

Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001

Verslag van de Commissie Evaluatie Awb II

Den Haag, 13 december 2001

INHOUDSOPGAVE

Inhoudsopgave	2
Hoofdstuk 1 Inleiding	4
1.1 Inleiding	4
1.2 De onderwerpen van de tweede evaluatie	4
1.2.1 De onderzoeken.....	4
1.2.2 Overige onderwerpen	6
1.3 Opbouw van het verslag.....	8
Hoofdstuk 2 De besluitvormingsketen en de burger	9
2.1 Inleiding	9
2.2 De onderzoeken.....	10
2.2.1 De burger en de Awb	10
2.2.2 De ketenbenadering in de Awb	11
2.3 De primaire fase	11
2.3.1 Communicatie rond de aanvraag van handhavingsbesluiten.....	11
2.3.2 Publicatie van ontwerp-besluiten	12
2.3.3 De procedurele attitude van bestuursorganen.....	13
2.3.4 De ‘formele fuik’ in de bedenkingenfase	14
2.3.5 Onverplicht horen?.....	14
2.4 De bezwaarfase	15
2.4.1 De toegevoegde waarde van de bezwaarschriftprocedure.....	15
2.4.2 De zeefwerking van de bezwaarschriftprocedure.....	15
2.4.3 De inrichting van de bezwaarschriftprocedure.....	16
2.4.4 Flexibilisering van de bezwaarschriftprocedure.....	16
2.5 De ‘argumentatieve fuik’	17
2.6 Het beroep bij de rechter	18
2.6.1 Algemeen	18
2.6.2 Het begrip belanghebbende.....	18
2.6.3 De actieve rechter.....	19
2.6.4 Deskundigen in de rechterlijke fase	19
2.6.5 De volledigheid van de rechterlijke uitspraak	20
2.7 Tijdigheid.....	20
Hoofdstuk 3 Hoger beroep	22
3.1 De wettelijke regeling	22
3.2 Het onderzoek	22
3.3 De functies van het hoger beroep en de omvang van het geschil.....	23
3.3.1 Inleiding	23
3.3.2 Ambtshalve activiteiten van de rechter	24
3.3.3 De omvang van het geschil	25
3.3.4 De functie van het hoger beroep.....	25
3.3.5 De omvang van het geschil in hoger beroep	26
3.4 Incidenteel hoger beroep	28
3.5 Wijzigings- en intrekingsbesluiten in hoger beroep	30
Hoofdstuk 4 Subsidies	33
4.1 De wettelijke regeling	33
4.2 Het onderzoek	35
4.3 Algemeen oordeel	36
4.4 Vergroting van de legitimiteit van subsidiebesluiten	36
4.5 Vereenvoudiging en harmonisatie van het subsidierecht en bevordering van de rechtszekerheid voor de ontvanger.....	38
4.6 Betere beheersing van overheidsuitgaven	39
4.7 Overige opmerkingen.....	40
Hoofdstuk 5 Beleidsregels	41
5.1 De wettelijke regeling	41
5.2 Het onderzoek	41
5.3 Toepassing, ervaringen en knelpunten	42
5.4 Het begrip beleidsregel	43
5.4.1 De uitleg van het beleidsregelbegrip.....	43
5.4.2 De wettelijke definitie	43

5.5 De verlichte motiveringsplicht	45
5.7 De inherente afwijkingsbevoegdheid	46
5.8 Beleidsregels en andere vormen van beleid	47
5.9 Geschillenreductie en controlemogelijkheden	47
Hoofdstuk 6 Mandaat en delegatie.....	49
6.1 De wettelijke regeling	49
6.2 Het onderzoek	49
6.3 Algemeen oordeel	50
6.4 De bevoegdheid tot mandaatverlening	50
6.5 Gebreken in de mandaatverlening.....	51
6.6 De inhoud van mandaatbesluiten	54
6.7 Overige aanbevelingen inzake mandaat.....	55
6.7.1 Mandaat aan niet-ondergeschikten.....	55
6.7.2 Bekendmaking van mandaatbesluiten	56
6.7.3 Ondertekening en ondertekeningsmandaat.....	56
6.7.4 Mandaat, volmacht en machtiging	57
6.7.5 Overige wetwijzigingen.....	58
6.8 Delegatie	58
6.8.1 Algemeen	58
6.8.2 Het rechtskarakter van delegatiebesluiten	58
6.8.3 Overige aanbevelingen.....	59
Hoofdstuk 7 Aanbevelingen.....	60
Hoger beroep.....	60
Subsidies	60
Beleidsregels	60
Mandaat en delegatie.....	60
7.3 Aanbevelingen aan de regering	61
7.4 Aanbevelingen aan het bestuur	61
7.5 Aanbevelingen aan de rechter	62
Bijlage 1 Samenstelling Commissie Evaluatie Awb II en deelbegeleidingscommissies	63
Bijlage 2 Samenstelling onderzoeksgroepen.....	65

1.1 Inleiding

Artikel 11:1, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (verder: Awb) verplicht de Ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties zorg te dragen voor een periodieke evaluatie van de Awb. De eerste evaluatie diende plaats te vinden binnen drie jaar na inwerkingtreding van de wet, dus vóór 1 januari 1997. Ter voldoening aan deze verplichting werd op 21 december 1996 het verslag “Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996”¹ aan de beide kamers der Staten-Generaal aangeboden. Dit verslag was opgesteld door een Commissie Evaluatie Awb, onder voorzitterschap van mr. J.M. Polak, oud-lid van de Raad van State. Een kabinetsstandpunt over deze eerste evaluatie van de Awb verscheen op 18 februari 1998.²

Vervolgens moet de Awb om de vijf jaar opnieuw worden geëvalueerd. Derhalve dient vóór 1 januari 2002 een tweede evaluatie van de Awb plaats te vinden. Met dit verslag wordt aan deze verplichting voldaan. Gelet op de goede ervaringen die bij de eerste evaluatie zijn opgedaan, is bij deze tweede evaluatie globaal voor dezelfde aanpak gekozen. In opdracht van de Ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties hebben zes universitaire onderzoeksgroepen wetenschappelijk onderzoek gedaan naar zes aspecten van de toepassing van de Awb in de periode 1997-2001. Elk van deze onderzoeken werd begeleid door een commissie onder voorzitterschap van een externe deskundige. Vervolgens hebben de bewindslieden een daartoe ingestelde Commissie Evaluatie Awb II (verder: de Commissie) belast met het opstellen van het onderhavige verslag. Dit verslag heeft derhalve mede het karakter van een advies aan de voor de Awb verantwoordelijke bewindslieden, die daarover te gelegener tijd hun standpunt zullen bepalen.

De Commissie stond onder voorzitterschap van mr. P.J. Boukema, oud-voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Zij bestond verder uit de voorzitters van de begeleidingscommissies, alsmede andere deskundigen uit kringen van het centrale en decentrale openbaar bestuur, de met bestuursrechtspraak belaste colleges, de advocatuur en de wetenschap. Het secretariaat werd verzorgd door ambtenaren van de beide betrokken ministeries.³

1.2 De onderwerpen van de tweede evaluatie

1.2.1 De onderzoeken

Een redelijke uitleg van artikel 11:1, eerste lid, Awb brengt mee, dat niet bij iedere evaluatie aan alle denkbare aspecten van de toepassing van de Awb aandacht behoeft te worden besteed; dat zou bij een zo omvangrijke en veelomvattende wet als de Awb eenvoudig ondoenlijk zijn. Er moest, mede gelet op de beschikbare middelen, dus een selectie worden gemaakt.

De bewindslieden hebben naar zes onderwerpen onderzoek laten doen. Deze onderwerpen zijn niet door de Commissie, maar door de bewindslieden gekozen. De Commissie is evenwel van oordeel, dat het om een verdedigbare keuze gaat, al waren natuurlijk ook andere onderwerpen denkbaar geweest. Naar de Commissie heeft vernomen, hebben bij deze keuze de volgende overwegingen een rol gespeeld.

In de eerste plaats is er niet voor gekozen om de eerste evaluatie eenvoudig te herhalen. In het kader van de eerste evaluatie is onder meer op drie deelterreinen van bestuursrecht uitvoerig onderzoek gedaan naar de invloed van de Awb op de besluitvorming door het openbaar bestuur; vooral de verhouding tussen de verschillende door de Awb onderscheiden besluitvormingsfasen kreeg daarbij veel aandacht. Gelet hierop is in het kader van de tweede evaluatie volstaan met een veel beperkter onderzoek naar de verhouding tussen de verschillende besluitvormingsfasen bij enkele typen besluiten. Dit onderzoek naar ‘de ketenbenadering in de Awb’ had vooral tot doel om na te gaan of er

¹ De Haag 1996. Ook te vinden op www.minjust.nl, onder Beleid/Thema's/Awb/Diversen.

² Kamerstukken II 1997/98, 25 600 VI, nr. 46.

³ Zie voor de samenstelling van de Commissie en de begeleidingscommissies bijlage 1.

aanwijzingen zijn dat het beeld dat uit de eerste evaluatie naar voren kwam, sedertdien wezenlijk is veranderd.

De vijf overige onderzoeken richten zich op onderwerpen die bij de eerste evaluatie nog niet aan de orde zijn gekomen of konden komen. Reeds de eerste evaluatiecommissie zelf constateerde, dat het ten behoeve van haar werkzaamheden verrichte onderzoek de werking van de Awb vooral had bestudeerd vanuit het perspectief van bestuursorganen, ambtenaren en rechters. Zij deed daarom de aanbeveling om bij de tweede evaluatie ook aandacht te besteden aan de ervaringen van burgers met de Awb. Aan deze aanbeveling is in zoverre gevolg gegeven, dat, om onderzoekstechnische redenen, onderzoek is gedaan naar de ervaringen van professionele *gemachtigden* van burgers.

Bij de eerste evaluatie is voorts een afzonderlijk deelonderzoek gedaan naar de ervaringen met het in 1994 ingevoerde nieuwe, uniforme bestuursprocesrecht. Eén belangrijk aspect van dit nieuwe bestuursprocesrecht moest daarbij echter buiten beschouwing blijven: het hoger beroep in bestuursrechtelijke zaken kon destijds nog niet worden onderzocht, omdat ten tijde van het onderzoek nog maar heel weinig zaken waarin het nieuwe procesrecht van toepassing was, het stadium van het hoger beroep hadden bereikt. Vijf jaar later is dat natuurlijk anders; daarom is thans alsnog onderzoek gedaan naar de ervaringen met het hoger beroep.

De overige drie onderzoeken betreffen onderdelen van de zogenaamde derde tranche van de Awb. De Awb is een “aanbouwwet”: zij wordt niet in één keer, maar in fasen tot stand gebracht. De eerste en de tweede tranche zijn op 1 januari 1994 in werking getreden, de derde tranche op 1 januari 1998. Bij deze derde tranche is de Awb aangevuld met bepalingen over subsidies, beleidsregels, handhaving, mandaat en delegatie en toezicht op bestuursorganen.

Bij mandaat en delegatie en bij beleidsregels ging het om codificatie van ongeschreven recht; wettelijke regelingen over deze onderwerpen bestonden vóór de derde tranche niet of nauwelijks. Bij subsidies ging het om een ingrijpende harmonisatie, met belangrijke nieuwe elementen, van voorheen over talloze subsidieregelingen verspreide bepalingen. Daarom is naar deze meer vernieuwende onderdelen van de derde tranche onderzoek gedaan. Gelet op de betrekkelijk korte periode sedert de inwerkingtreding gaat het daarbij vooral om onderzoek naar de ervaringen met en eventuele knelpunten bij de *invoering* van deze regelingen. Dit geldt in het bijzonder voor het onderzoek naar de subsidietitel, omdat deze door de werking van het overgangsrecht in de meeste gevallen pas geruime tijd na inwerkingtreding voor de eerste maal daadwerkelijk is toegepast; daardoor is er ook eind 2001 nog maar weinig jurisprudentie.

Voor elk van deze onderwerpen is, op basis van ambtelijke startnotities, aan een aantal onderzoeksinstellingen offerte gevraagd.⁴ Dit heeft geleid tot de volgende zes onderzoeksrapporten.⁵

1. De ketenbenadering in de Awb

Dit onderzoek is uitgevoerd door een onderzoeksgroep van de Universiteit Utrecht in samenwerking met de B & A Groep, onder leiding van mr. T. Zwart. De begeleidingscommissie werd voorgezeten door prof. dr. G.J. Vonk (VU/SVB).

2. De burger en de Awb (ervaringen van ‘repeat players’ met Awb-procedures)

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. dr. M. Herweijer (RUG).

3. Hoger beroep

Dit onderzoek is uitgevoerd door een onderzoeksgroep van de Universiteit Utrecht, de Katholieke Universiteit Brabant en de Universiteit Maastricht, onder leiding van prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven en prof. mr. F.A.M. Stroink. De begeleidingscommissie werd

⁴ De selectie uit de offertes is verricht door ambtenaren van de ministeries van Justitie en BZK, onder leiding van de voorzitter van de Commissie.

⁵ Zie bijlage 3 voor een volledige titelbeschrijving met vermelding van alle auteurs. De onderzoeksrapporten zijn, onder de gezamenlijke titel ‘Algemeen bestuursrecht 2001’, in boekvorm verschenen bij Boom juridische uitgevers, Den Haag 2001.

voorgezeten door mr. H.G. Lubberdink (ten tijde van het onderzoek vice-president van het College van Beroep voor het bedrijfsleven).

4. Beleidsregels

Dit onderzoek is uitgevoerd door een onderzoeksgroep van de Rijksuniversiteit Groningen onder leiding van prof. mr. L.J.A. Damen. De begeleidingscommissie werd voorgezeten door prof. mr. L.F.M. Verhey (UM).

5. Subsidies

Dit onderzoek is uitgevoerd door een onderzoeksgroep van de Rijksuniversiteit Leiden onder leiding van prof. mr. Th. G. Drupsteen. De begeleidingscommissie werd voorgezeten door prof. mr. I.C. van der Vlies (UvA).

6. Mandaat en delegatie

Dit onderzoek is uitgevoerd door een onderzoeksgroep van de Vrije Universiteit en de Erasmus Universiteit Rotterdam, onder leiding van prof. mr. S.E. Zijlstra en prof. mr. L.J.J. Rogier. De begeleidingscommissie werd voorgezeten door prof. mr. F.A.M. Stroink (UM).

De Commissie heeft grote waardering voor het werk dat door de verschillende onderzoeksgroepen, veelal in korte tijd, is verricht. De verschillende rapporten zijn gedegen, goed leesbaar en bieden op vele punten een boeiend inzicht in de werking van de Awb in de praktijk. Wel moet worden opgemerkt dat een deel van de onderzoeken beperkt van opzet was en in korte tijd moest worden verricht. Voor de onderzoeken naar de onderdelen van de derde tranche komt daarbij, dat deze betrekkelijk kort na de inwerkingtreding van de derde tranche zijn verricht en dus nog geen definitief beeld konden opleveren. De Commissie heeft daarom enige terughoudendheid betracht bij het doen van aanbevelingen. Op enkele punten heeft zij gemeend te moeten volstaan met een aanbeveling tot het doen van nader onderzoek alvorens te komen tot besluitvorming over een (mogelijke) aanpassing van artikelen van de Awb.

1.2.2 Overige onderwerpen

Als gezegd is het niet mogelijk om bij iedere evaluatie aandacht te besteden aan alle denkbare aspecten van de toepassing van de Awb, gelet op de omvang en de veelomvattendheid van deze wet. Daarom wil de Commissie in dit inleidende hoofdstuk van het eindverslag de aandacht vestigen op zes onderwerpen die niet bij de evaluatie zijn betrokken, maar die wel een belangrijke rol zouden kunnen gaan spelen in de verdere ontwikkeling van de Awb.

a. De betekenis van het Europese recht voor de Awb

Titel 1.2 Awb bevat een aantal bepalingen over de uitvoering van bindende besluiten van organen van de Europese Gemeenschappen. Deze titel is van overeenkomstige toepassing op voorstellen van wet. Hierin is bepaald dat er geen verplicht advies of overleg nodig is bij implementatiebesluiten, uitgezonderd het horen van de Raad van State. Verder is bepaald dat er voor dergelijke besluiten, behoudens een aantal uitzonderingen, geen voorhangprocedures van toepassing zijn.

De betekenis van het Europese recht voor de toepassing van de Awb is groter dan dit handvol bepalingen zou doen vermoeden. De voorrang van het gemeenschapsrecht kan in een concreet geval meebrengen, dat de Awb niet onverkort kan worden toegepast. Ook kan het voorkomen, dat het gemeenschapsrecht bijvoorbeeld aan de voorbereiding van een besluit eisen stelt, die verder gaan dan uit de Awb voortvloeit. Tot dusver heeft de Awb-wetgever geen aanleiding gezien om in verband daarmee voorzieningen te treffen. De achtergrond daarvan is dat tot op heden de eisen van het gemeenschapsrecht veelal zijn toegespitst op een bepaald onderwerp of een bepaald beleidsterrein en zich daarom niet lenen voor regeling in een algemene wet. De Commissie sluit niet echter niet uit dat hierin in de toekomst verandering komt, dan wel dat er anderszins aanleiding zou kunnen zijn om uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende onderwerpen in de Awb te regelen. bij dit laatste zou

bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan het in hoofdstuk 8 opnemen van enige bepalingen omtrent het stellen van pre-judiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

b. Zuiver schadebesluit

Jurisprudentie van de verschillende hoogste bestuursrechters heeft in de jaren negentig geleid tot een aanzienlijke verschuiving van de grens tussen het bestuursrecht en het privaatrecht, in het bijzonder op het gebied van de overheidsaansprakelijkheid. Volgens deze jurisprudentie is de schriftelijke afwijzing door een bestuursorgaan van een verzoek om vergoeding van schade ten gevolge van een vermeend onrechtmatig besluit, een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb, waartegen beroep bij de bestuursrechter openstaat voor zover dit beroep ook tegen het schadeveroorzakend besluit openstond.⁶ Vervolgens is duidelijk geworden dat in deze gevallen ook de burgerlijke rechter bevoegd blijft van een vordering tot schadevergoeding kennis te nemen.⁷ In het bijzonder deze dubbele bevoegdheid roept in de praktijk de nodige vragen op. De Commissie meent dat deze ontwikkeling in de nabije toekomst de aandacht van de Awb-wetgever behoeft.

c. Hoger beroep tegen uitspraken omtrent verzoeken om voorlopige voorziening

De artikelen 37, tweede lid, onderdeel c van de Wet op de Raad van State, 18, tweede lid, onderdeel c van de Beroepswet en 20, tweede lid, onderdeel c van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie bepalen dat geen hoger beroep openstaat tegen een uitspraak van de president van de rechtbank omtrent een verzoek om voorlopige voorziening. Een dergelijke uitspraak kan echter verstrekkende gevolgen hebben. Verder blijkt in de praktijk dat het soms lang kan duren alvorens de rechtbank uitspraak doet in de hoofdzaak. Het ontbreken van hoger beroep tegen uitspraken omtrent voorlopige voorzieningen knelt dan soms. De Commissie geeft de regering in overweging dit knelpunt aan een nader onderzoek te onderwerpen.

d. Bestuurlijke handhaving

Op 1 januari 1998 is de Algemene wet bestuursrecht aangevuld met enkele bepalingen over bestuurlijke handhaving (hoofdstuk 5 Awb). In het kader van deze tweede evaluatie is daarnaar geen afzonderlijk onderzoek gedaan, omdat het in hoofdzaak ging om het zonder inhoudelijke wijziging naar de Awb verplaatsen van bepalingen die eerder al in de organieke of bijzondere wetgeving waren opgenomen. Invoeringsproblemen waren daarom niet te verwachten.

Dit laat echter onverlet dat het maatschappelijk belang van het onderwerp bestuurlijke handhaving nauwelijks kan worden overschat. Hoewel uit het onderzoek naar de rampen in Enschede en Volendam⁸ wederom⁹ is gebleken dat de problemen en dus ook de oplossingen zeker niet in de eerste plaats op het terrein van de wetgeving liggen, blijft het zaak ook op mogelijke knelpunten in de wetgeving alert te blijven. Dit is mede van belang in verband met de voorgenomen wijziging en uitbreiding van het handavingshoofdstuk van de Awb in het kader van de vierde tranche.

e. Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels

Artikel 8:2 Awb bepaalt dat geen beroep bij de bestuursrechter openstaat tegen besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels. Bij de totstandkoming van dit artikel aanvaardde de Tweede Kamer een amendement-Jurgens/Biesheuvel, dat beoogde deze uitzondering op het beroepsrecht per 1 januari 1999 te doen vervallen. Bij wet van 24 december 1998, Stb. 1998, 738 is echter bepaald dat de uitzondering tot een nader bij de wet in formele zin te bepalen tijdstip wordt gehandhaafd. Tijdens de parlementaire behandeling van dit 'uitstelwetje' heeft de Minister van Justitie

⁶ Zie CRvB 28-7-1994, AB 1994, 140 m.nt. RMvM (Van B.); ABRS 6-5-1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB (Van Vlodrop); CBb 19-2-1997, AB 1997, 144.

⁷ HR 17-12-1999, NJ 2000, 88 m.nt. ARB; AB 2000, 89 m.nt. PvB (Groningen/Raatgever).

⁸ Zie de rapporten van de Commissie Onderzoek Vuurwerkcramp (Commissie-Oosting), Kamerstukken II 2000/01, 27 157, nr. 18) en de Commissie Onderzoek Cafébrand (Commissie-Alders), Kamerstukken II 2000/01, 27 575, nr. 4).

⁹ Zie eerder reeds het rapport van de Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (Commissie-Michiels), *Handhaven op niveau*, Den Haag 1998 en het kabinetsstandpunt daarover, Kamerstukken II, 1999/2000, 26 800 VI, nr.67.

toegezegd in het kader van de tweede evaluatie van de Awb op deze kwestie te zullen terugkomen.¹⁰ Er is ten behoeve van deze evaluatie echter geen onderzoek naar dit vraagstuk gedaan. Naar het oordeel van de Commissie bestond daaraan ook geen behoefte: de argumenten voor en tegen beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels, alsmede de gevolgen daarvan, zijn in het verleden reeds meermalen uitvoerig geïnventariseerd.¹¹ Het komt nu aan op een weging van deze argumenten.

f. Fiscaal procesrecht

Sedert 1 september 1999 geldt het in hoofdstuk 8 Awb geregelde uniforme bestuursprocesrecht, met enige uitzonderingen, ook voor procedures in belastingzaken. Bij de behandeling van het daartoe strekkende wetsvoorstel heeft de Minister van Justitie toegezegd dat dit voor de belastingrechtspraak nieuwe procesrecht zou worden geëvalueerd in het kader van de tweede evaluatie van de Awb.¹² Vervolgens bleek het nieuwe procesrecht pas geruime tijd later in werking te kunnen treden dan ten tijde van deze toezegging werd voorzien. Daardoor was het niet meer mogelijk nog tijdig voor deze tweede evaluatie van de Awb zinvol onderzoek naar de werking van dit procesrecht te doen, en dus ook niet om daaraan in dit verslag aandacht te besteden. Naar de Commissie heeft vernomen, zijn de betrokken bewindslieden voornemens binnen afzienbare tijd alsnog opdracht te geven tot een onderzoek naar de werking van het fiscale procesrecht en daarover afzonderlijk aan de Staten-Generaal te rapporteren.

1.3 Opbouw van het verslag

Na dit inleidende hoofdstuk wordt in hoofdstuk 2 op basis van de resultaten van de twee meer algemene onderzoeken ingegaan op enkele algemene aspecten van de toepassing van de Awb. In de hoofdstukken 3 tot en met 6 komen dan achtereenvolgens de onderwerpen hoger beroep, beleidsregels, subsidies en mandaat en delegatie aan de orde. In de hoofdstukken 2 tot en met 6 worden telkens eerst de resultaten van het verrichte onderzoek kort samengevat, waarna de Commissie haar bevindingen presenteert, al dan niet uitmondend in een of meer aanbevelingen. Een overzicht van de aanbevelingen is te vinden in hoofdstuk 7. Bijlage 1 bevat een overzicht van de samenstelling van Commissie Evaluatie Awb II en de begeleidingscommissies. Bijlage 2 geeft een overzicht van de samenstelling van de onderzoeksgroepen.

¹⁰ Hand. I 1998/99, 15 december 1998, blz. 13-357 r.k..

¹¹ Zie de Notitie Rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels bij de bestuursrechter van 13 mei 1997, Kamerstukken II 1996/97, 25 383, nr. 1, alsmede R.M. van Male, Rechter en bestuurswetgeving, diss. KUB 1988, Zwolle 1988; A.J. Bok, Rechterlijke toetsing van regelgeving, diss. RUG 1991, Deventer 1991; H.G. Lubberdink, Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften, pre-advies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid 1996, Alphen a/d Rijn 1996; J.E.M. Polak, Bestuursrechter en burgerlijke rechter, diss. UvA 1999, Deventer 1999.

¹² Hand. I 1998/1999, 13 oktober 1998, blz. 3-42 m.k.

2.1 Inleiding

De Algemene wet bestuursrecht onderscheidt in de bestuurlijke besluitvorming, van de voorbereiding tot en met de uitkomst van een eventuele beoordeling door de rechter, verschillende fasen. Omdat de gang van zaken in een bepaalde fase belangrijke gevolgen kan hebben voor de volgende fase(n), spreekt men wel van de “besluitvormingsketen” of de “ketenbenadering”. Op hoofdlijnen onderscheidt de Awb de volgende fasen:

- de voorbereiding van een besluit (vaak ook de primaire fase genoemd);
- de bestuurlijke heroverweging (meestal bezwaar, soms administratief beroep);
- het beroep bij de rechter.

Op dit model bestaat een aantal variaties. Vaak, maar niet altijd, staat tegen een besluit beroep open in twee instanties. In die gevallen kan met de beroepsfase nog nader onderscheiden in het beroep in eerste aanleg en het hoger beroep. Op het hoger beroep wordt in het volgende hoofdstuk van dit verslag afzonderlijk ingegaan.

Indien een besluit wordt voorbereid met toepassing van de uitgebreide openbare voorbereidingsfase van afdeling 3.5 Awb, bestaat niet de mogelijkheid om een bezwaarschrift in te dienen, maar wel de mogelijkheid om tegen een ontwerp-besluit bedenkingen naar voren te brengen. Deze ‘bedenkingenfase’ is een onderdeel van de voorbereidingsfase, maar heeft ook trekken van bestuurlijke heroverweging.

De ketenbenadering speelde een belangrijke rol in de eerste evaluatie van de Awb. Daarin is onder meer veel aandacht besteed aan de effecten van de verplichte bezwaarschriftprocedure. Gebleken is dat deze, zoals de wetgever veronderstelde, inderdaad een belangrijke ‘zeefwerking’ heeft: slechts in een klein deel van de gevallen waarin een bezwaarschrift is ingediend, wordt vervolgens ook beroep bij de rechter ingesteld. Indien wel beroep wordt ingesteld, leidt de bezwaarschriftprocedure er vaak voor dat een beter uitgekristalliseerd geschil aan de rechter wordt voorgelegd, hetgeen de werklust van de rechter vermindert en dus een gunstig effect heeft op de doorlooptijden. Meer in het algemeen bevestigde de eerste evaluatie de veronderstelling dat de kwaliteit van een bepaalde fase van de besluitvorming belangrijke gevolgen heeft voor de volgende fasen.

Anderzijds is uit de eerste evaluatie ook gebleken dat de bezwaarschriftprocedure soms als een nodeloze ‘herhaling van zetten’ wordt ervaren. Dit heeft onder meer geleid tot het indienen van het wetsvoorstel rechtstreeks beroep¹³, dat het mogelijk wil maken om de bezwaarschriftprocedure over te slaan als belanghebbenden en het bestuursorgaan daarmee instemmen.

In het kader van deze tweede evaluatie is opnieuw, zij het veel beperkter, onderzoek gedaan naar de verhouding tussen de verschillende fasen in de besluitvormingsketen. Doelstelling van dit onderzoek was vooral om na te gaan of het beeld dat uit de eerste evaluatie naar voren is gekomen, sedertdien belangrijk is gewijzigd.

Bij de eerste evaluatie van de Awb¹⁴ is de werking van de wet vooral onderzocht vanuit het perspectief van bestuursorganen, ambtenaren en rechters. Het perspectief van de burger kwam in de destijds verrichte onderzoeken veelal slechts zijdelings of indirect aan de orde. Deze beperking was - om onderzoekstechnische redenen - bewust gekozen,¹⁵ maar de eerste Commissie Evaluatie Awb deed wel de aanbeveling in de tweede evaluatie meer aandacht te schenken aan het perspectief van de burger.

¹³ Kamerstukken 2000/01, 27 563, nrs. 1-3.

¹⁴ Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht, 1994-1996, Den Haag 1998, blz. 82.

¹⁵ M.S. Beerten e.a., *Aspecten van financiële beschikkingverlening*, Deventer: 1996, blz. 19; F.B.A. Jorna e.a., *Subsidiebeschikkingen*, Den Haag 1997, blz. 38-41; B.J. Schueler e.a., *Besluiten over ruimtelijke ordening, milieu en standplaatsen*, Deventer 1996, blz. 29.

Nadat uit een pilotstudie¹⁶ was gebleken dat dit onderzoekstechnisch mogelijk was, is aan deze aanbeveling gevolg gegeven door ten behoeve van deze tweede evaluatie een onderzoek te doen verrichten naar de ervaringen van burgers met de besluitvormingsketen van de Awb.

Nu in beide hierboven genoemde onderzoeken de ‘ketenbenadering’ van de Awb een belangrijke rol speelt, hangen zij nauw samen. Daarom worden zij in dit hoofdstuk gezamenlijk besproken, waarbij globaal de volgorde van de besluitvormingsfasen is aangehouden.

2.2 De onderzoeken

2.2.1 De burger en de Awb

Het onderzoek naar de ervaringen van burgers met procedures op grond van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is uitgevoerd door een onderzoeksgroep van de Leerstoelgroep Bestuursrecht en het Centrum voor Milieurecht van de Universiteit van Amsterdam, bestaande uit dr. M.V.C. Aalders, mr. M.N. Boeve, mr. drs. W.G.A. Hazewindus, mr. drs. K.A.W.M. de Jong, mr. A.P. Klap, mr. B.K. Olivier, prof. mr. B.J. Schueler, mr. R. Uylenburg en mr. C.J. van der Wilt.

De onderzoeksvragen zijn als volgt geformuleerd:

- 1 *Hebben burgers de ervaring dat zij hun standpunten voldoende naar voren kunnen brengen?*
- 2 *Hebben burgers de ervaring dat de verschillende fasen van de procedure ten opzichte van elkaar toegevoegde waarde hebben?*
- 2 *Hebben burgers de ervaring dat de procedures binnen een redelijke termijn worden afgerond?*

Er is onderzoek gedaan naar de volgende typen besluiten: WAO-besluiten, milieuvergunningen en sancties in het omgevingsrecht. Omdat deze besluiten belangrijke kenmerken gemeen hebben met vele andere besluiten, blijft de relevantie van de bevindingen en conclusies niet beperkt tot het terrein van de onderzochte besluiten. Tegelijk is met deze keuze een redelijke spreiding over de verschillende procedurele varianten van de Awb gewaarborgd. Milieuvergunningen worden voorbereid met toepassing van de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure, waarna beroep op de rechter openstaat. Sanctiebesluiten en WAO-besluiten worden met toepassing van de normale voorbereidingsprocedure genomen, waarna een bezwaarschriftprocedure kan volgen. Voor WAO-besluiten is de (medische) bezwaarschriftprocedure pas in 1997 ingevoerd. Daardoor kon de waardering van de bezwaarschriftprocedure ook worden onderzocht op een terrein dat nog niet in de eerste evaluatie kon worden betrokken.

Het onderzoek is gericht op de ervaringen van personen die regelmatig in Awb-procedures optreden voor burgers, bedrijven en organisaties (“repeat-players”¹⁷). Voor deze categorie is gekozen om het onderzoek binnen de gestelde randvoorwaarden uitvoerbaar te houden. Het achterhalen van de ervaringen van de burgers zelf zou een zeer complex en arbeidsintensief onderzoek vergen. Burgers hebben immers vaak niet de kennis om goed te onderscheiden tussen de verschillende besluitvormingsfasen of tussen de gevolgen van de Awb en de gevolgen van de bijzondere wet, terwijl zij tevens geneigd zullen zijn hun oordeel sterk te doen afhangen van de uitkomst van de procedure. Dit alles zou in de vraagstelling moeten worden verdisconteerd. Bovendien voeren de meeste burgers maar zelden procedures en hebben zij dus weinig ervaringen, waardoor grote aantallen personen zouden moeten worden geïnterviewd. Daarom is gekozen voor het interviewen van burgers die regelmatig optreden in Awb-procedures, met name rechtshulpverleners. In totaal zijn 50 personen geïnterviewd.

¹⁶ B.J. Schueler, R. Uylenburg, *Ervaringen van burgers met de Algemene wet bestuursrecht*, Amsterdam 1998, niet gepubliceerd.

¹⁷ Deze term is afkomstig uit het klassieke artikel van de Amerikaanse rechtssocioloog M. Galanter, *Why the ‘haves’ come out ahead*, *Law and Society Review* 1974, blz. 95.

2.2.2 De ketenbenadering in de Awb

Het onderzoek naar de ketenbenadering in de Awb is uitgevoerd door een onderzoeksgroep van de Universiteit Utrecht en de B & A Groep, bestaande uit mr. A.A.J. de Gier, mw. mr. M.L.P. van Houten, mw. mr. I. Tappeiner, mr. J.J. Vermeulen, dr. T. Zwart (allen UU), dr. mr. J. van der Bij, mr. drs. Straathof en mw. drs. M. Verberk (allen B&A Groep).

De overkoepelende doelstelling van het deelonderzoek ‘ketenbenadering’ is als volgt geformuleerd:

Het verkrijgen van inzicht in de knelpunten die zich voordoen bij de toepassing van bestuurlijke en rechterlijke besluitvormingsprocessen van de Awb, in die zin dat zij eraan in de weg staan dat een probleem op het geëigende moment door het bestuursorgaan wordt opgelost, dan wel maximaal toegespitst ter rechterlijke beslissing wordt voorgelegd. Op basis van dit inzicht aanbevelingen formuleren om de knelpunten te ondervangen.

Deze vraagstelling omvat de volgende aspecten:

1. ketenbenadering in de primaire fase;
2. het horen van belanghebbenden in de primaire fase;
3. de zeeffunctie van de bezwaarschriftprocedure;
4. de toerusting van de rechter;
5. de belanghebbende.

Deze vijf aspecten zijn uitgewerkt in diverse aandachtspunten. Op deze punten is onderzoek verricht aan de hand van de volgende vijf typen besluiten:

1. besluiten in de sfeer van de sociale zekerheid: AKW-besluiten door de SVB;
2. besluiten op het terrein van het economisch bestuursrecht door de Nma;
3. vergunningverlening op grond van de Wet milieubeheer door gedeputeerde staten;
4. ministeriële besluiten inzake verzoeken om informatie ingevolge de WOB;
5. gemeentelijke besluiten in het kader van de handhaving van openbare orde.

Bij het onderzoek past een specifieke relativerende opmerking. De onderzoekers constateren dat er gevallen zijn waarin belanghebbenden en bestuursorganen er niet naar streven om een geschil in een zo vroeg mogelijk stadium van de besluitvormingsketen op te lossen. Zij stellen dat ideële belanghebbenden, in het bijzonder milieuorganisaties, in de regel geneigd zijn om alle beschikbare rechtmiddelen uit te putten, om op die manier de achterban te accommoderen, publiciteit te behalen en de politieke besluitvorming te beïnvloeden. Ook signaleren zij dat het voorkomt dat omwonenden een procedure voeren om de aanvrager de voet dwars te zetten. Ook rechtshulpverleners procederen soms te lang door vanwege de sterke gerichtheid op het juridische element van het geschil. Verder hebben bestuursorganen er soms belang bij om een geschil per se aan de rechter voor te leggen, bijvoorbeeld om jurisprudentie te vormen. Aanpassingen in de besluitvormingsprocedure kunnen niet voorkomen dat de ketenbenadering door een dergelijke attitude kan worden doorkruist.

2.3 De primaire fase

2.3.1 Communicatie rond de aanvraag van handhavingsbesluiten

Het begrip ‘aanvraag’ is in artikel 1:3, derde lid, Awb gedefinieerd als een verzoek van een belanghebbende om een besluit te nemen. Een aanvraag moet dus betrekking hebben op een te nemen besluit. In artikel 4:2, eerste lid, onderdeel c, Awb is bepaald dat een aanvraag tot het geven van een beschikking in ieder geval een aanduiding bevat van de beschikking die wordt gevraagd.

De Amsterdamse onderzoekers constateren dat bestuursorganen klachten van belanghebbenden (zoals omwonenden) over illegale situaties met het verzoek daartegen op te treden, vaak ten onrechte niet aanmerken als een aanvraag tot het nemen van een handhavingsbeschikking. In plaats daarvan wordt

het verzoek behandeld als een klacht; dit werd ook in de eerste evaluatie van de Awb reeds opgemerkt. Het gevolg is dat een verzoek niet in de aanvraagprocedure komt en dat er ook geen besluit in de zin van de Awb wordt genomen. De achtergrond hiervan is vaak dat de burger slechts vraagt om 'optreden' en niet expliciet om het nemen van een besluit.

De onderzoekers menen dat een bestuursorgaan daarom, indien het een klachtenbrief ontvangt die het niet weet te duiden, contact moet opnemen met de afzender. Zij geven in overweging daarom in hoofdstuk 2 een wettelijke verplichting voor bestuursorganen op te nemen om op een brief van een burger te reageren en bij onduidelijkheid zonodig contact op te nemen met de afzender. Zij erkennen dat een wettelijke regeling strikt genomen niet nodig is - het reageren op brieven mag immers worden verwacht van een behoorlijk bestuur - maar menen dat de duidelijkheid hiermee gediend zou zijn.

De Commissie meent dat het hier gesignaleerde knelpunt samenhangt met de onduidelijkheid over de positie van de klager in handhavingsprocedures. Doordat de aandacht van de klager gericht is op de (vermeende) overtreding waarvan hij hinder heeft, en niet op een specifiek besluit, zal ook de klager zelf, anders dan de meeste aanvragers, zich er niet altijd van bewust zijn dat hij een aanvraag doet. De Commissie betwijfelt evenwel, of dit probleem door wetswijziging wordt opgelost en meent dan ook dat een dergelijke wetswijziging slechts onnodig juridiserend zal werken. Het is veeleer aan het bestuur om alert te zijn op de mogelijkheid dat in een klacht een aanvraag ligt besloten.

Aanbeveling:

Bestuursorganen dienen bij de afhandeling van klachten van burgers over overtredingen nauwkeuriger na te gaan of in de klacht wellicht een aanvraag van een *handhavingsbesluit* besloten ligt. Zonodig dient daartoe contact te worden opgenomen met de indiener van de klacht.

2.3.2 Publicatie van ontwerp-besluiten

Besluiten omtrent milieuvergunningen worden voorbereid met toepassing van afdeling 3.5 Awb. In dat geval dienen de aanvraag en het ontwerp-besluit te worden gepubliceerd in een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad (art. 3:19 Awb), opdat derden-belanghebbenden daarvan kennis kunnen nemen. De Amsterdamse onderzoekers constateren dat in de praktijk de publicatie in huis-aan-huisbladen soms onvoldoende is om de positie van derden te waarborgen. Een derde-belanghebbende is doorgaans niet betrokken bij het vooroverleg over de aanvraag, zodat hij zijn standpuntbepaling pas kan beginnen bij publicatie van het ontwerp-besluit, terwijl bovendien slechts beroep bij de rechter openstaat voorzover tijdig bedenkingen tegen het ontwerp-besluit zijn ingebracht.

Uit het onderzoek komt naar voren dat niet altijd gewaarborgd is dat degenen die daarbij belang hebben, tijdig van de ontwerp-besluiten kunnen kennisnemen. De kennisgeving van ontwerp-besluiten geschiedt in een groot aantal verschillende bladen, de kennisgeving geeft de inhoud van het ontwerp-besluit niet altijd duidelijk weer en het komt voor dat aankondigingen voor 'grote' activiteiten verstopt zitten tussen een reeks aankondigingen van 'kleine' activiteiten, aldus de onderzoekers.

De onderzoekers reiken voor dit probleem twee oplossingen aan. De eerste is dat het bestuursorgaan derden-belanghebbenden die bekend zijn uit eerdere procedures ambtshalve informeert. Hierbij kan worden gedacht aan het werken met verzendlijsten. Dit zouden twee naast elkaar bestaande lijsten kunnen zijn. Allereerst een algemene lijst waarvoor belangenorganisaties zich schriftelijk kunnen aanmelden, waarbij kan worden aangegeven in welke onderwerpen zij zijn geïnteresseerd. Aan deze organisaties worden dan alle kennisgevingen in het desbetreffende gemeentelijke of provinciale gebied toegestuurd. Daarnaast zou een lijst kunnen worden aangelegd waarvoor individuele burgers zich kunnen aanmelden voor individuele gevallen. Deze lijst biedt volgens het onderzoek een oplossing voor de gevallen waarin het gaat om grootschalige of 'nieuwsgevoelige' projecten waarmee een burger bekend is.

Een tweede oplossing die de onderzoekers voorstellen is het centraal publiceren van gemeentelijke ontwerp-besluiten, waarbij kan worden gedacht aan een publicatie op een website van de gezamenlijke gemeenten. Deze zou voorlopig naast de reeds bestaande publicatieverplichtingen moeten bestaan.

De Commissie staat sympathiek ten opzichte van de suggestie aan bestuursorganen om verzendlijsten aan te leggen voor de publicatie van ontwerpbesluiten, maar meent dat een verplichting daartoe te ver zou gaan, vanwege de werklast voor het bestuur en de juridisering die een dergelijke verplichting met zich zou brengen. Een centrale elektronische publicatie is aantrekkelijk en zou goed passen in het kabinetsbeleid om door toepassing van ICT de transparantie van de overheid te vergroten. Zij zou ook de mogelijkheid bieden om aanvragen en ontwerp-besluiten integraal - zij het zonnodig natuurlijk onder weglating van vertrouwelijke bedrijfsgegevens - te publiceren, waarmee het probleem van de onduidelijke kennisgevingen zou zijn opgelost. Tenslotte zou dan eenvoudig gezocht kunnen worden naar aanvragen en ontwerp-besluiten met betrekking tot een bepaald geografisch gebied of bepaalde activiteiten of typen inrichtingen.

Een nadeel is, dat met het opzetten en onderhouden een dergelijke website vermoedelijk aanzienlijke kosten zullen zijn gemoeid. De Commissie meent echter dat er, gezien de aanzienlijke voordelen van een dergelijke wijze van publicatie, voor de regering alle aanleiding is om tenminste een studie naar de haalbaarheid van een dergelijk project te doen verrichten.

De Commissie wijst er nog wel op, dat elektronische publicatie vooralsnog slechts een aanvulling op, en geen vervanging van, 'papieren' publicatie kan zijn, omdat er (nog) niet van mag worden uitgegaan dat alle burgers toegang hebben tot het internet. Dit is ook het uitgangspunt van de het voorontwerp voor een Wet elektronisch bestuurlijk verkeer¹⁸. Een wettelijke verplichting tot aanvullende elektronische publicatie, zoals door de onderzoekers gesuggereerd, kan eerst aan de orde komen als gebleken is dat deze vorm van publicatie praktisch realiseerbaar is.

Aanbeveling:

De Ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie zouden in samenwerking met de organisaties van decentrale overheden moeten nagaan of een centrale elektronische publicatie van aanvragen en ontwerp-besluiten haalbaar is.

2.3.3 De procedurele attitude van bestuursorganen

Bij besluiten die openbaar worden voorbereid, worden derden veelal pas in de procedure betrokken nadat - vaak na uitvoerig vooroverleg met de aanvrager - een ontwerp-besluit is genomen. De Amsterdamse onderzoekers constateren dat derden zich daardoor nogal eens 'op achterstand gezet' voelen. Dit gevoel wordt soms versterkt door wat de onderzoekers noemen de procedurele attitude van bestuursorganen. In de ogen van burgers realiseren bestuurders en ambtenaren zich soms onvoldoende hoezeer zij zich kunnen vereenzelvigen met een genomen beslissing. De derde kan dan het gevoel krijgen, dat hij wel formeel bedenkingen kan indienen, maar dat daar toch niet naar wordt geluisterd.

De onderzoekers benadrukken dat het zowel voor het draagvlak als voor de kwaliteit van het besluit van groot belang is, dat in de bedenkingenfase een reële, inhoudelijke discussie over het ontwerp-besluit mogelijk is. Dit vergt van het bestuursorgaan een zekere distantie ten opzichte van eerder ingenomen standpunten. Zij wijzen er op dat deze distantie in de bedenkingenfase, anders dan in de bezwaarfase, niet wettelijk gewaarborgd is. Terecht wijzen zij er echter op, dat het niet alleen om wettelijke, maar ook om feitelijke distantie gaat. Het behoort gewoon tot de taak van het bestuursorgaan om de standpunten van derden zorgvuldig mee te wegen; een afwerende houding ten opzichte van derden is daarom ongepast.

De Commissie kan deze analyse slechts onderschrijven, maar betwijfelt of wetswijziging veel aan het bereiken van de vereiste distantie kan bijdragen. Het is veeleer aan bestuursorganen om - bijvoorbeeld in de sfeer van de opleidingen - voldoende aandacht te schenken aan een correcte bejegening van derden. De Commissie wijst er daarbij wel op, dat er nu eenmaal gevallen zijn waarin de kans dat de bedenkingen tot een ander besluit leiden inderdaad klein is, eenvoudig omdat in het concrete geval de wettelijke voorschriften of het staande beleid weinig ruimte laten voor een ander besluit. Maar ook als een ander besluit wel denkbaar is, is het goed mogelijk dat het bestuursorgaan in

¹⁸ Commissie Wetgeving algemene regels van bestuursrecht, Voorontwerp van Wet elektronisch bestuurlijk verkeer, Den Haag, 18 april 2001, ook te vinden op www.minjust.nl, onder Beleid/Thema's/Awb/ Voorontwerpen.

de bedenkingen in redelijkheid geen aanleiding hoeft te zien om op zijn aanvankelijke standpunt terug te komen. Van bestuursorganen mag dan echter wel worden gevergd, dat zij aan de indieners van bedenkingen voldoende duidelijk maken dat en waarom dit het geval is.

2.3.4 De 'formele fuik' in de bedenkingenfase

Bij besluiten die openbaar worden voorbereid, komt in de bedenkingenfase de ketenbenadering prominent naar voren. Bij deze besluiten is vanaf het allereerste besluitvormingsmoment tot en met het beroep op de rechter sprake van een door vormen van zeefwerking verkregen toespitsing van het geschil. Zo is een beroep bij de rechter in beginsel slechts ontvankelijk voorzover tijdig bedenkingen zijn ingediend (zie bijv. art. 20.6 Wet milieubeheer).

Het is voor de belanghebbende dus van groot belang zijn bedenkingen tijdig in te dienen. De Utrechtse onderzoekers constateren dat het risico van niet-ontvankelijkheid wegens termijnoverschrijding hier groter is dan in een bezwaarschriftprocedure, omdat de rechtspraak geen pro-forma bedenkingen aanvaardt. Een bezwaarschrift kan worden ingediend onder de mededeling dat de gronden later zullen worden aangevuld, maar bij bedenkingen heeft de Afdeling bestuursrechtspraak uit de artikelen 3:24 en 3:25 Awb afgeleid dat deze binnen de indieningstermijn van vier weken tenminste beknopt gemotiveerd moeten worden. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak dwingt de systematiek van afdeling 3.5 Awb, in het bijzonder de noodzaak om de daarin neergelegde beslistermijnen te handhaven, tot dit oordeel.¹⁹ Dit wordt wel de 'formele fuik' genoemd. De onderzoekers menen, dat deze 'fuik' zou moeten worden verzacht. De Commissie wijst er op, dat dit reeds in zekere mate geschiedt in het wetsvoorstel uniforme openbare voorbereidingsprocedure²⁰, waarin de termijn voor het indienen van bedenkingen wordt verlengd tot zes weken. De Commissie ziet geen aanleiding om een verdergaande aanbeveling te doen.

2.3.5 Onverplicht horen?

De Awb verplicht bestuursorganen in bepaalde, maar lang niet in alle, gevallen om belanghebbenden te horen voordat een primair besluit wordt genomen (afd. 4.1.1. Awb). De Utrechtse onderzoekers (blz. 15) zijn van mening dat het horen in de primaire fase en het al dan niet indienen van een bezwaarschrift tot op zekere hoogte communicerende vaten zijn: wanneer intensief vooroverleg heeft plaatsgehad zal er in de meeste gevallen minder behoefte bestaan aan het indienen van een bezwaarschrift. Het is daarom van belang dat bestuursorganen in onverplichte gevallen, vaker dan thans het geval is, nagaan of horen uitkomst zou kunnen bieden. Ook belanghebbenden zouden vaker contact kunnen zoeken met medewerkers van het bestuursorgaan om informatie aan te leveren en om uitleg te vragen, voordat bezwaar wordt ingediend. De onderzoekers sluiten niet uit dat de standaardformule in besluiten waarin gewezen wordt op de mogelijkheid van bezwaar- en beroep (artikel 3:45 Awb) een contentieuze cultuur in de hand werkt. Bestuursorganen zouden de belanghebbenden in hun correspondentie nadrukkelijker kunnen wijzen op de mogelijkheid van overleg. Deze aanpak kan er toe leiden dat de bezwaarfase achterwege blijft, aldus de onderzoekers.

De Commissie meent dat het zeker zinvol kan zijn om in gevallen die zich daarvoor lenen, na te gaan of het horen van belanghebbenden, ook al is dat niet verplicht, kan bijdragen aan de kwaliteit van de primaire besluitvorming. Zij voegt hier echter aan toe dat uit ander onderzoek is gebleken dat dit niet noodzakelijkerwijs tot minder bezwaarschriften leidt.²¹ Soms blijken belanghebbenden uit het feit dat zij worden gehoord juist af te leiden dat 'er over te praten valt', en zien zij dit als een stimulans om de discussie in bezwaar voort te zetten.

¹⁹ABRS 2 januari 1996, AB 1996,181 m.nt. FM.

²⁰ Kamerstukken I 2000/01, 27 023, nr. 177.

²¹ Zie M.S. Beerten, e.a. *Aspecten van financiële beschikkingverlening*, Deventer 1999, blz. 60-65; A.J.G.M. van Montfort, *Biedt de Awb steun?*, Groningen 1996, blz. 60-65; M. Herweijer en R.A. van de Peppel, *Eerst bezwaar maken en daarna wellicht nog in beroep: het perspectief van de belanghebbende*, in: F.A.M. Stroink (red.), *Vijf jaar JB en Awb*, Den Haag, 1999, blz. 46-50.

Dat bestuursorganen burgers wijzen op de mogelijkheid van overleg, is slechts zinvol als er een reële mogelijkheid is dat dit overleg ook tot een ander besluit kan leiden. Er zijn vele besluiten - zoals gebonden beschikkingen waarvan de inhoud sterk door de toepasselijke wettelijke voorschriften wordt bepaald - waarbij dit niet of slechts in beperkte mate het geval is. Wel zou het ook in die gevallen nuttig kunnen zijn, als bestuursorganen vaker uitdrukkelijk de mogelijkheid zouden bieden om een nadere toelichting op het besluit te krijgen, zodat niet louter met dat doel bezwaar hoeft te worden gemaakt.

2.4 De bezwaarfase

2.4.1 De toegevoegde waarde van de bezwaarschriftprocedure

Als tegen een besluit beroep bij de bestuursrechter openstaat, dient dat beroep te worden voorafgegaan door een bezwaarschriftprocedure, tenzij

- het besluit op bezwaar of administratief beroep is genomen;
- het besluit aan goedkeuring is onderworpen;
- het besluit de (weigering van) goedkeuring van een ander besluit inhoudt;
- het besluit is voorbereid met toepassing van een van de in afdeling 3.5 geregelde procedures (artikel 7:1 Awb).

Het Amsterdamse onderzoek laat zien dat de bezwaarprocedure een zinvolle bijdrage kan leveren aan de geschilbeslechting. Deze vaststelling is van toepassing voor alle onderzochte besluiten. Vooral bij WAO-besluiten is de toegevoegde waarde groot vanwege de mogelijkheid om in deze fase nieuwe punten naar voren te brengen. Ook kan bij deze categorie van besluiten in de bezwaarfase het persoonlijke relaas van de werknemer bij de beslissing worden betrokken en kan nieuwe informatie beschikbaar komen die leidt tot nieuwe inzichten.

Het onderzoek bevestigt aldus het in beginsel positieve beeld van de bezwaarschriftprocedure dat ook reeds uit de eerste evaluatie naar voren kwam. Uit die evaluatie kwam anderzijds ook naar voren, dat de bezwaarschriftprocedure in sommige gevallen als een nodeloze ‘herhaling van zetten’ werd ervaren. Het Amsterdamse onderzoek brengt op laatstgenoemde bevindingen twee belangrijke nuanceringen aan. In de eerste plaats laat het onderzoek zien dat verschillende belanghebbenden op verschillende tijdstippen in de procedure betrokken raken. Wat voor sommigen een herhaling van zetten betekent is voor anderen dus juist een eerste kans om te participeren.

In de tweede plaats blijken burgers een herhaling van zetten niet altijd negatief te ervaren. Vanuit het perspectief van de burger wordt de toegevoegde waarde van een bepaalde fase in de besluitvorming niet uitsluitend of zelfs maar primair bepaald door het al dan niet aan de orde komen van nieuwe gezichtspunten, maar vooral door de mate waarin serieus met de argumenten van de burger wordt omgegaan. Voor de burger kan de toegevoegde waarde van bijvoorbeeld de bezwaarschriftprocedure dus ook liggen in het feit, dat reeds eerder aangevoerde argumenten nog eens opnieuw worden bekeken. Deze toegevoegde waarde neemt vanuit het perspectief van de burger toe, naarmate degene die de zaak opnieuw beoordeelt, deskundiger en ten opzichte van de eerdere beslisser onafhankelijker is, en naarmate er meer ruimte is voor een echte inhoudelijke discussie.

2.4.2 De zeefwerking van de bezwaarschriftprocedure

De Utrechtse onderzoekers constateren dat de zeefwerking van de bezwaarprocedure niet altijd tot haar recht komt. Bestuursorganen gebruiken deze procedure soms als een voorbereiding op de beroepsfase. Door een te grote nadruk op de juridische dimensie vindt dikwijls geen heroverweging van de doelmatigheid plaats en wordt het conflictoplossend vermogen van de bezwaarprocedure niet altijd ten volle benut, aldus de onderzoekers. Het probleem kan volgens de onderzoekers worden opgelost door de juridische inbreng in de bezwaarfase terug te dringen ten gunste van inhoudelijke en politiek/bestuurlijke expertise, alsmede deskundigheid op het terrein van de conflictbemiddeling. De onderzoekers doen verder nog de suggestie om te werken met een systeem zoals in Australië, waar

een systeem geldt dat het best te vergelijken is met een externe bezwaarcommissie, met dien verstande dat deze 'bezwaarcommissie' het laatste woord heeft. Naar het oordeel van de Commissie is deze figuur niet goed in het Nederlandse bestuursrecht in te passen.

De Commissie merkt verder op dat reeds in de eerste evaluatie is vastgesteld dat bestuursorganen in de bezwaarfase soms te veel nadruk leggen op de rechtmatigheidstoetsing.²² De uitkomsten van deze tweede evaluatie wijzen er op dat deze conclusie nog steeds actueel is. In sommige gevallen draagt de behandeling van bezwaarschriften door een externe adviescommissie bij aan deze nadruk op rechtmatigheidstoetsing. Deze commissies voelen zich door hun afstand tot het beleid soms niet vrij om dit naar aanleiding van een concreet geval ter discussie te stellen. Anderzijds blijkt uit het Amsterdamse onderzoek dat burgers het doorgaans waarderen als hun bezwaarschrift door een externe commissie wordt behandeld, omdat zij menen dat zo'n commissie gemakkelijker afstand zal kunnen nemen en in de praktijk ook neemt van de bestreden beslissing. De Amsterdamse onderzoekers spreken dan ook een voorkeur uit voor de behandeling van bezwaarschriften door een externe commissie.

De Commissie meent, dat hier geen algemene lijn kan worden getrokken. Niet voor niets laat de Awb juist de ruimte om bezwaarschriften op verschillende manieren te behandelen. Welke wijze van behandeling het meest aangewezen is, hangt sterk af van de aard van het bestreden besluit en de aard van het geschil. Bestuursorganen zullen dus per categorie besluiten de voor- en nadelen van een bepaalde wijze van behandeling - bijvoorbeeld al dan niet door een externe commissie - moeten afwegen.

Voor bemiddeling geldt iets soortgelijks. Er zijn zeker gevallen die zich lenen voor bemiddeling. De Awb biedt daarvoor ook ruimte. Zo kan bijvoorbeeld de termijn waarbinnen op een bezwaarschrift moet worden beslist, in afwachting van de uitkomst van een bemiddelingspoging worden opgeschort, mits belanghebbenden daarmee instemmen (art. 7:10, vierde lid, Awb). Maar lang niet alle geschillen lenen zich voor bemiddeling: de Commissie wijst wederom op het bestaan van sterk gebonden besluiten.

2.4.3 De inrichting van de bezwaarschriftprocedure

Zowel de Utrechtse als de Amsterdamse onderzoekers wijzen er op dat het van groot belang is dat degenen die een bezwaarschrift feitelijk behandelen over voldoende - technische, c.q. medische en juridische - deskundigheid beschikken. Het Amsterdamse onderzoek laat zien, dat met name in WAO-zaken een actieve betrokkenheid van deskundigen in de ogen van burgers in hoge mate bepalend is voor de toegevoegde waarde van de bezwaarschriftprocedure.

Van belang is ook, dat er voldoende ruimte is voor een inhoudelijk debat over de bestreden beslissing. De Commissie wijst op de mogelijkheid hierin te voorzien door een vertegenwoordiger van het bestuursorgaan die betrokken is geweest bij de primaire beslissing, in de gelegenheid te stellen het standpunt toe te lichten. Indien het bezwaarschrift wordt behandeld door een externe adviescommissie, is dit reeds wettelijk voorgeschreven (artikel 7:13, zesde lid, Awb). Ook in gevallen waarin dit niet wettelijk is voorgeschreven zouden bestuursorganen er toe kunnen overgaan deze werkwijze toe te passen. Een positief neveneffect hiervan is de ruimte die hiermee wordt gegeven aan degenen die horen om tijdens de hoorzitting nog geen blijk te geven van hun oordeel.²³

2.4.4 Flexibilisering van de bezwaarschriftprocedure

Het voorgaande laat onverlet, dat zowel de Amsterdamse als de Utrechtse onderzoekers bevestigen dat er ook gevallen zijn waarin de bezwaarschriftprocedure weinig toegevoegde waarde heeft, bijvoorbeeld omdat een principiële meningsverschil over een rechtsvraag voorligt waarvan bij voorbaat vaststaat dat partijen daarover het oordeel van de rechter willen inwinnen. Dit was ook reeds uit de eerste evaluatie naar voren gekomen. Naar aanleiding daarvan is inmiddels het wetsvoorstel

²² Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996, Den Haag 1996, blz. 50.

²³ Zie ook paragraaf 2.3.3.

rechtstreeks beroep ingediend²⁴, dat het mogelijk maakt om de bezwaarschriftprocedure over te slaan als het bestuursorgaan en de belanghebbenden daarmee instemmen. De Commissie ziet dan ook geen aanleiding om op dit punt nog aanbevelingen te doen.

2.5 De ‘argumentatieve fuik’

De Utrechtse onderzoekers gaan uitvoerig in op de zogenaamde ‘argumentatieve fuik’.²⁵ Ook in het deelonderzoek naar het hoger beroep wordt deze aan de orde gesteld. De ‘argumentatieve fuik’ bestaat in de meest scherpe vorm bij besluiten die openbaar worden voorbereid. Daar houdt hij in dat de in beroep bij de rechter opgeworpen bezwaren slechts ontvankelijk zijn, voor zover zij hun grondslag vinden in door de betrokken appellants tegen het ontwerpbesluit ingebrachte bedenkingen, respectievelijk betrekking hebben op wijzigingen die ten opzichte van het ontwerpbesluit zijn aangebracht.²⁶ De Afdeling bestuursrechtspraak leidt uit de regel van artikel 20.6, tweede lid, Wet milieubeheer, dat beroep slechts openstaat voor degenen die bedenkingen tegen het ontwerpbesluit hebben ingediend, af dat de beroepsgronden ook inhoudelijk moeten voortbouwen op eerder ingediende bedenkingen.

Daarnaast is soms sprake van een argumentatieve of bewijsfuik, doordat de rechter - met name de Afdeling bestuursrechtspraak - oordeelt dat bepaalde beroepsgronden, feitelijke gegevens of bewijsmiddelen buiten beschouwing moeten blijven, omdat de belanghebbende deze pas in de beroepsfase voor het eerst aanvoert, terwijl hij dit ook reeds in de fase van de bestuurlijke heroverweging had kunnen doen.

In het Utrechtse onderzoek, maar ook in het onderzoek naar het hoger beroep (par. 7.4.2 onder c van het onderzoeksrapport) wordt gewezen op de nadelen van deze ‘fuik’. Deze kan leiden tot een verbreding van het geschil, doordat de belanghebbende zich genoodzaakt voelt om reeds in de bedenkingen- of bezwaarfase zekerheidshalve maar zoveel mogelijk bezwaren aan te voeren. Voorts kan hij leiden tot een juridisering van de bedenkingen- en de bezwaarfase: als het juridisch nauw gaat luisteren wat er precies bij het bestuur wordt aangevoerd, zullen daarover ook meer geschillen ontstaan en zal de behoefte aan professionele rechtsbijstand in die fase toenemen. Dit staat min of meer haaks op de bedoeling van de wetgever, die juist het relatief informele karakter van de bedenkingen- en bezwaarprocedures heeft willen benadrukken.

De Commissie wil vooropstellen dat zij het op zichzelf voor een doelmatige besluitvorming van groot belang acht, dat ook belanghebbenden gegevens, argumenten en bewijs in een zo vroeg mogelijk stadium van de procedure naar voren brengen. Niettemin is ook de Commissie van oordeel, dat de ‘argumentatieve fuik’ in zijn huidige vorm tot een te sterke juridisering van de bestuurlijke besluitvorming leidt. Derhalve meent de Commissie dat de rechter gegevens, bewijsmiddelen of beroepsgronden in beginsel niet buiten beschouwing zou moeten laten op de enkele grond, dat zij niet bij het bestuur zijn ingebracht.²⁷

Wat de bedenkingenfase betreft, ligt een en ander genuanceerder. Het gaat daarbij vaak om complexe besluiten die uit vele onderdelen bestaan; aan een milieuvergunning bijvoorbeeld, kunnen vele tientallen pagina’s voorschriften verbonden zijn. Het is dan voor de rechter niet goed doenlijk, althans onevenredig bewerkelijk, om een onderdeel te beoordelen dat in de bedenkingenfase in het geheel niet aan de orde is gesteld. Maar als een onderdeel in de bedenkingenfase wel is aangevochten, zouden tegen dat onderdeel in de beroepsfase wel nieuwe gronden of argumenten moeten kunnen worden aangevoerd.

²⁴ Kamerstukken 2000/01, 27 563, nrs. 1-3.

²⁵ Dit begrip is door L.J.A. Damen geïntroduceerd in zijn bijdrage Rechtsvorming door de bestuursrechter onder de Awb, in: F.A.M. Stroink e.a (red.), Vijf jaar JB en Awb, Den Haag 1999, p. 9-37.

²⁶ ABRS 9 mei 1995, Gst. 1995, 7014, nr. 9 en M en R 1996, nr. 86.

²⁷ In het onderzoek naar het hoger beroep wordt er in dit verband op gewezen dat er ook andere mogelijkheden zijn om een verwijtbaar te laat inbrengen van gronden, gegevens of bewijs te sanctioneren, bijvoorbeeld door de proceskosten voor rekening van de belanghebbende te laten, of door bij de vaststelling van een eventuele schadevergoeding een zekere mate van ‘eigen schuld’ van de belanghebbende te verdisconteren. Zie paragraaf 3.3.5.

Aanbeveling:

De rechter dient gegevens, bewijsmiddelen of beroepsgronden die in beroep worden aangevoerd, niet buiten beschouwing te laten op de enkele grond, dat zij niet in de bestuurlijke fase zijn ingebracht, tenzij zij deze betrekking hebben op een onderdeel van het besluit dat in de bestuurlijke fase in het geheel niet is aangevochten.

2.6 Het beroep bij de rechter

2.6.1 Algemeen

De Utrechtse onderzoekers constateren dat rechters in eerste aanleg nog wel eens worden geconfronteerd met zaken die vanwege de nadruk op doelmatigheidsvragen in bezwaar hadden moeten worden afgedaan. De onderzoekers zijn daarom van mening dat de ‘bestuurlijke lus’ – door de onderzoekers opgevat als de bevoegdheid van de rechter om het bestuur in een tussenuitspraak uit te nodigen een in het besluit gemaakte fout te herstellen – hier van nut zou kunnen zijn. Verder geven zij in overweging om een verlostelsel voor beroep naar Engels model in te voeren. De Engelse rechter in eerste aanleg zal een bestuursrechtelijk geschil pas in behandeling nemen als hij het de moeite van behandeling waard vindt. Bij een vergelijkbare bevoegdheid aan de Nederlandse bestuursrechter zouden zaken waarin de doelmatigheid van het besluit centraal staat kunnen worden afgevangen, aldus de onderzoekers.

De Utrechtse onderzoekers stellen tevens dat de colleges in hoger beroep met een groot aantal kansloze zaken worden geconfronteerd, die onevenredig veel tijd en aandacht zouden vergen. Daarom pleiten zij voor het invoeren van hogere drempels voor het hoger beroep, bijvoorbeeld in de vorm van een verlof- of grievensstelsel of hogere financiële drempels.

Wat het beroep in eerste aanleg betreft, is de Commissie van oordeel dat de zogenaamde ‘bestuurlijke lus’ inderdaad positieve effecten zou kunnen hebben. De regering heeft echter al aangekondigd invoering hiervan te overwegen.²⁸ Wat het hoger beroep betreft biedt het Utrechtse onderzoek naar het oordeel van de Commissie onvoldoende basis om te concluderen dat het aantal kansloze zaken zo groot is, dat hogere drempels nodig zijn. Ook uit het specifiek op het hoger beroep gerichte onderzoek blijkt niet van een behoefte daaraan.

2.6.2 Het begrip belanghebbende

De Utrechtse onderzoekers constateren dat als er financiële belangen op het spel staan, belanghebbenden nogal eens de neiging hebben alle beschikbare rechtsmiddelen uit te putten. Hetzelfde verschijnsel doet zich voor bij ideële organisaties, zoals milieugroepen. Door een positieve bejegening van belanghebbenden door het bestuursorgaan kan worden voorkomen dat onnodig gebruik wordt gemaakt van bezwaar- en beroepsmogelijkheden. De Commissie onderschrijft dit.

De Commissie is voorts van oordeel, dat er op onderdelen aanleiding is voor een herbezinning op de invulling van het begrip belanghebbende als bedoeld in artikel 1:2 Awb. Bij de huidige stand van de jurisprudentie is voor de toegang tot de beroepsprocedure voldoende, dat men rechtstreeks in enig belang is geraakt. Vervolgens kan men zich bij de rechter beroepen op alle toepasselijke voorschriften, met inbegrip van voorschriften die in het geheel niet strekken tot bescherming van het belang waarin men is geraakt. Er geldt, met andere woorden, geen relativiteits- of ‘Schutznorm’-vereiste. Dit kan er bijvoorbeeld toe leiden dat derden zich bij een bouwvergunning beroepen op strijd met de technische eisen van het Bouwbesluit, terwijl hun werkelijke belangen van geheel andere aard zijn en niet door deze technische voorschriften worden beschermd. Men kan zich afvragen of aldus niet een enigszins oneigenlijk gebruik van de beroepsprocedure wordt gemaakt.

Dit is echter een complex en veelomvattend vraagstuk. De Commissie wil daarom in dit verband niet verder gaan dan een aanbeveling om nader onderzoek te doen naar de invulling van het belanghebbende-begrip in relatie tot een doelmatig gebruik van procedures.

²⁸ Kamerstukken II 1998/99, 26 360, nr. 1, blz. 39.

Aanbeveling:

De Ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties zouden nader onderzoek moeten doen verrichten naar knelpunten die de huidige invulling van het belanghebbende-begrip in de praktijk oplevert.

2.6.3 De actieve rechter

De Amsterdamse onderzoekers zien de actieve opstelling van de rechter als een belangrijk kenmerk van het bestuursprocesrecht. De bestuursrechter dient in hun visie actief op zoek te gaan naar de materiële waarheid en heeft daartoe een aantal bevoegdheden gekregen. Zo kan hij partijen oproepen (artikel 8:27 en artikel 8:44 Awb), getuigen oproepen (artikel 8:46, tweede lid Awb) en kan hij ambtshalve feiten aanvullen (artikel 8:69, derde lid, Awb), al dient hij zich daarbij te beperken tot de omvang van het geding (artikel 8:69, eerste lid, Awb).

Deze actieve opstelling stelt de rechter in staat waar nodig de ongelijke positie tussen (zwakke) burger en (sterke) overheid te compenseren. In het onderzoek naar de ervaringen met WAO-procedures wordt geconcludeerd dat rechters zich sinds de invoering van de bezwaarschriftprocedure in medische geschillen lijdelijker zijn gaan opstellen. Dit zou zich uiten in een minder actieve houding op de zitting, minder eigen onderzoek en een minder indringende toetsing. Ook zijn de onderzoekers van oordeel dat de deskundigheid van rechters is verminderd als gevolg van het roulatiebeleid bij de rechtbanken. Met de snel veranderende regelgeving wordt het tekort aan specialistische kennis gevoeld als een gemis. De onderzoekers zien een oplossing in de beperking van het roulatiebeleid van de rechtbanken, waardoor onder rechters meer specialistische kennis van afzonderlijke gebieden wordt opgebouwd, hetgeen een actievere opstelling kan bevorderen.

Daargelaten of er een verband bestaat tussen de wijze van toetsing door de rechter in eerste aanleg en het roulatiebeleid is de Commissie van oordeel dat het onderzoek *te weinig basis* biedt om uitspraken te doen over de veelomvattende problematiek van de voor- en nadelen van specialisatie binnen de rechtsprekende macht. Dat de rechter in eerste aanleg sedert de invoering van de Awb op iets andere wijze is gaan toetsen, houdt naar het oordeel van de Commissie vooral verband met het centraal stellen van de rechtsbeschermingsfunctie van het bestuursprocesrecht (zie par. 3.3.1) en - specifiek waar het medische geschillen betreft - met de invoering van de medische bezwaarschriftprocedure.

2.6.4 Deskundigen in de rechterlijke fase

Op grond van artikel 8:47, eerste lid, Awb kan de rechtbank ten behoeve van het vooronderzoek een deskundige benoemen. Partijen kunnen de rechter verzoeken om van deze onderzoeksbevoegdheid gebruik te maken. Burgers hechten veel waarde aan de inbreng van deskundigen, omdat zij een beslissende invloed kunnen hebben. De Amsterdamse onderzoekers constateren opvallende verschillen tussen WAO-zaken en milieuzaken. In beroepszaken tegen milieuvergunningen wint de Afdeling bestuursrechtspraak in de regel een advies in van de Stichting advisering bestuursrechtspraak (Stab). Voor de indiener van het beroep zijn daaraan geen kosten verbonden.

In WAO-zaken benoemt de rechter naar de ervaring van de regelmatige bezwaarmakers niet vaak een deskundige. De onderzoekers zijn van oordeel dat de budgetten die de rechtbanken kunnen besteden aan deskundigen, een rol spelen bij de afname van het aantal deskundigen dat de rechtbanken in WAO-zaken benoemen. De rechtbanken voeren het beleid dat slechts een onafhankelijke deskundige wordt benoemd indien de appellante voldoende aannemelijk maakt dat de rapporten die door de uitvoeringsinstelling zijn opgesteld mogelijk onjuistheden bevatten.

De onderzoekers dragen een tweetal oplossingen aan. De eerste oplossingsrichting zou het herstel van de praktijk kunnen zijn waarbij de rechtbank in WAO-zaken waarin de kennis van een deskundige bepalende is voor de uitkomst van het geschil, een onafhankelijke deskundige benoemt. Een tweede oplossing zou volgens de onderzoekers een voorziening analoog aan die van de Wet op de rechtsbijstand kunnen zijn.

De Commissie is van oordeel dat het uitgangspunt dat de rechter in medische geschillen slechts een deskundige benoemt als er aanleiding is de juistheid van het door het bestuur ingewonnen deskundigenoordeel te betwijfelen, een logisch en aanvaardbaar gevolg is van de introductie van de bezwaarprocedure voor medische geschillen. Voorts merkt de Commissie op dat haar bekend is dat op dit moment een nieuw financieringsmodel voor de rechterlijke macht wordt voorbereid, waarin een toereikend budget voor de zogenaamde gerechtskosten, waaronder begrepen de kosten voor het benoemen van deskundigen, zal zijn verzekerd.

2.6.5 De volledigheid van de rechterlijke uitspraak

Op grond van artikel 8:69, eerste lid, Awb doet de rechter uitspraak op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Artikel 8:77 Awb bepaalt in het eerste lid dat de schriftelijke uitspraak de gronden van de beslissing moet bevatten. In het tweede lid is bepaald dat bij gegrondverklaring in de uitspraak wordt vermeld welke geschreven of ongeschreven rechtsregel of welk algemeen rechtsbeginsel geschonden wordt geoordeeld.

In het onderzoek wordt geconcludeerd dat in de uitspraken van de bestuursrechter vaak niet op alle aangevoerde standpunten en argumenten ingegaan. De rechter beperkt zich dan in de onderbouwing tot een deel van de beroepsgronden. Dit is bij een *ongegrondverklaring* van het beroep moeilijk te accepteren, omdat dan in het midden blijft waarom het besluit niet kon worden vernietigd op één van de onbesproken gronden. Het kan voorkomen dat het geschil blijft voortleven na de rechterlijke uitspraak waarin de burger in het gelijk is gesteld. Bovendien moet de gehele procedure opnieuw worden doorlopen als de overgebleven rechtsvraag zich in een volgend geval weer voordoet.

De Amsterdamse onderzoekers verwijzen in dit verband naar een oplossing die in de literatuur door verschillende auteurs is voorgesteld.²⁹ Deze komt er op neer dat de rechter niet volstaat met het constateren van een gebrek in het te vernietigen besluit, maar verder gaat door ook van het bestuursorgaan te vragen kenbaar te maken welke beslissing het denkt te gaan nemen in de plaats van het vernietigde besluit. Daardoor wordt zichtbaar in hoeverre andere twistpunten relevant zijn voor de uiteindelijke uitkomst van het geschil. Het wordt dan voor de rechter mogelijk om te oordelen over de gezamenlijke beroepsgronden die aan de oplossing van het geschil bijdragen. Deze constructie wordt ook wel aangeduid als de 'bestuurlijke lus'.

De Commissie onderschrijft de noodzaak van een adequate motivering van rechterlijke uitspraken, die een partij voldoende duidelijk maakt waarom zij in het ongelijk wordt gesteld, maar ook voor buitenstaanders voldoende inzichtelijk en controleerbaar is.

Wat de bestuurlijke lus betreft verwijst de Commissie naar paragraaf 2.6.1.

2.7 Tijdigheid

Uit beide onderzoeken blijkt helaas wederom, dat het bestuur de wettelijke termijnen voor het nemen van beslissingen veelvuldig overschrijdt. Ook verdagingsbesluiten worden niet stelselmatig genomen. De Amsterdamse onderzoekers voegen daar aan toe, dat de thans bestaande mogelijkheid van beroep wegens niet tijdig beslissen (art. 6:2 Awb) geen effectief rechtsmiddel tegen deze termijnoverschrijdingen biedt en nodeloos omslachtig is. Zij stellen in dit verband enige verbeteringen voor. De Utrechtse onderzoekers wijzen nog op het belang van door het bestuur te nemen organisatorische maatregelen, zoals een effectief systeem van voortgangsbewaking.

²⁹ Daarover B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien. Over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen* (diss. Utrecht), Zwolle 1994; A.R. Neerhof, 'Van effectieve bestuursrechters en geschillen die voorbijgaan...? De bevoegdheden van de bestuursrechter om geschillen definitief op te lossen', *JB-plus* 1999, p. 71-87; J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten* (oratie Leiden), Deventer 2000 en B.J. van Ettekoven, *Alternatieven voor de bestuursrechter (observaties vanuit de eerste lijn)*, VAR-reeks 126, Den Haag 2001.

De Commissie onderschrijft volledig het belang van tijdige besluitvorming. Zij wijst er echter op dat op dit punt reeds verscheidene wettelijke voorzieningen in voorbereiding zijn. De regering heeft aan de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht advies gevraagd over een mogelijke herziening van artikel 6:2 Awb.³⁰ Bij financiële besluiten voorziet de vierde tranche van de Awb in de verschuldigdheid van wettelijke rente bij te late besluitvorming. Dit biedt echter slechts soelaas, als de belanghebbende inderdaad een financiële aanspraak jegens de overheid heeft, niet als het te lang duurt om vast te stellen dat dit niet het geval is. Overigens onderschrijft de Commissie het oordeel van de Utrechtse onderzoekers, dat het in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van bestuursorganen is, om deugdelijke organisatorische voorzieningen te treffen om tijdige besluitvorming te waarborgen.

Voor het beroep bij de rechter geldt geen wettelijke termijn voor de gehele duur van de procedure van de indiening van het beroepschrift tot de bekendmaking van de uitspraak. Voor althans het overgrote deel van het bestuursrecht geldt echter wel de in artikel 6 EVRM neergelegde eis van berechting binnen een redelijke termijn. Ook los daarvan is het van groot maatschappelijk belang, dat tijdig op beroepen wordt beslist. De rechtsprekende macht is zich daarvan ook bewust, hetgeen onder meer blijkt uit de recent door de diverse rechterlijke colleges vastgestelde procesregelingen.³¹ Deze procesregelingen, die richtlijnen geven voor de hantering van de in hoofdstuk 8 Awb neergelegde processuele bevoegdheden, hebben uitdrukkelijk mede tot doel om procedures te versnellen.

³⁰ Zie de notitie 'Termijnen voor bestuur en rechter', Kamerstukken II 2000/01, 27 461, nr. 1.

³¹ Zie voor de Procesregeling bestuursrecht van de rechtbanken Stcrt. 2001, 189 (ook te vinden op www.rechtspraak.nl, onder landelijke regelingen en reglementen). Binnenkort zullen ook voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (onderling afgestemde) procesregelingen in werking treden.

3.1 De wettelijke regeling

Sedert 1 januari 1994 kan tegen uitspraken van de rechtbanken in bestuursrechtelijke zaken hoger beroep worden ingesteld bij hetzij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, hetzij de Centrale Raad van Beroep. Voor het bestuursrecht was de figuur van hoger beroep op zichzelf niet nieuw: in het sociaal zekerheidsrecht bestond zij al sedert 1901, in het ambtenarenrecht sedert 1929 (in beide gevallen bij de Centrale Raad van Beroep). Maar in 1994 is de mogelijkheid van hoger beroep sterk uitgebreid. Sedertdien staat ook hoger beroep open in - grof gezegd - het grootste deel van de zaken waarover voordien de rechtsprekende afdelingen van de Raad van State in eerste en enige aanleg oordeelden, met uitzondering van milieuzaken en bestemmingsplanzaken.³² Bovendien werd het hoger beroep ook op de terreinen waar het al langer bestond, belangrijk vernieuwd door de invoering van een nieuw procesrecht.

Na 1994 is het belang van het hoger beroep nog verder toegenomen. Op 1 januari 1998 werd tegen besluiten op grond van de Mededingingswet beroep opengesteld bij de rechtbank Rotterdam, met hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Deze rechtsgang is nadien nog in reeks andere wetten op het terrein van het economisch bestuursrecht ingevoerd.³³ Voorts is per 1 januari 2001 hoger beroep (bij de Centrale Raad van Beroep) opengesteld in studiefinancieringszaken, en is per 1 april 2001 een specifieke vorm van hoger beroep (bij de Afdeling bestuursrechtspraak) in vreemdelingenzaken ingevoerd. Deze laatste drie categorieën zaken zijn overigens niet in deze evaluatie betrokken, omdat ten tijde van het onderzoek nog niet of nauwelijks uitspraken voorhanden waren.

Hoger beroep staat open tegen uitspraken van de rechtbank, met uitzondering van uitspraken waarbij het beroep kennelijk (on)gegrond of niet-ontvankelijk is verklaard, alsmede tegen uitspraken van de president waarbij naar aanleiding van de behandeling van een verzoek om voorlopige voorziening tevens het bodemgeschil is beslist (art. 8:86 Awb). Tegen de beslissing op een verzoek om voorlopige voorziening staat geen hoger beroep open. Behalve in het sociale zekerheidsrecht (art. 19 Beroepswet) heeft het hoger beroep geen schorsende werking.

3.2 Het onderzoek

Het deelonderzoek hoger beroep is uitgevoerd door een onderzoeksgroep van de Universiteit Utrecht, de Universiteit Maastricht en de Katholieke Universiteit Brabant met medewerking van de Vrije Universiteit, bestaande uit prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven (UU), mr. R.J.N. Schlössels (UM), prof. mr. F.A.M. Stroink (UM), prof. mr. J.B.J.M. ten Berge (UU), mr. A.J. Bok (UU), mr. W.J.M. Voermans (KUB), prof. mr. B.W.N. de Waard (KUB) en mr. P.A. Willemsen (VU). Het werd begeleid door een commissie onder voorzitterschap van mr. H.G. Lubberdink, ten tijde van het onderzoek vice-president van het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Het onderzoek heeft bestaan uit een literatuur- en jurisprudentie-onderzoek, een reeks interviews en een dossieronderzoek, waarin bij de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 40 dossiers zijn onderzocht. In het onderzoek stonden twee nauw samenhangende vragen centraal (par. 1.2):

- (a) In hoeverre heeft invoering van rechtspraak in twee instanties bijgedragen aan de door de wetgever beoogde verbetering van de kwaliteit van de rechtspraak?

³² Voor een uitvoeriger beschrijving van het thans bestaande stelsel van bestuursrechtspraak zij verwezen naar de nota "Keuzen voor de bestuursrechtspraak", Kamerstukken II 2000/01, 26 352, nr. 47. De nota zelf is te vinden op www.minjust.nl, onder Beleid/Thema's/Awb/Nota's.

³³ Zie voor een opsomming de bijlage bij de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie.

(b) Welke ervaringen zijn opgedaan met de toepassing van het bestuursprocesrecht van hoofdstuk 8 Awb in hoger beroep? Welke knelpunten doen zich voor en wat zou eventueel kunnen worden verbeterd?

Bij de eerste vraag is 'kwaliteit' opgevat als juridische kwaliteit. De onderzoekers hebben dit begrip geoperationaliseerd vanuit vier invalshoeken (par. 2.1):

- de functies van het hoger beroep;
- eisen van internationaal recht;
- beginselen van behoorlijk procesrecht;
- karakteristieken van het bestuursrechtelijk proces.

Bij de tweede vraag zijn, om de omvang van het onderzoek hanteerbaar te houden, nog enkele beperkingen aangebracht. Zo is bijvoorbeeld geen onderzoek gedaan naar de voorlopige voorziening hangende hoger beroep, noch naar de wenselijkheid van hoger beroep tegen beslissingen inzake voorlopige voorzieningen (par. 1.5).

Tegen deze achtergrond zijn in het onderzoek vier - wederom onderling nauw samenhangende - thema's centraal komen te staan (par. 1.2):

- de omvang van het geschil in hoger beroep in relatie tot de functie van het hoger beroep;
- ambtshalve activiteiten van de rechter;
- de behoefte aan enigerlei vorm van incidenteel appèl;
- de toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb in hoger beroep.

Hieronder wordt achtereenvolgens op deze thema's ingegaan. Daarbij wordt ook aandacht besteed aan een kwestie die geen voorwerp van onderzoek was, maar door de onderzoekers zijdelings wordt aangesneden omdat zij samenhangt met het vierde thema: het ontbreken van schorsende werking van het hoger beroep.

Vooraf past nog één belangrijke relativering. De wettelijke regeling van het hoger beroep is betrekkelijk summier. Daardoor heeft de rechtspraak het hoger beroep op nogal wat punten nader moeten vormgeven. Deze jurisprudentie heeft zich sedert 1994 geleidelijk ontwikkeld, en deze ontwikkeling is nog geenszins voltooid. De onderzoekers wijzen er dan ook met nadruk op, dat het beeld dat zij schetsen tot op zekere hoogte een momentopname is (par. 7.1.1). Dit noopt tot een zekere terughoudendheid bij het doen van aanbevelingen.

3.3 De functies van het hoger beroep en de omvang van het geschil

3.3.1 Inleiding

Bij de invoering van het nieuwe bestuursprocesrecht in 1994 heeft de wetgever het standpunt ingenomen, dat de rechtsbescherming van de burger de primaire functie van de bestuursrechtspraak is.³⁴ Daarmee werd afstand genomen van de oudere opvatting, dat ook handhaving van het objectieve publiekrecht een zelfstandige functie van de bestuursrechtspraak is.

Dit had voor het bestuursprocesrecht belangrijke gevolgen. Vanuit de gedachte dat de rechter ook het objectieve publiekrecht moest handhaven, werd vroeger wel verdedigd dat de rechter eigenlijk steeds het gehele bestreden besluit aan alle toepasselijke rechtsregels moest toetsen, ook op punten waarover appellant niet had geklaagd. In bepaalde takken van bestuursrechtspraak - bijvoorbeeld in de sociale zekerheidsrechtspraak - ging de praktijk ook in deze richting; in andere takken - bijvoorbeeld de Arob-rechtspraak - was dit al voor 1994 veel minder het geval.

Sedert de invoering van de Awb is deze traditie van ruime ambtshalve toetsing vrijwel verdwenen. De rechter heeft uit het feit dat de wetgever de rechtsbeschermingsfunctie voorop heeft

³⁴ PG Awb II, blz. 174 r.k.

gesteld, afgeleid dat bij de afbakening van het geschil de wensen van partijen het uitgangspunt behoren te zijn. Men leest dit ook in artikel 8:69, eerste lid, Awb, dat bepaalt dat de rechter uitspraak moet doen 'op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting'. Een zekere mate van ambtshalve toetsing is ook in deze visie niet uitgesloten, maar wel een uitzondering waarvoor een bijzondere rechtvaardiging moet bestaan.

Een en ander heeft tot gevolg gehad, dat de aandacht voor de problematiek van de afbakening van het geschil in vergelijking met het pre-Awb-tijdperk sterk is toegenomen. Ook in de discussie over het hoger beroep speelt deze problematiek een belangrijke rol, omdat juist op dit punt verschillen bestaan tussen de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak en die van de Centrale Raad van Beroep. Daarop wordt hieronder uitvoerig ingegaan. Voor een goed begrip is het echter nodig, eerst enkele opmerkingen te maken over de problematiek van de omvang van het geschil in het algemeen, alsmede over de ambtshalve activiteiten die de rechter in het huidige stelsel nog kan en moet verrichten.

3.3.2 Ambtshalve activiteiten van de rechter

Hoewel de omvang van het geschil in beginsel wordt bepaald door de wensen van partijen, ontplooit de rechter ook ambtshalve activiteiten. Binnen de grenzen van het geschil moet de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvullen (artikel 8:69, tweede lid, Awb). Hieronder verstaat de Commissie in dit verband dat de rechter de door appellant aangevoerde gronden in juridische termen moet 'vertalen'; appellant is immers niet verplicht zijn gronden juridisch te formuleren. Als dus bijvoorbeeld een belanghebbende klaagt dat hij bij de behandeling van zijn bezwaarschrift geen toelichting heeft kunnen geven, dient de rechter dit te interpreteren als een beroep op strijd met artikel 7:2 Awb.

Daarnaast zijn er voorschriften waaraan de rechter ambtshalve moet toetsen. Ambtshalve toetsen is iets anders dan het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden. Ambtshalve aanvullen doet de rechter binnen de grenzen van het geschil, terwijl hij bij ambtshalve toetsing juist buiten de grenzen van het geschil treedt. Bij ambtshalve toetsing geeft de rechter dus een oordeel over een kwestie waarover appellant niet heeft geklaagd. In een op rechtsbescherming gericht bestuursprocesrecht is dit in beginsel niet nodig en niet gewenst.

Volgens de jurisprudentie is de rechter dan ook slechts bevoegd - maar dan ook verplicht - ambtshalve te toetsen aan voorschriften die 'van openbare orde' zijn. Dit zijn voorschriften waarvan de betekenis voor de rechtsorde zodanig is, dat hun gelding moet worden verzekerd ongeacht de wil, de kennis of het belang van partijen. Aldus zijn in ieder geval van openbare orde:

- voorschriften omtrent de bevoegdheid van de rechter en de ontvankelijkheid van rechtsmiddelen;
- grondregels van een behoorlijk proces;
- regels omtrent de omvang van het geding in eerste aanleg (artikel 8:69 Awb);
- wat de onderzoekers noemen de 'harde buitengrenzen' van de bevoegdheid van het bestuursorgaan. Daaronder vallen bijvoorbeeld niet alle voorschriften omtrent mandaat, maar wel de voorschriften die bepalen welk orgaan bevoegd is.

Wat het algemeen deel van het bestuursrecht betreft heeft de jurisprudentie aldus voldoende duidelijkheid geschapen. Op de bijzondere deelterreinen van het bestuursrecht lijkt de rechter soms ook bepaalde materiële voorschriften eigener beweging toe te passen. Welke voorschriften aldus moeten worden toegepast, is nog niet in alle gevallen duidelijk. De Commissie ziet hierin echter onvoldoende aanleiding om een aanbeveling te doen. In het bijzondere bestuursrecht is het, gegeven de veelvuldige wetwijzigingen, nu eenmaal onvermijdelijk dat de vraag of de rechter een bepaald voorschrift ambtshalve moet toepassen, van tijd tot tijd opnieuw rijst. De hoogste rechter zal dan duidelijkheid moeten verschaffen, waarbij zal moeten worden aanvaard dat dit soms enige tijd neemt.

3.3.3 De omvang van het geschil

Een bestuursrechtelijk proces in eerste aanleg richt zich tegen een besluit (vgl. artikel Awb). Daardoor vormt het bestreden besluit de ‘buitengrens’ van het geschil. Geschilpunten die niet raken aan het bestreden besluit (maar bijvoorbeeld aan een ander besluit) kunnen niet aan de orde komen. Binnen de grenzen van het bestreden besluit kan appelland het geschil echter wel verder beperken. Het kan bijvoorbeeld zijn, dat degene aan wie een vergunning onder voorschriften is verleend, in zijn beroepschrift aangeeft dat hij zich met één specifiek vergunningsvoorschrift niet kan verenigen. In dat geval spitst het proces zich toe op dit ene voorschrift; de vergunning zelf en de andere voorschriften staan ten processe niet meer ter discussie.³⁵ De rechter kan over deze andere voorschriften dan ook in beginsel geen oordeel geven, zelfs niet als hij bij het bestuderen van de stukken in één oogopslag ziet dat daar iets aan schort.

Behalve door slechts bepaalde onderdelen van het besluit aan te vechten, kan appelland het geschil ook beperken door de gronden die hij tegen (dat onderdeel van) het besluit aanvoert. Gronden zijn de stellingen van appelland die aangeven op welk(e) punt(en) het bestreden besluit naar zijn oordeel onjuist is. Een grond kan bijvoorbeeld zijn de stelling, dat appelland bij de behandeling van zijn bezwaarschrift ten onrechte niet is gehoord. Als appelland in beroep niet over schending van deze hoorplicht klaagt, maar slechts inhoudelijke gronden aanvoert, kan de rechter het bestreden besluit niet wegens schending van de hoorplicht vernietigen, ook niet als op zichzelf uit het dossier blijkt dat de hoorplicht inderdaad is geschonden. Van deze gronden moeten worden onderscheiden de argumenten - waaronder in dit verband ook bewijsmiddelen moeten worden verstaan - die een partij aanvoert ter adstructie van zijn gronden.

Een voor de praktijk belangrijke vraag is, in welk stadium van de procedure de afbakening van het geschil definitief wordt. Anders gezegd: tot op welk moment mag een partij nog nieuwe elementen - niet eerder bestreden onderdelen van het besluit, nieuwe gronden of nieuwe argumenten - in het geding brengen?

Hier ligt in ieder geval een grens in het beginsel van ‘een goede procesorde’. Dit begrip wordt in literatuur en jurisprudentie zowel in een enge als in een ruime betekenis gebruikt (par. 4.6). In de enge betekenis hangt het nauw samen met het verdedigingsbeginsel, dat op zijn beurt weer samenhangt met de voor ieder procesrecht fundamentele notie van hoor en wederhoor. Iedere partij moet voldoende gelegenheid krijgen om zich behoorlijk te verweren tegen hetgeen door zijn wederpartij naar voren is gebracht. Maar dit beginsel moet in evenwicht worden gebracht met de eisen van een tijdige geschilbeslechting. Als dan bijvoorbeeld een omvangrijk stuk pas ter zitting wordt overgelegd, kan het voorkomen dat de wederpartij zich daartegen slechts adequaat zou kunnen verweren als de zitting zou worden geschorst, met alle vertraging van dien. Indien de partij kan worden verweten dat het stuk niet eerder is ingebracht, kan³⁶ de goede procesorde – opgevat als het juiste evenwicht tussen de verschillende eisen die aan het proces worden gesteld – meebrengen dat de rechter het stuk bij zijn oordeel buiten beschouwing laat.

In deze enge betekenis is het beginsel van een goede procesorde zo goed als algemeen aanvaard. Meer omstreden is de tweede, ruimere betekenis. Daarin wordt het beginsel ook in stelling gebracht tegen het in een bepaalde fase van de procedure inbrengen van nieuwe gronden of argumenten, die niet in een eerdere fase zijn ingebracht. In deze betekenis hangt het beginsel samen met een bepaalde opvatting over de taak van de appèlrechter dan wel – in de relatie tussen het beroep bij de rechter en de bezwaar- of bedenkingenfase – met een bepaalde opvatting over de verhouding tussen rechter en bestuur. In deze opvatting kan het beginsel van een goede procesorde zich ertegen verzetten, dat in een bepaalde fase van de procedure gronden of argumenten worden aangevoerd, die niet in een eerdere fase zijn aangevoerd.

3.3.4 De functie van het hoger beroep

³⁵ Uiteraard tenzij een andere appelland (een derde-belanghebbende) deze wel aanvecht.

³⁶ Ingevolge artikel 8:58, eerste lid, Awb kunnen nadere stukken worden ingediend tot tien dagen voor de zitting, maar in de praktijk is het niet altijd nodig deze termijn strikt te handhaven.

Een belangrijke vraag is hoe de afbakening van het geschil zich verhoudt tot de “ketenbenadering” van de Awb (zie hoofdstuk 2). Deze vraag valt uiteen in twee deelvragen:

- In hoeverre mogen bij de rechter in eerste aanleg nog gronden of argumenten worden aangevoerd, die niet in de bestuurlijke voorfase zijn aangevoerd?
- In hoeverre mogen in hoger beroep nog gronden en argumenten worden aangevoerd, die niet bij de rechter in eerste aanleg zijn aangevoerd?

De eerste deelvraag is in hoofdstuk 2 (par. 2.5) besproken. Over het antwoord op de tweede deelvraag bestaat blijkens het onderzoek het nodige verschil van inzicht. De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak verschilt van die van de Centrale Raad van Beroep, en ook de literatuur is verdeeld.

Dit hangt samen met verschillen van inzicht omtrent de functie die het hoger beroep in het bestuursrecht moet vervullen. In het algemeen kan het rechtsmiddel hoger beroep drie functies vervullen (zie het onderzoek, par.2.2):

- een mogelijkheid voor partijen om in eerste aanleg gemaakte fouten te herstellen (de “herkansingsfunctie”);
- een zekere (kwaliteits)controle op het werk van de rechter in eerste aanleg;
- het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling.

In het burgerlijk en strafprocesrecht staan de herkansingsfunctie en de controlefunctie voorop. In de behoefte aan rechtseenheid wordt op die rechtsgebieden immers voorzien door de mogelijkheid van beroep in cassatie bij de Hoge Raad. In het bestuursrecht moet het hoger beroep deze functie vervullen. Dit is van belang, omdat tussen de verschillende functies een zekere spanning kan bestaan. Als de nadruk wordt gelegd op de herkansingsfunctie, pleit dit voor een ruimhartig beleid bij het toelaten van nieuwe gronden en argumenten in hoger beroep. Benadrukt men daarentegen de controlefunctie, dan richt de aandacht van de appèlrechter zich op de uitspraak in eerste aanleg, en ligt het minder voor de hand dat in hoger beroep ook nog wordt gedebatteerd over gezichtspunten waarmee de eerste rechter geen rekening kon houden, omdat zij in eerste aanleg niet zijn aangevoerd. Iets soortgelijks geldt voor de rechtseenheidsfunctie: deze komt beter tot haar recht als men de omvang van het geschil in hoger beroep beperkt, omdat het aantal geschilpunten dan afneemt en het accent meer komt te liggen op rechtsvragen.

3.3.5 De omvang van het geschil in hoger beroep

Als men tegen deze achtergrond naar de jurisprudentie kijkt, ziet men een duidelijk verschil tussen de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep en die van de Afdeling bestuursrechtspraak (par. 4.5.3). De Centrale Raad van Beroep stelt de herkansingsfunctie voorop, en is dan ook tamelijk ruimhartig in het toelaten van nieuwe gronden en argumenten in hoger beroep. Zelfs gronden of argumenten die in eerste aanleg terecht wegens strijd met een goede procesorde buiten beschouwing zijn gelaten, omdat zij bijvoorbeeld eerst ter zitting zijn aangevoerd, worden in hoger beroep veelal toegelaten, omdat de wederpartij dan inmiddels wél voldoende gelegenheid heeft gehad om zich daartegen te verdedigen.

De jurisprudentie van de Afdeling is restrictiever. De hoofdlijn is, dat nieuwe gronden of ingrijpende nieuwe argumenten in hoger beroep slechts worden geaccepteerd, indien voor het niet eerder inbrengen daarvan een bijzondere rechtvaardiging bestaat; voor nieuwe argumenten lijkt overigens iets sneller zo’n bijzondere rechtvaardiging te worden aangenomen dan voor geheel nieuwe gronden.

Een tweede, met het vorige nauw samenhangend, verschil betreft het object van het hoger beroep. Voor de Afdeling bestuursrechtspraak is dit uitspraak van de eerste rechter. De Centrale Raad van Beroep is hier minder consequent: er zijn zowel uitspraken waarin de uitspraak in eerste aanleg tot object wordt genomen, als uitspraken waarin, als het ware over het hoofd van de eerste rechter heen, rechtstreeks het bestreden besluit lijkt te worden getoetst.

De onderzoekers wijzen er terecht op, dat beide benaderingen voor- en nadelen hebben (par. 7.2.5). De Centrale Raad van Beroep stelt de herkansingsfunctie van het hoger beroep voorop. Dit doet in ruime mate recht aan traditionele waarden van het bestuursprocesrecht als laagdrempeligheid, een informele procesgang en het zoeken naar de materiële waarheid. Minder hoog scoort de benadering van de Centrale Raad van Beroep op punten als proceseconomie en tijdige geschilbeslechting. De ruime herkansingsmogelijkheden maken de behandeling van het hoger beroep voor de rechter bewerkelijker, en stimuleren partijen minder om de eerste aanleg optimaal te benutten. Ook komen in deze benadering de controlefunctie en de rechtseenheidsfunctie iets minder tot hun recht.

De Afdeling bestuursrechtspraak stelt deze controle- en rechtseenheidsfunctie juist voorop. De voor- en nadelen daarvan zijn het spiegelbeeld van die van de benadering van de Centrale Raad van Beroep. Door de uitspraak van de eerste rechter centraal te stellen en slechts in beperkte mate nieuwe gronden en argumenten toe te laten, wordt een efficiënte afdoening van hoger beroepen mogelijk en worden partijen gestimuleerd reeds in eerste aanleg al hun kaarten op tafel te leggen. De prijs die daarvoor wordt betaald is uiteraard dat partijen minder gelegenheid hebben om in eerste aanleg gemaakte fouten te herstellen, dat het hoger beroep minder laagdrempelig is en minder gericht op materiële waarheidsvinding.

De onderzoekers wijzen er op, dat deze verschillen gedeeltelijk kunnen worden verklaard uit de aard van de te berechten geschillen (par. 7.1.3). De Afdeling bestuursrechtspraak heeft vaak te maken met drie-partijen-geschillen waarbij een afweging van het algemeen belang en verschillende particuliere rechtsbelangen moet worden getoetst. De Centrale Raad van Beroep daarentegen heeft overwegend te maken met twee-partijen-geschillen, die vaak financieel van aard zijn en relatief gebonden beschikkingen betreffen. Men spreekt wel van 'ordenend' versus sociaal en financieel bestuursrecht.

Waar belangen van derden in het geding zijn en een echte belangenafweging moet worden getoetst, wegen waarden als een tijdige en finale geschilbeslechting (nog) zwaarder dan in het sociale en financiële bestuursrecht. Tegenover de uit een ruime herkansingsmogelijkheid voortvloeiende rechtsbescherming van de ene burger staat in het ordenend bestuursrecht immers vaak de rechtszekerheid van een andere burger, terwijl ook het maatschappelijk belang van spoedige duidelijkheid over de geldigheid van overheidsbesluiten vaak (nog) groter is dan in het sociaal en financieel bestuursrecht. Dit alles kan pleiten voor een beperking van de omvang van het geschil in hoger beroep. Kritiek hebben de onderzoekers echter op het feit, dat de Afdeling bestuursrechtspraak deze beperkte benadering ook toepast in financiële twee-partijen-geschillen, waarbij deze overwegingen een minder grote rol spelen. In het verlengde daarvan zijn zij van oordeel dat de Afdeling bestuursrechtspraak haar uitspraken op het punt van de omvang van het geschil niet altijd voldoende en niet voldoende consistent motiveert.

Gelet op dit alles pleiten de onderzoekers voor een gedifferentieerd stelsel (par.7.3.2). Object van het geschil in hoger beroep zou in hun visie steeds de uitspraak van de eerste rechter moeten zijn. Wat de omvang van het geschil betreft pleiten zij als hoofdregel voor een ruime herkansingsmogelijkheid. Dit zou betekenen, dat de mogelijkheid om in hoger beroep nieuwe gronden en argumenten in te brengen in beginsel slechts wordt begrensd door het beginsel van een goede procesorde in enge zin (vgl. par. 3.3.3). Een goed procesorde in ruime zin kan echter nopen tot verdergaande beperkingen, als de aard van het geschil, meer bepaald de betrokkenheid van derden, dit meebrengt.

De Commissie acht dit een evenwichtige benadering. Zij onderschrijft de opvatting, dat de uitspraak van de eerste rechter het object van het geding in hoger beroep moet zijn. Dit brengt met zich, dat in eerste aanleg niet bestreden onderdelen van het besluit niet voor het eerst in hoger beroep kunnen worden aangevochten. In zoverre kan de omvang van het geding in hoger beroep niet ruimer zijn dan de omvang van het geding in eerste aanleg. In die zin behoort dus ook geen sprake te zijn van een volledige herkansing in hoger beroep; dat zou tezeer aanmoedigen tot ondoelmatig procederen en leiden tot een maatschappelijk onwenselijke verlenging van de doorlooptijden in hoger beroep.

Wat betreft het inbrengen van nieuwe gronden en argumenten zijn er uit een oogpunt van rechtsbescherming goede redenen om een ruim opgevatte herkansingsfunctie van het hoger beroep tot uitgangspunt te nemen, zeker op een terrein als de sociale zekerheid, waar relatief veel zonder

rechtsbijstand wordt geprocedeerd. Voor deze opvatting kan ook in de wetgeschiedenis steun worden gevonden.³⁷

Bij bepaalde typen geschillen op het terrein van het ordenend bestuursrecht kleven aan deze benadering echter overwegende bezwaren, die verband houden met de rechtszekerheid van andere belanghebbenden en het negatieve effect van de ruime opvatting op de doorlooptijden. Het gaat echter naar het oordeel van de Commissie te ver om op grond van deze bezwaren dan maar voor het gehele bestuursrecht voor een beperkte benadering te kiezen. Dit zou immers voor het sociale en financiële bestuursrecht een vermindering van rechtsbescherming betekenen, waarvoor onvoldoende gronden zijn. De Commissie onderschrijft derhalve het pleidooi van de onderzoekers voor een gedifferentieerd stelsel, waarin de ruimte voor het in hoger beroep inbrengen van nieuwe gronden of argumenten kan variëren met de aard van het geschil. Zowel rechtsbescherming als tijdige afdoening van geschillen zijn op alle deelterreinen van het bestuursrecht belangrijk, maar waar tussen beide een spanning bestaat, kan de afweging niet op alle terreinen hetzelfde uitvallen.

De Commissie heeft zich afgevraagd, of het wenselijk is dit gedifferentieerde stelsel uitdrukkelijk in de wet neer te leggen. Zij is tot het oordeel gekomen dat dit niet wenselijk is. Een wettelijke regeling van deze complexe materie zou vermoedelijk meer vragen oproepen dan zij zou oplossen, en al gauw te rigide zijn. In het bijzonder de precieze afbakening van de gevallen, waarin het inbrengen van nieuwe gronden of argumenten in hoger beroep slechts beperkt mogelijk is, zou de nodige problemen opleveren, tenzij zou worden volstaan met een globale norm, die dan echter toch weer door de jurisprudentie zou moeten worden ingevuld. Het heeft derhalve de voorkeur van de Commissie, indien de jurisprudentie in de hier bepleite zin zou worden bijgesteld.

Wel zou de wetgever naar het oordeel van de Commissie moeten overwegen, of het in artikel 8:74 neergelegde automatisme, dat vernietiging van het bestreden besluit ook tot teruggave van het griffierecht aan de belanghebbende leidt, moet worden gehandhaafd voor het geval het besluit wordt vernietigd op gronden of argumenten die door de belanghebbende verwijtbaar pas in een laat stadium zijn ingebracht. De rechtspraak zou in dergelijke gevallen kunnen afzien van de bij vernietiging gebruikelijke proceskostenveroordeling. Een andere oplossing zou kunnen zijn, om in artikel 8:72, eerste lid, de mogelijkheid te openen dat het besluit wordt vernietigd zonder dat het beroep gegrond wordt verklaard. Aldus worden partijen toch nog gestimuleerd om de eerdere fasen van de procedure optimaal te benutten.

Gelet op het voorgaande doet de Commissie de volgende aanbevelingen:

Aanbevelingen:

1. Als object van het geding in hoger beroep behoort de uitspraak van de eerste rechter te gelden.
2. Dit brengt mee, dat in hoger beroep geen onderdelen van het besluit kunnen worden aangevochten, die in eerste aanleg niet in geschil waren. In zoverre kan de omvang van het geschil in hoger beroep niet groter zijn dan de omvang van het geschil in eerste aanleg.
3. Met betrekking tot onderdelen van het besluit die in eerste aanleg in geschil waren, kunnen partijen in hoger beroep nieuwe gronden of argumenten aanvoeren, tenzij de goede procesorde zich daartegen verzet. De inhoud van het begrip 'goede procesorde' wordt daarbij mede bepaald door de aard van het geschil, in het bijzonder het al dan niet betrokken zijn van derden. Met het oog op de kenbaarheid voor (potentiële) procespartijen is van belang, dat de rechtspraak meer stelselmatig motiveert, welke kenmerken van een geschil nopen tot een restrictief of juist tot een ruim beleid bij het toelaten van nieuwe gronden of argumenten.
4. De wetgever zou moeten overwegen voorzieningen te treffen, die het mogelijk maken een verwijtbaar pas in een laat stadium inbrengen van gronden of argumenten te sanctioneren in de sfeer van de teruggave van het griffierecht of de proceskostenveroordeling. Daarbij zou ook de wenselijkheid van wijziging van artikel 8:72 dienen te worden gezien.

3.4 Incidenteel hoger beroep

³⁷ Zie bijv. PG Awb II, blz. 195 en het onderzoek, par. 2.2.2.

De omvang van het geschil in hoger beroep wordt primair bepaald door de gronden die worden aangevoerd door de partij die in hoger beroep is gegaan. Dit levert geen problemen op als zowel de belanghebbende als het bestuursorgaan in hoger beroep gaan. In dat geval kunnen beiden de omvang van het geschil in hoger beroep mede bepalen. Maar als slechts één van de partijen in hoger beroep gaat, rijst de vraag wat de positie is van de andere partij (verweerder of gedaagde in appèl, ook wel 'geïntimeerde' genoemd). Mag deze zich slechts verweren tegen de door de appellerende partij aangevoerde gronden, of mag hij, nu de zaak toch opnieuw wordt bekeken, ook zijn 'eigen' gronden weer inbrengen?

De onderzoekers geven aan (par. 4.4.4.2), dat hierbij drie situaties moeten worden onderscheiden:

- De door verweerder in appèl aangevoerde grond was ook in eerste aanleg al aangevoerd, maar is door de eerste rechter niet inhoudelijk behandeld.
- De door verweerder in appèl aangevoerde grond is door de eerste rechter expliciet verworpen.
- De door verweerder in appèl aangevoerde grond is in eerste aanleg niet aangevoerd.

De eerste situatie doet zich bijvoorbeeld voor als een belanghebbende tegen de weigering van een vergunning drie gronden aanvoert, de rechtbank reeds op de eerste grond de weigering vernietigt, en daarom de andere twee gronden onbesproken laat. Als dan het bestuursorgaan in hoger beroep gaat, stellende dat de vernietiging op de eerste grond onjuist was, volgt uit de zogenaamde devolutieve werking van het hoger beroep, dat de appèlrechter ook een oordeel kan geven over de andere twee in eerste aanleg aangevoerde gronden. Als de appèlrechter het hoger beroep van het bestuursorgaan gegrond acht, is dit zelfs zonder meer noodzakelijk om te kunnen beslissen of de aangevallen uitspraak moet worden vernietigd of bevestigd. Als de appèlrechter namelijk oordeelt dat de rechtbank het bestreden besluit niet op de eerste grond, maar wel op één van de andere gronden had moeten vernietigen, is het hoger beroep van het bestuursorgaan wel gegrond, maar moet niettemin de aangevallen uitspraak worden bevestigd, zij het met verbetering van de gronden.

Maar ook als de appèlrechter het hoger beroep van het bestuursorgaan tegen de vernietiging op de eerste grond verwerpt, kan het uit een oogpunt van finale geschilbeslechting nuttig zijn dat de appèlrechter ook alvast een oordeel geeft over de andere gronden. Dit kan namelijk van belang zijn als het bestuursorgaan nog een nieuwe beslissing moet geven in plaats van het vernietigde besluit.

De tweede situatie kan worden geïllustreerd met een aan de rechtspraak ontleend, maar eenvoudigheidshalve enigszins aangepast voorbeeld.³⁸ Een gemeente krijgt subsidie van het Rijk voor de aanleg van een nieuwe openbaar-vervoer-verbinding. Volgens de gemeente acht de minister vijf kostenposten ten onrechte niet subsidiabel. Ten aanzien van twee daarvan stelt de rechtbank de gemeente in het gelijk, ten aanzien van de andere drie de minister. De gemeente berust aanvankelijk in deze uitspraak, maar de minister gaat in hoger beroep tegen het oordeel van de rechtbank omtrent de eerste twee posten. Kan de gemeente dan in hoger beroep ook het oordeel van de rechtbank omtrent de andere drie posten weer aanvechten?

In dit geval zouden vermoedelijk beide appèlrechters deze vraag ontkennend beantwoorden. Maar er is wel een verschil tussen de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak. Volgens de Centrale Raad van Beroep kan de verweerder in hoger beroep in eerste aanleg verworpen gronden opnieuw aanvoeren, indien deze in voldoende mate samenhangen met de door appellant in hoger beroep aangevoerde gronden. Een belangrijke praktische toepassing hiervan doet zich voor in WAO-geschillen. Indien het bestuursorgaan – in deze gevallen het Landelijk instituut sociale verzekeringen – in hoger beroep gaat tegen de arbeidskundige aspecten van de uitspraak in eerste aanleg, kan volgens de Centrale Raad van Beroep de burger in hoger beroep ook de medische aspecten weer aan de orde stellen, omdat deze sterk samenhangen met de arbeidskundige aspecten.

Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak daarentegen, kan de partij die zelf niet in hoger beroep is gegaan, zijn 'eigen' gronden slechts in hoger beroep aan de orde stellen, voor zover deze

³⁸ Ontleend aan ABRS 26 april 2001, nr. 200002362/1. In werkelijkheid lag de situatie onder meer anders, omdat beide partijen in hoger beroep gingen.

‘onlosmakelijk’ samenhangen met de gronden van de partij die wél in hoger beroep is gegaan. Gevallen waarin een dergelijke onlosmakelijke samenhang werd aangenomen, hebben de onderzoekers niet aangetroffen. De Afdeling bestuursrechtspraak legt dus de nadruk op het feit, dat de partij die niet in hoger beroep is gekomen, hoewel zij in eerste aanleg gedeeltelijk in het ongelijk is gesteld, daarmee in de uitspraak van de eerste rechter heeft berust.

Een en ander roept de vraag op, of in het bestuursprocesrecht een zogenaamd incidenteel hoger beroep moet worden opengesteld. Het bestuursprocesrecht kent deze figuur thans niet, maar zij bestaat wel in het civiele recht, terwijl het belastingrecht een incidenteel beroep in cassatie kent (art. 29b, tweede lid, Awr). Incidenteel hoger beroep houdt kort gezegd in dat een partij die aanvankelijk zelf geen hoger beroep heeft ingesteld, dit bij verweerschrift alsnog kan doen, als de andere partij in hoger beroep blijkt te komen.

Voor de invoering van incidenteel hoger beroep pleit dat de partij die aanvankelijk in zijn gedeeltelijk ongelijk heeft berust, maar door het hoger beroep van de andere partij in een nog slechtere positie dreigt te komen, zich daartegen beter kan verweren. Als de aanvankelijk berustende partij naar aanleiding van het hoger beroep van de wederpartij zelf ook in hoger beroep wil komen, moet zij dit thans nog binnen de beroepstermijn doen. Dit vergt een grote mate van alertheid, terwijl het niet zelf in hoger beroep komen soms ingrijpende gevolgen kan hebben. In dit verband noemen de onderzoekers het incidenteel hoger beroep terecht een ‘tegenaanvalswapen’ (par. 4.4.6). Invoering van dit ‘wapen’ zou een weloverwogen gebruik van het hoger beroep kunnen bevorderen. Als incidenteel appèl mogelijk is, kan een partij immers niet langer hoger beroep instellen onder het motto ‘baat het niet, dan schaadt het niet’, want dan kan het instellen van hoger beroep wel degelijk ook de partij die het instelt in een slechtere positie brengen.

Het nadeel van invoering van incidenteel hoger beroep zou zijn, dat het bestuursprocesrecht verder wordt gecompliceerd, alsook de taak van de appèlrechter wordt verzwaaard. Dit laatste zou op zichzelf een ongunstig effect kunnen hebben op de doorlooptijden in hoger beroep, maar dit zou kunnen worden gecompenseerd als het risico van een ‘tegenaanval’ inderdaad tot gevolg heeft dat meer weloverwogen en dus minder vaak hoger beroep wordt ingesteld.

Zowel voor- als nadelen spelen het sterkst op het terrein van de Afdeling bestuursrechtspraak. Op het terrein van de Centrale Raad van Beroep zou incidenteel appèl, gelet op de bestaande jurisprudentie die een enigszins met incidenteel appèl vergelijkbaar effect heeft, een minder grote verandering betekenen.

Alles afwegende is de Commissie van oordeel dat de mogelijkheid van incidenteel appèl een nuttige aanvulling van het bestuursprocesrecht zou zijn. Doorslaggevend daarbij is de overweging dat daardoor in hoger beroep een beter evenwicht tussen partijen zou ontstaan. Een bijkomend voordeel zou kunnen zijn dat aldus een weloverwogen gebruik van het hoger beroep wordt gestimuleerd. De onderzoekers (par. 4.4.6, 7.4.1) wijzen er overigens terecht op, dat een en ander ook samenhangt met de opvatting die men huldigt over de taak van de appèlrechter in het algemeen. Naarmate men deze taak ruimer opvat, bestaat aan incidenteel appèl minder behoefte. Bij de huidige stand van de jurisprudentie, waarin de ruimte voor ambtshalve activiteiten van de appèlrechter beperkt is, bestaat deze behoefte naar het oordeel van de Commissie wel.

Aanbeveling:

De wetgever dient in het bestuursprocesrecht een vorm van incidenteel hoger beroep mogelijk te maken.

3.5 Wijzigings- en intrekingsbesluiten in hoger beroep

Artikel 6:18 Awb bepaalt, dat het aanhangig zijn van bezwaar en beroep niet afdoet aan enige bevoegdheid van het bestuursorgaan om het bestreden besluit te wijzigen of in te trekken. Uit artikel 6:19 Awb volgt vervolgens, dat het aanhangige bezwaar of beroep zich van rechtswege mede richt tegen het wijzigingsbesluit, tenzij dit geheel aan de bezwaren van appelland tegemoet komt. Deze regeling voorkomt verlies van rechtsbescherming doordat appelland vergeet tegen het tweede besluit afzonderlijk bezwaar of beroep aan te tekenen.

Het is bekend dat de toepassing van deze bepaling in de praktijk nogal wat vragen oproept. Daarover is reeds bij de eerste evaluatie het nodige gezegd, naar aanleiding waarvan de wetgever ook een onderzoek naar mogelijke wijziging van de beide bepalingen heeft aangekondigd.³⁹ Daarnaast zij kortheidshalve verwezen. Uit het onderzoek (par. 4.7) blijkt echter, dat de toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 in hoger beroep nog een aantal specifieke problemen oproept, die op deze plaats moeten worden besproken.

Het gaat daarbij om diverse varianten op de situatie dat een besluit wordt gewijzigd nadat de eerste rechter daarover uitspraak heeft gedaan, maar terwijl het hoger beroep tegen die uitspraak nog aanhangig is. Beide appèlrechters zijn van oordeel, dat het wijzigingsbesluit dan onderdeel kan uitmaken van het geding in hoger beroep. De Centrale Raad van Beroep staat zelfs op het standpunt, dat artikel 6:19 daartoe dwingt, zodat het bestuursorgaan, respectievelijk de eerste rechter, niet meer bevoegd zijn om op een eventueel aldaar ingediend bezwaar of beroep tegen dit tweede besluit te beslissen. De Afdeling bestuursrechtspraak daarentegen is geneigd om appellant de keus te laten: hij kan zijn bezwaren tegen het tweede besluit inbrengen in hoger beroep, maar desgewenst ook eerst bezwaar maken of beroep bij de eerste rechter instellen.

De onderzoekers bevelen aan, op dit punt eenheid te scheppen door in de wet neer te leggen dat in dergelijke situaties het tweede besluit onderdeel uitmaakt van het geschil in hoger beroep. In verband daarmee zouden bestuursorganen en de rechtbanken verplicht moeten worden om een eventueel aldaar ingediend bezwaar- of beroepschrift tegen het tweede besluit door te zenden naar de appèlrechter. De appèlrechter zou vervolgens twee mogelijkheden moeten hebben: hetzij direct zelf het tweede besluit beoordelen, hetzij de zaak terugverwijzen naar de eerste rechter. Het eerste is aantrekkelijk uit een oogpunt van proceseconomie, maar kan het nadeel hebben dat de belanghebbende een instantie verliest. Het door de onderzoekers voorgestelde systeem geeft de appèlrechter de mogelijkheid deze voor- en nadelen in het concrete geval af te wegen en daarbij zo nodig rekening te houden met de wensen van partijen. Om die reden acht ook de Commissie dit een aantrekkelijk systeem.

Een tweede probleem doet zich voor als de rechtbank een besluit vernietigt. In veel gevallen is het bestuursorgaan dan verplicht om in plaats van het vernietigde besluit een nieuw besluit te nemen. De onderzoekers wijzen er op, dat dit ook geldt als de rechtbank niet uitdrukkelijk een opdracht tot het nemen van een nieuw besluit heeft gegeven, hoewel dit niet uitdrukkelijk uit de tekst van artikel 8:72, vierde lid, Awb blijkt. Zij bevelen aan laatstgenoemde bepaling op dit punt te verduidelijken. Ook de Commissie acht dit nuttig, al bestaat over de hier bedoelde verplichting van het bestuursorgaan in de praktijk weinig twijfel. Er zijn overigens ook gevallen, waarin het nemen van een nieuw besluit niet meer zinvol is (het heeft bijvoorbeeld weinig zin alsnog tot weigering van een kapvergunning te beslissen als de boom inmiddels is gekapt). In die gevallen bepaalt de rechter soms dat geen nieuw besluit meer behoeft te worden genomen. De Commissie onderschrijft de aanbeveling van de onderzoekers om deze praktijk van een uitdrukkelijke wettelijke basis te voorzien.

De verplichting om in plaats van het vernietigde besluit een nieuw besluit te nemen geldt voorts óók, als tegen de uitspraak waarbij het besluit is vernietigd, hoger beroep is ingesteld. Het hoger beroep heeft immers in beginsel geen schorsende werking (art. 6:16 jo. 6:24 Awb). Het komt dus regelmatig voor, dat de belanghebbende hangende hoger beroep wordt geconfronteerd met een vervangend besluit. Als de belanghebbende zich ook met dit vervangende besluit niet kan verenigen, rijst de vraag wat hij moet doen. Vanuit de tekst van de wet is verdedigbaar, dat hij dan opnieuw beroep bij de eerste rechter moet instellen, omdat strikt genomen geen sprake is van een wijzigingsbesluit in de zin van artikel 6:18 Awb. De ratio van de artikelen 6:18 en 6:19 geldt echter ook in dit geval: voorkomen moet worden dat belanghebbenden rechtsbescherming verliezen omdat zij vergeten tegen een tweede besluit in dezelfde aangelegenheid opnieuw beroep in te stellen. Daarom neemt de rechtspraak aan, dat ook in deze gevallen artikel 6:19 moet worden toegepast, zodat het vervangende besluit deel gaat uitmaken van het geschil in hoger beroep. De Commissie meent, met de onderzoekers, dat het wenselijk is deze jurisprudentiële oplossing expliciet in de wet vast te leggen.

De Commissie voegt daar wel aan toe, dat de problematiek van de toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb in hoger beroep niet geïsoleerd moet worden bekeken. De regering heeft reeds een

³⁹ Commissie Evaluatie Awb I, Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996, Den Haag 1996, blz. 62, alsmede het kabinetsstandpunt, Kamerstukken II 1997/98, 25 600 VI, nr. 46, blz. 38.

meeromvattende wijziging van genoemde artikelen aangekondigd. Daarbij zal ook de problematiek van de onder meer door de Commissie-Van Kemenade voorgestelde ‘bestuurlijke lus’ worden betrokken.⁴⁰ Deze komt er immers op neer, dat het bestuursorgaan hangende de beroepsprocedure de gelegenheid krijgt om het bestreden besluit te wijzigen teneinde gebreken daarin te herstellen. Het ‘herstelbesluit’ is dan een wijzigingsbesluit in de zin van artikel 6:18. Het ligt voor de hand de aanpassing van de artikelen 6:18 en 6:19 in dit bredere kader te bezien.

Tenslotte wijzen de onderzoekers er op dat het laatstgenoemde probleem niet, althans in veel mindere mate, zou bestaan als het hoger beroep schorsende werking zou hebben (par. 4.7.6.1). Er zijn bovendien gevallen, waarin het eigenlijk niet erg praktisch is om van het bestuursorgaan te vergen dat het hangende hoger beroep vervangende besluiten neemt. Dit doet zich bijvoorbeeld voor als verschillende rechtbanken soortgelijke besluiten hebben vernietigd op onderling onverenigbare gronden. In zo’n geval ontstaat voor het bestuursorgaan een conflict tussen de plicht om de uitspraken van de rechtbanken uit te voeren en de plicht om gelijke gevallen gelijk te behandelen. Thans wordt dit soms opgelost door de appèlrechter te vragen om een voorlopige voorziening, inhoudende dat hangende het hoger beroep geen vervangende besluiten behoeven te worden genomen. Maar ook hier zou schorsende werking van het hoger beroep een alternatieve en wellicht onder omstandigheden meer aantrekkelijke oplossing kunnen zijn.

De onderzoekers volstaan met het op het bovenstaande te wijzen, omdat aan het al dan niet verlenen van schorsende werking nog veel meer aspecten kleven, waarnaar zij geen onderzoek hebben gedaan (omdat de onderzoeksopdracht daarop niet was gericht). Ook de Commissie meent, dat thans onvoldoende materiaal beschikbaar is om een verantwoorde aanbeveling te doen omtrent het al dan niet verlenen van schorsende werking aan het hoger beroep. Maar de Commissie onderschrijft wel het oordeel van de onderzoekers dat het nuttig zou zijn om dat materiaal alsnog te verzamelen en de voor- en nadelen van schorsende werking eens goed in kaart te brengen. Duidelijk is immers wel, dat schorsende werking het procesrecht op een aantal punten eenvoudiger zou kunnen maken.

Aanbevelingen:

1. In de wet ware te bepalen dat bij wijziging van het bestreden besluit hangende hoger beroep het tweede besluit deel uitmaakt van het geding in hoger beroep. Bestuursorganen en de rechtbanken zouden wettelijk verplicht moeten zijn een eventueel aldaar ingediend bezwaar- of beroepschrift tegen het tweede besluit door te zenden naar de appèlrechter. De appèlrechter zou evenwel de mogelijkheid moeten hebben om het beroep tegen het tweede besluit terug te wijzen naar de rechtbank.
2. In artikel 8:72 ware uitdrukkelijk te bepalen, dat het bestuursorgaan na vernietiging een nieuw besluit moet nemen, tenzij de rechtbank bepaalt dat dit niet nodig is.
3. De werkingssfeer van de artikelen 6:18 en 6:19 dient te worden uitgebreid tot besluiten genomen ter vervanging van een vernietigd besluit.
4. Bovenstaande aanbevelingen zouden moeten worden bezien in het kader van de door de regering aangekondigde meeromvattende aanpassing van de artikelen 6:18 en 6:19 en in samenhang met de eventuele invoering van de zogenaamde bestuurlijke lus.
5. De Ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties zouden nader onderzoek moeten (laten) doen naar de voor- en nadelen van het toekennen van schorsende werking aan het hoger beroep.

⁴⁰ Kabinetsnota “Juridisering in het openbaar bestuur”, Kamerstukken II 1998/99, 26 360, nr. 1, blz. 39.

4.1 De wettelijke regeling

Op 1 januari 1998 is de Awb aangevuld met een algemene wettelijke regeling voor subsidies (titel 4.2, hierna te noemen: de subsidietitel). De subsidietitel is vrij uitvoerig. Zij beslaat zestig artikelen, verdeeld over acht afdelingen. De afdelingen 4.2.1 tot en met 4.2.7 bevatten een regeling die in beginsel geldt voor alle subsidies. Doel hiervan is het scheppen van duidelijkheid omtrent rechten, verplichtingen en bevoegdheden van de bij de subsidieverhouding betrokken partijen, en wel in de verschillende fasen van het subsidieproces en onder verschillende omstandigheden. Daarnaast bevat afdeling 4.2.8 een facultatieve standaardregeling voor een bepaald, veel voorkomend, type subsidies: per boekjaar verstrekte subsidies aan rechtspersonen. Gedoeld wordt op rechtspersonen waarbij het bestuursorgaan zowel financieel als beleidsmatig sterk is betrokken.

Een bestuursorgaan dat subsidie wil verstrekken moet daartoe een of meer beschikkingen geven. Soms kan met één beschikking worden volstaan, maar meestal zijn er meer nodig. De subsidietitel ‘benoemt’ de verschillende, mogelijke, beschikkingen en stelt eisen aan de inhoud ervan. Essentieel daarbij is het onderscheid tussen *subsidieverlening* en *subsidievaststelling*⁴¹. De subsidieverlening is de beschikking die voorafgaand aan de subsidiabele activiteit wordt gegeven. De subsidie-ontvanger krijgt daarmee een voorwaardelijke aanspraak op financiële middelen. Na afloop dient het bestuursorgaan vast te stellen of de activiteiten ook daadwerkelijk en op de juiste wijze hebben plaatsgevonden. Daarvoor is een tweede beschikking nodig: de *subsidievaststelling*. De *subsidievaststelling* geeft een onvoorwaardelijke en definitieve aanspraak op een bepaald bedrag. Of de ontvanger aan zijn verplichtingen heeft voldaan, wordt primair bij de vaststelling beoordeeld. De voornaamste sanctie op het niet-naleven van de verplichtingen is derhalve het lager vaststellen van de subsidie, dat wil zeggen lager dan overeenkomstig de verlening (art. 4:46 lid 2).

De subsidietitel (afdeling 4.2.1) bevat voorts de eis dat een subsidie in beginsel slechts op grond van een wettelijk voorschrift kan worden verleend. Naast rechtsstatelijke overwegingen (rechtszekerheid, rechtsgelijkheid) speelde daarbij de wens een weloverwogen gebruik van de subsidie als beleidsinstrument te bevorderen. Ook de doorzichtigheid, controleerbaarheid en effectiviteit van het beleid wordt met een wettelijke regeling van een subsidie gediend. Voor bestuursorganen van het rijk betekent dit dat een subsidiebevoegdheid moet berusten op een wet in formele zin, of in uitzonderingsgevallen, een zelfstandige algemene maatregel van bestuur (art. 4:23 lid 1 en 2)⁴². Voor bestuursorganen van gemeenten, provincies of andere openbare lichamen met verordenende bevoegdheid kan de grondslag daarnaast in een autonome verordening zijn gelegen.

Met de subsidietitel is onder meer gepoogd de beheersing van de subsidie-uitgaven te bevorderen. Subsidie-uitgaven behoren zoveel mogelijk binnen het kader van de begroting van het bestuursorgaan te blijven. In het verleden was men hier minder op gespist en werd de overheid keer op keer verrast door overschrijdingen bij zogenoemde open-einde regelingen, vaak als gevolg van een onverwacht hoog aantal aanvragers bij subsidieregelingen die een ongeclausuleerde aanspraak creëerden. Voorzover de wetgever niet bewust een open-einde regeling heeft willen creëren, biedt de subsidietitel twee instrumenten om de subsidie-uitgaven binnen het kader van de begroting te houden: het begrotingsvoorbehoud en het subsidieplafond. Het begrotingsvoorbehoud (art. 4:34) kan alleen worden gemaakt bij subsidies die worden verleend ten laste van een nog niet vastgestelde of goedgekeurde begroting. Het voorbehoud houdt in, dat het bestuursorgaan zich het recht voorbehoudt om een reeds verleende subsidie in te trekken of te wijzigen, indien de definitieve begroting onvoldoende ruimte biedt om de subsidieverlening gestand te doen. De regeling van het

⁴¹ Bij wettelijk voorschrift kan worden overigens worden bepaald dat met een *subsidievaststelling* kan worden volstaan (art. 4:29 Awb).

⁴² Van de zelfstandige subsidie-algemene maatregel van bestuur wordt in de praktijk nauwelijks gebruik gemaakt. De meeste ministeries hebben kaderwetten tot stand gebracht die ruimte bieden om nieuwe subsidies bij gewone algemene maatregel van bestuur of bij ministeriële regeling te regelen (vgl. Kaderwet EZ-subsidies, Kaderwet financiële verstrekkingen Financiën, Kaderwet LNV-subsidies, Kaderwet SZW-subsidies, Wet overige OC&W-subsidies, Wet aanvullende regels BiZa-subsidies, Wet Justitie-subsidies, Kaderwet subsidies VenW, Kaderwet volksgezondheidssubsidies, Kaderwet subsidies Ministerie van Buitenlandse Zaken).

subsidieplafond (afdeling 4.2.5) houdt in dat het bestuursorgaan vóór de aanvang van een bepaalde periode aangeeft hoeveel geld er gedurende die periode - maximaal - beschikbaar is voor de uitvoering van een bepaalde subsidieregeling en hoe de rangorde tussen de verschillende voor toewijzing in aanmerking komende aanvragen wordt bepaald. Aanvragen die de beschikbare middelen te boven gaan, worden afgewezen.

Met het oog op het tegengaan van misbruik en oneigenlijk gebruik van subsidiegelden - één van de doelstellingen van het zogenoemde geïntegreerde subsidiebeleid van het Kabinet Lubbers III (1989 - 1994) - werd in de memorie van toelichting voorts gewezen op de regeling inzake wijziging en intrekking van subsidies (afdeling 4.2.6) en op de mogelijkheid om in het bijzondere wettelijke voorschrift toezichthouders in de zin van afdeling 5.1 aan te wijzen teneinde op eenvoudige wijze te voorzien in adequaat toezicht op de naleving van de aan de subsidie-ontvanger opgelegde verplichtingen.⁴³

Vóór de inwerkingtreding van de derde tranche van de Awb kende ons recht geen algemene regeling van de subsidie. Lange tijd vond de overheid het vaak niet eens nodig om subsidies wettelijk te regelen.⁴⁴ Het legaliteitsbeginsel - het beginsel dat bestuursbevoegdheden een grondslag in de wet behoeven - gold niet voor subsidies, omdat subsidies geen vrijheidsbeperking zouden meebrengen. Als gevolg hiervan bleef de juridische normering van de subsidie achter bij haar maatschappelijke betekenis. Dit had zijn weerslag op de bestuurspraktijk: onzekerheid en onduidelijkheid waren vaak troef. In de jaren tachtig kwam een kentering. Onder invloed van parlementaire enquêtes (steunverlening aan RSV, bouwsubsidies), onderzoeken van de Algemene Rekenkamer over subsidiëring en de juridische literatuur⁴⁵ - ontstonden geleidelijk aan meer en betere - maar tegelijkertijd onderling zeer verschillende - wettelijke regelingen.⁴⁶ Gevolg hiervan was een verwarrende variëteit aan regels, naast het nog steeds geheel ontbreken van regels op sommige terreinen of ontoereikende regelingen of regelingen op een te laag niveau. De wetgever besefte dat wettelijke regeling van subsidies bij of krachtens allerlei bijzondere wetten niet voldoende was. Vandaar dat hij besloot tot een algemene regeling in de Awb.

Vereenvoudiging van het subsidierecht werd vooral bereikt door een drastische sanering van het begrippenkader en de terminologie. Vanwege de onoverzichtelijkheid van het subsidierecht, moest de wetgever hierbij - veel meer dan bij andere onderdelen van de Awb waar kon worden aangesloten bij in wetgeving, rechtspraak of doctrine uitgekristalliseerde leerstukken - zelf lijnen uitzetten en keuzen maken. Dit was een van de redenen om te doen onderzoeken of de invoering van de subsidietitel tot knelpunten in de bestuurspraktijk heeft geleid.

Een andere reden was het kritische advies van de Raad van State over de subsidietitel. De Raad wees er op dat de subsidietitel, veel meer dan de andere onderdelen van de Awb, aan de concrete bestuurspraktijk zou raken, omdat zij zich richt op de hantering van een belangrijk of zelfs essentieel beleidsinstrument.⁴⁷ De Raad adviseerde de subsidietitel geleidelijk - per beleidsterrein - in te voeren, zowel voor het rijk als voor de decentrale overheden.⁴⁸ Volgens de regering zou de beoogde rechtseenheid en rechtszekerheid dan niet snel genoeg worden gerealiseerd en dreigde zelfs het gevaar dat aan de vele verschillende juridische benaderingen van subsidiëring slechts een nieuwe variant zou

⁴³ Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 20 (=PG Awb III, blz. 169 l.k.).

⁴⁴ Een uitzondering is de subsidiëring van het onderwijs die, in verband met art. 23 van de Grondwet, al sedert 1917 wettelijk is geregeld.

⁴⁵ O.m. L.J.A. Damen, Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur, diss. RUG 1987, Groningen 1987, J.H. van Kreveld, Juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen, pre-advies VAR 1988, VAR-geschrift XCIX, Alphen a/d Rijn 1988.

⁴⁶ De memorie van toelichting (p. 18) noemde o.a. de Kaderwet financiële verstrekkingen EZ en de Wet op het specifiek cultuurbeleid.

⁴⁷ De Raad van State noemde subsidiëring zelfs een "veelzins controversieel onderwerp" en voorspelde dat dat nog lange tijd zo zou blijven (Kamerstukken II 1993-94, 23 700, A, p.19; PG Awb III, blz. 162 r.k.).

⁴⁸ Kamerstukken II 1993-94, 23 700, A, punt 6.3; PG Awb III blz. 164 l.k.). Uiteindelijk is in de aanpassingswetgeving alleen voor de onderwijswetgeving, en voor de in de Mediawet geregelde financiering van de omroep, in een langere overgangstermijn voorzien (artikel VI, tweede lid, van de Derde tranche Awb, zoals gewijzigd bij de Aanpassingswet derde tranche Awb II (Stb. 1997, 58). Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet onderwijswetgeving aan de derde tranche Awb (Stb. 2001, 207) op 11 mei 2001 is de subsidietitel ook op dit terrein in werking getreden.

worden toegevoegd. De regering stelde voorts dat de betekenis van de subsidietitel voor het hanteren van het subsidie-instrument door de overheid niet moet worden overschat.⁴⁹ De vrijheid van bestuursorganen om zelf de inhoud van hun subsidiebeleid te bepalen wordt door de subsidietitel niet beperkt. Ten aanzien van bijvoorbeeld de keuze van de te subsidiëren activiteiten, de afbakening van doelgroepen, de subsidiegrondslag en de omvang van de te verstrekken subsidies worden niet of nauwelijks beperkingen opgelegd. Het gaat er veeleer om een wettelijk kader te scheppen waarbinnen beleidskeuzen op juridisch verantwoorde wijze kunnen worden geïmplementeerd. Evaluatie-onderzoek zou kunnen uitwijzen in hoeverre de verschillende verwachtingen bewaarheid zijn geworden, alsmede of de invoering voor alle beleidsterreinen tegelijk tot knelpunten heeft geleid.

4.2 Het onderzoek

Het deelonderzoek subsidies is uitgevoerd door een onderzoeksgroep van de Universiteit Leiden, bestaande uit mr. K.M. Westra, mr. drs. W. den Ouden, mr. A.E. Schilder en prof. mr. Th.G. Drupsteen. Het werd begeleid door een commissie onder voorzitterschap van prof. mr. I.C. van der Vlies, hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

Centraal in dit onderzoek stond de vraag in hoeverre de doelstellingen die de wetgever bij de tot stand komen van de subsidietitel voor ogen had, medio 2001 zijn gerealiseerd en of zich in de praktijk knelpunten hebben voorgedaan. Kort samengevat laten de doelstellingen zich als volgt weergeven:

- het vergroten van de legitimiteit van de subsidiebesluiten;
- vereenvoudiging en harmonisatie van het subsidierecht en vergroting van de rechtszekerheid voor de subsidie-ontvanger;
- het tegengaan van misbruik en oneigenlijk gebruik van subsidiegelden⁵⁰, en
- een betere beheersing van de overheidsuitgaven.

Om deze vraag te beantwoorden is voornamelijk empirisch onderzoek gedaan. Verwacht mocht worden dat een analyse van literatuur en jurisprudentie te weinig relevante gegevens zou opleveren voor het onderzoek. Het onderzoek is, gelet op de beschikbare tijd en het budget, beperkt van aard geweest.⁵¹ Op rijksniveau zijn twee ministeries in het onderzoek betrokken: het Ministerie van Economische Zaken (middelgrote subsidieverstrekker) en het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen (grote subsidieverstrekker). Op het niveau van de decentrale overheden is bij een grote en een kleine gemeente onderzoek gedaan, resp. Den Haag en Leersum. Vervolgens is voor deze bestuursorganen een keuze gemaakt in de te onderzoeken beleidsterreinen en subsidiestromen.

Bij het Ministerie van OCenW is de keuze gevallen op de subsidies aan toneelgezelschappen, als onderdeel van het beleidsterrein cultuur. Bij het Ministerie van Economische Zaken is onderzoek gedaan naar subsidies ten behoeve van samenwerkingsprojecten op het gebied van technologie. Bij de gemeente Den Haag is gekeken naar subsidies aan decentrale welzijnsorganisaties en bij de gemeente Leersum, tenslotte, naar subsidie aan een kinderdagverblijf (welzijnsinstelling).

Om de subsidiepraktijk op de genoemde terreinen in kaart te brengen is de centrale onderzoeksvraag uitgewerkt in deelvragen en is, aan de hand daarvan, het onderzoek verricht. Voor elk van de onderzochte subsidies is een analyse verricht van de toepasselijke regelgeving en de aansluiting ervan op de Awb. Tevens is steeds een concrete beschikking (subsidieverlening) geanalyseerd. Tot slot is bij de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) onderzoek gedaan naar aan deze vereniging veel gestelde vragen en is aan de hand van enkele interviews met ambtenaren (afkomstig uit de sfeer van wetgeving, beleid en uitvoering, alsmede van de VNG) en subsidie-

⁴⁹ PG Awb III, blz. 1666/167.

⁵⁰ Opmerking verdient dat de doelstelling 'tegenaan van misbruik en oneigenlijk gebruik' in overleg met de opdrachtgever niet in het onderzoek is betrokken omdat onderzoek hiernaar pas zinvol is na een langere termijn van inwerkingtreding. Deze invoeringsevaluatie leent zich daar derhalve minder goed voor.

⁵¹ De onderzoekers wijzen erop dat de in het onderzoek getrokken conclusies met enige voorzichtigheid moeten worden gehanteerd omdat zij niet zonder meer representatief te noemen zijn (par.1.4 en 2.5).

ontvangers geprobeerd een beeld te schetsen van de gevolgen van de invoering van de subsidietitel van de Awb en de toepassing ervan in de praktijk. Het onderzoek mondt uit in enkele aanbevelingen voor de wetgever en voor bestuursorganen, alsmede in aandachtspunten voor de informatievoorziening.

4.3. Algemeen oordeel

Uit het onderzoek is niet gebleken van belangrijke tekortkomingen in de subsidietitel of van belangrijke knelpunten bij de invoering.⁵² Het onderzoek toont aan dat zeer uiteenlopende bestuursorganen op zeer verschillende terreinen met het in de subsidietitel neergelegde juridische kader uit de voeten kunnen. Het algemeen oordeel van de Commissie over de subsidietitel is daarom positief. Op slechts twee punten constateren de onderzoekers de behoefte aan verduidelijking door de wetgever. Dat betreft in de eerste plaats artikel 4:39 Awb, waarop in paragraaf 4.5 wordt ingegaan, en in de tweede plaats afdeling 4.2.8, waarover in paragraaf 4.6 meer. De overige aanbevelingen betreffen aandachtspunten voor de informatievoorziening

4.4 Vergroting van de legitimiteit van subsidiebesluiten

Uit het onderzoek blijkt dat zowel op rijksniveau als op gemeentelijk niveau vrijwel alle subsidies worden verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift. Voor een belangrijk deel was dit ook reeds vóór de inwerkingtreding van de subsidietitel al het geval. Aan het scheppen van deze bijzondere wettelijke grondslagen en de Awb heeft dezelfde algemene rechtsontwikkeling ten grondslag gelegen. Zij lijken elkaar ook wederzijds te hebben beïnvloed. De door de onderzoekers voorgestelde conclusie aan de hand van het onderzoek inhoudende dat van de uitzonderingen op het vereiste van een wettelijke grondslag van art. 4:23, derde lid, van de Awb, weinig gebruikt wordt gemaakt, is naar het oordeel van de Commissie te vroegtijdig. Gewezen zij op het voorbehoud dat de onderzoekers maken in verband met de beperkte omvang van het empirische onderzoek.

Zowel op rijksniveau als op gemeentelijk niveau blijkt dat het wettelijk voorschrift waarin de bevoegdheid tot subsidieverstreking is neergelegd, de activiteiten waarvoor subsidie kan worden verstrekt veelal betrekkelijk globaal omschrijft. Om redenen van flexibiliteit wordt onder meer met ruime delegaties gewerkt. Het gemis aan democratische controle dat daardoor ontstaat, wordt soms echter gecompenseerd door middel van het opstellen van beleidsnota's of plannen en behandeling daarvan door Tweede Kamer (rijksniveau) of gemeenteraad (decentraal niveau). Uit het onderzoek blijkt voorts dat het voor bestuursorganen niet altijd duidelijk is op welke wijze de activiteiten als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, van de Awb in de formele wetgeving of gemeentelijke verordeningen moeten worden omschreven. Ook de mate waarin delegatie is toegestaan is niet altijd duidelijk.

Het eerste punt dat de onderzoekers opwerpen betreft de vraag hoe concreet het voorschrift dat de subsidiebevoegdheid schept, de te subsidiëren activiteiten moet omschrijven. De Commissie meent dat het is toegestaan om op het niveau van de wet of de verordening met een globale omschrijving van de activiteiten te volstaan mits deze op een lager niveau – in krachtens delegatie vastgestelde algemeen verbindende voorschriften, in beleidsregels of in plannen - wordt uitgewerkt in meer concrete activiteiten.⁵³

Het tweede punt dat de onderzoekers noemen betreft de mate van delegatie. Ten aanzien daarvan constateert de Commissie dat het Nederlandse staatsrecht geen harde en heldere regels kent. Wel bieden - op rijksniveau – de Aanwijzingen voor de regelgeving een op subsidies toegesneden richtsnoer: Aanwijzing 24, tweede lid, luidt:

⁵² In zoverre wordt het beeld uit de eerste evaluatie bevestigd. Vgl. F.B.A. Jorna e.a., *Ervaringen met de Awb: subsidiebeschikkingen*, Den Haag 1996.

⁵³ Vgl. de VNG-publicatie: *De Algemene wet bestuursrecht derde tranche, Subsidieverstreking door gemeenten*, samengesteld door J.W. Edinga, Den Haag 1997, p. 38.

‘Ook worden zoveel mogelijk in de wet opgenomen voorschriften omtrent het bestaan van financiële aanspraken jegens de overheid, de kring van voor die aanspraken in aanmerking komende personen en de verschillende elementen die bij de bepaling van de uit te keren bedragen een rol moeten spelen, tenzij de financiële aanspraken slechts zeer tijdelijk of incidenteel van aard zijn dan wel het slechts om een zeer beperkt aantal gevallen gaat.’⁵⁴

Een andere conclusie uit het onderzoek betreft artikel 4:39 Awb. Dit artikel ziet op het aan de subsidie verbinden van verplichtingen die niet strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie, maar van andere beleidsdoelstellingen.⁵⁵ Men denke aan het stellen van milieu-eisen of het voorschrijven van positieve actie ten behoeve van minderheden of vrouwen. Deze categorie verplichtingen wordt in de literatuur ook wel als ‘oneigenlijke’ verplichtingen aangeduid. De toelichting op artikel 4:39 stelt dat met het opleggen van dergelijke verplichtingen terughoudendheid dient te worden betracht.⁵⁶ De wetgever acht het in beginsel minder gewenst om door middel van aan een subsidie verbonden verplichtingen beleidsdoelstellingen na te streven die, hoe belangrijk op zichzelf ook, geen verband houden met de doelstelling van de subsidieregeling zelf. De onderzoekers menen dat noch uit de tekst van art. 4:39 Awb, noch uit de toelichting daarop voldoende duidelijk blijkt wat de reikwijdte van deze bepaling is en hoe deze niet-doelgerichte subsidieverplichtingen in een subsidieregeling moeten worden opgenomen.

In een op verzoek van de Commissie opgestelde, aanvullende notitie hebben de onderzoekers daarbij de volgende knelpunten onderscheiden.

In artikel 4:38, Awb, dat gaat over het opleggen van doelgerichte verplichtingen, wordt gesproken van het ‘*bij* wettelijk voorschrift of *krachtens* wettelijk voorschrift’ opleggen van verplichtingen, terwijl in artikel 4:39 wordt bepaald dat niet-doelgerichte verplichtingen slechts aan de subsidie kunnen worden verbonden ‘voor zover dit *bij* wettelijk voorschrift is bepaald’. Dit verschil in formulering heeft bij sommigen de gedachte doen postvatten dat bij bepalingen inzake doelgerichte subsidieverplichtingen wèl delegatie naar lagere regelgevers mogelijk is en bij ‘oneigenlijke’ verplichtingen niet. De Commissie is met de onderzoekers van mening dat dit niet het geval is. De vraag rijst, waarop het verschil in formulering dan wèl ziet.

De Commissie leidt uit de wetsgeschiedenis het volgende af. Indien de subsidie op een wettelijk voorschrift berust dienen doelgerichte verplichtingen als bedoeld in artikel 4:38 in principe in het wettelijk voorschrift te worden geregeld (‘bij wettelijk voorschrift’). De verplichtingen kunnen ook worden geregeld in voorschriften verbonden aan de beschikking tot subsidieverlening, maar dan alleen krachtens het wettelijk voorschrift waarop de subsidie berust (‘krachtens wettelijk voorschrift’). Volgens de toelichting op art. 4:38 Awb, tweede lid,⁵⁷ verdient de eerste methode de voorkeur, omdat zij meer rechtszekerheid biedt. Tegelijk wordt echter erkend, dat dat niet altijd mogelijk is, bijvoorbeeld omdat de verplichtingen op het concrete geval moeten kunnen worden toegespitst of omdat de subsidie niet op een wettelijk voorschrift berust (omdat zij onder een van de uitzonderingen van art. 4:21, tweede lid, valt). Voor niet op wettelijk voorschrift gebaseerde subsidies is dan ook in art. 4:38, derde lid, bepaald dat de hier bedoelde verplichtingen kunnen worden opgenomen in de beschikking tot subsidieverlening.

De redenering van de wetgever bij artikel 4:39 is een enigszins andere. Met artikel 4:39 Awb heeft de wetgever het nastreven van nevendoeleinden niet willen verbieden, maar wel enigszins aan banden willen leggen. Daarom is in het eerste lid bepaald dat verplichtingen die niet strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie alleen worden opgelegd voor zover een wettelijk voorschrift daartoe een grondslag biedt (‘voor zover bij wettelijk voorschrift bepaald’). Het

⁵⁴ Voor de volledigheid zij vermeld, dat op decentraal niveau een aanwijzing over dit onderwerp niet nodig is geacht.

⁵⁵ Artikel 4:39 luidt:

1. Verplichtingen die niet strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie kunnen slechts aan de subsidie worden verbonden voor zover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald.
2. Verplichtingen als bedoeld in het eerste lid kunnen slechts betrekking hebben op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht.

⁵⁶ PG Awb III, blz. 230 r.k..

⁵⁷ PG Awb III, blz. 230 l.k.

belangrijkste gevolg van het eerste lid is dat bij niet-wettelijke subsidies géén oneigenlijke verplichtingen kunnen worden opgelegd. De wetgever heeft met artikel 4:39 geen voorkeur uitgesproken voor het regelen van oneigenlijke verplichtingen in het wettelijk voorschrift of, krachtens wettelijk voorschrift, in de beschikking: beide is mogelijk.

Anders dan de onderzoekers menen⁵⁸, heeft de wetgever naar het oordeel van de Commissie evenmin bedoeld om, wat de mate van concreetheid betreft, aan de grondslag van de bevoegdheid tot het opleggen van niet-doelgerichte verplichtingen verdergaande eisen te stellen dan in het algemeen aan een bevoegdheidsgrondslag worden gesteld. De Commissie acht het evenwel niet wenselijk, dat bijvoorbeeld een gemeentelijke verordening zou kunnen volstaan met een bepaling in de trant van: 'Burgemeester en wethouders kunnen aan de subsidie ook verplichtingen verbinden die niet zien op de verwezenlijking van het doel van de subsidie die op grond van deze verordening worden verstrekt'. De subsidieregeling zou ten minste een nadere aanduiding moeten bevatten van de met de subsidie na te streven nevendoeleinden. Derhalve neemt de Commissie het voorstel van de onderzoekers tot wijziging van artikel 4:39, eerste lid, over; in de visie van de Commissie is dit een aanscherping van de huidige tekst.

De onderzoekers geven voorts aan dat het tweede lid van artikel 4:39 Awb in de praktijk vragen oproept. Dit artikellid geeft aan dat oneigenlijke verplichtingen slechts betrekking kunnen hebben op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht. Hiermee heeft de wetgever de mogelijkheid om 'oneigenlijke' verplichtingen aan de subsidie te verbinden ook inhoudelijk enigszins willen beperken. Er zal in elk geval een zekere relatie moeten zijn met de gesubsidieerde activiteit. De memorie van toelichting⁵⁹ noemt in dit verband het voorbeeld, dat een verplichting om een gesubsidieerde folder op milieuvriendelijke wijze te drukken wel aanvaardbaar is, maar een verplichting voor bijvoorbeeld een crèche om milieufolders van de gemeente te verspreiden niet. De Commissie meent dat op dit punt de rechtsontwikkeling moet worden afgewacht.

Aanbeveling:

Artikel 4:39, eerste lid, moet worden gewijzigd in dier voege, dat niet-doelgebonden verplichtingen slechts aan de subsidie kunnen worden verbonden voorzover bij wettelijk voorschrift is bepaald waarop dergelijke verplichtingen betrekking kunnen hebben.

4.5 Vereenvoudiging en harmonisatie van het subsidierecht en bevordering van de rechtszekerheid voor de ontvanger

De beoogde harmonisatie van het subsidierecht is voor een deel reeds bereikt met de invoering van de subsidietitel zelf. Ook de sterk met elkaar overeenstemmende kaderwetten op rijksniveau hebben aan deze harmonisatie bijgedragen. De Commissie constateert dat ook voordat de subsidietitel in werking trad, bij het opstellen van subsidieregelingen op rijksniveau al rekening werd gehouden met de subsidietitel. Dit verklaart waarom de aanpassing van de regelgeving aan de subsidietitel op rijksniveau met name uit terminologische wijzigingen bestond.

Op gemeentelijk niveau zijn eveneens al sinds langere tijd subsidieverordeningen van kracht. Nog niet bij alle gemeenten blijken de bestaande subsidieverordeningen te zijn aangepast aan de Awb. Waar dit niet het geval was, bleek in het onderzoek de systematiek van subsidieverstrekking echter wel reeds Awb-conform te zijn. De voornaamste reden voor het uitblijven van de terminologische wijzigingen was veelal dat deze werden gekoppeld aan een inhoudelijke herziening van de subsidieregeling, die langer op zich liet wachten dan aanvankelijk gedacht. De Commissie meent dat bestuursorganen er, gelet op de risico's van vertraging, in het algemeen verstandig aan doen om de juridisch-technische aanpassingen aan nieuwe onderdelen van Awb als afzonderlijk project tot stand te brengen en niet samen te nemen met om beleidsmatige redenen wenselijk geachte wijzigingen.

⁵⁸ Zij hebben zich hierbij wellicht laten leiden door de memorie van toelichting (PG Awb III, blz. 230 r.k.) die zegt dat niet-doelgerichte verplichtingen slechts kunnen worden opgelegd indien een wettelijk voorschrift daartoe een 'specifieke' grondslag biedt.

⁵⁹ PG Awb III, blzz. 230 r.k..

De Commissie maakt uit het onderzoek op dat, doordat de rechten en plichten van de subsidieverstrekker en subsidie-ontvanger in de subsidietitel en in de bijzondere regelgeving thans beter vastgelegd zijn, ten opzichte van een aantal jaren geleden sprake is van meer rechtszekerheid voor de subsidie-ontvanger. Wel is zij met de onderzoekers eens, dat een zekere spanning wordt veroorzaakt door het feit dat de hoofdlijnen van het subsidiebeleid niet in formele wetten of in gemeentelijke verordeningen zijn neergelegd. Deze zijn opgenomen in sneller en gemakkelijker te wijzigen lagere regelgeving of beleidsstukken om te kunnen reageren op veranderde omstandigheden. De Commissie wijst erop dat de door de subsidietitel geboden rechtszekerheid uit de aard der zaak maar op een beperkt aspect ziet. Bestuursorganen zijn vrij om – binnen het kader van de subsidietitel en eventuele bijzondere subsidieregelingen – zelf de inhoud van hun subsidiebeleid te bepalen. Uit ander onderzoek is bekend dat financiële risico's en onzekerheden vooral worden veroorzaakt door veranderingen in dit *inhoudelijke* subsidiebeleid, waardoor de financiële risico's voor de gesubsidieerde instellingen de laatste jaren zijn toegenomen, te meer nu deze veranderingen vaak gepaard gingen met afnemende financiële middelen.⁶⁰

Gebleken is dat bij de in het onderzoek betrokken bestuursorganen en subsidiestromen in de praktijk nauwelijks gebruik gemaakt wordt van de afdeling 4.2.8 neergelegde facultatieve standaardregeling voor per boekjaar verstrekte subsidies aan rechtspersonen. Volgens de onderzoekers schrikken regelgever en bestuursorganen terug voor het in hun ogen te dwingende karakter van veel bepalingen van deze afdeling. Zo worden onder andere de strikte termijnen genoemd (paragraaf 5.7). Tegen deze achtergrond wordt er wel voor gepleit om enkele andere, wel nuttig geachte, bepalingen van afdeling 4.2.8 over te hevelen naar de voor alle subsidies geldende delen van titel 4.2 Awb.

De Commissie constateert dat veel bepalingen van afdeling 4.2.8 afwijkingsmogelijkheden kennen. De enige artikelen waarin termijnen voorkomen zijn de artikelen 4:60 en 4:74 zijn; van deze termijnen kan bij wettelijk voorschrift kan worden afgeweken. De Commissie voelt niet voor het overhevelen van een aantal artikelen uit afdeling 4.2.8 naar de andere afdelingen van de Awb, omdat niet al deze artikelen bij alle subsidies toepasbaar zijn en omdat daardoor van de 'standaardregeling' voor instellingssubsidies weinig zou overblijven. De Commissie meent dat in het kader van de informatievoorziening het gebruik van afdeling 4.2.8 nog eens onder de aandacht gebracht zou kunnen worden.

Voor de uitvoerders van subsidieregelingen of de subsidie-ontvangers, blijkt het subsidierecht door de gelaagdheid in de regelgeving die als gevolg van de invoering van de subsidietitel van de Awb is ontstaan, niet eenvoudiger te zijn geworden. Het blijkt ook dat de (inhoud van de) subsidietitel bij hen niet altijd bekend is. Meer aandacht voor de informatievoorziening op dit punt kan leiden tot een betere kenbaarheid van de subsidieregelgeving. De Commissie meent dat het nuttig zou zijn wanneer bestuursorganen bij de informatievoorziening extra aandacht hieraan schenken (bijvoorbeeld door het ontwikkelen van op de specifieke subsidiesoorten toegesneden informatiebrochures).

4.6 Betere beheersing van overheidsuitgaven

De Commissie constateert dat subsidieregelingen met het oog op de beheersing van de uitgaven op vrij grote schaal de mogelijkheid bieden om een subsidieplafond vast te stellen. Gebleken is, dat in de praktijk van deze mogelijkheid niet altijd daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt. Dit kan er op duiden dat de subsidieverstrekker over voldoende beleidsvrijheid beschikt om ook zonder subsidieplafond een subsidie te weigeren op de grond dat de financiële middelen zijn uitgeput. Voorzover daar twijfel over bestaat, acht de Commissie het niet onverstandig om zekerheidshalve de mogelijkheid van een subsidieplafond in de regeling op te nemen. Bij de vijfjaarlijkse evaluatie van de subsidie, waartoe artikel 4:24 Awb verplicht, kan dan blijken wat de betekenis van dit instrument is. Voorzover het subsidieplafond wel – en zelfs als standaardelement – in het kader van de subsidieverstrekking wordt gehanteerd, is daarbij niet van knelpunten gebleken.

⁶⁰ C.H.G. Voogd - oude Veldhuis, *Subsidie verzorgd? De betekenis van onzekerheid in het subsidie-instrument voor het management van instellingen met publieke taken*, diss. RUG 2000, Den Haag 2000.

Artikel 4:34 Awb biedt de mogelijkheid om een subsidie te verlen onder het voorbehoud dat de begroting van de subsidieverstrekker wordt vastgesteld of goedgekeurd. Blijkens het onderzoek wordt dit begrotingsvoorbehoud voornamelijk bij instellingssubsidies gebruikt. Van ervaringen met het daadwerkelijk inroepen van het begrotingsvoorbehoud is in het onderzoek niet gebleken.

Naast het subsidieplafond en het begrotingsvoorbehoud biedt de Awb nog tal van instrumenten die kunnen bijdragen aan een betere beheersing van overheidsuitgaven (periodieke evaluatie, verschuldigdheid van een vergoeding bij vermogensvorming (art. 4:41), het afleggen van rekening en verantwoording bij de vaststelling etc.). Of deze instrumenten daadwerkelijk hebben geresulteerd in een betere beheersing van de overheidsuitgaven kon uit het onderzoek nog niet blijken. De Commissie onderstreept in dit verband de noodzaak van onderzoek, in de niet al te verre toekomst, naar de bijdrage die de Awb kan leveren aan het tegengaan van misbruik en oneigenlijk gebruik.⁶¹ Daarbij zou met name gekeken moeten worden naar situaties waarin sprake is van meer subsidieverstrekkingen voor dezelfde activiteit (co-financiering) of waarin een subsidie-ontvanger meer subsidies ontvangt voor verschillende activiteiten (cumulatie). De ervaringen met ‘benefit-sharing’ zouden eveneens daarbij kunnen worden betrokken. Benefit-sharing of het ‘delen van de opbrengst’ houdt in dat een deel van de opbrengst van een project waarvoor subsidie is verleend, terugvloeit naar de overheid. De Commissie erkent dat het voor dergelijk onderzoek thans nog te vroeg is. Niet alleen omdat de subsidietitel nog maar drie jaar in werking is, maar vooral ook omdat op grond van het overgangsrecht⁶² nog veel subsidies niet onder de werking van de Awb vallen.

4.7 Overige opmerkingen

De Commissie constateert dat met name op gemeentelijk niveau nogal eens onduidelijkheid bestaat over het onderscheid tussen subsidies als bedoeld in artikel 4:21 Awb en andere financiële bijdragen. Hoewel de grens niet in alle gevallen scherp getrokken kan worden, acht de Commissie het zinvol om, aan de hand van de uiteenzetting daarover in de memorie van toelichting, dit onderscheid opnieuw te belichten met behulp van actuele voorbeelden.

Aanbeveling:

De ministers Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties zouden, in samenspraak met de VNG en het IPO, moeten zoeken naar een geschikte wijze om het onderscheid tussen subsidies en andere financiële bijdragen te verduidelijken (bijv. via de internetsite van deze ministeries).

⁶² De subsidietitel is niet van toepassing op subsidies die voor de inwerkingtreding van de Derde tranche zijn verleend of vastgesteld (artikel III van de Derde tranche Awb).

5.1 De wettelijke regeling

Op 1 januari 1998 is de Awb aangevuld met een titel 4.3, inzake beleidsregels. Beleidsregels zijn regels die bestuursorganen zichzelf stellen omtrent de wijze waarop zij hun bevoegdheden zullen uitoefenen (art. 1:3, vierde lid, Awb). Het belangrijkste verschil met algemeen verbindende voorschriften is, dat bestuursorganen in een concreet geval van een beleidsregel mogen en moeten afwijken, indien toepassing van de beleidsregel wegens bijzondere omstandigheden onevenredige gevolgen zou hebben. Deze zogenaamde “inherente afwijkingsbevoegdheid” is neergelegd in artikel 4:84 Awb.

De bevoegdheid van bestuursorganen om beleidsregels vast te stellen, is gecodificeerd in artikel 4:81 Awb. De wettelijke regeling van beleidsregels is verder zeer beknopt. Dit was mogelijk omdat de wetgever van oordeel is, dat het vaststellen van beleidsregels een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb is. Aspecten als de wijze van totstandkoming, bekendmaking en motivering behoeften daardoor niet meer voor beleidsregels afzonderlijk te worden geregeld, omdat de Awb deze reeds voor besluiten in het algemeen regelt. In titel 4.3 kon worden volstaan met enkele aanvullende voorschriften: artikel 4:83 bepaalt dat een beleidsregel moet verwijzen naar de bevoegdheid waarop zij betrekking heeft, en artikel 4:82 bepaalt dat ter motivering van een besluit dat overeenkomstig een beleidsregel is genomen, mag worden volstaan met een verwijzing naar deze beleidsregel.

5.2 Het onderzoek

Het evaluatie-onderzoek naar het onderdeel beleidsregels van de derde tranche is uitgevoerd door een onderzoeksgroep van de Rijksuniversiteit Groningen, bestaande uit mr. J.E. Valenteijn, mr. H.E. Bröring, dr. A.J.G.M. van Montfort en prof. mr. L.J.A. Damen.

Doel van het onderzoek was het verkrijgen van meer inzicht in de ervaringen in de bestuurspraktijk met artikel 1:3, vierde lid, en titel 4.3 van de Algemene wet bestuursrecht en in de knelpunten die in deze praktijk optreden, alsmede in de verhouding van een en ander tot de doelstellingen van de wetgever. Kern van de Awb-regeling van de figuur beleidsregel is de kwalificatie van beleidsregels als een besluit. Aan deze kwalificatie zijn diverse gevolgen verbonden, bijvoorbeeld voor de totstandkoming, de bekendmaking en de motivering van de beleidsregels. De doelstellingen van de Awb-wetgever met de regeling van beleidsregels zijn een beter gebruik van de beleidsregel als instrument van bestuur, vereenvoudiging in de soorten regelgeving en het terugbrengen van het aantal en/of de omvang van geschillen. In het licht van deze drie doelstellingen ligt aan het onderzoek de volgende probleemstelling ten grondslag:

1. *Op welke wijze wordt door bestuursorganen toepassing gegeven aan de Awb-bepalingen over beleidsregels? Welke ervaringen hebben bestuursorganen met de Awb-bepalingen over beleidsregels? Welke knelpunten zijn daarbij gebleken?*
2. *Zijn beleidsregels duidelijk te onderscheiden van andere vormen van beleid?*
3. *Wordt door de wettelijke regeling van het instrument beleidsregels een bijdrage geleverd aan het terugbrengen van het aantal en/of de omvang van geschillen?*

Deze probleemstelling is uitgewerkt in een analysekader, met behulp waarvan zeven aspecten zijn geïnventariseerd:

- de beleidsregels in relatie tot ander beleid;
- totstandkoming van de beleidsregels;
- bekendmaking en motivering van de beleidsregels;
- toepassing van de beleidsregels;
- besluitkenmerken van de gepubliceerde beleidsregels;
- inhoud van de gepubliceerde beleidsregels;
- vormgeving van de gepubliceerde beleidsregels;

- overig.

Deze zeven aspecten zijn uitgewerkt in diverse aandachtspunten. Op deze punten is onderzoek verricht bij een aantal bestuursinstanties, te weten:

- ministeries, in het bijzonder Economische Zaken;
- de Sociale Verzekeringsbank (een zelfstandig bestuursorgaan);
- de Informatie Beheer Groep (een zelfstandig bestuursorgaan);
- Grootstad (een grote gemeente);
- Middelstad, (een middelgrote gemeente);
- Kleinstad (een kleine gemeente).

5.3 Toepassing, ervaringen en knelpunten

De indruk van de onderzoekers is dat de omvang van het gebruik van beleidsregels, gelet op de talrijke bestuursbevoegdheden voor de uitoefening waarvan beleidsregels zouden kunnen worden vastgesteld, in het algemeen vrij gering is. Wellicht heeft deze bevinding te maken met het betrekkelijk vroegtijdige karakter van het onderzoek. Maar het onderzoek heeft geen aanwijzingen opgeleverd dat binnen afzienbare tijd de omvang van het gebruik van de figuur beleidsregel aanmerkelijk zal toenemen.

Voorts concluderen de onderzoekers dat door de verschillende soorten bestuursorganen en zelfs binnen sommige bestuursorganen zeer uiteenlopend met beleidsregels wordt omgegaan. Het aantal (gepubliceerde) *ministeriële* beleidsregels is beperkt. De waardering van de omvang van het gebruik van de figuur beleidsregel hangt af van het gekozen perspectief. In het perspectief van het aantal ministeriële (uitvoerings)bevoegdheden is de omvang klein te noemen. De ministeriële beleidsregels die er zijn, komen een enkele keer tot stand langs de weg van afdeling 3.4 of 3.5 Awb. Hun motivering is naar het oordeel van de onderzoekers in het algemeen goed, met dien verstande dat de onderzoekers onderscheid maken tussen een motivering en een toelichting en menen dat ten onrechte soms met een toelichting wordt volstaan. De ministeriële beleidsregels plegen ook te worden gepubliceerd, meestal in de Staatscourant. Zij zijn in het algemeen van hoge kwaliteit. Klaarblijkelijk wordt nauwgezet de hand gehouden aan de Aanwijzingen voor de regelgeving, die op beleidsregels gedeeltelijk van (overeenkomstige) toepassing zijn, aldus de onderzoekers.

De onderzochte *zelfstandige bestuursorganen* maken veel gebruik van beleidsregels. Dit houdt rechtstreeks verband met de massale beschikkingverlening, alsmede met het goeddeels ontbreken van het alternatief van het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften. Beleidsregels van de in het onderzoek betrokken zelfstandige bestuursorganen worden nooit voorbereid met toepassing van afdeling 3.4 of 3.5 Awb. De meeste beleidsregels van deze bestuursorganen zijn voorzien van een deugdelijke motivering; de overige beleidsregels gaan alleen vergezeld van een toelichting, aldus de onderzoekers. Terwijl de beleidsregels van de SVB jaarlijks in een eigen bundel worden bekendgemaakt, is de IB-Groep terughoudend met publicatie van de beleidsregels. De beleidsregels van beide zelfstandige bestuursorganen zijn in het algemeen van goede kwaliteit.

De onderzoekers merken op dat zowel de SVB als de IB-Groep bij beleidsregels een gebrek aan flexibiliteit ervaren. Anders dan voor de SVB, is dit voor de IB-Groep aanleiding om terughoudend te zijn met het bekendmaken van beleidsregels. Dit gebrek aan flexibiliteit ligt niet in hoofdzaak aan de Awb-regeling van de figuur beleidsregel. Wat de IB-Groep betreft heeft het vooral te maken met majeure wijzigingen van bijzondere wetgeving. In dit verband wordt de flexibiliteit soms juist gediend met beleidsregels, doordat daarmee op aanstaande wijzigingen wordt geanticipeerd. Flexibiliteit bestaat ook in zoverre, dat de beleidsregels de uitvoeringsbevoegdheid doorgaans niet geheel 'dichttimmeren'.

Op *gemeentelijk* niveau wordt weinig gebruik gemaakt van de figuur beleidsregel. Dit komt door de sterke nota-cultuur. Voorts is het alternatief van het geven van "nadere regels", die in de jurisprudentie doorgaans als algemeen verbindende voorschriften worden aangemerkt, van invloed. Veel

gemeentelijke beleidsregels komen tot stand langs de weg van afdeling 3.4, bij uitzondering langs de weg van afdeling 3.5 Awb. De gemeentelijke beleidsregels plegen niet te zijn voorzien van een motivering, maar van een toelichting. Op gemeentelijk niveau plegen de beleidsregels niet als zodanig te worden bekend gemaakt: het accent ligt op voorlichting. De beleidsregels die er zijn, zijn van wisselende kwaliteit.

5.4 Het begrip beleidsregel

5.4.1 De uitleg van het beleidsregelbegrip

De onderzoekers (par. 9.5; blz. 172) zijn van mening dat beleidsuitspraken in beleidsnota's, -notities en plannen e.d. veelal niet als beleidsregels in de zin van artikel 1:3, vierde lid, moeten worden aangemerkt. Zij leiden dit af uit de keuze van de wetgever om slechts "bij besluit vastgestelde" regels als beleidsregels aan te merken. Een besluit is een rechtshandeling, dat wil zeggen een handeling waarmee rechtsgevolgen zijn beoogd. Naar het oordeel van de onderzoekers is daarom slechts sprake van een beleidsregel, als het bestuursorgaan de duidelijke bedoeling had om de bij beleidsregels behorende rechtsgevolgen in het leven te roepen. Zij spreken in dit verband van "een beperkt begrip beleidsregels".

De Commissie meent, dat de wetgever van een iets ruimere opvatting is uitgegaan. Inderdaad is slechts sprake van een beleidsregel in de zin van de Awb, indien de vaststelling van het beleid is gericht op het in het leven roepen van de rechtsgevolgen van beleidsregels. Voor het antwoord op de vraag of dit het geval is, is echter niet de subjectieve bedoeling van het bestuursorgaan bepalend, maar de objectieve strekking van de handeling. Een beleidsuitspraak in een beleidsnota o.i.d kan dus een beleidsregel zijn, indien deze naar haar inhoud bezien de strekking heeft om het gebruik van een bestuursbevoegdheid te normeren.⁶³

Overigens moet de praktische betekenis van dit verschil van inzicht niet worden overschat. De bevinding van de onderzoekers, dat op gemeentelijk niveau weinig beleidsregels, maar veel beleidsnota's worden vastgesteld, moet weliswaar tegen de achtergrond van hun opvatting over het begrip beleidsregel worden gezien, maar navraag bij de onderzoekers heeft de Commissie geleerd dat hun bevindingen niet wezenlijk anders zouden zijn geweest indien van de opvatting van de Commissie zou zijn uitgegaan. Ook in laatstgenoemde opvatting bevatten de meeste gemeentelijke beleidsnota's maar weinig beleidsregels, omdat de in deze nota's opgenomen beleidsuitspraken vaak te weinig concreet zijn om als beleidsregels te worden aangemerkt.

Veel belangrijker is de aanbeveling die de onderzoekers aan hun bevindingen verbinden: uit een oogpunt van kenbaarheid en rechtszekerheid voor de burger zouden bestuursorganen, in het bijzonder op gemeentelijk niveau, hun beleid vaker moeten neerleggen in voldoende concrete, en bij voorkeur expliciet als zodanig aangeduide beleidsregels. De Commissie onderschrijft deze aanbeveling volledig. Op deze wijze worden de juridische consequenties van het beleid inzichtelijker gemaakt, hetgeen trouwens niet alleen voor de burger, maar ook voor het bestuur zelf nuttig is.

Aanbevelingen:

1. Bestuursorganen, in het bijzonder op gemeentelijk niveau, zouden meer aandacht moeten besteden aan het neerleggen van beleid in beleidsregels.
2. Beleidsuitspraken in beleidsnota's e.d. kunnen beleidsregels zijn, maar het verdient sterk de voorkeur om beleidsregels uitdrukkelijk als zodanig vast te stellen.

5.4.2 De wettelijke definitie

Artikel 1:3, vierde lid, Awb geeft de volgende definitie:

⁶³ Aldus ook expliciet de memorie van toelichting bij artikel 4:83, PG Awb III, blz. 296 l.k..

‘Onder beleidsregel wordt verstaan: een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.’

De onderzoekers menen dat deze definitie op een aantal onderdelen tekortschiet. In de eerste plaats houdt de formulering onvoldoende rekening met het feit, dat de wetgever ook beleidsregels met betrekking tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen mogelijk acht. De definitie is immers beperkt tot regels over bevoegdheden van bestuursorganen, terwijl bevoegdheden tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen niet toekomen aan bestuursorganen, maar aan de rechtspersonen waartoe deze bestuursorganen behoren.

Dit laatste is op zichzelf juist, maar laat naar het oordeel van de Commissie onverlet dat ook de privaatrechtelijke bevoegdheden door bestuursorganen - in hun hoedanigheid van organen van de rechtspersoon - worden uitgeoefend. In ieder geval blijkt uit het onderzoek dat dit punt in de praktijk niet leidt tot problemen die tot het doen van een aanbeveling zouden nopen.

Voorts heeft het begrip bevoegdheid volgens sommigen slechts betrekking op het vermogen tot het verrichten van rechtshandelingen; in die opvatting zouden ook beleidsregels met betrekking tot feitelijk handelen buiten de definitie vallen. De onderzoekers erkennen overigens dat het begrip bevoegdheid in het gangbare spraakgebruik ruimer wordt opgevat, in welk geval het laatste probleem zich niet voordoet. Ook ten aanzien van *feitelijke* beleidsregels acht de Commissie de Awb-definitie derhalve niet problematisch

Het onderscheid tussen beleidsregels omtrent de afweging van belangen, omtrent de vaststelling van feiten en omtrent de uitleg van wettelijke voorschriften wordt in de bestuurspraktijk als irrelevant ervaren. Bepaalde categorieën beleidsregels, zoals met name beleidsregels van administratieve en procedurele aard, beleidsregels omtrent de feitenkwalificatie en beleidsregels ten behoeve van de uniforme uitleg van jurisprudentie, passen lang niet altijd in de door de wetgever aangebrachte driedeling. Wel is het volgens de onderzoekers een gelukkige keuze van de wetgever geweest om wetsinterpreterende beleidsregels onder de definitie te brengen, omdat deze in de praktijk niet scherp van andere typen beleidsregels worden onderscheiden, noch door het bestuur, noch door de rechter.

Er is volgens de onderzoekers geen aanleiding deze driedeling bij te stellen, in de zin van een nadere precisering waarmee meer tegemoet wordt gekomen aan de waargenomen diversiteit. Een dergelijke bijstelling zou de definitiebepaling nodeloos ingewikkeld maken. Vereenvoudiging daarentegen lijkt juist niet uitgesloten: in combinatie met een kleine redactionele aanpassing zou de passage ‘omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften’ wellicht in de definitiebepaling geschrapt kunnen worden. Het besluitkarakter van beleidsregels lijkt te garanderen dat dit inkorten van de definitiebepaling geen ongewenste verruiming van het begrip beleidsregels tot zuiver interne regels zou meebrengen. De onderzoekers tekenen hierbij overigens aan, dat de huidige definitie in de praktijk niet als een wezenlijk knelpunt wordt ervaren.

De Commissie onderschrijft dat het onderscheid tussen drie typen beleidsregels in de praktijk geen toegevoegde waarde heeft en bovendien niet alle beleidsregels dekt. Het zou dus zonder bezwaar uit de definitie kunnen worden geschrapt. Nu er in de praktijk geen wezenlijke problemen zijn, heeft een dergelijke wetswijziging overigens ook naar het oordeel van de Commissie geen haast.

Aanbeveling:

Bij gelegenheid kan de onderverdeling in drie soorten beleidsregels uit artikel 1:3, vierde lid, worden geschrapt.

5.5 De verlichte motiveringsplicht

Artikel 4:82 Awb bepaalt:

"Ter motivering van een besluit kan slechts worden volstaan met een verwijzing naar een vaste gedragslijn voor zover deze is neergelegd in een beleidsregel."

Bij de totstandkoming van de derde tranche van de Awb veronderstelde de wetgever dat artikel 4:82 het bestuur in voldoende mate zou aanmoedigen om beleidsregels vast te stellen en bekend te maken. De onderzoekers concluderen dat dit motiveringsvoordeel in de praktijk niet of nauwelijks wordt ervaren. Met name bij de twee in het onderzoek betrokken zelfstandige bestuursorganen, maar ook bij de drie gemeenten, wordt in de motivering van de primaire beschikkingen veelal niet aan beleidsregels gerefereerd. Veel vaker wordt gebruik gemaakt van standaard tekstblokken (ofwel modelbeschikkingen). Het door de wetgever veronderstelde motiveringsvoordeel van het gebruik van beleidsregels heeft hierdoor voor de primaire besluitvorming vrijwel geen betekenis. In een meer juridische context, zoals bij bezwaar en beroep, wordt, met het oog op de verdediging van de beschikking tegenover de rechter, wel enig motiveringsvoordeel ervaren, aldus de onderzoekers.

In het licht van het voorgaande bevelen de onderzoekers aan om de discussie over de vraag of bestuursorganen onder omstandigheden verplicht zouden moeten zijn om beleidsregels vast te stellen (een dergelijke verplichting was opgenomen in artikel 4.4.2 van het voorontwerp voor een derde tranche) te heropenen. Zij voegen daar aan toe dat deze aanbeveling in zoverre geen dringend karakter heeft, dat wellicht kan worden volstaan met andere maatregelen, zoals het geven van meer voorlichting aan het bestuur.

De Commissie onderschrijft de aanbeveling om de discussie heropenen over een verplichting om beleidsregels vast te stellen niet. Bij de totstandkoming van het wetsvoorstel derde tranche is er bewust voor gekozen om de in het voorontwerp neergelegde verplichting niet op te nemen in het wetsvoorstel. Vervolgens is de kwestie nog voorwerp van debat geweest bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer, met als resultaat dat een amendement om de verplichting alsnog op te nemen werd verworpen.⁶⁴

Gelet hierop acht de Commissie het niet opportuun om de discussie te heropenen. Uit het onderzoek komt immers ook naar voren dat bestuursorganen niet zozeer te weinig beleid vaststellen, maar dat te weinig doen in de vorm van als zodanig herkenbare beleidsregels. Daarop dient naar het oordeel van de Commissie dan ook het accent te worden gelegd. Daarom is in paragraaf 4.1 een aanbeveling aan bestuursorganen opgenomen om beleidsregels zo veel mogelijk uitdrukkelijk vast te stellen. Wellicht zal dan ook bij de motivering van besluiten vaker naar beleidsregels worden verwezen. Naar het oordeel van de Commissie kan dit voor bestuursorganen wel degelijk voordelen hebben, maar worden deze door de praktijk kennelijk nog onvoldoende beseft. De Commissie meent dan ook dat vooral de voorlichting aan bestuursorganen omtrent het belang het van vastleggen van hun beleid in uitdrukkelijk vastgestelde beleidsregels moet worden uitgebreid.

Aanbeveling:

Bestuursorganen dienen te worden voorgelicht over het belang van het vastleggen van hun beleid in uitdrukkelijk vastgestelde beleidsregels.

5.6 Bekendmaking en motivering van beleidsregels

In het onderzoeksrapport wordt aanbevolen beleidsregels aanvullend bekend te maken door ze op internet te plaatsen. De Commissie onderschrijft dit, mits dit niet de enige wijze van bekendmaking is. Zij wijst erop dat het voorontwerp voor een Wet elektronisch bestuurlijk verkeer⁶⁵ hiertoe uitdrukkelijk de ruimte biedt. Ook in dit voorontwerp wordt ervan uitgegaan dat de bekendmaking van

⁶⁴ Amendement-Rehwinkel, Kamerstukken II 1995/1996, 23 700, nr. 7. Zie voor de behandeling in de Tweede Kamer PG Awb III, blz. 285-288.

⁶⁵ Den Haag, 18 april 2001.

beleidsregels langs elektronische weg een aanvulling vormt ten opzichte van de conventionele wijze van publiceren.

Aanbeveling:

Het is nuttig beleidsregels ook op het internet te publiceren.

De onderzoekers maken onderscheid tussen de motivering en de toelichting van een beleidsregel. De toelichting op een beleidsregel wordt door de onderzoekers niet zonder meer als motivering aangemerkt. De Commissie acht dit onderscheid informatief, maar merkt op dat het niet gebruikelijk is motivering en toelichting zo uitdrukkelijk te willen scheiden. De motivering - in de zin van een inhoudelijke onderbouwing van de gemaakte keuzen - kan in de toelichting worden opgenomen. De Commissie wijst er in dit verband overigens op, dat een beleidsregel veelal een nadere uitwerking is van beleidskeuzen die reeds zijn gemaakt bij de totstandkoming van het wettelijk voorschrift dat de bestuursbevoegdheid in het leven riep waarop de beleidsregel betrekking heeft. In dat geval behoeven bij het vaststellen van de beleidsregel slechts deze nadere uitwerkingen, en niet de reeds in een eerder stadium gemaakte beleidskeuzen, te worden gemotiveerd. De opvatting dat veel, met name gemeentelijke, beleidsregels in strijd zijn met de eis van een deugdelijke motivering als neergelegd in artikel 3:46 en 3:47, eerste lid, Awb, vindt de Commissie te ver gaan.

Artikel 4:83 Awb bepaalt:

"Bij de bekendmaking van het besluit, inhoudende een beleidsregel, wordt zo mogelijk het wettelijk voorschrift vermeld waaruit de bevoegdheid waarop het besluit, inhoudende een beleidsregel, betrekking heeft voortvloeit."

Dit voorschrift inzake de vermelding van de bevoegdheid waarop de beleidsregels betrekking hebben, wordt goed nageleefd, behoudens wanneer de beleidsregels betrekking hebben op meer bevoegdheden. In dit geval wordt meestal verzuimd aan te geven welke beleidsregel op welke bevoegdheid betrekking heeft.

5.7 De inherente afwijkingsbevoegdheid

Artikel 4:84 Awb bepaalt:

"Het bestuursorgaan handelt overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen."

De onderzoekers constateren dat bestuursorganen overeenkomstig hun beleidsregels lijken te handelen. Zeker is dit niet, in aanmerking genomen dat in de fase van de primaire besluitvorming veel met model-beschikkingen (tekstblokken) wordt gewerkt, en er 'licht' kan zitten tussen de beleidsregels en deze modellen. Het gebruik van de inherente afwijkingsbevoegdheid krijgt in de fase van de primaire besluitvorming ten onrechte vrijwel geen aandacht. Veelal wordt gewerkt met een 'piep'-systeem (bezwaar maken). Afwijking van de beleidsregels ten nadele van de burger - door de wetgever niet uitgesloten geacht - komt in de praktijk nooit voor.

De Commissie is van mening dat door bestuursorganen meer aandacht moeten hebben voor de situatie dat reeds op basis van de aanvraag, ook indien daarin niet uitdrukkelijk is gewezen op de mogelijke bijzondere omstandigheden die afwijking kunnen rechtvaardigen, nagegaan dient te worden of zulke omstandigheden aanwezig zijn. Deze verhoogde aandacht dient, gelet op de onderzoeksresultaten, in de eerste plaats te gelden voor de primaire besluitvormingsfase, maar moet ook zeker niet worden verontachtzaamd in de bezwaarfase.

Aanbeveling:

Bestuursorganen dienen in de primaire besluitvorming en de bezwaarfase meer aandacht te hebben voor de mogelijkheid, dat op grond van artikel 4:84 Awb van de beleidsregel moet worden afgeweken.

De onderzoekers roepen de rechter op om bijzondere aandacht te besteden aan de inherente afwijkingsbevoegdheid. Zij opperen de mogelijkheid dat de invoering van artikel 4:84 de ruimte om van beleidsregels af te wijken heeft verkleind, aangezien onder de Awb voor afwijking aan twee cumulatieve vereisten moet worden voldaan (te weten: bijzondere omstandigheden en onevenredige gevolgen). De Commissie merkt hierbij op dat ook vóór de invoering van de derde tranche in wezen aan deze twee cumulatieve vereisten moest zijn voldaan, op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, hoewel dat soms wel eens iets anders werd verwoord. Artikel 4:84 heeft een codificerende strekking.

5.8 Beleidsregels en andere vormen van beleid

Bestuursorganen werken met diverse andere beleidsvormen dan beleidsregels. Belangrijk is de rol van model-beschikkingen, handleidingen (met niet-bekendgemaakte beleidsregels; IB-Groep), en beleidsnota's (met name gemeenten). De onderlinge verhouding en inhoudelijke afstemming tussen de verschillende beleidsvormen is niet geheel duidelijk, al wordt door de betrokken bestuursorganen wel een duidelijk onderscheid tussen intern en extern gerichte beleidsvormen gehanteerd. Beleidsnota's bevatten hier en daar beleidsregelachtige uitspraken. Transformatie van andere beleidsvormen in beleidsregels komt eigenlijk niet voor. De invoering van titel 4.3 heeft in het algemeen niet geleid tot een vaker vaststellen van (transformeren in) beleidsregels. De onderzoekers zijn daarom van oordeel dat de verhouding tussen beleidsregels en andere beleidsvormen nadere aandacht behoeft.

De Commissie deelt deze opvatting. Zij wijst er echter wel op dat het ook hier verschil maakt of van een eng of een ruim beleidsregelbegrip wordt uitgegaan. De bevinding van de onderzoekers dat transformatie van andere beleidsvormen in beleidsregels eigenlijk niet voorkomt, wordt door de Commissie zo verstaan, dat beleidsnota's en dergelijke zelden worden omgezet in uitdrukkelijke, als zodanig vastgestelde en herkenbare beleidsregels. Dit leidt echter tot geen andere aanbevelingen dan reeds zijn gedaan: bestuursorganen, en in het bijzonder gemeenten, dienen hun beleid zo mogelijk neer te leggen in als zodanig herkenbare beleidsregels.

Gemeentelijke verordeningen geven colleges van burgemeester en wethouders veelvuldig de bevoegdheid om 'nadere regels' te stellen. De onderzoekers zijn van oordeel dat deze - volgens de jurisprudentie als algemeen verbindende voorschriften te beschouwen - nadere regels in veel gevallen beter zouden kunnen worden vervangen door beleidsregels. De Commissie is evenwel van oordeel, dat de mogelijkheid van delegatie van wetgevende bevoegdheid door de gemeenteraad in de praktijk niet kan worden gemist. Dat laat onverlet, dat ook naar de indruk van de Commissie thans wel eens te automatisch voor 'nadere regels' wordt gekozen, omdat aan het alternatief van beleidsregels gewoon niet wordt gedacht. Ook op dit punt zal een betere voorlichting over de voordelen van beleidsregels uitkomst moeten bieden.

5.9 Geschillenreductie en controlemogelijkheden

De wetgever verwachtte van de wetgever dat titel 4.3 zou kunnen bijdragen aan een zekere vermindering van het aantal geschillen. In het onderzoek is daarvan niet gebleken. Dit hangt overigens samen met de bevindingen van de onderzoekers dat er weinig beleidsregels zijn, die dus per definitie ook geen grote bijdrage leveren aan de reductie van het aantal geschillen. Maar daarnaast speelt een rol dat het voor het eindresultaat van de rechterlijke toetsing (gegrond- of ongegrondheid van het beroep) veelal weinig uitmaakt of beleidsregels dan wel andere beleidsvormen in geding zijn. Wat betreft de wijze van toetsen is er wel verschil: in geval van beleidsregels is een meer rechtstreekse toetsing mogelijk, hetgeen de omvang van geschillen kan inperken. Mede gelet op dit laatste kan een

beter gebruik van de figuur beleidsregel aan de door de wetgever beoogde geschillenreductie bijdragen, zo is de verwachting van de geïnterviewde rechters.

De Commissie merkt tenslotte nog op dat het vaker vaststellen van beleidsregels ook het voordeel kan hebben, dat de democratische controle op de wijze waarop het bestuur gebruik maakt van zijn bestuursbevoegdheden wordt vergemakkelijkt.

6.1 De wettelijke regeling

Op 1 januari 1998 is de Awb aangevuld met een wettelijke regeling inzake mandaat en delegatie (titel 10.1). Deze bestaat uit twee afdelingen: afdeling 10.1.1 inzake mandaat en afdeling 10.1.2 inzake delegatie. Beide rechtsfiguren hebben gemeen, dat zij bewerkstelligen dat een bevoegdheid om besluiten te nemen kan worden uitgeoefend door een ander dan het bestuursorgaan waaraan de bevoegdheid is toegekend. Voor het overige verschillen zij principieel van karakter. Mandaat is een publiekrechtelijke vorm van vertegenwoordiging. Bij mandaat verleent een bestuursorgaan aan een ander (meestal, maar niet altijd, een aan dat bestuursorgaan ondergeschikte ambtenaar) de bevoegdheid om *namens* het bestuursorgaan besluiten te nemen. Deze gelden juridisch als besluiten van het bestuursorgaan zelf, dat daarvoor dan ook in alle opzichten volledig verantwoordelijk blijft. Daarom is mandaat in beginsel toegestaan, ook zonder uitdrukkelijke wettelijke grondslag.

Bij delegatie, daarentegen, verschuift de verantwoordelijkheid voor de bevoegdheidsuitoefening naar een ander bestuursorgaan, dat de bevoegdheid voortaan op eigen naam uitoefent. Dat is een inbreuk op de door de wetgever gekozen bevoegdheidsverdeling, die dan ook slechts mogelijk is indien de wetgever haar uitdrukkelijk heeft toegestaan.

Delegatie is op gemeentelijk niveau niet ongebruikelijk; op rijksniveau worden regelgevende bevoegdheden vaak, maar andere bevoegdheden betrekkelijk zelden gedelegeerd. Mandaat, daarentegen, komt op alle bestuursniveau's zeer veel voor. Het is een voor de bestuurspraktijk buitengewoon belangrijke en zelfs onmisbare rechtsfiguur. De meeste bestuursorganen moeten immers zoveel besluiten nemen, dat zij die onmogelijk allemaal zelf kunnen nemen. In de praktijk wordt de overgrote meerderheid van de door de Nederlandse overheid genomen besluiten dan ook in mandaat genomen.

6.2 Het onderzoek

Vóór de inwerkingtreding van de derde tranche van de Awb kende onze wetgeving geen algemene regelingen inzake mandaat en delegatie. In die zin was titel 10.1 nieuw. Naar de inhoud gaat het in hoofdzaak om codificatie van reeds lang in brede kring aanvaarde ongeschreven rechtsregels. Slechts op een enkel in literatuur en jurisprudentie omstreden punt heeft de wetgever een knoop moeten doorhakken. Niettemin leert de ervaring dat reeds het enkele feit dat ongeschreven regels in de wet worden neergeschreven - en dus veelal gepreciseerd - tot zekere veranderingen in de toepassing kan leiden. Dat was, samen met het grote belang van de rechtsfiguur mandaat voor de bestuurspraktijk, aanleiding om te doen onderzoeken of de (invoering van de) nieuwe wettelijke regeling in de praktijk tot knelpunten heeft geleid.

Dit onderzoek is uitgevoerd door een onderzoeksgroep van de Vrije Universiteit en de Erasmus Universiteit Rotterdam, bestaande uit prof. mr. S.E. Zijlstra (VU), prof. mr. L.J.J. Rogier (EUR), mr. M.C. de Voogd (EUR), mr. H.M.L. Frons (VU) en mr. M.V. van Munster (VU). Het werd begeleid door een commissie onder voorzitterschap van prof. mr. F.A.M. Stroink, hoogleraar publiekrecht aan de Universiteit Maastricht.

De centrale vraag van het onderzoek was, in hoeverre de invoering van titel 10.1 in de praktijk tot knelpunten heeft geleid. Om deze vraag te beantwoorden is onderzoek gedaan naar regelgeving, literatuur en jurisprudentie en is een schriftelijke enquête gehouden onder 100 bestuursorganen (de respons was 60 %). In het kader van de enquête is ook een groot aantal mandaatbesluiten verzameld en geanalyseerd. Tenslotte zijn ter verificatie enkele interviews gehouden. Een en ander heeft geresulteerd in een omvangrijk rapport met een uitvoerige en soms minutieuze artikelsgewijze analyse van titel 10.1 en haar toepassing in de praktijk, uitmondend in de nodige aanbevelingen aan de wetgever, het bestuur en de rechter.

6.3 Algemeen oordeel

Uit het onderzoek blijkt, dat het algemene oordeel over titel 10.1 positief moet zijn. De regeling werkt over het algemeen goed en bij de invoering hebben zich geen belangrijke knelpunten voorgedaan. Een wettelijke regeling van de onderwerpen delegatie en (vooral) mandaat biedt de praktijk houvast en wordt daarom in brede kring nuttig gevonden. Gelet hierop betreffen de aanbevelingen die de onderzoekers aan de wetgever doen, vooral het aanbrenge van enige verduidelijkingen en preciseringen.

Dit betekent niet, dat titel 10.1 voor de praktijk zonder gevolgen is gebleven. Het eerder aangestipte verschijnsel, dat codificatie van ongeschreven rechtsregels de toepassing daarvan kan beïnvloeden, ook al wordt geen inhoudelijke verandering beoogd, heeft zich inderdaad voorgedaan. Titel 10.1 heeft, zelfs al voor haar inwerkingtreding, geleid tot een verhoogde aandacht voor bevoegdheidsvragen in literatuur, rechtspraak en bestuurspraktijk. De indruk bestaat, dat rechters 'strenger' zijn gaan toetsen of in mandaat genomen besluiten wel op een geldige en toereikende mandaatverlening berusten, en dat, mede als gevolg daarvan, bestuursorganen ook meer aandacht aan mandaatverlening zijn gaan besteden. De onderzoekers waarderen deze verhoogde aandacht positief, omdat bevoegdheidsvragen in een rechtsstaat van groot belang zijn. In algemene zin is dat natuurlijk juist, maar juist bij mandaat doen zich ook bevoegdheidsvragen voor waarbij rechtsstatelijke waarden niet daadwerkelijk in het geding zijn. In laatstgenoemde gevallen is het maar de vraag, of rechterlijke gestrengheid bijdraagt aan de rechtsbescherming van de burger. In paragraaf 5.5 wordt hierop nader ingegaan.

Een andere belangrijke conclusie uit het onderzoek is, dat aan veel in de praktijk gehanteerde mandaatbesluiten nog wel het een en ander te verbeteren valt. Deze besluiten worden niet altijd correct bekend gemaakt en zijn, mede door een soms onjuiste terminologie, soms onduidelijk, verwarrend of te vaag. Terecht wijten de onderzoekers dit vooral aan onvoldoende kennis van de relevante rechtsregels bij bestuursorganen, zodat de oplossing moet worden gezocht in betere voorlichting daarover. Daarop wordt in paragraaf 5.6 nader ingegaan.

Naast deze twee hoofdpunten wordt in paragraaf 5.4 nog afzonderlijk aandacht besteed aan de regeling van de bevoegdheid tot het verlenen van mandaat. De resterende aanbevelingen van de onderzoekers met betrekking tot mandaat komen aan de orde in paragraaf 5.7. In paragraaf 5.8 tenslotte, wordt ingegaan op de aanbevelingen inzake delegatie.

6.4 De bevoegdheid tot mandaatverlening

Volgens artikel 10:3, eerste lid, Awb kan een bestuursorgaan zijn bevoegdheden mandateren, tenzij een wettelijk voorschrift of de aard van de bevoegdheid zich tegen het mandaat verzet. De wetgever heeft maar betrekkelijk zelden gebruik gemaakt van de mogelijkheid om mandaat expliciet te verbieden of tot bepaalde functionarissen te beperken (bijvoorbeeld art. 120 Algemene bijstandswet, art. 3 Penitentiaire beginselenwet, art. 3 Besluit milieusubsidies). Een mandaatverbod of -beperking kan echter ook uit het systeem van de wet voortvloeien. De onderzoekers vrezen dat dit tot rechtsonzekerheid leidt, en bepleiten daarom een Aanwijzing voor de regelgeving met als strekking dat de bijzondere wetgever die mandaat wil uitsluiten of beperken, dit zoveel mogelijk expliciet moet doen. De Commissie ziet de toegevoegde waarde van zo'n aanwijzing niet in. Het verdient natuurlijk altijd aanbeveling dat de wetgever zijn bedoelingen zoveel mogelijk expliciteert; dat hoeft niet specifiek voor mandaatverboden te worden bepaald. Bovendien kan zo'n aanwijzing niet uitsluiten dat de rechter in een voorkomend geval toch een mandaatverbod afleidt uit het systeem of de strekking van een wet. De suggestie om in de Aanwijzingen een modelbepaling voor het wettelijk uitsluiten of beperken van mandaat op te nemen, acht de Commissie daarentegen wel zinvol.

Aanbeveling: Het verdient aanbeveling om in de Aanwijzingen voor de regelgeving modellen voor het bij wettelijk voorschrift uitsluiten, dan wel beperken, van de bevoegdheid tot mandaatverlening op te nemen.

De Awb bevat ook zelf enige mandaatverboden en - beperkingen. Zo bepaalt artikel 10:3, tweede lid, onderdeel a, dat mandaat van de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften slechts mogelijk is indien daarin bij de verlening van de bevoegdheid is voorzien. Volgens de toelichting moet daarbij grote terughoudendheid worden betracht; in de praktijk komen krachtens mandaat vastgestelde algemeen verbindende voorschriften dan ook weinig voor. De onderzoekers (par. 4.5.3) bevelen aan om de gewenste terughoudendheid in de wettekst of ten minste in de Aanwijzingen voor de regelgeving vast te leggen, door daarin te bepalen dat slechts algemeen verbindende voorschriften met betrekking tot technische of organisatorische onderwerpen (Vgl. Aanwijzing 124f) krachtens mandaat kunnen worden vastgesteld.

Ook de Commissie acht het in beginsel onwenselijk dat algemeen verbindende voorschriften krachtens mandaat worden vastgesteld. Aanwijzing 33 van de Aanwijzingen voor de regelgeving heeft reeds die strekking. Niettemin kan in uitzonderlijke gevallen wel behoefte bestaan aan mandaat bij algemeen verbindende voorschriften. Het komt, ook bij andere dan technische en organisatorische onderwerpen, een enkele keer voor dat het vaststellen van bijvoorbeeld een ministeriële regeling geen enkel uitstel duldt. Dit heeft zich bijvoorbeeld tijdens de recente mond- en klauwzeercrisis bij herhaling voorgedaan. In dat geval bleek het overigens nog mogelijk dat de minister de regelingen zelf vaststelde, al moest in enkele gevallen wel ondertekeningsmandaat worden verleend. In uitzonderlijke gevallen kan echter ook aan een beslismaandaat behoefte bestaan. De regel zou derhalve behoren te zijn, dat bij algemeen verbindende voorschriften slechts mandaat wordt verleend, indien onverwijlde spoed daartoe noopt.

Aanbeveling:

Artikel 10:3, tweede lid, onderdeel a, moet worden gewijzigd in die zin, dat mandaat tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften niet wordt verleend, tenzij onverwijlde spoed daartoe noopt.

De onderzoekers bevelen voorts aan om aan mandaat van de bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels dezelfde eisen en grenzen te stellen als aan mandaat van de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften (par. 4.4.6). Naar het oordeel van de Commissie zou dit te ver gaan. Uit het zowel het onderzoek naar mandaat en delegatie als het onderzoek naar beleidsregels blijkt, dat het in de praktijk sowieso weinig voorkomt dat beleidsregels in mandaat worden vastgesteld. In het algemeen hecht de praktijk er - terecht - juist sterk aan dat het beleid door het bestuursorgaan zelf wordt vastgesteld. Daarop bestaan echter uitzonderingen. Met name in het ambtenarenrecht komt het wel voor, dat beleidsregels over het gebruik van bepaalde rechtspositionele bevoegdheden in mandaat worden vastgesteld; op dat specifieke terrein is dit naar het oordeel van de Commissie ook niet bezwaarlijk.

6.5 Gebreken in de mandaatverlening

Het komt met enige regelmaat voor, dat hetzij bij het verlenen van een mandaat, hetzij bij het krachtens mandaat nemen van een besluit, één of meer van de in afdeling 10.1.1 opgenomen voorschriften worden geschonden. De onderzoekers bevelen daarom aan, dat bestuursorganen en hun gemandateerden zich steeds ambtshalve vergewissen van hun bevoegdheid om het besluit⁶⁶ te nemen. Dit spreekt naar het oordeel van de Commissie vanzelf.

De onderzoekers bevelen voorts aan, dat de bestuursrechter bij in mandaat genomen besluiten steeds ambtshalve aan verweerder zou moeten vragen om het gepretendeerde mandaat aan te tonen. Naar het oordeel van de Commissie zou dit onnodig juridiserend en bureaucratiserend werken. Zeker bij 'beschikkingenfabrieken' komt het voor dat een bestuursrechter gedurende een bepaalde periode hele reeksen besluiten moet toetsen, die telkens door dezelfde functionaris zijn ondertekend. Het dient geen redelijk doel als de bestuursrechter dan telkens weer opnieuw zou moeten vragen of het mandaat

⁶⁶ Zij beperken deze aanbeveling tot het secundaire besluit (het besluit op bezwaar of administratief beroep), maar het geldt natuurlijk evenzeer voor het primaire besluit.

(nog) bestaat. Meer in het algemeen is het voldoende als de rechter verzoekt het mandaat aan te tonen, als hij voldoende aanleiding heeft om aan het bestaan of de toereikendheid daarvan te twijfelen.

Indien bij een besluit één of meer voorschriften van afdeling 10.1.1 worden geschonden, rijst de vraag wat daarvan precies de juridische gevolgen (behoren te) zijn. Hierbij dient allereerst te worden onderscheiden tussen vormvoorschriften en voorschriften die raken aan de bevoegdheid om een besluit te nemen. Enkele bepalingen van afdeling 10.1.1 bevatten vormvoorschriften; dit geldt in ieder geval voor de artikelen 10:4 (instemmingsvereiste bij mandaat aan niet-ondergeschikten, 10:10 (vermelding namens welk bestuursorgaan is besloten) en 10:11, tweede lid (bij ondertekeningsmandaat moet uit het besluit blijken dat het door het bestuursorgaan zelf is genomen). Schending van deze voorschriften levert geen bijzondere problemen op. In bezwaar of administratief beroep kan een dergelijk gebrek zonder meer worden hersteld. De bestuursrechter kan een besluit ondanks de schending van het vormvoorschrift in stand laten, indien belanghebbenden door de schending niet zijn benadeeld (art. 6:22 Awb). De aard van deze vormvoorschriften brengt mee, dat van benadeling niet snel sprake zal zijn.

Andere voorschriften van afdeling 10.1.1 raken aan de bevoegdheid om in mandaat te beslissen. Dit geldt in ieder geval voor de artikelen 10:3 en 10:11, eerste lid, en in wezen ook voor artikel 10:5. Laatstgenoemde bepaling eist dat een algemeen mandaat schriftelijk wordt verleend. Dat lijkt een vormvoorschrift, maar als niet aan de schriftelijkheidseis is voldaan, is geen rechtsgeldig mandaat totstandgekomen - en zal het bestuursorgaan trouwens vaak niet eens kunnen aantonen dat het daartoe een poging heeft gedaan! - zodat de bevoegdheid om te beslissen in het geding is.

Schending van één van deze voorschriften levert in beginsel een onbevoegdlijk genomen besluit op. Bij het bepalen van de gevolgen daarvan moet worden onderscheiden tussen de fase van de bestuurlijke heroverweging en de fase van het beroep bij de rechter. Als in bezwaar of administratief beroep blijkt, dat het primaire besluit krachtens een gebrekkig mandaat is genomen, kan dit bevoegdheidsgebrek worden hersteld, simpelweg door te zorgen dat de beslissing op het bezwaar of administratief beroep wél bevoegdlijk wordt genomen.⁶⁷ De onderzoekers menen dat in zo'n geval het bezwaar wel expliciet gegrond moet worden verklaard. De Commissie onderschrijft dit niet. Het gaat in het systeem van de Awb niet om de vraag of het bezwaar al dan niet gegrond is, maar uitsluitend om de vraag of het bezwaar aanleiding is om het bestreden besluit te herroepen. Als dit laatste niet het geval is, wekt gegrondverklaring slechts verwarring.

In beroep bij de bestuursrechter is het ingewikkelder. Er kunnen verschillende bevoegdheidsbreken worden onderscheiden:⁶⁸

- er is in het geheel geen mandaatverhouding tussen degene die het besluit heeft genomen en het bevoegde bestuursorgaan;
- er is wel een mandaatverhouding, maar die ziet niet op de materie van het bestreden besluit;
- er is wel een mandaat, maar dit is in strijd met artikel 10:3 of een ander mandaatverbod;
- er is wel een mandaat voor het bestreden besluit verleend, maar dat is niet, nog niet of niet meer rechtsgeldig;
- er is wel een mandaat voor de materie van het bestreden besluit, maar dat is in het concrete geval overschreden.

In al deze gevallen komt het voor dat het bestuursorgaan tijdens de beroepsprocedure tracht het bevoegdheidsgebrek te repareren door te laten weten dat het het bestreden besluit voor zijn rekening neemt (ook wel 'bekrachtiging' genoemd). Dan rijst de vraag, of dit gevolgen moet hebben voor het oordeel van de bestuursrechter en zo ja, welke.

⁶⁷ Daarvoor is nodig dat de beslissing wordt genomen door hetzij het bestuursorgaan zelf, hetzij een functionaris die beschikt over een expliciet mandaat om beslissingen op bezwaar te nemen en niet degene is die de primaire beslissing nam (art. 10:3, derde lid, Awb). Het mandaat om in bezwaar te beslissen kan niet worden afgeleid uit een mandaat om op het betrokken terrein primaire beslissingen te nemen. Beslissingen op administratief beroep kunnen slechts door het bestuursorgaan zelf worden genomen (art. 10:3, tweede lid, onderdeel c, Awb).

⁶⁸ Deze indeling is grotendeels ontleend aan het rapport van de onderzoekers, die haar weer in belangrijke mate ontleent aan de noot van M. Schreuder-Vlasblom onder ABR 23-10-1997, AB 1998, 386.

Uit de jurisprudentie blijkt, dat de rechter een bevoegdheidsgebrek niet met toepassing van artikel 6:22 Awb kan passeren; het gaat immers niet om schending van een vormvoorschrift.⁶⁹ In beginsel moet de rechter het besluit dus vernietigen. Maar als hij daarmee volstaat, is de kans groot dat het bestuursorgaan vervolgens een nieuw besluit neemt dat inhoudelijk identiek is aan het vernietigde besluit. De belanghebbende moet dan opnieuw beroep instellen om een rechterlijk oordeel over het materiële geschilpunt te verkrijgen. Dit staat op gespannen voet met het streven naar een definitieve en inhoudelijke beslechting van het geschil. In ieder geval in de hierboven onder (d) en (e) genoemde gevallen kan men zich afvragen, of het bevoegdheidsgebrek wel ernstig genoeg is om dit nadeel te rechtvaardigen.

In de praktijk is op verschillende manieren getracht aan dit gevolg te ontkomen. Soms neemt het bestuursorgaan zelf, dan wel een functionaris die wel over een toereikend mandaat beschikt, reeds hangende de beroepsprocedure een nieuw besluit van dezelfde inhoud als het bestreden besluit. Dit zou dan moeten worden gezien als een wijzigingsbesluit in de zin van artikel 6:18 Awb, zodat ingevolge artikel 6:19 Awb het aanhangige beroep zich mede tegen dit nieuwe besluit richt. De Commissie is met de onderzoekers van oordeel dat deze weg moeilijk begaanbaar is, reeds omdat eigenlijk geen sprake is van een echte wijziging van het bestreden besluit.

Een andere mogelijkheid is, dat de rechter het besluit wel vernietigt, maar met toepassing van artikel 8:72, derde lid, de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand laat. Volgens de CRvB⁷⁰ is dit mogelijk indien:

- het besluit, afgezien van het bevoegdheidsgebrek, de rechterlijke toets kan doorstaan;
- het bestuursorgaan in bezwaar geen aanleiding heeft gezien voor heroverweging of herziening, en
- het bestuursorgaan het besluit heeft ‘bekrachtigd’.

De jurisprudentie van de ABRS lijkt iets terughoudender; met name lijkt de Afdeling ook de aard van het bevoegdheidsgebrek in haar overwegingen te betrekken, in dier voege dat in de hierboven onder (a) tot en met (c) bedoelde gevallen de rechtsgevolgen niet snel in stand worden gelaten. Voorts laat de ABRS de rechtsgevolgen niet in stand, indien de toepasselijke wettelijke voorschriften het bestuursorgaan nog beleids- of beoordelingsvrijheid laten.⁷¹

Naar het oordeel van de Commissie is de jurisprudentie van beide rechters op dit punt nog te terughoudend. Het belang van een definitieve en inhoudelijke beslechting van het geschil moet hier het zwaarst wegen. De Commissie meent dat, tenzij de aard van het besluit zich daartegen verzet⁷², de bestuursrechter de rechtsgevolgen van een krachtens ontoereikend mandaat genomen besluit steeds in stand zou moeten laten indien aan slechts twee voorwaarden is voldaan:

- het bestuursorgaan heeft laten weten na vernietiging geen ander besluit te willen nemen (het is minder juist dit ‘bekrachtiging’ te noemen), en
- het besluit, afgezien van het bevoegdheidsgebrek, de rechterlijke toets kan doorstaan.

De Commissie ziet geen aanleiding als voorwaarde te stellen dat het primaire besluit in bezwaar niet is herzien, noch dat beleids- of beoordelingsvrijheid ontbreekt. Waar het om gaat is dat het bevoegde bestuursorgaan zelf, dan wel een over een toereikend mandaat beschikkende functionaris, zich over het bestreden besluit heeft gebogen en tot het oordeel is gekomen en rechtens kon komen dat na vernietiging wegens een bevoegdheidsgebrek geen inhoudelijk ander besluit zal worden genomen. In al die gevallen weegt het belang van finale geschilbeslechting in beginsel zwaarder dan het belang van strikte handhaving van de regels inzake mandaat, en is voor de gebruikelijke terughoudendheid bij het in stand laten van rechtsgevolgen dus geen reden.

De Commissie wil daarom nog iets verder gaan en de rechter aanbevelen om, steeds wanneer een mandaatgebrek wordt geconstateerd, het bestuursorgaan uitdrukkelijk de vraag voor te leggen of

⁶⁹ Zo reeds CbB 31-1-1995, JB 1995, 61; vgl. ook CRvB 14-5-1996, NJB-katern 1996, nr. 46.

⁷⁰ CRvB 21-1-1998, AB 1998, 167 m.nt. FP; zie ook CRvB 25-3-1997, JB 1997/91 m.nt. JMED.

⁷¹ ABRS 3-3-1998, JB 1998, 78.

⁷² Men denke aan het geval van een besluit dat vóór een bepaald tijdstip moet worden genomen; dan is verdedigbaar dat het bevoegdheidsgebrek na dat tijdstip niet meer kan worden geheeld.

het zich inhoudelijk met het besluit kan verenigen. Indien de zogenaamde ‘bestuurlijke lus’ wordt ingevoerd, zou deze daarvoor een procedureel kader bieden. Maar ook thans belet niets de rechter om deze vraag bij brief of ter zitting aan het bestuursorgaan voor te leggen.

Het zou natuurlijk ook denkbaar zijn, dat de wetgever artikel 6:22 Awb zodanig zou wijzigen, dat ook bevoegdheidsgebreken kunnen worden gepasseerd. De regering heeft in de kabinetsnota “Juridisering in het openbaar bestuur” aangekondigd de mogelijkheid daartoe te zullen onderzoeken. De Commissie acht een dergelijke wetswijziging, althans voor gebreken in het mandaat, niet nodig, omdat artikel 8:72, derde lid, Awb reeds voldoende mogelijkheden biedt, en overigens ook niet wenselijk. Het verschil tussen toepassing van artikel 8:72, derde lid, en toepassing van (een verruimd) artikel 6:22 is, dat in het eerste geval wel een vernietiging wordt uitgesproken, maar in het tweede geval niet. Het eerste doet meer recht aan het belang van bevoegdheidsvragen. Bovendien impliceert een vernietiging dat het bestuursorgaan het door de belanghebbende betaalde griffierecht, en eventueel diens proceskosten, moet vergoeden. Dat is voor bestuursorganen een nuttige financiële prikkel om voldoende aandacht aan het opstellen en vooral ook onderhouden van mandaatbesluiten te blijven besteden. Gevreesd moet worden dat deze aandacht zonder deze financiële prikkel al spoedig weer zou dalen tot het - te lage - niveau van vóór de invoering van de derde tranche.

Aanbevelingen:

1. Indien een besluit krachtens een ontoereikend mandaat is genomen, dient de bestuursrechter zoveel mogelijk ook het materiële geschilpunt te beoordelen.
2. In dat kader dient de bestuursrechter het bestuursorgaan zoveel mogelijk de vraag voor te leggen, of het na vernietiging wegens een bevoegdheidsgebrek een ander besluit zou nemen.
3. Indien:
 - (a) het bestuursorgaan laat weten na vernietiging wegens een bevoegdheidsgebrek geen ander besluit te zullen nemen, en
 - (b) het besluit, afgezien van het bevoegdheidsgebrek, de rechterlijke toets doorstaat, dient de bestuursrechter met toepassing van artikel 8:72, derde lid, Awb de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand te laten, tenzij de aard van het besluit zich daartegen verzet.

Aanbeveling:

Het is nodig noch wenselijk de rechter de bevoegdheid te geven om mandaatgebreken geheel te passeren. In zoverre behoeft de werkingssfeer van artikel 6:22 dus niet te worden uitgebreid.

6.6 De inhoud van mandaatbesluiten

Uit het onderzoek komen de nodige aandachtspunten betreffende de inhoud en inrichting van mandaatbesluiten naar voren. In de eerste plaats wordt soms mandaat verleend aan met name genoemde natuurlijke personen in plaats van aan functies. Dit heeft dan tot gevolg, dat in het mandaatbesluit ook een vervangingsregeling moet worden opgenomen. Het is beter om mandaat steeds te verlenen aan een functie, dus bijvoorbeeld aan ‘het Hoofd van de Dienst Welzijn’. De bevoegdheid kan dan worden uitgeoefend door iedere natuurlijke persoon die op een gegeven tijdstip deze functie vervult, ook als hij of zij dit krachtens een vervangingsregeling tijdelijk doet. Het is dan niet meer nodig nog een afzonderlijk mandaat te verlenen aan het plaatsvervangend hoofd van de dienst.

In de tweede plaats signaleren de onderzoekers dat mandaten soms in te vage of subjectieve termen worden verleend. Zij doelen daarmee op omschrijvingen als ‘aangelegenheden die naar het oordeel van de betrokken functionaris tot zijn werkterrein behoren’ of uitzonderingen voor ‘aangelegenheden van principiële aard’. Daardoor kan in concrete gevallen gemakkelijk twijfel ontstaan of een besluit bevoegd genomen is. De onderzoekers noemen dit ‘juridisch riskant en bestuurlijk onwenselijk’ (par. 4.11.2), en spreken een voorkeur uit voor een vorm van mandaatverlening waarbij de betrokken bevoegdheden exact worden aangeduid. De Commissie zou dit willen nuanceren. Natuurlijk behoren mandaatbesluiten zo nauwkeurig mogelijk te zijn, maar het is de vraag of het nodig of zelfs wenselijk is om alle bevoegdheden waarvan mandaat wordt verleend, exact op te sommen onder vermelding van de relevante wetsartikelen. Bij bestuursorganen met veel

bevoegdheden, zoals ministers en de bestuursorganen van gemeenten en provincies, is dat nauwelijks doenlijk. Het zou de mandaatbesluiten bovendien zeer ‘onderhoudsgevoelig’ maken, en daardoor de kans op fouten vergroten.

Naast deze twee punten bevat het onderzoeksrapport nog een reeks nuttige wenken voor de inrichting en inhoud van mandaatbesluiten. Voor een aantal daarvan bepleiten zij, dat deze in de Aanwijzingen voor de regelgeving, respectievelijk de Aanwijzingen voor de decentrale regelgeving worden opgenomen. Naar het oordeel van de Commissie is dat onnodig zwaar. Waar de kwaliteit van mandaatbesluiten tekortschiet, is dit niet zozeer het gevolg van onwil, maar van onvoldoende kennis van de relevante rechtstregels of gebrek aan ervaring. De oplossing daarvoor ligt niet in meer voorschriften, maar in meer voorlichting en ondersteuning van bestuursorganen. De Commissie zou zich kunnen voorstellen dat de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, in samenspraak met de organisaties van decentrale overheden, een werkgroep van deskundigen en praktijkmensen belasten met het ontwikkelen van een handreiking voor mandaatbesluiten, voorzien van de nodige modellen voor veel voorkomende situaties, en deze vervolgens op ruime schaal verspreiden. Het onderzoeksrapport biedt reeds veel materiaal voor de inhoud van een dergelijke handreiking. Ook de aanbevelingen van de onderzoekers met betrekking tot het verlenen van ondermandaat (par. 5.4.1.3 van het onderzoeksrapport), alsmede de meer praktische aanbevelingen met betrekking tot ondertekeningsmandaat, volmacht en machtiging kunnen in zo’n handreiking worden verwerkt.

Aanbeveling:

De ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties zouden, in samenspraak met de VNG, het initiatief moeten nemen tot het ontwikkelen van een handreiking voor mandaatbesluiten.

6.7 Overige aanbevelingen inzake mandaat

6.7.1 Mandaat aan niet-ondergeschikten

Vóór de inwerkingtreding van titel 10.1 Awb was omstreden, in hoeverre een bestuursorgaan mandaat kon verlenen aan anderen dan zijn ondergeschikten. Artikel 10:4 Awb hakt deze knoop door: mandaat aan niet-ondergeschikten is mogelijk, maar behoeft de instemming van de gemandateerde en, in voorkomende gevallen, van het bestuursorgaan waaraan deze gemandateerde wel ondergeschikt is.

Mandaat aan niet-ondergeschikten komt in de praktijk met enige regelmaat voor. De onderzoekers wijzen er terecht op, dat deze figuur niet zonder risico’s is. Het bestuursorgaan zal in dit geval een extra inspanning moeten leveren om zijn verantwoordelijkheid voor de bevoegdheidsuitoefening door de niet-ondergeschikte te kunnen waarmaken. Bij mandaat aan een private organisatie zal de mandaatgever voorts moeten waarborgen, dat deze organisatie voldoende kennis heeft van het publiekrechtelijk normenstelsel waarbinnen zij moet gaan werken.

Om deze redenen bevelen de onderzoekers een terughoudend gebruik van mandaat aan niet-ondergeschikten aan (par. 4.10.2). De Commissie onderschrijft dit voorzover het mandaat aan (functionarissen van) niet tot de overheid behorende organisaties, zoals ondernemingen, betreft. De ervaring leert dat dergelijke organisaties doorgaans niet over de kennis beschikken en er door hun bedrijfscultuur ook anderszins niet op ingesteld zijn om de waarborgen van het publiekrecht in acht te nemen.⁷³

Mandaat aan ambtenaren van een ander bestuursorgaan binnen dezelfde bestuurslaag (bijvoorbeeld de in de praktijk nog wel eens voorkomende figuur dat een minister aan ambtenaren van een dienst van een ander ministerie), geeft in de praktijk veel minder problemen. Mandaat van bestuursorganen van het rijk aan bestuursorganen van provincies, gemeenten of waterschappen,

⁷³ Dit kwam reeds bij de eerste evaluatie naar voren. Vgl. M.S. Beerten e.a., *Ervaringen met de Awb: aspecten van financiële beschikkingverlening*, Deventer 1996, over het nemen van beschikkingen op grond van de AWBZ door een particuliere ziektekostenverzekeraar. Daarmee is overigens niets negatiefs gezegd over de kwaliteit van deze particuliere organisaties: het probleem is meer dat aan de overheid *andere* kwaliteitseisen worden gesteld dan aan ondernemingen.

daarentegen is, naar de onderzoekers terecht opmerken, staatsrechtelijk beslist ongewenst, zo niet ontoelaatbaar.⁷⁴

Aanbeveling:

Bestuursorganen verlenen in beginsel geen mandaat aan (functionarissen van) niet tot de overheid behorende organisaties.

6.7.2 Bekendmaking van mandaatbesluiten

Een algemeen mandaat moet schriftelijk worden verleend, een mandaat voor één concreet geval kan ook mondeling worden verleend. Dit brengt mee dat in ieder geval een algemeen mandaat steeds een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb is, dat derhalve pas rechtsgevolgen heeft nadat het op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt (art. 3:40 Awb). Uit het onderzoek (par. 4.11.6) blijkt, dat mandaatbesluiten doorgaans wel worden bekendgemaakt, maar dat de door artikel 3:45 Awb voorgeschreven rechtsgangverwijzing daarbij vaak wordt vergeten. De onderzoekers bevelen dan ook aan, deze rechtsgangverwijzing wel op te nemen. Een soortgelijke aanbeveling doen zij voor besluiten tot het verlenen van ondermandaat, alsmede voor het besluit waarbij een bestuursorgaan instemt met het verlenen van mandaat aan zijn ondergeschikte door een ander bestuursorgaan.

De Commissie is van oordeel, dat deze rechtsgangverwijzing strikt genomen inderdaad vereist is, maar meent dat het in de praktijk nauwelijks een probleem is als deze ontbreekt, omdat de beroepsmogelijkheid veelal slechts in theorie bestaat. Burgers zullen immers vrijwel nooit als belanghebbende bij het besluit tot mandaatverlening kunnen worden aangemerkt. De Commissie ziet derhalve onvoldoende aanleiding om op dit punt een aanbeveling te doen.

Wat de wijze van bekendmaking betreft, blijken vooral veel provincies en gemeenten te werken met een openbaar mandaatregister. De onderzoekers achten dit een juiste wijze van bekendmaking en zijn zelfs van oordeel dat een dergelijk register voor bestuursorganen met veel mandaatregelingen noodzakelijk kan zijn om de bevoegdheidsverdeling voldoende inzichtelijk te maken en te houden. De Commissie onderschrijft dit, mits voldoende wordt bekendgemaakt waar en wanneer het mandaatregister kan worden geraadpleegd, en daartoe ook daadwerkelijk voldoende gelegenheid bestaat. In dit verband is het nuttig mandaatregisters ook via de internet-site van het bestuursorgaan toegankelijk te maken. Voldoende is dat echter niet, zolang nog een substantiële groep ingezetenen geen toegang tot het internet heeft.

Aanbeveling:

Het verdient aanbeveling dat bestuursorganen al hun mandaatbesluiten bijeenbrengen in een openbaar mandaatregister en op ruime schaal bekendmaken waar en wanneer dit register kan worden geraadpleegd.

6.7.3 Ondertekening en ondertekeningsmandaat

Mandaat is de bevoegdheid om een besluit te *nemen*. Dit impliceert ook de bevoegdheid om het besluit, voor zover nodig, te ondertekenen. Uit het besluit moet blijken namens welk bestuursorgaan het is genomen (art. 10:10). In de praktijk blijkt dit vaak uit de ondertekening (“De Minister van Justitie, voor deze ...”). Soms wordt een in mandaat genomen besluit ondertekend met behulp van een stempel met de handtekening van (de voorzitter en/of secretaris van) het bestuursorgaan. Deze praktijk is onjuist, voorzover daardoor ten onrechte de indruk wordt gewekt dat het besluit door het bestuursorgaan zelf is genomen.

Het komt ook voor, dat een bestuursorgaan een besluit wel zelf neemt, maar een ander (vrijwel steeds een ondergeschikte) de bevoegdheid verleent om het besluit namens het bestuursorgaan te ondertekenen. Men spreekt dan van ondertekeningsmandaat (art. 10:11). In zo'n geval dient uit het

⁷⁴ Aldus ook reeds ABRS 14-5-1998, AB 1998, 287 m.nt. FM.

besluit te blijken, dat het door het bestuursorgaan zelf is genomen (art. 10:11, tweede lid), maar naar het oordeel van de Commissie ook, dat het door een ander is ondertekend. Het gebruik van stempels met de handtekening van (de voorzitter en/of secretaris van) het bestuursorgaan wekt ook hier slechts verwarring. De Commissie beseft, dat het in de praktijk niet doenlijk is dat - bijvoorbeeld - de burgemeester en de gemeentesecretaris alle in de vergadering van burgemeester en wethouders genomen besluiten persoonlijk ondertekenen. Daaraan kan echter worden tegemoetgekomen door aan ambtenaren ondertekeningsmandaat te verlenen.

Aanbeveling:

Voorzover het gebruik van handtekeningstempels in strijd met de waarheid de indruk wekt dat een bepaalde persoon het besluit heeft ondertekend, moet dit gebruik worden afgewezen. In de praktische behoefte om besluiten door ambtenaren te laten ondertekenen kan beter door ondertekeningsmandaat worden voorzien.

6.7.4 Mandaat, volmacht en machtiging

Artikel 10:1 Awb definieert mandaat als de bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan *besluiten* te nemen. Besluiten zijn schriftelijke publiekrechtelijke rechtshandelingen (art. 1:3 Awb). Daarnaast worden namens bestuursorganen ook privaatrechtelijke rechtshandelingen verricht.⁷⁵ In dat geval heeft het bestuursorgaan geen mandaat, maar volmacht verleend. Tenslotte worden namens bestuursorganen handelingen verricht die noch een besluit, noch een privaatrechtelijke rechtshandeling zijn (bijvoorbeeld de afdoening van klachten op grond van hoofdstuk 9 Awb). In dat geval is sprake van machtiging. Als de volmacht of de machtiging wordt verleend aan een ongeschikte van het bestuursorgaan, zijn de regels inzake mandaat van overeenkomstige toepassing (art. 10:12 Awb).

Uit het onderzoek blijkt, dat volmacht en machtiging in de praktijk minder aandacht krijgen dan mandaat. Machtigingen zijn vaak niet uitdrukkelijk geregeld. Volmactregelingen komen vaker voor, maar daarin wordt de volmacht soms ten onrechte ook als mandaat aangeduid.

Rond volmachten doet zich vooral bij decentrale overheden het probleem voor, dat uit het systeem van de Awb en de organieke wetgeving voortvloeit, dat moet worden onderscheiden tussen het besluit tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling enerzijds en de rechtshandeling zelf anderzijds. Indien dus bijvoorbeeld een gemeente een ambtenaar de bevoegdheid wil verlenen om namens de gemeente overeenkomsten aan te gaan, moet enerzijds de raad zijn bevoegdheid om tot het aangaan van een overeenkomst te besluiten, aan deze ambtenaar mandateren, en anderzijds de burgemeester aan dezelfde ambtenaar een volmacht verlenen om de overeenkomst namens de gemeente te sluiten. In de praktijk blijkt men er vaak ten onrechte van uit te gaan, dat het mandaat de volmacht impliceert of omgekeerd. De onderzoekers bevelen daarom (par. 4.18.2), mandaten en volmachten zoveel mogelijk van elkaar te onderscheiden.

De Commissie meent, dat dit niet altijd nodig is om het gestelde doel te bereiken. Andere bestuursorganen, bijvoorbeeld ministers, verlenen veelvuldig op een bepaald terrein zowel mandaat als volmacht aan dezelfde functionaris. In dat geval kan het nuttig zijn zijn beide - en eventueel ook machtigingen tot feitelijk handelen - te combineren, teneinde aldus een dekkend stelsel te verkrijgen.

Aanbeveling

Bestuursorganen van decentrale rechtsgemeenschappen dienen er op toe te zien, dat naast een volmacht zonnodig ook het bijbehorende mandaat wordt verleend, en omgekeerd.

⁷⁵ Strikt genomen worden privaatrechtelijke rechtshandelingen uiteindelijk verricht namens de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort. De departementsambtenaar die een overeenkomst tot aanschaf van kantoormeubilair sluit, doet dit dus uiteindelijk namens de Staat. Maar het gaat hier om de gevallen waarin het bestuursorgaan dat bevoegd is de rechtspersoon te vertegenwoordigen, deze bevoegdheid weer door een ander laat uitoefenen. In die zin wordt de privaatrechtelijke rechtshandeling dus óók namens het bestuursorgaan verricht.

6.7.5 Overige wetswijzigingen

De onderzoekers doen nog enige aanbevelingen tot redactionele verbeteringen van enkele bepalingen van afdeling 10.1.1. Het betreft de artikelen 10:3, tweede lid, onderdelen a en d, (aanbevelingen 6.1.3, 6.1.5, 6.1.6 en 6.1.7), 10:9, tweede lid, (aanbeveling 6.1.8) en 10:12 (aanbeveling 6.1.9). In alle deze gevallen moet worden geconstateerd, dat de huidige tekst in de praktijk geen problemen oproept. Om die reden dient de wetgever naar het oordeel van de Commissie terughoudend te zijn met het aanbrengen van wijzigingen, ook al zijn dat strikt genomen verbeteringen.

6.8 Delegatie

6.8.1 Algemeen

Uit het onderzoek (par. 5.14) blijkt dat de regeling inzake delegatie in het algemeen positief wordt gewaardeerd en in de praktijk tot weinig problemen aanleiding geeft. De aanbevelingen van de onderzoekers betreffen dan ook enkele relatief ondergeschikte of dogmatische punten.

6.8.2 Het rechtskarakter van delegatiebesluiten

De onderzoekers bestrijden de in de memorie van toelichting verdedigde opvatting, dat een besluit waarbij een bevoegdheid wordt gedelegeerd, het karakter heeft van een algemeen verbindend voorschrift. Naar hun oordeel is dit slechts juist indien een wetgevende bevoegdheid wordt gedelegeerd. In andere gevallen moet het delegatiebesluit worden gekwalificeerd als een besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift. Dit betekent dat het delegatiebesluit vatbaar is voor bezwaar en beroep.

In de praktijk blijken delegatiebesluiten ook niet steeds te worden bekendgemaakt op de wijze die voor algemeen verbindende voorschriften is voorgeschreven. Dit heeft weer gevolgen voor de toepassing van artikel 10:19. Daarin is bepaald, dat een krachtens delegatie genomen besluit de vindplaats van het delegatiebesluit moet vermelden. Indien delegatiebesluiten inderdaad als algemeen verbindende voorschriften zouden worden gepubliceerd, zou dit als regel voldoende zijn om de burger in staat te stellen de bevoegdheidsgrondslag te achterhalen. Nu dit in de praktijk veelal niet geschiedt en volgens de onderzoekers ook niet hoeft, bevelen zij aan artikel 10:19 te vervangen door het voorschrift analoog aan artikel 10:10 voor mandaat: een krachtens delegatie genomen besluit moet vermelden dat het krachtens delegatie is genomen, alsmede door welk bestuursorgaan de bevoegdheid is gedelegeerd.

De Commissie meent, dat in het midden kan blijven of delegatiebesluiten dogmatisch gezien wel of niet als algemeen verbindende voorschriften moeten worden gekwalificeerd. Naar het oordeel van de Commissie is het in ieder geval wenselijk dat delegatiebesluiten op de voor algemeen verbindende voorschriften voorgeschreven wijze worden gepubliceerd. De regeling waarbij de bevoegdheid aanvankelijk aan bestuursorgaan X is geattribueerd, is immers in ieder geval een algemeen verbindend voorschrift en dus ook als zodanig gepubliceerd. Uit een oogpunt van kenbaarheid voor de burger is het dan wenselijk dat een delegatiebesluit waardoor niet langer bestuursorgaan X, maar bestuursorgaan Y bevoegd is, op dezelfde of vergelijkbare wijze wordt gepubliceerd. Op rijksniveau kan men dan denken aan publicatie in de Staatscourant, op gemeentelijk niveau aan publicatie in het gemeenteblad of, als dit er niet is, een andere uitgave vanwege de gemeente (vgl. art. 139 Gemeentewet).

Aanbeveling:

Delegatiebesluiten dienen zoveel mogelijk te worden gepubliceerd op de wijze die is voorgeschreven voor door de delegans vastgestelde algemeen verbindende voorschriften.

6.8.3 Overige aanbevelingen

Artikel 10:17 Awb bepaalt, dat een bestuursorgaan dat een bevoegdheid heeft gedelegeerd, deze bevoegdheid niet meer zelf kan uitoefenen. De onderzoekers achten dit voor het geval van delegatie van wetgevende bevoegdheid onjuist, en bevelen daarom aan voor dat geval een uitzondering op deze regel in de wet op te nemen (par. 5.9.3). Zij geven daarbij overigens aan, dat van problemen in de praktijk niet is gebleken.

De Commissie meent, dat de opvatting van de wetgever zeer wel verdedigbaar is, en voor wetswijziging dus geen aanleiding bestaat.

Op grond van de organieke wetten kunnen ook bevoegdheden tot het nemen van beslissingen, die geen besluiten in de zin van de Awb zijn, worden gedelegeerd. In verband daarmee bevelen de onderzoekers aan, in de Awb een schakelbepaling op te nemen, die voor die gevallen afdeling 10.1.2 van overeenkomstige toepassing verklaart.

Naar de Commissie heeft vernomen, is de regering reeds voornemens een dergelijke schakelbepaling op te nemen in de vierde tranche van de Awb, zodat deze aanbeveling geen bespreking meer behoeft.

Tenslotte doen de onderzoekers ook hier enkele aanbevelingen tot redactionele verbetering. Deze betreffen de artikelen 10:16, eerste lid, (aanbeveling 6.1.10) en 10:20 (aanbeveling 6.1.13). Daarvoor geldt hetgeen de Commissie hiervoor (par. 5.7.5) heeft opgemerkt over de redactionele aanbevelingen met betrekking tot mandaat: terughoudendheid met wetswijziging is gewenst, nu niet is gebleken dat de huidige tekst in de praktijk tot problemen leidt.

HOOFDSTUK 7 AANBEVELINGEN

7.1 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 en tot de rechter. Om verwijzing te vergemakkelijken zijn de aanbevelingen doorlopend genummerd.

7.2 Aanbevelingen aan de wetgever

Hoger beroep

1. De wetgever zou moeten overwegen voorzieningen te treffen, die het mogelijk maken een verwijtbaar pas in een laat stadium inbrengen van gronden of argumenten te sanctioneren in de sfeer van de teruggave van het griffierecht of de proceskostenveroordeling. Daarbij zou ook de wenselijkheid van wijziging van artikel 8:72 dienen te worden gezien (par. 3.3).
2. De wetgever dient in het bestuursprocesrecht een vorm van incidenteel beroep mogelijk te maken (par. 3.4).
3. In de wet ware te bepalen dat bij wijziging van het bestreden besluit hangende hoger beroep het tweede besluit deel uitmaakt van het geding in hoger beroep. Bestuursorganen en de rechtbanken zouden wettelijk verplicht moeten zijn een eventueel aldaar ingediend bezwaar- of beroepschrift tegen het tweede besluit door te zenden naar de appèlrechter. De appèlrechter zou evenwel de mogelijkheid moeten hebben om het beroep tegen het tweede besluit terug te verwijzen naar de rechtbank (par. 3.5).
4. In artikel 8:72 Awb ware uitdrukkelijk te bepalen, dat het bestuursorgaan na vernietiging een nieuw besluit moet nemen, tenzij de rechtbank bepaalt dat dit niet nodig is (par. 3.5).
5. De werkingssfeer van de artikelen 6:18 Awb en 6:19 Awb dient te worden uitgebreid tot besluiten genomen ter vervanging van een vernietigd besluit (par. 3.5).
6. Aanbevelingen 3 tot en met 5 zouden moeten worden gezien in het kader van de door de regering aangekondigde meeromvattende aanpassing van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb en in samenhang met de eventuele invoering van de zogenaamde bestuurlijke lus (par. 3.5).

Subsidies

7. Artikel 4:39, eerste lid, Awb moet worden gewijzigd in dier voege, dat niet-doelgebonden verplichtingen slechts aan de subsidie kunnen worden verbonden voor zover bij wettelijk voorschrift is bepaald waarop dergelijke verplichtingen betrekking kunnen hebben (par. 4.4).

Beleidsregels

8. Bij gelegenheid kan de onderverdeling in drie soorten beleidsregels uit artikel 1:3, vierde lid, worden geschrapt (par. 5.4.2).

Mandaat en delegatie

9. Het verdient aanbeveling om in de Aanwijzingen voor de regelgeving modellen voor het bij wettelijk voorschrift uitsluiten, dan wel beperken, van de bevoegdheid tot mandaatverlening op te nemen (par. 6.4).
10. Artikel 10:3, tweede lid, onderdeel a, moet worden gewijzigd in dier voege, dat mandaat tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften niet wordt verleend, tenzij onverwijld spoed daartoe noopt (par. 6.4).

11. Het is nodig noch wenselijk de rechter de bevoegdheid te geven om mandaatgebreken geheel te passeren. In zoverre behoeft de werkingssfeer van artikel 6:22 dus niet te worden uitgebreid (par. 6.5).

7.3 Aanbevelingen aan de regering

Besluitvorming onder de Awb

12. De Ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties zouden in samenwerking met de organisaties van decentrale overheden moeten nagaan of een centrale elektronische publicatie van aanvragen en ontwerp-besluiten haalbaar is (par. 2.3.2).
13. De Ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties zouden nader onderzoek moeten doen verrichten naar knelpunten die de huidige invulling van het belanghebbende-begrip in de praktijk oplevert (par. 2.6.2).

Hoger beroep

14. De Ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties zouden nader onderzoek moeten (laten) doen naar de voor- en nadelen van het toekennen van schorsende werking aan het hoger beroep (par. 3.5).

Subsidies

15. De Ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties zouden in samenspraak met de VNG en het IPO, moeten zoeken naar een geschikte wijze om het onderscheid tussen subsidies en andere financiële bijdragen te verduidelijken (bijvoorbeeld via de internetsite van deze ministeries) (par. 4.7).

Mandaat en delegatie

16. De Ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties zouden, in samenspraak met de VNG, het initiatief moeten nemen tot het ontwikkelen van een handreiking voor mandaatbesluiten (par. 6.6).

7.4 Aanbevelingen aan het bestuur

Besluitvorming onder de Awb

17. Bestuursorganen dienen bij de afhandeling van klachten van burgers over overtredingen nauwkeuriger na te gaan of in de klacht wellicht een aanvraag van een handhavingsbesluit besloten ligt. Zonodig dient daartoe contact te worden opgenomen met de indiener van de klacht (par. 2.3.1).

Beleidsregels

18. Bestuursorganen, in het bijzonder op gemeentelijk niveau, zouden meer aandacht moeten besteden aan het neerleggen van beleid in beleidsregels (par. 5.4.1).
19. Beleidsuitspraken in beleidsnota's e.d. kunnen beleidsregels zijn, maar het verdient sterk de voorkeur om beleidsregels uitdrukkelijk als zodanig vast te stellen (par. 5.4.1).
20. Bestuursorganen dienen te worden voorgelicht over het belang van het vastleggen van hun beleid in uitdrukkelijk vastgestelde beleidsregels (par. 5.5).
21. Het is nuttig beleidsregels ook op internet te publiceren (par. 5.6).
22. Bestuursorganen dienen in de primaire besluitvorming en de bezwaarfase meer aandacht te hebben voor de mogelijkheid, dat op grond van artikel 4:84 Awb van de beleidsregel moet worden afgeweken (par. 5.7).

Mandaat en delegatie

23. Bestuursorganen verlenen in beginsel geen mandaat aan (functionarissen van) niet tot de overheid behorende organisaties (par. 6.7.1).
24. Het verdient aanbeveling dat bestuursorganen al hun mandaatbesluiten bijeenbrengen in een openbaar mandaatregister en op ruime schaal bekendmaken waar en wanneer dit register kan worden geraadpleegd (par. 6.7.2).
25. Voor zover het gebruik van handtekeningstempels in strijd met de waarheid de indruk wekt dat een bepaalde persoon het besluit heeft ondertekend, moet dit gebruik worden afgewezen. In de praktische behoefte om besluiten door ambtenaren te laten ondertekenen kan beter door ondertekeningssmandaat worden voorzien (par. 6.7.3).
26. Bestuursorganen van decentrale rechtsgemeenschappen dienen er op toe te zien, dat naast een volmacht zonodig ook het bijbehorende mandaat wordt verleend, en omgekeerd (par. 6.7.4).
27. Delegatiebesluiten dienen zoveel mogelijk te worden gepubliceerd op de wijze die is voorgeschreven voor door de delegans vastgestelde algemeen verbindende voorschriften (par. 6.8.2).

7.5 Aanbevelingen aan de rechter

Besluitvorming onder de Awb

28. De rechter dient gegevens, bewijsmiddelen of beroepsgronden die in beroep worden aangevoerd, niet buiten beschouwing te laten op de enkele grond, dat zij niet in de bestuurlijke fase zijn ingebracht, tenzij deze betrekking hebben op een onderdeel van het besluit dat in de bestuurlijke fase in het geheel niet is aangevochten (par. 2.5).

Mandaat en delegatie

29. Indien een besluit krachtens een ontoereikend mandaat is genomen, dient de bestuursrechter zoveel mogelijk ook het materiële geschilpunt te beoordelen. In dat kader dient de bestuursrechter het bestuursorgaan zoveel mogelijk de vraag voor te leggen, of het na vernietiging wegens een bevoegdheidsgebrek een ander besluit zou nemen.
Indien:
 - (a) het bestuursorgaan laat weten na vernietiging wegens een bevoegdheidsgebrek geen ander besluit te zullen nemen, en
 - (b) het besluit, afgezien van het bevoegdheidsgebrek, de rechterlijke toets doorstaat, dient de bestuursrechter met toepassing van artikel 8:72, derde lid, Awb de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand te laten, tenzij de aard van het besluit zich daartegen verzet (par. 6.5)

Hoger beroep

30. Als object van het geding in hoger beroep behoort de uitspraak van de eerste rechter te gelden (par. 3.3.5).
31. Dit brengt mee, dat in hoger beroep geen onderdelen van het besluit kunnen worden aangevochten, die in eerste aanleg niet in geschil waren. In zoverre kan de omvang van het geschil in hoger beroep niet groter zijn dan de omvang van het geschil in eerste aanleg (par. 3.3.5).
32. Met betrekking tot onderdelen van het besluit die in eerste aanleg in geschil waren, kunnen partijen in hoger beroep nieuwe gronden of argumenten aanvoeren, tenzij de goede procesorde zich daartegen verzet. De inhoud van het begrip 'goede procesorde' wordt daarbij mede bepaald door de aard van het geschil, in het bijzonder het al dan niet betrokken zijn van derden. Met het oog op de kenbaarheid voor (potentiële) procespartijen is van belang, dat de rechtspraak meer stelselmatig motiveert, welke kenmerken van een geschil nopen tot een restrictief of juist tot een ruim beleid bij het toelaten van nieuwe gronden of argumenten (par. 3.3.5).

Commissie Evaluatie Algemene wet bestuursrecht II

mr. P.J. Boukema, oud-lid van de Raad van State/oud-voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, *voorzitter*;
mr. P. van der Burgh, provincie Groningen/IPO;
mr. B.J. van Ettekoven, vice-president van de arrondissementsrechtbank van Amsterdam;
mr. M. Geertsema, Sector Bestuurlijke en Juridische Zaken, Vereniging van Nederlandse Gemeenten;
prof. dr. M. Herweijer, hoogleraar bestuurskunde aan de Rijksuniversiteit van Groningen;
mr. A. Khan, directeur AOG, aansprakelijkheidsverzekeraar voor gemeenten;
mr. P.J.M. Koning, advocaat Lovells advocaten Amsterdam;
mr. H.G. Lubberdink, staatsraad in buitengewone dienst;
mr. dr. E. Niemeijer, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, Ministerie van Justitie;
prof. mr. F.A.M. Stroink, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Maastricht;
prof. mr. L.F.M. Verhey, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Maastricht;
prof. dr. G.J. Vonk, hoofd Juridische Zaken Sociale Verzekeringsbank/ hoogleraar sociaal zekerheidsrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam;
prof. mr. I.C. van der Vlies, hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam;
Secretariaat:
mr. C.H. Bangma, Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie;
mr. E.C. Drexhage, Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
mr. drs. C.S. Valkenburg, Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie;
mr. N. Verheij, Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie.

Begeleidingscommissie De Ketenbenadering in de Awb

prof. mr. G.J. Vonk, hoogleraar sociaal zekerheidsrecht aan de Vrije Universiteit van Amsterdam/Sociale Verzekeringsbank, *voorzitter*;
mr. D. Boulonois, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, Ministerie van Justitie;
mr. R.P. Broeders, Sector Bestuurlijke en Juridische Zaken, Vereniging van Nederlandse Gemeenten;
mr. B.J. van Ettekoven, vice-president van de arrondissementsrechtbank van Amsterdam;
mr. M.L. van Emmerik, Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties;
dr. A.R. Neerhof, Rijksuniversiteit Groningen;
mr. B. Rijkhoek, Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie;
dr. M.J. ter Voert, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, Ministerie van Justitie.

Begeleidingscommissie De burger en de Awb

prof. dr. M. Herweijer, Rijksuniversiteit Groningen, *voorzitter*;
mr. D. Boulonois, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, Ministerie van Justitie;
mr. E.C. Drexhage, Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties;
mr. dr. E. Niemeijer, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, Ministerie van Justitie;
mr. N. Verheij, Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie.

Begeleidingscommissie Hoger beroep

mr. H.G. Lubberdink, ten tijde van het onderzoek vice-president van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, thans staatsraad in buitengewone dienst, *voorzitter*;
mr. M.L. van Emmerik, Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties;
mr. M. Geertsema, Sector Bestuurlijke en Juridische Zaken, Vereniging van Nederlandse Gemeenten;
mr. T.F.A.M. Hoogenboom, raadsheer in de Centrale Raad van Beroep;
mr. W.M. de Jongste, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, Ministerie van Justitie;
mr. S. Siebols, Directie Sociale Verzekeringen, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
prof. mr. B.J. Schueler, advocaat Houthoff Buruma Advocaten Den Haag en hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam;
prof. mr. M. Schreuder-Vlasblom, lid van de Raad van State in buitengewone dienst;
mr. D.A.C. Slump, coördinerend vice-president van de arrondissementsrechtbank Utrecht;
mr. drs. C.S. Valkenburg, Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie;
mr. W.J.A. Vellekoop, Centrale Directie Juridische Zaken, Ministerie van Volkshuisvesting Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer,
mr. J.J. Wiarda, Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie.

Begeleidingscommissie Beleidsregels

prof. mr. L.F.M. Verhey, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Maastricht, *voorzitter*;
mr. M.A. Heldeweg, Universiteit Twente;
mr. W.M. de Jongste, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, Ministerie van Justitie;
mr. F.J. van Ommeren, Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie;

Begeleidingscommissie Subsidies

prof. mr. I.C. van der Vlies, hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam, *voorzitter*;
mr. A.J. Bok, Universiteit Utrecht;
mr. D. Boulonnois, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, Ministerie van Justitie;
mr. M. Geertsema, Sector Bestuurlijke en Juridische Zaken, Vereniging van Nederlandse Gemeenten;
mr. drs. C.S. Valkenburg, Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie.

Begeleidingscommissie Mandaat en delegatie

prof. mr. F.A.M. Stroink, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Maastricht, *voorzitter*;
mr. T.C. Borman, Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie;
mr. D. Boulonnois, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, Ministerie van Justitie;
mr. R.P. Broeders, Sector Bestuurlijke en Juridische Zaken, Vereniging van Nederlandse Gemeenten;
mr. C.P.J. Goorden, Katholieke Universiteit Nijmegen;
mr. drs. J.W. Severijnen, Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

De Ketenbenadering in de Awb (Universiteit Utrecht / B&A-groep)

mr. A.A.J. de Gier
mr. M.L.P. van Houten
mr. I. Tappeiner
mr. J.J. Vermeulen
dr. T. Zwart
dr. mr. J. van der Bij
mr. drs. R. Straathof
drs. M. Verberk

De burger en de Awb (Universiteit van Amsterdam)

dr. M.V.C. Aalders
mr. M.N. Boeve
mr. drs. W.G.A. Hazewindus
mr. drs. K.A.W.M. de Jong
mr. A.P. Klap
mr. B.K. Olivier
prof. mr. B.J. Schueler
mr. R. Uylenburg
mr. C.J. van der Wilt

Hoger beroep (Universiteit Utrecht / Universiteit Maastricht / Katholieke Universiteit Brabant)

prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven
mr. R.J.N. Schlössels
prof. mr. F.A.M. Stroink
prof. mr. J.B.J.M. ten Berge
mr. A.J. Bok
mr. W.J.M. Voermans
prof. mr. B.W.N. de Waard
mr. P.A. Willemsen

Beleidsregels (Rijksuniversiteit Groningen)

mr. J.E. Valenteijn
mr. H.E. Bröring
dr. mr. A.J.G.M. van Monfort
prof. mr. L.J.A. Damen

Subsidies (Universiteit Leiden)

mr. K.M. Westra
mr. drs. W. den Ouden

Mandaat en delegatie (Vrije Universiteit Amsterdam / Erasmus Universiteit Rotterdam)

prof. mr. S.E. Zijlstra
prof. mr. L.J.J. Rogier
mr. M.C. de Voogd
mr. H.M.L. Frons
mr. M.V. van Munster