuursrechter, moedigt de Commissie bestuursrechters aan om de Awb niet als een keurslijf te beschouwen maar de daarin geregelde instrumenten juist met de nodige flexibiliteit en resultaatgerichtheid te hanteren. Dat vereist maatwerk. Zo zou de rechter bij daarvoor in aanmerking komende zaken meer inhoud kunnen geven aan het vooronderzoek (aanbeveling 31), terwijl dat bij andere zaken niet nodig is.

In dit verband is ook de wijze van financiering van gerechten van belang. Die moet de rechter hierin niet ontmoedigen. De Commissie beveelt dan ook aan te onderzoeken of het financieringsstelsel misschien moet worden aangepast (zie aanbeveling 14).

Ten aanzien van twee onderwerpen van meer algemene aard beveelt de Commissie aan om te bezien of de Awb moet worden aangevuld. Het gaat ten eerste om

een algemene regeling van het bewijsrecht (aanbeveling 2) en verder om een algemene regeling van de tussenuitspraak (aanbeveling 7).

7.4 DE AWB BLIJKT IN HOGE MATE EUROPA-BESTENDIG

Uit het onderzoek *De Europese agenda van de Awb* blijkt dat er tot nu toe nauwelijks sprake is van spanningen tussen de Awb en de ontwikkelingen op het Europese vlak, en dat er ook geen reden is om in de nabije toekomst anders te verwachten. Voor zover sprake is van mogelijke spanningen, kunnen die vaak in de bijzondere wetgeving worden opgelost. Wel doet de Commissie vanuit dit oogpunt enkele voorstellen voor wijziging of aanvulling van de Awb.

Zo beveelt de Commissie in navolging van de onderzoekers aan de subsidietitel van de Awb in overeenstemming te brengen met het Europese recht inzake staatssteun (aanbeveling 5). Verder zou de Awb moeten worden aangevuld met een regeling voor transnationaal toezicht (zie aanbeveling 6). De implementatie van de Dienstenrichtlijn verdient bijzondere aandacht – ook bij bestuursorganen (aanbeveling 23).

Daarnaast geldt dat de ontwikkelingen in het Europese recht gevolgen hebben voor de praktijk van het bestuursrecht. De hierboven aangestipte algemene aandachtspunten en aanbevelingen die uit de andere onderzoeken voortvloeien kunnen er ook toe bijdragen dat de nationale bestuursrechtspraak zo goed mogelijk aansluit bij de eisen die het Europese recht daaraan stelt. Met name tijdige voorlichting aan partijen over de feitenvaststelling en het sneller daadwerkelijk beëindigen van geschillen zijn ook vanuit het Europese perspectief aanbevelenswaardig.

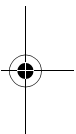
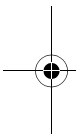
7.5 ONDERZOEK NAAR ERVARINGEN VAN BURGERS DIENT TE WORDEN VOORTGEZET

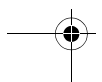
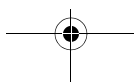
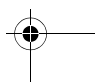
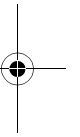
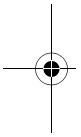
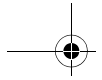
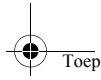
Het onderzoek naar het intern klachtrecht heeft laten zien dat het goed mogelijk is om burgers te vragen naar hun ervaringen met Awb-procedures. Het toont bovendien dat dit tot bevindingen kan leiden die niet zo gauw naar voren zouden zijn gekomen als burgers niet rechtstreeks zouden zijn benaderd in het onderzoek. De Commissie vindt het belangrijk dat de veronderstellingen van de wetgever op dit punt systematischer door middel van sociaal-wetenschappelijk onderzoek aan de werkelijkheid worden getoetst. Het is jammer dat zo weinig over deze ervaringen bekend is.

Zo wordt in het onderzoek *Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger* onder andere geconstateerd dat er nauwelijks recente gegevens zijn over ervaringen van burgers met de bezwaarprocedure en dat burgers met een lager dan gemiddelde opleiding en sociale vaardigheid in de meeste onderzoeken al helemaal niet aan bod komen. De Commissie beveelt aan op deze punten nader onderzoek te doen en daarmee niet op de volgende evaluatie te wachten (zie aanbevelingen 11 en 12).



De Commissie heeft ook op andere punten vervolgonderzoek aanbevolen (aanbeveling 15). Onderzoek naar de ervaringen met de Awb moet misschien wel meer dan tot nu toe een doorlopende activiteit worden, zodat daarvoor meer tijd kan worden genomen en het verloop van procedures ook enige tijd kan worden gevolgd.





8 Aanbevelingen

8.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk worden de aanbevelingen van de Commissie op een rij gezet. Deze aanbevelingen zijn onderverdeeld naar aanbevelingen die zich richten tot de wetgever, tot de regering, tot bestuursorganen, tot de rechter en tot onderzoekers in het algemeen. Om verwijzing te vergemakkelijken zijn de aanbevelingen doorlopend genummerd.

8.2 AANBEVELINGEN AAN DE WETGEVER

Klagen bij bestuursorganen

1. De wetgever wordt in overweging gegeven in titel 9.1 Awb de mogelijkheid op te nemen om de beslistermijn voor klachten met instemming van de klager te verlengen (paragraaf 2.8).

Feitenvaststelling in beroep

2. De wetgever wordt in overweging gegeven om in hoofdstuk 8 Awb een regeling van het bewijsrecht op te nemen (paragraaf 4.8).

Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter

3. De wetgever wordt in overweging gegeven een 'bestuurlijke lus' in te voeren, langs de lijnen van het concept-wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht (paragraaf 5.9).

4. De wetgever wordt in overweging gegeven om het mogelijk te maken dat de hogerberoepsrechter bepaalt dat tegen een ter uitvoering van zijn uitspraak te nemen besluit beroep bij de hogerberoepsrechter zal openstaan (paragraaf 5.9).

De Europese agenda van de Awb

5. Het verdient aanbeveling dat de subsidietitel van de Awb in overeenstemming wordt gebracht met Europese recht inzake staatssteun (paragraaf 6.5).

6. De wetgever wordt aanbevolen hoofdstuk 5 Awb aan te vullen met bepalingen inzake transnationaal toezicht. Daarbij dient voorrang te worden gegeven aan de bepalingen die nodig zijn ter implementatie van de Dienstenrichtlijn (paragraaf 6.6).

7. De wetgever wordt in overweging gegeven om een algemene regeling van de tussenuitspraak in de Awb op te nemen (paragraaf 6.7).

8. De wetgever wordt in overweging gegeven de voorzieningenrechter de bevoegdheid toe te kennen om aan een voorlopige voorziening de voorwaarde te verbinden dat de verzoeker financiële zekerheid stelt (paragraaf 6.7).

8.3 AANBEVELINGEN AAN DE REGERING

Klagen bij bestuursorganen

9. Het verdient aanbeveling om bij de evaluatie van het extern klachtrecht (titel 9.2 van de Awb) tevens aandacht te besteden aan de daarmee beoogde positieve effecten op de kwaliteit van de interne klachtbehandeling (paragraaf 2.4.1).

10. De ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en van Justitie zouden in overleg met de vertegenwoordigende organisaties van de decentrale overheden kunnen bezien hoe zij de voordelen en de mogelijkheden van informele klachtafdoeing, met name door het gebruik van de telefoon, nadrukkelijk onder de aandacht kunnen brengen van gemeenten, provincies, waterschappen en gemeenschappelijke regelingen (paragraaf 2.6).

Vooronderzoek naar ervaringen van burgers

11. Het verdient overweging om vervolgonderzoek te doen naar de verwachtingen die burgers hebben van het beroep op de bestuursrechter, de mate waarin die verwachtingen gerechtvaardigd zijn, en de factoren die daarop van invloed zijn (paragraaf 3.3).

12. Het verdient overweging om een breed opgezet vervolgonderzoek te doen naar het ontstaan en verloop van bezwaarprocedures en daarbij te verzekeren dat ook het perspectief van burgers met een lager dan gemiddelde opleiding en sociale vaardigheid aan bod komt (paragraaf 3.3).

13. Het verdient aanbeveling om bij de evaluatie van het extern klachtrecht ook de bevindingen van de verschillende ombudsinstanties met de toepassing van Awb-bepalingen bij de primaire besluitvorming te betrekken (paragraaf 3.3).

Feitenvaststelling in beroep

14. Het verdient aanbeveling dat de Minister van Justitie en de Raad voor de rechtspraak nagaan of de financiering van de gerechten moet worden aangepast, om te waarborgen dat het houden van een uitgebreider vooronderzoek of een hernieuwd onderzoek ter zitting niet wordt ontmoedigd (paragraaf 4.9).

Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter

15. Het verdient aanbeveling een vervolgonderzoek te doen, waarin aandacht wordt geschonken aan:

- a. de ervaringen op deelterreinen van bestuursrecht waar rechters het geschil vaak definitief beslechten, zoals het belastingrecht, en
- b. andere figuren die kunnen bijdragen aan definitieve beslechting van het geschil, zoals mediation, de schikking en de behandeling van een verzoek om voorlopige voorziening (paragraaf 5.4).

16. De Minister van Justitie wordt in overweging gegeven een nulmeting van de doorlooptijden van beroepen te verrichten met het oog op later onderzoek naar het effect van de maatregelen ter verbetering van definitieve geschilbeslechting (paragraaf 5.9).

8.4 AANBEVELINGEN AAN HET BESTUUR

Klagen bij bestuursorganen

17. Bestuursorganen dienen de klachtbehandeling binnen hun organisatie op een voldoende centraal niveau onder te brengen om te garanderen dat:

- er voldoende afstand is tot degenen waarover wordt geklaagd;
- de ambtelijke en bestuurlijke leiding er voldoende zicht op kan houden en er ook lering uit kan trekken;
- de klachtbehandeling zelf voldoende professioneel kan gebeuren (paragraaf 2.4.2).

18. Ter bevordering van het leereffect zouden bestuursorganen ook informeel afgedane klachten moeten registreren en de wettelijke registratie- en publicatieplicht van klachten zoveel mogelijk moeten benutten om tevens in het openbaar verantwoording af te leggen over de gevolgen die zij aan de klachten hebben verbonden voor hun dienstverlening. Een (burger)jaarverslag is daarvoor een zeer geschikt medium (paragraaf 2.5).

19. Bestuursorganen wordt in overweging gegeven te bezien of zij (nog) meer gebruik kunnen maken van de mogelijkheden om informeel te reageren op klachten, met name door het gebruik van de telefoon (paragraaf 2.6).

20. Verordeningen en beleidsregels op het terrein van het intern klachtrecht zijn overbodig en verwarrend. Waar zij bestaan, dienen ze bij voorkeur te worden afgeschaft. Voor communicatieve doeleinden kan gebruikgemaakt worden van de gebruikelijke voorlichtingsmiddelen en (intern) van werkinstructies (paragraaf 2.7).

Feitenvaststelling in beroep

21. Bestuursorganen zouden belanghebbenden in een zo vroeg mogelijk stadium zo concreet mogelijk moeten voorlichten over hun verantwoordelijkheid voor het aanleveren van informatie ten behoeve van een te nemen besluit, alsmede over de eventuele gevolgen van een tekortschieten daarin. Dit geldt zowel bij de voorbereiding van een primair besluit als bij de voorbereiding van een beslissing op bezwaar (paragraaf 4.6.2).

Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter

22. Bestuursorganen dienen zich waar mogelijk reeds voor de zitting te beraden op na een eventuele vernietiging resterende beslissingalternatieven. Voorts dienen zij hun procesvertegenwoordigers waar mogelijk te voorzien van een toereikend mandaat om desgevraagd ter zitting een keuze te maken uit de resterende beslissingalternatieven (paragraaf 5.9).

De Europese agenda van de Awb

23. Het verdient aanbeveling dat bestuursorganen die besluiten nemen die onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen, er met voorrang voor zorgen dat deze besluiten langs elektronische weg kunnen worden aangevraagd (paragraaf 6.4.5).

8.5 AANBEVELINGEN AAN DE BESTUURSRECHTER

Feitenvaststelling in beroep

24. Het verdient aanbeveling dat de bestuursrechters per deelgebied van het bestuursrecht beleid ontwikkelen inzake de feitenvaststelling (paragraaf 4.5.3).

25. Het verdient aanbeveling dat bestuursrechters beleid ontwikkelen ter verbetering van de voorlichting aan appellanten over hun verantwoordelijkheden en mogelijkheden bij de bewijslevering in beroep (paragraaf 4.6.3).

26. Indien de rechter met toepassing van artikel 8:59 Awb een partij oproept voor de zitting, verdient het daarbij aanbeveling de reden voor de oproeping te vermelden (paragraaf 4.6.3).

27. Het verdient aanbeveling dat de rechter partijen zoveel mogelijk informeert over punten die hij ter zitting aan de orde wil stellen, ook als dat pas kort voor de zitting kan (paragraaf 4.6.3).

28. De rechter dient zijn beslissingen over bewijslastverdeling en waar mogelijk ook die over de bewijswaardering voldoende concreet te motiveren (paragraaf 4.8).

29. Het verdient aanbeveling dat bestuursrechters voor veelvoorkomende categorieën geschillen kenbare criteria ontwikkelen voor het gebruik van onderzoeksbevoegdheden (paragraaf 4.9).

30. De rechter zou op een tijdig en onderbouwd verzoek van een partij om een onderzoeksbevoegdheid te gebruiken tijdig een gemotiveerde beslissing moeten nemen (paragraaf 4.9).

31. De rechter zou bij daarvoor in aanmerking komende zaken meer inhoud moeten geven aan het vooronderzoek (paragraaf 4.9).

8.6 AANBEVELING AAN ONDERZOEKERS

Vooronderzoek naar ervaringen van burgers

32. Het verdient aanbeveling om bij onderzoek naar ervaringen van burgers vooral goed te letten op burgers die positieve ervaringen melden terwijl de uitkomst van de procedure voor hen negatief was, en op burgers die negatieve ervaringen melden terwijl de uitkomst van de procedure voor hen positief was, omdat dat het meeste inzicht biedt in factoren die burgers van belang achten in de betrokken procedures.

Bijlage 1 Samenstelling Evaluatiecommissie en begeleidingscommissies

Commissie Evaluatie Algemene wet bestuursrecht III

mr. J.W. IJssink, raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden
prof. mr. J.B.J.M. ten Berge, hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht
mr. B.J. van Ettekoven, lid van de Raad van State in buitengewone dienst
mr. C.M. de Graaf, adviseur en interim-manager
prof. mr. dr. N. Huls, hoogleraar rechtssociologie aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam
mr. R.J. Koopman, raadsheer in het Hof 's-Hertogenbosch
prof. mr. R.M. van Male, raadsheer in de Centrale Raad van Beroep
mevr. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, raadsheer in het College van Beroep voor het bedrijfsleven
prof. mr. E. Niemeijer, plv. directeur Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC), Ministerie van Justitie
mevr. prof. mr. H.G. Sevenster, hoofd van de afdeling Europees recht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken en hoogleraar Europees Milieurecht aan de Universiteit van Amsterdam
mr. H.A.W. Snijders, rechter in de rechtbank Arnhem
mr. G.A. van der Veen, advocaat
mr. J.H. Vrielink, hoofd Juridische Zaken van de Provincie Overijssel
prof. mr. B.W.N. de Waard, hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit Tilburg

Secretariaat

prof. mr. N. Verheij, Ministerie van Justitie
mr. M.H.J. van Slooten-Benders, Ministerie van Justitie
mevr. mr. E.C. Drexhage, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
mevr. mr. drs. D. Brugman, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

Begeleidingscommissie Klagen bij bestuursorganen

prof. mr. J.B.J.M. ten Berge, Universiteit Utrecht (voorzitter)
mr. T.C. Borman, Ministerie van Justitie
mr. M.A.P. Haddink, Bureau Nationale ombudsman

drs. S. Matthijssen, Bureau Ombudsman Rotterdam
mr. drs. E.A. van Nieuwland, Vereniging van Nederlandse Gemeenten
mevr. mr. Y. Visser, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
(WODC), Ministerie van Justitie
mevr. mr. M. Vos, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

***Begeleidingscommissie Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger –
Stand van zaken in theorie en eerder onderzoek***

prof. mr. Nick Huls, Erasmus Universiteit Rotterdam (voorzitter)
mevr. drs. A. ten Boom, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
(WODC), Ministerie van Justitie
mr. C.H. Bangma, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving
mevr. mr. E.C. Drexhage, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijks-
relaties
prof. mr. R. Fernhout, voormalig Nationale ombudsman
mr. dr. M. Malsch, Nederlands Studiecetrum Criminaliteit en Rechtshand-
having
prof. mr. E. Niemeijer, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
(WODC), Ministerie van Justitie
mevr. mr. M.A.M. Rademaker, advocaat

Begeleidingscommissie Feitenvaststelling in beroep

mr. B.J. van Ettekoven, Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State (voorzitter)
mr. H.J.M. Besselink, advocaat
mr. L. van Gijn, Raad voor de rechtspraak
mr. dr. R.J. Koopman, Gerechtshof 's-Hertogenbosch
mr. dr. B.J.P.G. Roozendaal, advocaat
mevr. mr. M.H.J. van Slooten-Benders, Ministerie van Justitie, Directie Wet-
geving
mevr. mr. Y. Visser, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
(WODC), Ministerie van Justitie
mevr. mr. M. Vos, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

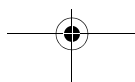
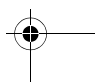
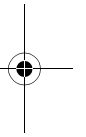
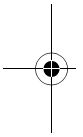
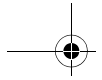
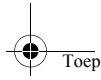
Begeleidingscommissie Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter

prof. mr. B.W.N. de Waard, Universiteit van Tilburg (voorzitter)
mevr. mr. drs. D. Brugman, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijks-
relaties
mr. E.C. van Ginkel, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
(WODC), Ministerie van Justitie
dr. mr. A.M.L. Jansen, Universiteit van Maastricht

mr. K.J. Kraan, Centrale Raad van Beroep
prof. mr. F.J. van Ommeren, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving
mr. B.J. Walraven, advocaat

Begeleidingscommissie De Europese agenda en de Awb

mevr. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, College van Beroep voor het bedrijfsleven
(voorzitter)
dr. F.W. Beijaard, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
(WODC), Ministerie van Justitie
mevr. mr. drs. D. Brugman, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijks-
relaties
dr. W. Douma, T.M.C. Asser Instituut
mr. dr. J.C.A. de Poorter, Raad van State
mevr. prof. mr. H.G. Sevenster, Ministerie van Buitenlandse Zaken
prof. mr. N. Verheij, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving



Bijlage 2 Samenstelling onderzoeksgroepen

Klagen bij bestuursorganen

dr. H.B. Winter
mr. A. Middelkamp
prof. dr. M. Herweijer
met medewerking van:
mr. N. Struiksma
J. Nagtegaal

Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger – Stand van zaken in theorie en eerder onderzoek

prof. dr. L.E. de Groot-van Leeuwen
mr. dr. M.T.A.B. Laemers
mr. R. Fredriks

Feitenvaststelling in beroep

prof. mr. L.J.A. Damen
prof. mr. T. Barkhuysen
mr. K.J. de Graaf
mr. dr. A.T. Marseille
mr. A. Tollenaar
mr. drs. W. den Ouden
mr. Y.E. Schuurmans.

Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter

prof. mr. B.J. Schueler
mr. J.K. Drewes
dr. F.T. Groenewegen
dr. W.G.A. Hazewindus
dr. A.P. Klap
dr. V.M.Y. van 't Lam
mr. B.K. Olivier
dr. E.M. Vogelesang-Stoute



De Europese agenda van de Awb

prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven
prof. mr. S. Prechal
mr. M.J.M. Verhoeven
mr. A.P.W. Duijkersloot
mr. J.W. van de Gronden
prof. mr. B. Hessel
mr. R. Ortlep

