Geschriften van de Vereniging
voor Administratief Recht LXXX

Preadvies

Advisering in het bestuursrecht

door
Mr. S. V. Hoogendijk-Deutsch
Mr. R. Samkalden

voor de Algemene Vergadering
op 30 mei 1978

H. D. Tjeenk Willink
Alphen aan den Rijn

ADVISERING IN HET BESTUURSRECHT

Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht

LXXX

ADVISERING IN HET BESTUURSRECHT

PREADVIEZEN, UITGEBRACHT DOOR

MR. S. V. HOOGENDIJK-DEUTSCH

EN

MR. R. SAMKALDEN

voor de algemene vergadering
op 30 mei 1978

H. D. TJEENK WILLINK ALPHEN AAN DEN RIJN 1978

Copyright © 1978 Vereniging voor Administratief Recht

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording, or otherwise, without the prior permission of the publisher.

ISBN 90 6092 025 2

INHOUD

PREADVIES MR. S. V. HOOGENDIJK-DEUTSCH 11
Advisering in het bestuursrecht
(in het bijzonder aan de centrale overheid)

1 *Inleiding* 13
1.1 De bestuurskundige aanpak 13
1.2 Het onderzoek van de W.R.R. 14
1.3 De beperking tot rechtsvragen 15
1.4 De beperking tot beschikkingen 15
1.5 Opzet 18

2 *Advisering als juridisch begrip* 19
2.1 Begripsomschrijving 19
2.2 Functie van advisering in het bestuursrecht 20
2.3 De drie adviesfuncties in de praktijk 23

3 *Initiatief tot advisering* 25
3.1 Bevoegdheid om advies te vragen 25
3.2 Verplichting om advies te vragen 26
3.3 Ongevraagd advies 29

4 *Keuze van de adviseur* 30
4.1 Keuze naar wettelijk voorschrift 30
4.2 Keuze naar adviesfunctie 31
4.3 Keuze naar gebrekkige criteria 31

5 *Formulering van de adviesaanvraag* 35
5.1 Ruime of vage formulering 35
5.2 Enge formulering 36
5.3 Te verstrekken gegevens 37

6 *Taak van de adviseur* 38
6.1 Aanvaarding van de opdracht 38
6.2 Grenzen en criteria voor de taak 38
6.3 Procedure 40
6.4 Motivering van het advies 42
6.5 Bekendmaking van het advies 42

7 *Gevolgen van advisering voor de beschikking* 43
7.1 Rekening houden met adviezen 43
7.2 Volgen en afwijken van adviezen 43
7.3 Motivering van de beschikking 46
7.4 Termijn voor het geven van de beschikking 47
7.5 Bekendmaking van het advies 47

8 *Gevolgen van advisering voor beroep* 48
8.1 'Instantieverlies' 48
8.2 Schorsende werking 50
8.3 Kring van beroepsgerechtigden 50
8.4 Beroepsgronden 50
8.5 Procespositie 50

9 *Afsluiting* 52
9.1 Samenvatting 52
9.2 Conclusie 53
9.3 Aanbevelingen 54

Nawoord 65

PREADVIES MR. R. SAMKALDEN 67
Advisering aan organen van de gemeentelijke overheid (in het bijzonder op grond van artikel 61, 1a gemeentewet) en de binnengemeentelijke decentralisatie

1 *Inleiding* 69

2 *De wijziging van de gemeentewet in 1964* 72

3 *Het commissiestelsel na 1964* 77

3.1 Samenstelling van de commissies; representanten en deskundigen 81
3.2 Taken van de commissies; overdracht van bestuursbevoegdheden 83
3.3 Werkwijze der commissies; wijze van adviseren 85

4 *Advisering door of krachtens de wet voorgeschreven: onderwerpen en adviesorganen* 87

5 *De invloed van het advies op de besluitvorming; de politieke verantwoordelijkheid* 92

6 *De kracht van het advies bij beschikkingen* 94

6.1 Advisering in het kader van de AROB-bezwarenprocedure 97

7 *Conclusie* 99

Literatuur bij het preadvies van Mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch

A. Andrieux, *Le Rôle consultatif du Conseil d'Etat, Livre Jubilaire de C. d'E.*, Paris, 1952.

J.M. Auby, *Le régime juridique des avis dans la procédure administrative*, Actualité juridique Droit administratif, 1956, I.

J.M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, 1962, Tome II, (L.G.D.J. 1962).

Broekstra c.s., *Besturen met adviezen*, in: *Adviseren aan de overheid*, serie Voorstudies en achtergronden, W.R.R., Staatsuitg., 1977.

Henri Buch, *Eléments de synthèse sur la notion de consultation*, in: *La Consultation dans l'Administration Contemporaine*, red. George Langrod, Cujas, Paris, 1972.

F.H. van der Burg, *Commissies ad hoc*, in: *Bestuurswetenschappen*, sept/okt. 1975. *Enige aantekeningen betreffende het wetgevingsproces en de vorming van het administratieve recht in:* de bundel *"Rechtsvinding"*, Kluwer, 1970.

Richard A. Chapman, *The role of commissions in policy making*, London, George Allen & Unwin, 1973.

R.P. Cleveringa, *Verklaring van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, 4e druk, Zwolle, 1972.

Commissie-Van Maarseveen, *Rapport A.B.A.R. Geschriften VAR LXXII*, H.D. Tjeenk Willink, Groningen, 1974.

Commissie voor de Bestuurshervorming ex artikel 56 Wet Universitaire Bestuurshervorming 1970, *Een planmatige aanpak van de verdere invoering van de WUB*, (Verslag van de derde fase van het inventarisatie-onderzoek naar de mate van de invoering van de WUB en de op basis daarvan geformuleerde aanbevelingen), Staatsuitg., 1977.

Promodos Dagtoglou, *Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1964.

A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht*, Alg. dl., 4e druk, Alphen a/d Rijn, 1974, p. 279.

Ch. Heller, *La fonction consultative dans le droit administratif français*, Thèse, Strasbourg, 1961.

A. Hoogerwerf, *Normen voor de inhoud van beleidsadviezen*, in: *Adviseren aan de Overheid* serie Voorstudies en achtergronden, W.R.R., Staatsuitg., 1977.

Instituut voor Bestuurswetenschappen, *Onderzoek harmonisatie milieuwetgeving*, Min. v. Volksgezondheid en Milieuhygiëne, serie Verslagen, Adviezen en Rapporten, 1977, nr. 26.

Guy Isaac, *La Procédure administrative non contentieuse, L.G.D.J.*, 1968 (Thèse).
Consultation et procédure administrative non contentieuse, in de bundel *La consultation dans l'administration contemporaine*, (Georges Langrod, red.), Cujas, Paris, 1972, p.130.
Les Impots, id., p. 344.

Jaaroverzicht Raad van State, Staatsuitg. 1977.

J.M. Kan, *Openbaarheid van de rapporten van de vaste colleges van advies en bijstand aan de regering* in: *Hoe openbaar wordt ons bestuur?*, Bestuurlijke verkenningen nr. 15, VUGA-boekerij, 1969.

H.M.A. Koenders en P. Verburg, *Enige structurele en functioneringsaspecten betreffende*

commissies in organisaties, in: *Adviseren aan de overheid*, serie Voorstudies en achtergronden, W.R.R., Staatsuitg., 1977.
H.G.Th. Van Maarseveen, Beantwoording Rechtsvraag, in: *Ars Aequi*, januari 1972, p. 48–52.
H.J. Marius Gerlings, *Voorinstanties*, in: *R.M. Themis*, 1965, p. 67–79.
Het advieskarakter van het vonnis, in: *NJB* 19 juni 1973, p. 702–704.
Georges Langrod e.a., *La Consultation dans l'Administration contemporaine*, Cujas, Paris, 1972.
P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden, Deel I*, 2e druk, Zwolle, 1967.
S.O. van Poelje, *Complementair bestuur, mede in verband met de advisering inzake milieubeheer*, in: *Adviseren aan de overheid*, serie Voorstudies en achtergronden W.R.R., Staatsuitg., 1977.
J.M. Polak, *Enkele slotbeschouwingen* in: *Bestuurswetenschappen*, sept/okt. 1975, (Themanummer over de externe advisering van de rijksoverheid).
Advisering en rechtspreken, in: *Adviseren aan de overheid*, serie Voorstudies en achtergronden W.R.R., Staatsuitg., 1977.
J. van Putten, *Adviseren, maar namens wie?* in: *Adviseren aan de overheid*, serie Voorstudies en achtergronden, W.R.R., Staatsuitg., 1977.
Gerald Rhodes, *Committees of Inquiry*, London, Allen & Unwin, 1975.
H.G. Robers-Obbes, *Externe adviesorganen van de centrale overheid in België en Frankrijk*, in: *Adviseren aan de overheid*, serie Voorstudies en achtergronden, W.R.R., Staatsuitg., 1977.
N. Rodenburg, *De macht van de deskundige*, Van Gorcum, 1974, als besproken in: *Bestuurswetenschappen*, jan. 1975, p. 80–82.
W. van Rossem, *Verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, R.P. Cleveringa, 4e druk, Zwolle, 1972.
A.Ch.M. Rijnen, *Externe adviesorganen van de centrale overheid in Engeland en West-Duitsland*, in: *Adviseren aan de overheid*, serie Voorstudies en achtergronden, W.R.R., Staatsuitg., 1977.
Alfred Sauvy, *Préface* in: *La Consultation dans l'administration contemporaine*, Red. Georges Langrod, Cujas, Paris 1972.
Henry G. Schermers, *Judicial Protection in the European Communities*, Kluwer, Deventer, 1976.
G.A. Scholten, *Politisering en het Krakende radenwerk* in: *Politisering van het openbaar bestuur*, I.B.W.-reeks, nr. 22, VNG, 1974.
C. Schouten, *De Woonruimtewet 1947*, Band II, Vuga.
D. Simons, Weergave van mondelinge interventie ter vergadering van de VAR op 24 januari 1972, in: *Bouwrecht*, juli/aug., 1972, p. 402.
J. Soetenhorst-de Savornin Lohman, *De dokter, de rechter en de wetgever*, in: *NJB*, 15 okt., 1977, p. 889–890.
C.W. Star Busmann, *Hoofdstukken van Burgerlijke Rechtsvordering*, bewerkt en herzien door L.E.H. Rutten, 3e druk, 1972.
P.A. Stein, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 3e druk, 1973.
R.B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, in: *Harvard Law Review*, june 1975.
A.H.J. Swart, Tien jaar Vreemdelingenwet, in: *Themis*, 1977/4.
O.A.C. Verpaalen, *Hart en nieren van de Nederlandse burgerlijke rechter*, Zwolle, 1974.
H.W.R. Wade, *Administrative Law*, 3rd ed., Clarendon Law Series, 1971.
Yves Weber, *La fonction consultative et le droit*, in de bundel: *La consultation dans l'administration contemporaine*, Red Georges Langrod, Cujas, Paris, 1972, p. 110–129.
Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid, Rapport aan de Regering nr. 6, *De organisatie van het openbaar bestuur*, 1975.

Rapport aan de Regering no. 11, *Overzicht externe adviesorganen van de centrale overheid*, 1977.
Rapport aan de Regering nr. 12, *Externe adviesorganen van de centrale overheid*, 1977.
Adviseren aan de overheid, serie Voorstudies en achtergronden, 1977.
K.C. Wheare, *Government by Committee*, OUP, 1955.

In de tekst en de voetenoten van het preadvies is telkens volstaan met korte aanduiding van de hier vermelde publicaties.

PREADVIES MR. S. V. HOOGENDIJK-DEUTSCH

Advisering in het bestuursrecht
(in het bijzonder aan de centrale overheid)

"Hij liep de hele dag door Athene adviezen te geven; ze moesten hem ten slotte wel vergiftigen." (anonieme auteur van een schoolopstel)

1 Inleiding

1.1 *De bestuurskundige aanpak*

Feitelijke invloed van adviezen

Wie het natuurlijk vindt dat een zich opdringende adviseur om zijn adviezen uit de weg wordt geruimd, heeft een hoge dunk van de invloed van adviezen. Of dat overdreven is weten wij niet. Naar de feitelijke invloed van adviezen is, voor zover mij bekend, althans hier te lande, nog slechts fragmentair onderzoek verricht.[1] Bij zo'n onderzoek komt wil het representatief zijn, nogal wat kijken; in ieder geval moet er massaal feitenmateriaal voor worden verzameld. Een dergelijk onderzoek viel ver buiten onze mogelijkheden. Zelfs de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (W.R.R.) is bij zijn studie over externe adviesorganen van de centrale overheid daartoe niet gekomen, hoewel dit college beschikte over veel mankracht, en onder andere gebruik heeft gemaakt van de diensten van een commercieel bureau voor beleidsadviezen, en een enquête heeft gehouden onder alle onderzochte adviesorganen.

Motieven om advies te vragen

Evenmin heb ik mij kunnen begeven in de mogelijke motieven die de overheid heeft om advies te vragen, een onderwerp dat interessant genoeg is. De vraag naar die motieven suggereert namelijk dat deze niet alleen de voor de hand liggende zijn, maar 'dat er méér achter zit', d.w.z. beweegredenen van politiek-tactische aard; motieven waarvan de W.R.R. zegt dat zij "waarschijnlijk ook in de Nederlandse politiek een rol" spelen (p. 29). Zij die poneren, dat adviesorganen worden aangewezen om 'oneigenlijke' motieven: om politieke beslissingen uit te stellen, om verantwoordelijkheden af te schuiven, om tegenstanders in te kapselen, om prestige te versterken, om aan beslissingen de schijn van wetenschappelijke objectiviteit te verlenen,[2] roepen een Aha-Erlebnis op dat past bij de achterdocht des tijds, die de overheid er op aanziet bij haar bestuurspraktijken niet openhartig te zijn. Zeker kunnen zulke stellingen op algemene bijval rekenen wanneer zij schilderachtig benaamd en genummerd opgesomd zijn (althans wanneer zo'n catalogisering niet bestaat uit nummering van volkomen ongelijksoortige begrippen[3]). Maar beweringen dat advies vragen door de overheid een 'ijskast'- of 'afschuif'-, een 'alibi'- of 'vijgeblad'-, een 'inpak'[4]- of 'windowdressing'-, een 'ventiel'- of 'filtreer'-functie dan wel een

'buffer'-functie ('dan hoor je 't ook eens van een ander') heeft, kunnen alleen dan als basis voor wetenschappelijke conclusies dienen wanneer zij (gelijk hiervoor gezegd is t.a.v. de feitelijke invloed van adviezen) berusten op empirisch sociaal-wetenschappelijk onderzoek, dat door mij verricht noch beoordeeld kan worden.[5]

1.2 *Het onderzoek van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid*

De hiervoor genoemde breedopgezette, multidisciplinaire studie van de W.R.R., gepubliceerd in het op 7 februari 1977 aan de Regering aangeboden rapport nr. 12[6], geeft een beeld van het stelsel der externe adviesorganen en schetst een aantal ontwikkelingen binnen dit stelsel. Een samenvatting van de door de Raad gehouden enquête onder de adviesorganen is gegeven in een afzonderlijk rapport (rapport nr. 11). In een aparte publikatie ("Adviseren aan de overheid") zijn acht essays van verschillende auteurs gebundeld die ten dele als voorstudie van het rapport dienden en ten dele aanvulling daarop bevatten.

Aanleiding tot de studie was de constatering van "een onstuimige groei van het aantal beleidsvoorbereidende organen van de centrale overheid, alsmede een gebrekkig inzicht in de samenhang van deze organen" (W.R.R., rapport nr. 6, p. 8).[7] Als motivering wordt genoemd de "ondoorzichtigheid van de beleidsvormingsprocessen" die daarmee nauw samenhangt (p. 17). Door onderzoek naar de groei en verscheidenheid van beleidsvoorbereidende organen wilde de raad voorzien in de leemte die er is door ontbreken van een 'totaalbeeld'.

Het begrip 'totaalbeeld' moet niet letterlijk worden opgevat. Buiten beschouwing bleef – behalve onderzoek naar de feitelijke invloed van adviezen op overheidsbeleid en onderzoek naar motieven om advies te vragen – ook onderzoek naar het proces van advisering (de feitelijke totstandkoming van adviezen, b.v. het interpreteren van de adviesaanvraag). Van de 'externe' (= overwegend niet-ambtelijke) adviesorganen werden alleen die organen behandeld die de organisatorische vorm hebben van een commissie, en van deze nog alleen de permanente door de centrale overheid ingestelde. Buiten het onderzoek vielen dus b.v. adviezen, verkregen door informele contacten met particuliere personen of organisaties, ook de meer geformaliseerde variant van het zogenaamde 'panel system' (het telkens over bepaalde onderwerpen achtereenvolgens afzonderlijk horen van personen of organisaties die daartoe geregistreerd zijn op een lijst) en van ad-hoc commissies. Verder werden niet tot adviesorganen gerekend personen of instellingen aan wie studie- of onderzoekopdrachten zijn gegeven, die op hoorzittingen zijn gehoord, die reageren op door de overheid gepubliceerde discussienota's, en organen die als 'overlegorgaan' moeten worden gekwalificeerd. Ten slotte was een grens getrokken door de belangrijke beperking tot adviezen ten behoeve van "beleid en algemene regelingen", waarmee advisering inzake een individueel geval buiten de studie kwam te vallen.

Ondanks al deze beperkingen beslaat het rapport (te zamen met de bundel essays), nog afgezien van rapport nr. 11 meer dan zeshonderd bladzijden. Kennisneming van die publikaties en van de overvloedige Nederlandse en buitenlandse literatuur waarnaar wordt verwezen, leert, dat het gaat om een problematiek die veelvormig en fundamenteel is. De vraag naar de betekenis van adviesorganen "voor het democratisch functioneren van ons staatsbestel" (p. 17) vormt er het centrale thema van. De aanbevelingen waarin de studie uitmondt (p. 105–110) strekken vooral tot beperking en tot reglementering. In een als bijlage VII opgenomen lijst met aandachtspunten zijn enige aspecten van reglementering uitgewerkt (p. 214–220), zelfs omtrent de inhoud van adviezen.[8]

Van deze aanbevelingen zijn er enkele overgenomen in een tiental beslissingen van de Ministerraad (*Stcrt.* 4.3. 1977, nr. 45). O.a. is in de beslissing nr. 6 toegezegd, dat vóór 1 januari 1978 zal worden beslist, "welke regels in acht genomen moeten worden om op het gebied van de permanente externe adviesorganen te komen tot een begin van reglementering". De anticlimax van dit eindresultaat dat *regels* bedacht moeten worden om tot een *begin* te komen (beslissing met ijskastfunctie?) maakt het verklaarbaar dat het onderwerp opnieuw aan de orde wordt gesteld.

1.3 *De beperking tot rechtsvragen*

De Vereniging voor Administratief Recht zal met haar opdracht aan juristen geen bestuurskundige, maar een juridische beschouwing verwachten.[9] Beperking tot rechtsvragen ligt dus voor de hand, en wel tot vragen van administratief recht. Daartoe zullen behoren het opsporen van regels betreffende, bijvoorbeeld, de verplichting tot advies vragen, en de vraagstelling, betreffende de eisen aan adviseurs en aan de advisering te stellen, en – de belangrijkste van alle – de vraag naar de gevolgen van het advies voor de te nemen beslissing. Dergelijke regels zouden opgespoord kunnen worden door naar wetsbepalingen te zoeken en die met elkaar in verband te brengen. Zo'n onderzoek zou echter niet raken aan het interessantste vraagstuk van het administratief recht: of daar waar wettelijke regels ontbreken, ongeschreven recht houvast biedt. M.a.w. de vraag, of er bij ontstentenis van geschreven recht algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn aan te wijzen waaraan normen aangaande advisering zijn te ontlenen.

1.4 *De beperking tot beschikkingen*

Een nadere begrenzing bracht ik aan door mij – anders dan de W.R.R., die beleidsadviezen bestudeerde – te beperken tot de advisering voor beschikkingen. Deze keuze wordt door verschillende overwegingen ondersteund.

(a) *Andere regels*

Weliswaar is het niet aannemelijk dat voor advisering inzake beschikkingen totaal andere regels zouden (moeten) gelden dan voor beleidsadviezen, aan de andere kant is het ook niet plausibel dat die regels precies dezelfde zouden zijn. Daarop doelt de W.R.R., sprekend over beleidsadviezen, met de (overigens niet toegelichte) opmerking: "Advisering ten aanzien van een individueel geval verschilt daarvan in principe" (rapport nr. 12, p. 23–24).

Zo zullen bijvoorbeeld, regels voor de samenstelling en werkwijze van een adviesorgaan anders zijn wanneer het gaat om advisering inzake besluitvorming voor sociaal-economisch regeringsbeleid op middellange termijn, dan waar geadviseerd moet worden voor een beslissing op een verzoek om ontheffing van de eisen van vakbekwaamheid die een sociaal-economische wet stelt voor verlening van een vestigingsvergunning: zal in het ene geval de adviescommissie aan de eisen van representativiteit moeten voldoen, in het andere zal het eerder gaan om procedurele waarborgen voor de verzoeker; gaat het in het ene geval om de belangen van categorieën en om vraagstukken van inspraak en participatie, in het andere om een individuele burger en de rechtsbescherming die regels van administratief recht hem tegen de overheid bieden.

Onder alle voorbehoud zou men kunnen stellen, dat de advisering ter zake van de voorbereiding van algemeen (regerings-)beleid, een 'semi-wetgevende' functie is, en dus onderworpen moet worden aan de spelregels die voor wetgeving gelden, terwijl de advisering voor beschikkingen, althans voor bepaalde aspecten daarvan, te vergelijken valt met rechtspraak en derhalve een semi-judicieel aspect heeft.

Een voorbeeld waar het onderscheid duidelijk is, biedt het advies-college van de centrale overheid bij uitstek: de Raad van State. De adviezen van de Raad van State zijn geheim, in het bijzonder die inzake wetsvoorstellen.

> "De Koning, noch de Ministers moeten verplicht kunnen worden hun voorstellen te verzwakken door de mededeling van een niet-opgevolgd advies, en daardoor de wapenen ter bestrijding dier voorstellen in handen te geven van de leden der andere takken van de wetgevende macht."[10]

Gaat het echter om adviezen van de Afdeling voor de geschillen van bestuur, dus om de Raad van State in de semi-judiciële gedaante, dan geldt een andere regel: bij contrair gaan is in het belang van de rechtsbescherming openbaarmaking van voormeld "wapen ter bestrijding" der beslissing verplicht.

In ieder geval staat vast dat er verschil in rechtsgevolg moet zijn, waar sprake is van besluiten op *gebrekkig* advies. Is enerzijds evident dat regerings*beleid,* geëffectueerd in ontelbare plannen en beschikkingen over onbestemde tijdsduur, niet zomaar teruggedraaid kan worden, ook al mocht blijken dat het advies waarop het steunt een gebrek vertoont, anderzijds is bekend, dat onder omstandigheden *beschikkingen* die berusten op gebrekkige voorbereiding door een toetsende instantie kunnen worden ontkracht.

(b) *Ontbreken van literatuur*
Terwijl 23% van de alleen al door de W.R.R. onderzochte adviesorganen opgaven, ook in individuele gevallen te adviseren (72 van de 306), staan de publikaties over deze vorm van advisering daartoe in geen verhouding. In de Nederlandse literatuur wordt de advisering voor beschikkingen niet als een afzonderlijk onderwerp behandeld. Terloops komt de adviesfunctie soms in het kader van een ander thema ter sprake. Donner b.v. vermeldt dit begrip op twee plaatsen en passant (p. 245 en 277) en op p. 279 als onderdeel van het onderwerp: de motivering van de beschikking. In de bundel essays "Adviseren aan de overheid" van de W.R.R. heeft alleen het laatste (*Adviseren en rechtspreken*, Polak) gedeeltelijk op individuele gevallen betrekking. In het lijvige verzamelwerk "La consultation dans l'administration contemporaine" onder redactie van Langrod (970 p.) zijn de twee bijdragen van Guy Isaac (samen 35 p.) de enige die dit onderwerp in het bijzonder behandelen. Evenals de studie van de W.R.R. is het voor het overige gericht op beleidsadvisering en wel voor een groot deel vanuit bestuurskundig gezichtspunt. In andere Franse literatuur komt het onderwerp 'procédure consultative' ter sprake als onderdeel van de bespreking van rechtsmiddelen tegen onregelmatige beschikkingen, en wel onder "Le vice de procédure" (Auby, p. 620 e.v.). Het ontbreken van Nederlandse literatuur zou er op kunnen wijzen dat het gehele terrein nog braak ligt voor onderzoek.

(c) *Andere onderzoekmethode*
Zoals hiervoor gezegd, zal worden gezocht naar beginselen die indiceren dat de advisering in het administratief techt aan regels van ongeschreven recht is onderworpen. Zulk onderzoek zal, naast verzamelen van voorbeelden in de wet en bijeenbrengen van opvattingen in de literatuur, in hoofdzaak moeten bestaan uit analyse van de jurisprudentie. Tegenover de studie op het terrein van beleidsadviezen, waar andere onderzoekmethoden gehanteerd moeten en kunnen worden, vormt die analyse het eigene van het hier te verrichten werk.[11]

(d) *Actualiteit*
De voorbereiding van de beschikking, waarvan de adviesprocedure een onderdeel kan zijn, heeft de laatste tijd veel belangstelling gehad. Ik wijs op o.a. het 'Rapport A.B.A.R.'[12] en het Rapport Inspraak (en beroep) Milieuhygiene;[13] de Fedratie van Verenigingen voor Europees Recht ('FIDE') zal voor haar congres in 1978 "Due process in administrative procedure" tot onderwerp hebben. Hoofdthema van die beschouwingen is steeds, dat de toedracht van de procedure van besluitvorming 'doorzichtig' (bedoeld wordt: 'zichtbaar') moet zijn; er moet zicht zijn op wat zich binnenskamers aan voorbereiding afspeelt, zodat de rechter kritisch kan bezien of dit wel voldoet aan de eis dat beschikkingen zorgvuldig worden voorbereid. Zodoende zouden regels voor de voorbereidingsprocedure verbetering van rechtsbescherming tot gevolg hebben.

In deze gedachtengang zal de rechter bij beoordeling van de beschikking soms 'door de beschikking heen' kijken naar de behoorlijkheid en de zorgvuldigheid van de adviesprocedure die eraan vooraf ging. Een sterk – overigens naar ik meen op zich zelf staand – voorbeeld van die 'transparantie' is beroepsgrond b. van art. 7 lid 1 van de uit 1962 daterende Wet gewetensbezwaren militaire dienst, waar de wetgever – door de beschikking heenkijkend – een recht van beroep toekent, niet wegens gebrek in de beschikking (nl. onzorgvuldigheid bestaande uit volgen van gebrekkig advies), maar kortweg wegens gebreken gelegen bij de adviseur zelf.[14] Zo kan in geval van advisering voor de beschikking, de adviesfunctie rechtstreeks de rechtsbescherming van de burger betreffen.

1.5 *Opzet*

Met de opsomming van de belangrijkste rechtsvragen (zie hiervoor) is de volgorde van behandeling gegeven.

Het is erom te doen, *algemene* regels op te sporen. In de wet zijn die niet te vinden. Wel zijn er tal van voorbeelden van *speciale* wettelijke regels. Voor de opzet had het geen zin die wetsbepalingen te catalogiseren. Zij worden alleen gepresenteerd ter illustratie van regels die hetzij opgevat zouden kunnen worden als uitvloeisel – of juist uitzondering op een algemene regel – van geldend recht, hetzij zich zouden lenen voor veralgemening in wenselijk recht.

Om tot zulke conclusies te komen zijn wij, als gezegd, vooral aangewezen op de jurisprudentie. Die bleek niet zo overvloedig dat het nodig leek nog verdere beperkingen in het onderwerp aan te brengen. Zo zijn – anders dan in de W.R.R.-studie – individuele adviseurs, ambtelijke adviseurs, niet door de overheid ingestelde adviseurs en ad hoc-adviseurs niet bij voorbaat van het onderwerp uitgesloten.

Behalve naar de (bestuursrechtelijke) jurisprudentie hebben wij gekeken naar andere rechtsterreinen, waar rechtsregels bestaan die zich wellicht voor transplantatie op het administratief recht zouden lenen. Uiteraard kwam hiervoor het burgerlijk procesrecht het meest in aanmerking: niet alleen de overweging dat hier oude en zeer gedifferentieerde rechtsregels bestaan, brengt ons hiertoe, maar vooral de tegenwoordig in het administratief recht gangbare opvatting dat de voorbereidingsfase van de beschikking in veel gevallen een 'contradictoir' karakter draagt. Voor beantwoording van rechtsvragen die zich bij de advisering voordoen, ligt het daarom voor de hand, aansluiting te zoeken bij die algemene procesrechtelijke beginselen.

2 Advisering als juridisch begrip

2.1 *Begripsomschrijving*

Voor de betekenis van het begrip advies te rade gaan in de literatuur blijkt geen resultaten op te leveren waarmee te werken valt. Een definitie van 'advies', zoals die wel bestaat voor beschikking, wordt nergens gegeven. Aansluiting bij de betekenis in de omgangstaal levert evenmin resultaat op. Van Dale laat ons met de omschrijving "mening", "gevoelen", "raadgeving", "oordeel" in de steek. Waar omschrijving beproefd is, komen nietszeggende aanduidingen uit de bus:

> "het doen van aanbevelingen en voorstellen, becommentariëren van overheidsbeleid of van voorstellen van derden, het verschaffen van informatie, beschrijving en analyse, aanduiden van knelpunten en problemen." (W.R.R.); "Consulter est un mot a priori rassurant, qui semble promettre un certain avantage, une meilleure connaissance, sans comporter d'obligation en contrepartie". "La consultation doit éclairer la prise d'une décision; c'est un enrichissement du savoir, soit sur la chose elle même, soit sur les attitudes qui se manifestent à son endroit" (Sauvy, p. 11).

Wij staan dus af en toe voor de vraag of een wetstekst of een uitspraak nu wel of niet tot het onderwerp van de advisering gerekend moet worden, met name wanneer daarin andere termen dan 'advies' voorkomen. De termen 'voorstel', 'voordracht', 'medewerking', 'overeenstemming' zijn er voorbeelden van.[15]

Een markante illustratie biedt de Wet universitaire bestuurshervorming 1970.

> Voor het tot stand komen van één besluit, de benoeming van een hoogleraar of lector, te nemen door de Kroon (art. 65 lid 1 Wet op het wetenschappelijk onderwijs), verwacht de wetgever de goede raad (althans iets dat op advies lijkt) van niet minder dan zes organen (art. 9 lid 5 en art. 12, lid 2). De minister *draagt voor*, het college van bestuur *beveelt aan*, de faculteitsraad *adviseert*, doch eerst na instelling van een commissie ter voorbereiding, die daartoe een *voorstel doet*, nadat ook de vakgroep zich heeft *laten horen*, en pleegt met zusterfaculteiten *overleg*. Het zou te ver gaan te veronderstellen dat de wetgever bij het gebruik van de woorden voordracht, aanbeveling, advies, voorstel, horen en overleg telkens een scherp onderscheid voor ogen zou hebben gestaan, b.v. in de mate waarin met de 'goede raad' van de geconsulteerde organen rekening zou moeten worden gehouden. Het verschil in terminologie zal echter stellig ook weer niet geheel toevallig zijn of toe te schrijven aan enkel streven naar stylistische variatie. M.a.w.: dienen wij in dergelijke gevallen zulke termen te beschouwen als *synoniemen* voor advies, of als aanduiding van verschillende *soorten* van advies, dan wel als indicatie dat in *het geheel geen* adviesrelatie is bedoeld?

Voordat een indruk is verkregen van hetgeen zich zoal als advies aandient, willen wij ons niet bij voorbaat vastleggen op een enge omgrenzing, en nemen dus voorlopig een ruim standpunt in.

"De overheid dient uit eigen beweging de nodige kennis te vergaren omtrent de belangen, die bij een te geven beschikking betrokken zijn". Dit credo van de commissie-van Maarseveen (gericht op het betrekken van belanghebbenden bij een beschikking; art. 4 van het wetsontwerp) is uitdrukking van de gedachte dat de administratie daarbij verplicht is er in het bijzonder voor te zorgen "dat ook belangen, waarvoor niemand als rechtstreeks betrokkene kan optreden, voldoende tot hun recht komen." (p. 34).

De consultatie door de administratie van 'buitenstaanders' berust op de plicht, zich op alle manieren die daartoe kunnen dienen op de hoogte te stellen van alle elementen "de fait et de droit" die voor het nemen der beslissing terzake dienende zijn, een plicht die moet worden beschouwd als "une véritable règle générale de procédure administrative non contentieuse" (Isaac p. 134).

Elementen die advisering als juridisch relevant begrip kenmerken, zullen wij moeten ontlenen aan de functie die een advies in het openbaar bestuur vervult. Die functie zal bepaald worden door de eisen van het bestuursrecht in het algemeen: vooral deze, dat de beslissingen van het bestuur berusten op de juiste feiten, respect tonen voor de belangen van individuele burgers en in overeenstemming zijn met de maatschappelijke werkelijkheid.

Deze drie pijlers van behoorlijk beslissen zijn tevens de grondslag voor al wat bij de voorbereiding daarvan te pas komt. Dienovereenkomstig is dus de advisering – gezien als fase in de voorbereiding van de beschikking – aan het handhaven van die drie eisen dienstbaar: hetzij (1) aan het verzamelen van feiten, hetzij (2) aan het bieden van individuele rechtswaarborgen aan de burger, hetzij (3) aan het reflecteren van wat in de maatschappij leeft ten aanzien van prioriteiten in de orde der belangen.

Hiermee zijn de drie functies die advisering rechtens kan hebben, gegeven.

Het maken van onderscheid tussen deze drie ideaaltypische functies is van belang voor de toepassing en uitwerking van algemene regels omtrent advisering. Hierna zal namelijk blijken dat die toepassing en uitwerking in hoge mate verschillen, naarmate de advisering in hoofdzaak de ene of de andere van de genoemde drie functies vervult. Gaat het om het raadplegen van derden teneinde feitelijk verantwoord te kunnen beslissen, dan is 'deskundigen-advies' nodig; extra bestuurlijke zorgzaamheid voor de individuele rechtsbescherming van burgers vergt een 'semi-rechterlijk' adviseur, en is voor realistisch bestuur goede raad vereist opdat strijdige maatschappelijke belangen evenwichtig gehonoreerd worden, dan zullen het 'representatieve' adviseurs zijn die tot de voorbereiding bijdragen.

Overigens geldt natuurlijk bij elke der drie functies de eis dat de administratie ingewonnen adviezen niet zonder meer stelselmatig negeert (dus er op zijn minst kennis van neemt), maar evenmin adviezen zonder meer klakkeloos

volgt (de uit de beschikkingsbevoegdheid voortvloeiende verantwoordelijkheid blijft bij het bevoegd gezag).[16]

Deskundigen-advies

Is de primaire functie van de raadpleging, *informatie* te verkrijgen, dan zijn wij geneigd te spreken van advies door *deskundigen*. Het gaat om verschaffen van feitelijke informatie, nodig of gewenst voor uitleg of toepassing van een norm. Het spreekt vanzelf, dat dit niet voor *élke* feitelijke informatie moet gelden. Het vragen naar iemands adres of telefoonnummer geeft geen aanleiding tot juridische beschouwingen: degene tot wie de vraag wordt gericht behoeft slechts in staat te zijn een telefoonboek te raadplegen. Andere kundigheden zijn nodig zodra de verlangde informatie *waardering* of *interpretatie* van feiten nodig maakt; de eisen die dán aan de informatieverstrekker gesteld worden, veronderstellen een specifieke, een 'des'kundigheid.

De vraag is wel, waarin die specificiteit moet bestaan, en waaruit hij moet blijken. Was maar altijd duidelijk, waarin iemand kundig moet zijn om 'deskundige' genoemd te kunnen worden, dan was de moeilijkste van alle vragen uit de weg geruimd. Het onderwerp van de kundigheid echter, zo blijkt, wordt zelden geëxpliciteerd. In de Nederlandse literatuur is b.v. aan het deskundigenbericht in het burgerlijk procesrecht weinig aandacht geschonken.[17]

Het gaat hier om die adviseur wiens specifieke kundigheid op opleiding en ervaring berust.[18] Het getuigschrift en de ervaring die hij bezit staan borg voor een kennis van zaken die een ander zich niet zomaar verwerven kan. Hij heeft weet van dingen die, ('Geheimwissenschaft'), door niet-vakgenoten in beginsel niet weersproken kunnen worden; zijn kwalificatie als adviseur is de vakkennis die hij pretendeert. Maar er wordt méér verondersteld.

Zo wordt er op gerekend dat zijn beroepseigenschappen hem maken, niet alleen tot een bekwaam, maar tevens tot een onpartijdig en objectief[19] adviseur. Dat brengt mee dat hij zich in zijn deskundige adviezen zal houden binnen de grenzen van zijn deskundigheid. Waar de grenzen van de deskundigheid liggen vormt een kernvraag. Een vraag die zich in alle sterkte doet horen wanneer in een beroepsprocedure door een woordvoerder van de minister wordt verklaard:

> "...dat Onze Minister in verband met de deskundigheid van de commissie de door haar voorgedragen kwetsbare gebieden zonder meer in de vergunning heeft overgenomen en hij reeds daarom niet anders dan redelijk kan hebben gehandeld" (echter wel onzorgvuldig, beslist de Kroon, nl. door zich geen rekenschap te geven van criteria en motieven van de 'deskundige' adviseur. K.B. 6 juli 1976, nr. 39, *Milieu en Recht*, 1976/6, p. 235).

Semi-rechterlijk advies

Is de primaire functie van de raadpleging, het bieden van *rechtswaarborgen*[20] – te weten: waar het contradictoire karakter van de voorbereidingsfase van de beschikking een extra accent heeft (dient te hebben) omdat het bestuursorgaan

judex in causa sua is – dan is het redelijk van de adviseur te verwachten dat hij 'rechter-achtige' kwalificaties bezit.

Met andere woorden: er worden waarborgen verwacht die ook bij de gewone rechtspraak aanwezig zijn. De adviseur zal moeten voldoen aan zekere eisen van persoonlijke afstandelijkheid (enigszins gegarandeerd door juridische opleiding) en onafhankelijkheid.

De van hèm te verwachten onpartijdigheid vloeit niet zozeer voort – zoals bij de deskundige adviseur – uit zijn specifieke vakkennis, maar uit die *onafhankelijkheid* ten opzichte van het administratief orgaan. Hij zal b.v. aan de geadviseerde niet ondergeschikt mogen zijn, en hij zal aan belanghebbenden een 'rechtspraak-achtige' kans moeten bieden om hun zienswijze in het 'geding' te brengen: de adviesprocedure zal moeten verlopen volgens beginselen die met de 'beginselen van behoorlijke rechtspraak'[21] overeenkomen. Zo zou er tevoren, voordat in concreto wordt geadviseerd, een op schrift gestelde procedureregeling moeten zijn vastgelegd, waarin tenminste geregeld wordt dat belanghebbenden inzage hebben van stukken en in de gelegenheid worden gesteld persoonlijk hun standpunt toe te lichten. Openbare behandeling, verbod van aanwezigheid van ambtenaren van de geadviseerde[22], motivering van het advies en bekendmaking ervan aan belanghebbende zijn er andere elementen van.

De advisering door de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State is van semi-rechterlijk advies het prototype.

Anders dan bij ons, wordt in Franse literatuur aan deze adviesfunctie speciale aandacht geschonken. De 'rechtsbeschermende' advisering – 'garantie des droits individuels' – speelt in het bijzonder op het terrein van ambtenarenrecht en belastingrecht. De hoorplicht is er het belangrijkste kenmerk van.

Representatie-advies

Is de primaire functie van de raadpleging, gelegenheid tot *inspraak* te geven of *overleg* te kanaliseren, dan zal de adviseur nog weer andere kwalificaties dienen te hebben dan die van de beide hiervoor genoemde categorieën. Hij zal een inzicht moeten hebben dat voortkomt uit kennis van bepaalde situaties en omstandigheden, waarvoor wel ervaring maar geen opleiding vereist is; de know-how van de branchegenoot, de achtergrond-informatie van de man-on-the-spot; de wandelgangvoelhorens van een politicus, of het aanvoelen van wat in bepaalde bevolkingsgroepen leeft door iemand die daartoe behoort: 'onze mensen', 'het veld' (Verpaalen, passim). Men zou kunnen zeggen dat hij als het ware – in tegenstelling tot de deskundig adviseur die 'de feiten van het verleden' vaststelt – 'de reacties van de toekomst' voorspelt. De kwalificaties die voor deze adviseurs voor de hand liggen, zijn de eisen die in het algemeen aan belangenvertegenwoordigers worden gesteld: die van *representativiteit*. In een daartoe strekkende adviescommissie zal dus de samenstelling van dien aard moeten zijn dat een variëteit van belangen evenwichting aan bod komt. In die evenwichtigheid van samenstelling, gewaarborgd door een

procedureregeling voor benoeming, en aangevuld door een procedureregeling voor interne besluitvorming, is de 'onpartijdigheid' van het adviesorgaan gelegen, welks leden ieder voor zich aan die eis niet (kunnen) voldoen.

2.3 *De drie adviesfuncties in de praktijk*

Elk van de genoemde drie adviesfuncties zijn afzonderlijk of vermengd in de bestuurspraktijk terug te vinden. Als voorbeeld van vermenging diene de advisering door de commissie op grond van art. 5 van de Wet gewetensbezwaren militaire dienst.

De commissie is bedoeld als *semi-rechterlijk* orgaan. De adviesprocedure werd van regeringswege gezien als een procedure die rechtswaarborgen biedt, zelfs zozeer, dat zij een beroep op de Kroon overbodig zou maken: "Het feit dat omtrent elke beschikking betreffende een erkenning moet worden geadviseerd door de Commissie van Advies, en de voorschriften met betrekking tot de behandeling van de zaken door de Commissie van Advies, verschaffen op zijn minst even grote waarborgen als een behandeling in administratief beroep".

"...dat het instellen van administratief beroep niet anders kan zijn dan een doublure van de procedure voor de Commissie van Advies". "Tot het openen van een administratief beroep" ... "kan aanleiding bestaan indien de totstandkoming van een beschikking niet reeds met dezelfde waarborgen is omkleed als die, welke door de beroepsmogelijkheid worden gegeven".

> (Hiermee is wel in strijd dat bij het onderzoek van de commissie de belanghebbende geen raadsman mag meenemen, wiens bijstand er toe zou kunnen leiden "dat de commissie zich geen duidelijk beeld zal kunnen vormen omtrent hetgeen bij de bezwaarde leeft", en dat de zittingen niet openbaar zijn (gerechtvaardigd met een beroep op het belang dat anderen die voornemens zijn een beroep op gewetensbezwaren te doen, niet "de gelegenheid geboden wordt, om door middel van het bijwonen van de zittingen zich voor de bereiden op het onderzoek door de commissie").

Tegelijkertijd echter bevat de M.v.A. toespelingen op de "ter zake kundigheid" van de commissie "op dit terrein"; "dat de commissie ... op dit terrein welhaast noodzakelijk deskundiger moet zijn dan een instantie die zich met administratieve beroepsprocedures op velerlei terrein bezighoudt".

De representatiegedachte ten slotte is neergelegd in Besluit gewetensbezwaren art. 5 lid 1 onder b, waarin de deelneming van de leden aan zittingen op zodanige wijze wordt geregeld, "dat een zo groot mogelijke spreiding van levensbeschouwing ter zitting wordt bevorderd en dat zo mogelijk rekening wordt gehouden met de levensbeschouwing van verzoeker".

Uit dit voorbeeld is al duidelijk, dat scherpe grenzen tussen de verschillende functies van advies moeilijk te trekken zijn; "kaum ein Fachmann sei es in so

vollkommenen Sinne, dass er dem Verdacht enthoben wäre, nicht nur seinen fachlichen Rat, sondern auch ein Interesse ... einzubringen." (Dagtoglou, p. 59). Het onderscheid speelt in de jurisprudentie echter wel degelijk een rol. Wanneer bijvoorbeeld de rechter aan de advisering een dusdanig gewicht hecht, dat hij aan volgen van het advies de kracht toekent het verwijt van willekeur al bij voorbaat uit te sluiten, dan moet het ons interesseren, op welke van de drie adviesfuncties hij nu het oog had.

> Zo was bij een beschikking, houdende afwijzing van een verzoek van iemand om te worden aangemerkt als beeldend kunstenaar in de zin van de Beeldende Kunstenaars Regeling (*Stcrt.* 1964, nr. 36) het advies gevolgd van de Centrale Commissie Sociale Kunstopdrachten, die zich op hetzelfde standpunt had gesteld als de (in eerste instantie geraadpleegde) Plaatselijke Commissie Sociale Kunstopdrachten: "Werk van Klager geen overtuigend artistiek niveau". Voor het oordeel "dat Onze Minister bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot afwijziging ... heeft kunnen komen" was – aldus de Kroon – "geen plaats", want hij had "terecht geen redenen aanwezig" geacht "om van deze onafhankelijk van elkaar tot stand gekomen adviezen af te wijken". (K.B. 22 dec. 1969, *AB*, 71-29).

Hier was het blijkbaar de combinatie van functies die aan het advies die overtuigingskracht gaven. Immers de adviezen waren 'onafhankelijk van elkaar tot stand gekomen' ('rechtswaarborgen', want twee 'instanties'?); maar tevens waren de commissies deskundig: 'waarin o.m. (?) zitting hadden beeldende kunstenaars': 'deskundigen' op het gebied van 'overtuigend artistiek niveau'? en óók representatief: benoemd "op voordracht van daartoe uitgenodigde kunstenaarsorganisaties" ('belangenvertegenwoordigers'? maar dan toch geselecteerd want 'uitgenodigd'!).

Dit voorbeeld illustreert trouwens, hoe in feite vaak als vanzelfsprekend de representativiteit en de deskundigheid van een adviseur geacht worden elkaar te dekken. Deze vereenzelviging gaat echter niet altijd op: juist ook 'deskundigen' kunnen als zodanig tot groeperingen behoren die tegengestelde belangen vertegenwoordigen. Dit komt, naar duits recht (Dagtoglou, p. 61), bv. tot uiting in een als "klares Beispiel von Berufung unabhängiger Fachleute" voorgestelde wettelijk verplichte advisering door deskundigen[22a] ("Sachverständigenausschüsse") (voor registratie en uitvoervergunningen van 'duitse cultuurgoederen') waarbij als criterium voor benoeming van de adviseurs wordt voorgeschreven:

> "Bei der Berufung der Sachverständigen sind die Kreise der Fachleute aus den öffentlichen Verwaltungen, der Hochschullehrer, der privaten Sammler, des Kulturhandels und Antiquariats zu berücksichtigen."

Vergelijk echter de kritiek van bovengenoemde auteurs (t.a.p.) op wettelijke formuleringen waarin sprake is van "vertegenwoordigers" van wetenschap, techniek en kunst:

"Da die Wissenschaft, die Technik und die Kunst sich nicht "vertreten" lassen, handelt es sich hier in der Tat um die Heranziehung von unabhängigen Fachleuten".

3 Initiatief tot advisering

3.1 *Bevoegdheid om advies te vragen*

Het consulteren van een adviseur, of het nalaten daarvan, kan – zoals al bleek – rechtens relevant zijn. De relatie tussen adviseur en geadviseerde (het bestuursorgaan) kan rechtsgevolg hebben voor de beslissing die (mede) daaruit voortvloeit, en daardoor voor de bestuurden die bij de beslissing belang hebben. Voor de hand liggende vragen zijn derhalve:
(1) of een administratief orgaan altijd tot advies vragen bevoegd is,
(2) of er gevallen zijn – en zo ja, welke – waarin het tot raadpleging van derden, ook zonder wettelijke opdracht, verplicht is.

In beginsel is de administratie vrij om ter voorbereiding van beschikkingen derden te raadplegen. De *bevoegdheid* om advies te vragen berust op haar algemene plicht om zich op alle manieren die daartoe kunnen dienen op de hoogte te stellen van alle gegevens die voor het nemen van een juiste beslissing terzake dienende zijn. Als beperking van die vrijheid wordt voor Frans recht een voorbeeld genoemd, waar consultatie van een adviseur aan belanghebbenden rechtswaarborgen ontneemt, nl. dan, wanneer door die consultatie (ad hoc) een vast adviesorgaan wordt gepasseerd dat rechtswaarborgen biedt.

"L'Administration n'a pas le droit de substituer une consultation spéciale à la consultation normale ou même d'ajouter à celle-ci une consultation qui aurait pour effet d'affaiblir les garanties données aux intéressés par la loi ou le règlement" (Isaac, p. 134).

De "garanties données aux intéressés" in dit citaat duiden op een 'semi-judiciële' functie van de advisering.[23]

De bevoegdheid tot het vragen van een tweede advies over dezelfde zaak is om andere redenen geclausuleerd. Is er nl. reden om aan te nemen dat dit geschiedt om een advies te krijgen dat meer in overeenstemming is met de oogmerken van de geadviseerde dan het vorige, "le procédé est alors suspect de détournement de pouvoir" (zie jurisprudentie geciteerd bij Isaac p. 141).

Het komt mij voor dat deze Franse zienswijze vatbaar is voor differentiatie. Het onverplicht inwinnen van een nader advies bij een ander behoeft niet altijd verdacht te zijn; met name niet, wanneer objectief kan worden gemotiveerd waarom het eerste advies overtuigingskracht miste.[23a]

3.2 *Verplichting om advies te vragen*

De vraag, in welke gevallen een rechts*plicht* tot consultatie valt aan te nemen, wordt hier achtereenvolgens besproken t.a.v. (a) 'gebonden' en (b) 'vrije' beschikkingen.

(a) *Gebonden beschikkingen*
Voorzover een beschikking werkelijk 'gebonden' is, kan er voor belangenafweging, en dus ook voor advisering daaromtrent, geen plaats zijn. Consultatie zal slechts tot doel kunnen hebben: het krijgen van feitelijke informatie, nodig voor uitleg of toepassing van de wettelijke norm. De bestuurder zal zich, evenals een rechter, moeten doen voorlichten omtrent alles wat niet van algemene bekendheid is en wat hij, krachtens zijn ambt, niet weet, althans rechtens niet kan weten.[24] In elk geval b.v. omtrent gespecialiseerde kennis die niet behoort tot de kwalificaties die hij krachtens de (wettelijke) eisen van benoembaarheid in zijn ambt behoort te bezitten.

Zonder die informatie kan hij – en dus mág hij – niet beslissen. Raadpleging – ook waar niet geregeld bij wettelijk voorschrift – is hier rechtsplicht.

> Dat bij een deskundigen-advies voor afweging van belangen geen plaats is, betekent nog niet dat het niet vatbaar zou zijn voor marginale toetsing. (Een keuring van een bedrijfsgeneeskundige b.v., dienend als prima facie-advies voor verwijzing naar keuring vanwege het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds, komt voor zo'n toetsing in aanmerking, C.R.v.B., 7 febr. 1975, *AB*, 251). De rechter kan en moet nagaan of de deskundige in redelijkheid tot zijn conclusie heeft kunnen komen.

(b) *Vrije beschikkingen*
Betreft het zgn. vrije beschikkingen, waar de wettelijke normen het bestuursorgaan een zekere mate van vrijheid van beoordeling naar beleidsinzicht laten, dan komt raadpleging van derden eveneens voor, en wel om nog andere redenen dan alleen om gegevens te verkrijgen die voor interpretatie of toepassing van die normen onontbeerlijk zijn. Voor de vraag of zo'n consultatie rechtsplicht is, zou, bij zwijgen van de wet, een aanwijzing gezocht kunnen worden in de omstandigheid dat (a) een vast adviesorgaan bestaat, of (b) het beschikkend orgaan de facto voor bepaalde categorieën van beschikkingen advies pleegt te vragen, dan wel heeft aangekondigd dit te zullen doen.

(b).1 Geïnstitutionaliseerde advisering
Vaste adviseurs worden soms door de wetgever, soms door het beschikkingsbevoegd orgaan zelf aangewezen.

– *Vaste adviseurs, aangewezen door de wetgever*
Zijn vaste adviseurs *door de wetgever* aangewezen of ingesteld, dan moet aangenomen worden dat dit niet voor niets is gebeurd; dat die aanwijzing of instelling kan strekken tot vingerwijzing voor het bestuursorgaan, zich van

die adviseurs ook te bedienen, al stelt de wet een uitdrukkelijke eis tot adviesaanvraag niet.[25] Dit betekent inperking van de vrijheid van voorbereiding van de beschikking.

Beantwoording van de vraag òf consultatie (bij onduidelijkheid van de wet) van een bepaald adviseur verplicht is, kan soms worden afgeleid uit de redengeving voor het instellen van een adviesorgaan.

> Wanneer b.v. bekend wordt gemaakt dat vergunningen voor het uitvoeren van ongeregeld vrachtvervoer (Wet Goederenvervoer Binnenscheepvaart art. 32) voorlopig niet meer gegeven zullen worden (31 maart 1966, Stcrt. 66) tenzij aanvrager voldoet aan bepaalde criteria, en dat over de vraag of zulks in concreto het geval is, advies wordt ingewonnen, terwijl tegelijkertijd daartoe een adviescollege wordt ingesteld, dan moet aangenomen worden, dat passeren van dat college aan de beslisser kan worden tegengeworpen.

Voorts zou aan rechtsplicht kunnen worden gedacht wanneer er indicaties zijn dat de ratio van de aanwijzing van adviseurs gelegen is in de bedoeling, hetzij onontbeerlijke deskundige informatie te krijgen,[26] hetzij de rechtstreeks belanghebbende bij een beschikking *rechtswaarborgen* te bieden tegenover al te groot geachte beleidsvrijheid van het bestuur,[27] hetzij aan belanghebbenden *inspraak* te verlenen of met hen *overleg* te plegen over de voorbereiding van de besluitvorming.

Uit de jurisprudentie blijkt niet *in het algemeen* wanneer zorgvuldige voorbereiding van de beschikking consultatie eist. Wel valt zulk een standpunt implicite soms uit de overwegingen af te leiden.

> Zorgvuldige voorbereiding kan, onder omstandigheden, meebrengen dat vooraf nadere inlichtingen ('advies'?) moeten worden gevraagd van derden (C.R.v.B. 12 jan. 1966, *AB*, p. 603: weigering tegemoetkoming ziektekosten) en zeker wanneer het gaat om "een ingrijpende maatregel als ontslag" (24 febr. 1971, *AB*, '72-263).
>
> Een beslissing, genomen zonder dat de door belanghebbende aangeboden medische verklaring ('advies'?) was afgewacht, terwijl die naderhand bleek gronden in te houden die bij de beslissing hadden moeten worden overwogen, wordt vernietigd (zij het wegens strijd met het motiveringsbeginsel) (C.v.B.B. 3 dec. 1964, *AB*, '65-839).
>
> Toch is door de Kroon, oordelende in beroep inzake planschade, aan het bestuursorgaan dat geen advies had gevraagd aan een schadebeoordelingscommissie, daarvan blijkens de uitspraak geen verwijt gemaakt, hoewel deze beroepsinstantie zèlf advies inwinnen (van het (commerciële?) Adviesbureau Onroerende Zaken) noodzakelijk achtte (K.B. 24 dec. 1971, *AB*, 38).
>
> Een verzuim van een bestuursorgaan om aan de verplichting tot consultatie te voldoen, te weten een verzuim, om aan de 'verplichte adviseurs' tijdig – desnoods pas tegelijk met de ontwerp-beschikking – de stukken te sturen, die hen tot advisering in staat stellen, brengt nog niet noodzakerlijkerwijs de vernietiging van de beschikking mee. (De Inspecteur voor de Volksgezondheid, belast met het toezicht op de hygiëne van het Milieu, had, in beroep, alsnog van zijn oordeel kunnen doen blijken) (K.B. 9 mei 1975, *Milieu en Recht*, 1975/5, p. 133).
>
> Maar in een ander geval van verplichte advisering – evenals het vorige een Hinderwetzaak – werd het passeren van deze consulent met vernietiging van de

beschikking (tot wijziging van voorwaarden van een voorwaardelijk verleende hinderwetvergunning) afgestraft (K.B. 10 oktober 1972, *AB*, '73-26).

In het bijzonder dan zal consultatie als eis gesteld worden voor een zorgvuldige voorbereiding, wanneer de advisering er mede toe dient, de belanghebbende rechtswaarborgen te bieden. Soms komt dit in de jurisprudentie tot uitdrukking.

> De adviescommissie voor de behandeling van bezwaarschriften tegen beschikkingen op grond van de Algemene Bijstandswet mag niet gepasseerd worden, nu een wetsbepaling die commissie verplichtte, belanghebbende de gelegenheid te bieden om het bezwaarschrift mondeling toe te lichten. Door te beschikken zonder voorafgaand advies van de commissie had i.c. het bestuursorgaan aan belanghebbende die gelegenheid ontnomen; de Kroon oordeelt "...dat de betrokkene door vorenvermeld verzuim in die mate in haar belangen is geschaad, dat terecht op deze grond aanleiding is gevonden om de beslissing ... te vernietigen" (K.B. 6 aug. 1975, *AB*, '76-72).

Overigens kan uit aanwijzing van adviseurs bij wet uiteraard niet de conclusie getrokken worden dat nu ook voor àlle gevallen consultatie verwacht wordt. Bij aanwijzing van een adviseur voor een breed terrein, bijvoorbeeld voor het terrein van toepassing van een wettelijke regeling of met betrekking tot alle op een wet berustende aanvragen om vergunning (vgl. voor de Milieuwetten het onderzoek van het Instituut voor Bestuurswetenschappen, p. 31 en overzicht 6), kan expressis verbis of implicite bedoeld zijn, dat de consultatie – hoewel verplicht – beperkt blijft tot bepaalde categorieën van beschikkingen; bijvoorbeeld tot beschikkingen die controverseel of 'belangrijk' zijn,[28] dan wel ongunsig voor de rechtstreeks belanghebbenden.[29]

> Dat advies vragen verplicht was in 'belangrijke aangelegenheden' nam het College van Beroep voor het Bedrijfsleven aan voor consultatie van een Commissie van Bijstand ingevolge de Instellingswet Produktschap voor siergewassen door het bestuur van het produktschap; het College ontleende deze interpretatie van de, algemeen gestelde, taakopdracht in art. 4 lid 2 van die wet ("de commissies dienen elk voor haar werkgebied het bestuur van advies"), aan de toelichting van de SER bij het voorontwerp van die wet. (De SER verwees daarin naar het belangenvertegenwoordigend karakter van de commissies). Wât onder 'belangrijke aangelegenheden' moet worden verstaan, interpreteert het College vervolgens beperkt: nl. die, "van welke niet in redelijkheid kan worden gezegd dat zij niet zijn belangrijke aangelegenheden gelegen op het werkgebied van de commissie". (C.v.B.B. 19 juni 1973, *AB*, 213).

Hoe dit zij, in ieder geval staat vast dat voor het geven van beschikkingen op een terrein waarvoor een vaste adviseur is aangewezen of ingesteld, een *stelselmatig* passeren van die adviseur in beginsel strijd met een rechtsplicht kan opleveren.

– *Vaste adviseurs aangewezen door bestuursorganen zelf*

Betreft het aanwijzing van vaste adviseurs *door het bestuursorgaan zelf*, dan geldt mutatis mutandis hetzelfde. Het bestuursorgaan heeft zich door aan-

wijzing van een vaste adviseur voor een bepaalde categorie van beschikkingen bij wijze van spreken verbonden om – althans t.a.v. controversiële, 'belangrijke' of voor rechtstreeks belanghebbenden ongunstige beschikkingen, zeker als het gaat om het bieden van rechtswaarborgen of het verlenen van inspraak, die adviseurs niet – althans niet stelselmatig – te passeren. Uit die "zelfbinding", zo zou men kunnen zeggen, ontstaat de rechtsplicht.

(b).2 Niet-geïnstitutionaliseerde advisering

Blijft over het terrein waar de adviesfunctie *niet* geïnstitutionaliseerd is; er zijn dan geen vaste adviseurs.[30] Dàn zal advies vragen alleen rechtsplicht kunnen zijn, wanneer in concreto zònder consultatie een beslissing niet met de te eisen zorgvuldigheid kan worden voorbereid. M.a.w.: de plicht tot consultatie vloeit dan voort uit het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, dat beschikkingen zorgvuldig dienen te worden voorbereid. *Òf* in concreto het achterwege laten van consultatie onzorgvuldig is, hangt er van af, of daardoor informatie komt te ontbreken dan wel rechtswaarborgen of gelegenheid tot inspraak of overleg worden ontnomen, welke voor de behoorlijke totstandkoming van de beslissing noodzakelijk zijn te achten.

– *Voor Frans recht* wordt t.a.v. de verplichting om advies te vragen vermeld, dat de rechter steeds onderzoekt in hoeverre consultatie verplicht was, en daarbij de wetsbepalingen ruim uitlegt, o.a. door toepassing van het actus contrarius beginsel (Auby, p. 603). Is bijv. consultatie verplicht voor "classement d'un hôtel de tourisme", dan ook voor "déclassement" (C.E. 27 janvier 1956, Société "Maison des Etudiants du Maroc à Paris", 41) (Isaac p. 137). Een aanstellingsbesluit van een "membre du Conseil économique et social" werd wegens 'procédure irrégulière' vernietigd, omdat geen kennis genomen was van 'propositions' van de 'organisations professionelles intéressées'.

3.3 *Ongevraagd advies*

In het voorgaande zijn 'advisering' en 'raadpleging' behandeld als twee namen voor hetzelfde begrip. Het ongevraagd advies is daarmee buiten beschouwing gebleven.

Hoewel niet in het algemeen gezegd kan worden dat regels voor gevraagd advies, niet ook op ongevraagd advies van toepassing zouden kunnen zijn, valt evenmin het omgekeerde zonder meer aan te nemen.

Met de veronderstelling dat met ongevraagd advies, van wie ook afkomstig, door de administratie rekening gehouden moet worden voor zover het beginsel van zorgvuldige voorbereiding van beschikkingen dit in concreto eist, moet hier worden volstaan. *Òf* zulks het geval is, zal mede afhankelijk zijn van de mate waarin de zich aandienende of opdringende adviseur aannemelijk weet te maken dat hij de objectiviteit en kwalificaties van de deskundige heeft te bieden, een afstandelijk en onafhankelijk oordeel geeft, of op adequate wijze belangen vertegenwoordigt.

Soms zijn er aanwijzingen dat zelfs een geïnstitutionaliseerd adviseur niet geacht wordt uit eigen beweging te mogen adviseren. De adviescommissie voor vreemdelingenzaken bijvoorbeeld is voor individuele gevallen *niet* bevoegd op eigen initiatief adviezen uit te brengen; dit volgt althans uit een soort van interpretatieve verklaring van minister Scholten bij de mondelinge behandeling van het wetsontwerp afgelegd en door de Tweede Kamer aanvaard. De commissie moest geen toevluchtsoord worden voor individuele vluchtelingen. (Zie *Hand. II*, 63/64, p. 2248–2249).[31]

4 Keuze van de adviseur

4.1 *Keuze naar wettelijk voorschrift*

De keuze van de adviseur is niet altijd vrij. Voor bepaalde gevallen is grondwettelijk voorgeschreven dat de volksvertegenwoordiging daarin zeggenschap heeft, te weten waar het betreft vaste colleges van advies en bijstand aan de regering[32]: de wet moet hun samenstelling, werkwijze en bevoegdheden regelen.

Op de portée van art. 87 Grondwet en de bekende voorgeschiedenis daarvan (zie b.v. Oud, p. 478–485, en Kan, p. 98) gaan wij hier niet in; de vragen die zich daarbij voordoen – wat een 'vast' college is; wat het onderscheid is tussen 'advies' en 'bijstand'; of onder 'regering' ook een 'minister' te begrijpen is en of in het artikel alleen wordt gedoeld op colleges die organen van de staat zijn – vallen als van constitutioneel-rechtelijke aard buiten het bestek van dit geschrift. Het is voldoende hier vast te stellen dat op basis van dit grondwetsartikel geen *algemene* wet tot stand gekomen is. Wel zijn overeenkomstig de strekking ervan verschillende vaste adviescolleges bij *afzonderlijke* wet ingesteld (evenals trouwens sommige *buiten* de werking van art. 87 Gw. vallende – b.v. individuele – adviseurs).

De meeste permanente adviescolleges (61%) zijn echter (vooral in het laatste decennium), in strijd met de Grondwet, in het geheel *niet* bij wet ingesteld.[33] In de instellingsbesluiten (K.B.'s 12%; beschikkingen 34%; anderszins 15%)[34] – evenals trouwens in de afzonderlijke instellingswetten – staan bovendien steeds minder bepalingen omtrent samenstelling, benoeming en werkwijze. Voorzover regels inzake kwalificaties van adviseurs wèl te vinden zijn, is het de vraag of die bepalingen alleen betrekking hebben op dat speciale geval, dan wel zich lenen voor veralgemening. In ieder geval kan niet voldoende steun gevonden worden voor de stelling, dat die bijzondere regels zijn op te vatten als algemene regels van geldend recht. Jurisprudentie geeft geen uitsluitsel. Zelfs de aan àlle adviseurs te stellen eis, dat zij onpartijdig zijn, draagt, als gezegd, in de drie verschillende soorten van adviesfunkties nog een verschillend karakter.

4.2 *Keuze naar adviesfunctie*

Regels voor eisen, aan adviseurs te stellen, moeten wij dus zoeken in het verband met de beoogde functie van het uit te brengen advies: 'deskundigen-advies', 'semi-rechterlijk advies' of 'representatie-advies'; zij zullen, globaal, lijken op de eisen in het algemeen te stellen aan deskundigen, rechters en belangvertegenwoordigers.

Het is dus voor de keuze van de adviseur van belang te expliciteren, welke adviesfunctie is beoogd. Dat dit niet altijd gebeurt, tonen de volgende voorbeelden. Zij onthullen hoe dientengevolge de keuze soms naar irrelevante criteria tot stand komt.

4.3 *Keuze naar gebrekkige criteria*

Tegenover adviezen van naar irrelevante criteria aangewezen adviseurs zal extra waakzaamheid op zijn plaats zijn.

Verzuim te expliciteren, welke deskundigheid gewenst wordt, kan b.v. leiden tot binnendringen van elementen van belangenvertegenwoordiging. Zo in het volgende geval.

– Van de zes organen die ingevolge de *Wet universitaire bestuurshervorming 1970* achtereenvolgens aan de Kroon adviseren inzake benoeming van een hoogleraar of lector (zie hiervoor onder 1.1) is één althans onomstotelijk *'deskundig'*, nl. de door de faculteitsraad in te stellen commissie die het door hem uit te brengen advies moet voorbereiden (de 'benoemingscommissie'). Dit blijkt uit de woorden van de wet die zegt dat de raad daarin – behalve hoogleraren en lectoren – ook "andere deskundigen" kan benoemen (art. 12 lid 2). Wat de wet *niet* zegt is, waarin die deskundigheid moet bestaan. Het gevolg daarvan is geweest dat – onder het scherm van een ruime uitleg – zich een praktijk heeft ontwikkeld die door de minister, door de Commissie voor de Bestuurshervorming[35] en door de Kroon[36] wordt gediskwalificeerd als strijdig met de bedoeling van de wetgever en zelfs als strijdig met de wet.

Die praktijk bestaat in het zo stelselmatig tot lid van benoemingscommissies aanwijzen van studenten (en andere niet tot het wetenschappelijk corps behorende personen), dat niet hun 'deskundigheid' op het betreffende vakgebied, maar veeleer representatie van de 'geleding' waartoe zij behoren voor benoeming de legitimatie blijkt.

> (Deelneming van studenten aan benoemingscommissies komt bij de literaire faculteiten in alle gevallen, bij de Sociale Wetenschappen in 82% van de gevallen en bij de groep overige faculteiten in 92% van de gevallen voor; bij de beide Amsterdamse universiteiten zijn in bijna de helft van het aantal gevallen de kroondocenten in de minderheid (Commissie voor de Bestuurshervorming p. 56).[37]

Dat het lidmaatschap van een bepaalde geleding niet kan worden gehanteerd als criterium voor benoeming, speelt met name een rol wanneer – zoals b.v. het geval is in Groningen – een reglement van een subfaculteit een dergelijke representatiegedachte met zoveel woorden tot uitdrukking brengt: de Staatssecretaris geeft aan het College van Bestuur in overweging, de goedkeuring van het desbetreffende artikel van dit reglement in te trekken, om te voorkomen dat vanwege het ministerie die goedkeuring aan de Kroon ter vernietiging zal worden voorgedragen. Deze kwestie is, mede in het kader van het wetsontwerp tot verlenging en wijziging van de W.U.B. (wetsontwerp 31744), meermalen aan de orde geweest. Terzake van het begrip 'andere deskundigen' komen uitvoerige uiteenzettingen voor in de M.v.T. (p. 20 en 22) en in de M.v.A. (p. 13, 14 en 15). In het ontwerp wordt nu voorgesteld, dat de faculteitsraad de leden van de benoemingscommissie dient te benoemen bij *gemotiveerd* besluit. "De strekking van die bepaling is deze, namelijk dat de faculteitsraad wordt genoopt in het besluit..., ten aanzien van elk der te benoemen leden aan te geven op welke gronden hij van oordeel is dat de betrokkene naar de bedoeling van de wetgever als deskundige kan worden gekwalificeerd. Ingeval een zodanige motivering ontbreekt, hetgeen bij voorbeeld het geval is indien slechts wordt overwogen "dat de betrokkene voldoet aan de kwalificaties", is het benoemingsbesluit van de faculteitsraad in strijd met de wet, en kan het reeds om die reden worden geschorst of vernietigd.

Het geven van voorbeelden van besluiten met een motivering die wel aan de in het wetsontwerp vervatte voorstel voldoet, achten de ondergetekenden, los van concrete gevallen, niet goed mogelijk." Geen wonder!

Het is duidelijk dat om het verschil van mening inzake 'de bedoeling van de wetgever' uit de weg te ruimen de voorgestelde motiveringsplicht noodzakelijk is, maar zij is niet voldoende; de elementaire vraag, of met name de 'kunde' om een sollicitant op 'geschiktheid' te beoordelen – zulks afgezien van diens vakbekwaamheid maar b.v. mede in verband met zijn didactische en/of organisatorische kwaliteiten of (meer omstreden) b.v. zijn politieke signatuur – óók een 'des'kundigheid is die de wetgever bedoelt, wordt niet aan de orde gesteld.

– Hoe ook op ander terrein, nl. bij advisering aan de rechter, deskundigheid en representatie door gebrek aan zuivere begripsomschrijving door elkaar gebruikt worden, valt te lezen bij Verpaalen (o.a. p. 92–93), waar hij beschrijft hoe van regeringswege in verband met benoeming in een adviescommissie gesproken wordt van "personen die het algemeen vertrouwen genieten" ('onze mensen') zonder dat hiermee belangenvertegenwoordigers bedoeld worden, terwijl in dezelfde passage de belangenvertegenwoordigers op één lijn gesteld worden met "het deskundige element". In eenzelfde wetsartikel ligt in het ene lid de nadruk op de deskundigheid (ten aanzien van de verhoudingen op landbouwgebied) en in het volgende op de gedachte de leden 'uit eigen kring' te recruteren.

Ging het in het vorenstaande om verhaspeling tussen deskundigheid en

representatie, ook een als rechtsbeschermend gepresenteerde vorm van advisering wordt soms vertroebeld door daarmee in strijd zijnde elementen.

– De aan de *Adviescommissie voor Vreemdelingen* toegedachte adviesfunctie bijvoorbeeld, wordt geacht *rechtswaarborgen* te bieden. Dit blijkt b.v. uit de voorschriften met betrekking tot de benoeming van de leden (b.v. uitsluiting van aan de geadviseerde ondergeschikte ambtenaren; een rechter bij voorkeur als voorzitter) die een zekere mate van onafhankelijkheid van de commissie ten opzichte van de administratie moeten garanderen. Bij de behandeling van het wetsontwerp sprak minister Scholten dan ook van een "quasi administratief-rechterlijk orgaan" (*Hand.* II, 63/64 p. 2237–2248). In de M.v.A. (p. 6) is sprake van een college dat overeenkomsten vertoont met de administratieve rechter. Deze zelfstandigheid dient mede ter rechtvaardiging van de beperkingen waaraan het beroep op de Raad van State ingevolge art. 34 lid 1 onder b is onderworpen (zie hierna hfdst. 8). In verband met het verbod om op eigen initiatief advies uit te brengen (zie hiervóór) is door de regering gesproken over de onafhankelijkheid en de lijdelijkheid, eigen aan een college dat, hoewel met het opstellen van beleidadviezen belast, toch enigszins op een administratieve rechter zou moeten lijken (Vgl. o.a. M.v.A. p. 6; *Hand. II*, 63/64, p. 2248).

Deze voorstelling van zaken, die een fair proces suggereert, is echter niet in overeenstemming met andere karaktertrekken in de procedure voor de commissie, nl. de bevoegdheid om het horen van de vreemdeling achterwege te laten in gevallen van niet-verplicht advies, en de verplichting om vertegenwoordigers van de minister van justitie en van buitenlandse zaken – ook waar het horen van de vreemdeling achterwege blijft – niet alleen toe te laten bij de behandeling van de zaak, maar ook bij de daaropvolgende beraadslaging en besluitvorming.[38]

In antwoord op kamervragen naar de criteria voor benoeming van de leden van de adviescommissie verwees de minister van justitie naar hun eigenschap "verstandige mensen" te zijn. Een duidelijke dooddoener, die de kardinale vraag miskent of ontwijkt.[39]

Weer een andere vorm van misleidende advisering doet zich soms voor bij adviesorganen die als 'representatief' worden aangediend. Bijvoorbeeld wanneer, bij ontstentenis van omschrijving der kwalificaties van de adviseurs in de als 'representatief' voorgestelde adviescommissie van de bij de beschikking betrokken belangen slechts één categorie vertegenwoordigd is. Dit komt nogal eens voor bij advisering door branchegenoten; dan wordt al gauw de suggestie gewekt, als zou er sprake zijn van belangenvertegenwoordiging. Gaat het echter om een soort van beslissingen waarbij contingentering van begustigden het hoofddoel is, zoals b.v. vergunningverlenging voor het uitvoeren van ongeregeld vervoer te water (de 'wilde vaart') (Wet Goederenvervoer Binnenscheepvaart, art. 32) waar een 'vergunning-stop' werd ingesteld met uitzondering voor gevallen waarin verzoekers schip "een wezenlijke bijdrage vormt tot

een verbetering van de kwaliteit van het vlootbestand", dan verschijnen branchegenoten in de gedaante van concurrent, wier belang het is, dat de beslissing afwijzend zal zijn.

> Zo zou de klacht van schippers, dat bij het al of niet verkrijgen van die vergunning het advies van het Adviescollege voor de Binnenscheepvaart van overwegende invloed is, "welk college wordt voorgezeten door heren met grote eigen persoonlijke belangen bij transportstichtingen voor binnenvervoer te water en die van de grote scheepvaartondernemingen" die "in hen (nieuwe aanvragers) hun wezenlijke concurrenten zien" wel eens goede grond kunnen hebben. En het van de hand wijzen van dit verwijt van partijdigheid door de Kroon ("dat overigens dit college is gevormd door het georganiseerde bedrijfsleven, dat juist de belangen van de vervoerders te water behartigt") zou wel eens overtuigingskracht kunnen missen (K.B. 14 juli 1976, *AB*, 77–42).

Een ander voorbeeld uit de jurisprudentie van partijdigheid van een adviseur biedt de diskwalificatie door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven van een commissie die, in een zaak betreffende verzoek om ontheffing op grond van de Verordening Wederverkopers van brood 1962, adviseert inzake ontheffing van een voor detaillist-broodverkopers geldend verbod om brood te betrekken van meer dan één bakker:

> "Het in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur, dat de administratie haar besluiten zorgvuldig dient voor te bereiden, brengt mee, dat het Produktschap ... bij het nemen van het besluit ... zich niet in aanzienlijke mate zou laten leiden door het advies van een commissie, waarin de plaatselijke slijters in het geheel niet vertegenwoordigd waren, doch waarin wel vertegenwoordigd was verzoekers bakker-leverancier, die er uiteraard een onmiddellijk belang bij had, dat de gevraagde ontheffing niet verleend zou worden". (Zeeuws Tarwebrood, C.v.B.B. 29 oktober 1965, *SEW*, 1966, 48).

In het algemeen kan men aannemen dat verzuim, om de kwalificaties waaraan adviseurs moeten voldoen, te omschrijven, ruimte laat voor misstanden; met name voor advisering door partijdige personen.

In het bekende arrest Gendringen/Koster (inzake vordering van woonruimte) heeft de Hoge Raad dit verijdeld door te overwegen

> "dat ... het in strijd is met de strekking der regeling, dat het advies van de commissie mede tot stand wordt gebracht door een lid, dat als bestuurslid van de eigenares-verhuurster tegen welke de vordering is gericht, zelf als partij moet worden beschouwd...", omdat
>
> "...ervan behoort te worden uitgegaan dat de wetgever het oog heeft gehad op een regeling, volgens welke bij de uitoefening door de overheid van een diep in de rechten der burgers ingrijpende bevoegdheid, als die tot vordering van woonruimte, ook de schijn van willekeur of onrechtmatige bevoordeling ... dient te worden vermeden...",

zulks in weerwil van het argument dat de richtlijnen van de minister, die onder meer de samenstelling der commissies regelen, voor op dit geval toepasselijke kwalificaties van de leden niets zeiden:

"O. dat aan een en ander niet afdoet, dat de zogenaamde "richtlijnen", vervat in het Besluit van den Minister ... geen voorschriften bevatten m.b.t. een geval als het onderhavige..." (H.R. 5 juni 1964, *NJ*, 405).

5 Formulering van de adviesaanvraag

De adviesaanvraag moet de adviseur in staat stellen een goed advies uit te brengen.[40] De formulering kan dus rechtens relevant zijn. Rechtsvragen kunnen zich voordoen wanneer de adviesaanvraag de adviseur
(1) buiten de grenzen van zijn 'legitimatie' lokt,
(2) beperkingen oplegt die een goed advies in de weg staan, of
(3) voor het uit te brengen advies noodzakelijke gegevens onthoudt, dan wel onnauwkeurig omschrijft.

5.1 *Ruime of vage formulering*

De adviesaanvraag kan slechts betrekking hebben op datgene wat voor het te nemen besluit relevant is. Zo moet een adviesaanvraag inzake een beslissing op verzoek om ontheffing op grond van de Vestigingswet bedrijven 1954, welke wet als (limitatief op te vatten) criteria voor zo'n beslissing noemt: 'kredietwaardigheid, vakbekwaamheid en handelskennis', op die criteria betrekking hebben. Een advies, berustend op een oordeel dat – moet men aannemen – is tot stand gekomen op grond van nog andere criteria dan de wettelijke, zoals i.c. een advies betreffende 'geschiktheid om als zelfstandig ondernemer op te treden'[41] is een voor de beslissing niet relevant gegeven en zal buiten beschouwing moeten blijven. Een beschikking op zo'n advies gegeven werd vernietigd (C.v.B.B. 28 aug. 1970, *AB*, '71-10).

Gevallen als dit zullen zich met name kunnen voordoen wanneer zonder specificatie om advies wordt gevraagd. Een precieze formulering had dit kunnen voorkomen.

Liggen, zoals in het hier genoemde geval, de criteria voor de beschikking vast in de wet, dan zijn dit tegelijk de grenzen voor de adviestaak en de adviesaanvraag.

Moeilijker is de afstemming van de formulering van de vraag op de 'bevoegdheid' van de adviseur, waar die bevoegdheid gelegen is in diens 'legitimatie' als adviseur.

Wordt b.v. door B. en W. van Texel, in de hoedanigheid van bevoegde instantie inzake de beslissing op vergunningaanvraag van de Minister van Defensie voor een schietinrichting, aan T.N.O. gevraagd naar de *'aanvraardbaarheid'* van te verwachten geluidhinder, dan moet T.N.O. voor beantwoording van de beleidsvraag, welke geluidsoverlast de bevolking terwille van defensiebelangen moet *aanvaarden*, (een vraag, zou men zeggen, bestemd om gericht te worden tot een 'representatief' adviseur), treden buiten de grenzen van de eigen deskundigheid, zijnde toch waarschijnlijk een deskundigheid in akoestisch-technische aangelegenheden.[42]

Door aan een 'deskundige' een vraag te stellen die slechts te beantwoorden valt door een beleidsoordeel in het advies te betrekken, wordt een advies verkregen dat niet alleen niet beantwoordt aan de eisen, aan een deskundigenadvies te stellen – te weten dat het volledig en uitsluitend berust op die kennis of bekwaamheid die de adviseur als deskundige legitimeert – maar dat tevens misleidend is.

Onder de vlag van de als expertise gepresenteerde lading gaat de contrabande van het beleidsoordeel schuil. Het gezag van de ('onverdachte') expert kan verhinderen dat dit beleidsoordeel wordt herkend als een oordeel dat geen 'representatieve' waarde heeft en dus met reserve bekeken dient te worden.[43]

5.2 *Enge formulering*

Een adviesaanvraag kan 'blanco' zijn ('Wil mij omtrent deze aangelegenheid van advies dienen') maar ook beperkingen inhouden. Is de adviesaanvraag gegoten in de vorm van een verzoek om een 'verklaring van geen bezwaar' (de 'groen-licht-verklaring'; b.v. de medische geschiktverklaring voor aanstelling als rijksambtenaar), of van een verzoek om bezwaren van een bepaalde aard kenbaar te maken tegen een voorgenomen beslissing (b.v. aan de Adviescommissie Herziening uitvoering Subsidie- of Bijdragregelingen C.R.M.: 'Zijn er rechtsbezwaren tegen de oorspronkelijke beslissing waarvan herziening is gevraagd?'), dan kan van 'beperkt advies' (vgl. de term 'beperkt beroep') worden gesproken.

Een beperking van andere aard vormt de wel voorkomende aanwijzing aan de adviseur, zich in zijn advies te houden aan een door de geadviseerde gevoerd beleid (advisering conform richtlijnen). Wat b.v. gevraagd moet worden in het geval waarin de wet voorschrijft dat de adviescommissie "handelt ... met inachtneming van Onze belisssing" (i.e. de beslissing van de Kroon waarbij de eerste beschikking op het verzoek werd vernietigd) zal afhangen van hetgeen die vernietigingsbeslissing van de Kroon in concreto inhoudt (art. 7 lid 6 Wet gewetensbezwaren militaire dienst).

Een probleem kan zich voordoen wanneer zulke beperkingen (b.v. beperkingen die de adviseur verbieden met bepaalde gegevens rekening te houden) hem verhinderen zijn adviestaak te vervullen overeenkomstig zijn eigen opvatting van zijn plichten als resp. deskundige, behoeder van rechten van de individu of belangenvertegenwoordiger. De vraag zal dan zijn in hoeverre achteraf met zo'n (onregelmatig?) advies rekening moet worden gehouden. Zo zal – moet men aannemen – de zin aan consultatie ontnomen worden wanneer krachtens de adviesaanvraag aan een deskundig adviseur, de adviseur verboden wordt rekening te houden met gegevens op het terrein van zijn deskundigheid, de semi-rechterlijk adviseur verboden wordt procedurele garanties voor de belanghebbende in acht te nemen, (b.v. inzage van stukken te verlenen) en de representatieve adviseur wordt gelast te blijven binnen het door de geadviseerde gevoerd beleid.

5.3 *Te verstrekken gegevens*

Het door de geadviseerde achterhouden of onzorgvuldig meedelen van voor de advisering noodzakelijke gegevens staat hiermee in verband. Vgl. b.v. de door de administratie te geven functie-omschrijving van een ambt, noodzakelijk voor het onderzoek naar de geschiktheid daarvoor en het op dat onderzoek berustend advies. Soms is de verplichting, de adviseur de voor het uit te brengen advies noodzakelijke gegevens te verstrekken, in de wet neergelegd (zie b.v. artt. 6 en 7 Besluit gewetensbezwaren militaire dienst).

> Voor Frans recht wordt melding gemaakt van een geval van achterhouden van gegevens, waar de "sincérité" (goede trouw) van de adviesaanvraag ter discussie stond: bij consultatie over het beginselbesluit een terrein aan te wijzen als 'parc national', was niet aan de adviseur meegedeeld, welke maatregelen de aanwijzing precies tot gevolg zouden hebben. In beroep maakte de Conseil d'Etat echter uit, dat niet was komen vast te staan dat "l'autorité administrative ait volontairement minoré ... les contraintes entrainées par la création du parc dans le but d'obtenir plus facilement l'adhésion des organismes consultés et ainsi commis une manoeuvre de nature à vicier la sincérité de cette consultation" (C.E. 29 juin 1973, sieur Roux et autres, 447).
> Het is mogelijk dat het bestuursorgaan in kwestie – hierin gedekt door de Conseil d'Etat – ervan uit was gegaan dat de adviseur uit zichzelf had behoren na te gaan wat de gevolgen van de aanwijzing waren.

In ieder geval moet aangenomen worden dat de overheid stukken voor de adviseur mag achterhouden waarvan dit ook tegenover de rechter geoorloofd is, nl. die "tegen welker inzending het openbaar belang zich bepaaldelijk verzet" (art. 73 Ambtenarenwet 1929, art. 98 Beroepswet), of "in die gevallen waar het openbaar belang bepaaldelijk vordert" dat overlegging wordt geweigerd (art. 41 lid 2 Wet administratieve rechtspraak bedrijsorganisatie). Op grond van niet aan de adviseur meegedeelde gegevens afwijken van advies ware echter extra zorgvuldig te motiveren. (Vgl. voor Frans recht een andere uitspraak genoemd bij Isaac p. 141).

Met de formulering van de vraag zal soms de aard van de bedoelde adviesfunctie gegeven zijn, maar in andere gevallen moet worden gegist. Duidt een vraag naar 'aanvaardbaarheid van geluidoverlast' primair op een noodzaak of behoefte aan advies van belangenvertegenwoordigers, en die naar medische risico's op beantwoording krachtens deskundigheid, minder duidelijk is, welke vraagstelling nu is op te vatten als een verzoek om een semi-judicieel advies, wanneer niet expliciet wordt gevraagd naar rechtsgronden voor de beslissing. Misschien is het niet al te ver gezocht om dit laatste b.v. aan te nemen in gevallen waarin de adviesaanvraag betrekking heeft op personae miserabiles (vreemdelingen, zieken, slachtoffers van woningnood,[44] met strafoplegging bedreigden[45]).

Zoals hiervoor gebleken is, kunnen de verplichtingen om advies te vragen, de keuze van de adviseur en de inhoud van de vraag niet los worden gezien van

elkaar en evenmin van de grenzen van de adviestaak; de taak van de adviseur wordt daarom nu bekeken.

6 Taak van de adviseur

6.1 *Aanvaarding van de opdracht*

De taak van de adviseur neemt – moet men aannemen – geen aanvang dan nadat hij het verzoek om advies implicite of uitdrukkelijk heeft aanvaard. Aangenomen dat aanvaardiging van de adviestaak een verplichting tot uitvoering meebrengt[46] kan van belang zijn (mede i.v.m. termijnen) waaruit aanvaarding blijkt.[47] Een geval van weigering om te adviseren wordt vermeld in de Franse jurisprudentie:

> Een adviescommissie had "adopté une attitude purement dilatoire" op grond van de opvatting, dat vóór de (overigens niet-verplichte) adviesaanvraag inzake het te nemen besluit (création d'une université dans l'académie d'Aix-Marseille) eerst aan alle belanghebbenden (studenten en gekozen organen) inspraak had moeten worden gegeven (C.E., 14 novembre 1975, Syndicat national de l'eneignement supérieur, 571). Dit (ongetwijfeld 'belangenvertegenwoordigend'?) adviesorgaan ("Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche") vatte de 'belangenvertegenwoordigende' functie wel zeer consequent op.

6.2 *Grenzen en criteria voor de taak*

Voor een deskundig adviseur liggen de grenzen van zijn taak en de criteria voor zijn advies in beginsel vast; hij moet blijven binnen de hem gestelde vraag en binnen de horizon van zijn 'kunnen'; de criteria die hij hanteert zijn daarmee gegeven, maar voor de outsider daarmee nog niet altijd bekend. Voor beoordeling van het advies zal echter kennis van die criteria in het algemeen vereist zijn. Zo overwoog de Kroon:

> "dat, indien Onze Minister in verband met de aanvraag om een vergunning omtrent de aanwijzing van kwetsbare, van boorwerken te vrijwaren gebieden het advies vraagt van een daartoe ingestelde commissie en deze gebieden bij de vergunning overeenkomstig het uitgebrachte advies aanwijst, ten minste mag worden verwacht, dat hij zich rekenschap geeft van de criteria welke de commissie daarbij heeft gehanteerd; dat evenwel noch uit het ambtsbericht, noch uit hetgeen vanwege Onze Minister in de openbare vergadering van de Afdeling, voornoemd, is gesteld, duidelijk is geworden welke criteria dienaangaande zijn toegepast";
> "dat ook het hiervoren genoemde advies van de commissie geen aanwijzingen op dit punt bevat".

Een overweging die er (mede) toe leidde dat de beschikking werd vernietigd (K.B. 9 juli 1976, nr. 39, *M & R*, 1976/6, p. 235).

Ook een adviescollege "gevormd door het georganiseerde bedrijfsleven" (nl. het adviescollege dat was ingesteld om te adviseren inzake aanvragen voor vergunningen voor het uitvoeren van ongeregeld vervoer te water op grond

van de Wet goederenvervoer binnenscheepvaart) (zie hiervóór), moest voor de dag komen met de als criteria dienende gegevens die het aan zijn oordeelsvorming ten grondslag legde (K.B. 30 september 1971, *AB*, '72-64). De criteria voor de beoordeling van de vraag of verzoeker "een wezenlijke bijdrage levert tot een kwalitatieve verbetering van het vlootbestand" zijn na dit K.B. dan ook gepubliceerd (*Stcrt.*, 21 maart 1972 nr. 58).

Liggen voor een deskundig adviseur de grenzen van zijn adviestaak vast, voor een belangenvertegenwoordigend adviseur is dit minder duidelijk. Niet altijd zal bijvoorbeeld vanzelfsprekend zijn dat hij blijft binnen het door geadviseerde gevoerde beleid. Integendeel: het eigen belang van de adviseur – dat zijn advies effect zal hebben ('haalbaar' zij) – komt in strijd met het doel dat met zijn advisering wordt beoogd, te weten: dat bij strijdige belangen prioriteiten worden gekozen die aan de geadviseerde ter overweging worden gegeven, juist los van diens beleid.[47a]

Wat de 'rechtsbeschermende' adviseur betreft is het duidelijk, dat hij niet aan het beleid van de geadviseerde kan zijn gebonden in gevallen waarin dat beleid op zichzelf rechtens verwerpelijk is (bv. discriminatoir), of het volgen van dat beleid in concreto zou resulteren in een rechtens aanvechtbare beslissing (bv. wanneer daardoor een bindende toezegging zou worden genegeerd), dan wel de met conformeren aan het gevoerde beleid te dienen belangen in het niet zinken bij het bijzonder belang van de burger. Zo is het wel voorgekomen dat de Afdeling voor de geschillen van bestuur consistent adviezen gaf waarop contraire K.B.'s volgden.[48]

Overschrijdt een adviseur de grenzen van zijn taakopdracht, dan is voorzichtigheid geboden. Immers wordt advies uitgebracht door een adviesorgaan dat zichzelf ruimere criteria voor oordeelsvorming toemeet dan die welke hem bij instelling zijn toegedacht, en wordt zulk advies gevolgd, dan zal op zijn minst van de geadviseerde mogen worden gevergd, dat hij zich daarvan rekenschap geeft en dan ook niet volstaat met enkele referte aan het uitgebrachte advies.

> Het Adviescollege Voorlichting en Bewustwording Ontwikkelingssamenwerking, dat tot taak heeft te beoordelen of projecten die voor overheidssteun voorgedragen worden aan formele criteria voldoen, adviseerde inzake steun aan het Palestina Komitee in afwijzende zin, en wel aan de hand van het criterium, *niet* of aan de formele criteria was voldaan, *maar* of het voldoen aan die criteria voldoende is voor overheidssteun. Als eigen criterium hanteerde het adviescollege "dat de groepering die de bewustwording ter hand neemt, enigszins aanvaard wordt". De minister maakte vervolgens dit criterium tot het zijne en gaf daarvoor, terecht, een uitvoerige eigen motivering. (Antwoord op vragen gesteld door een lid van de Tweede Kamer, *Handelingen II*, 1976–1977, aanhansel 610).

Overschrijding van de grenzen van de taakopdracht wordt niet geaccepteerd wanneer deze krachtens wet is vastgesteld. Hiervoor werd al vermeld de diskwalificatie van het advies houdende een rechtens niet relevant oordeel omtrent de geschiktheid zelfstandig als ondernemer op te treden. In de Franse

jurisprudentie deed zich een ander geval voor:

> Voor procedures inzake ontheffing van exameneisen (om de titel 'assistant de service social' te voeren en als zodanig werkzaam te zijn) krachtens een arrêté van 16 mei 1967 (gedelegeerde wetgeving), door de minister in individuele gevallen te verlenen aan personen vallende in de categorie van leeftijd van 55 jaar of ouder, was een adviescommissie ('groupe de travail') ingesteld om de verzoeken tot ontheffing individueel te beoordelen. In casu had de commissie, waarvan enige leden deze regeling slecht gezind waren ("...l'hostilité témoignée par certains membres du groupe de travail à l'égard des mesures prévues...") geadviseerd, de aanvraag van verzoekster, die ouder was dan 55 jaar, af te wijzen, echter niet op grond van een individuele beoordeling van haar geval, maar op grond van een eigen beleid, bestaande uit een stelselmatig zonder onderzoek van het concrete geval afwijzen van aanvragen van personen die jonger waren dan 57 of 58 jaar. "En substituant à l'age de 55 ans fixé par l'arrêté susmentionné un âge supérieur et en se refusant à examiner le cas des candidats qui n'auraient pas atteint cet âge à la date de l'examen, le Conseil supérieur de service social et puis le ministre, ont méconnu les dispositions réglementaires en vigueur": de advisering wordt onregelmatig geacht en de beschikking, daarop gebaseerd, vernietigd (C.E. 27 octobre 1972, Ministre de la Santé publique ... demoiselle Ecarlat, 682).

6.3 *Procedure*

Afgezien van bovengenoemde algemene beginselen van inhoudelijke aard, zal de taak van de adviseur hoofdzakelijk bepaald worden door de eis dat hij zijn advies zorgvuldig voorbereidt, een eis die enzijds leidt tot het toekennen van bevoegdheden die hem in staat stellen die taak naar behoren te vervullen,[49] en die anderzijds mee kan brengen dat hijzelf procedureregels in acht neemt.

Ligt het voor de hand om aan een deskundige tot zekere hoogte over te laten hoe hij zijn kennis vergaart,[50] een semi-judiciële advisering zal procedureregels kennen die lijken op procesregels in het contradictoir geding.[51] De representatie-advisering, die a.h.w. een vóórronde is in de strijd om voorrang tussen uiteenlopende belangen, zal interne procedureregels kennen, die waarborgen dat de in een commissie vertegenwoordigde belangen in het advies evenwichtig tot uitdrukking komen, nl. regels voor de besluitvorming binnen de commissie (betreffende stemrecht, voorkeursstem van de voorzitter, unanimiteit van het advies, vermelding van dissenting opinions).[52]

Van de procedureregels die een rechtsbeschermend karakter hebben is – naast het recht op inzage van stukken – de hoorplicht wel de belangrijkste.[53] Niet-inachtneming daarvan is herhaaldelijk onderwerp van geschil geweest.

De vernietiging van een beslissing op grond van de Algemene Bijstandswet, waar het passeren van een adviescommissie met rechtsbeschermend karakter aan belanghebbende het recht om gehoord te worden had ontnomen, is hiervóór in hfdst. 3 al genoemd. (K.B. 6 aug. 1975, *AB*, '76-72).

> Een door de Centrale Raad van Beroep in een ambtenarenzaak wegens gebrek in de motivering vernietigde beschikking "gaf niet aan of, en zo ja in hoeverre,

verweerder instemt met het advies van de adviescommissie" (C.R.v.B. 20 dec. 1972, *AB*, '74-219).

In een andere ambtenarenzaak betreffende passeren van klager bij bevordering, "had eiser in de gelegenheid moeten worden gesteld zich te beklagen over de inhoud van de gegevens op grond waarvan de beoordeling had plaatsgevonden" (C.R.v.B. 10 mei 1955, *AB*, '56, p. 168).

In twee andere zaken verwoordde de Centrale Raad overigens, dat van een algemeen geldende regel dat adviseurs belanghebbenden moeten horen geen sprake is. In het ene geval (aanstelling in vaste dienst met terugwerkende kracht in lagere rang) was eiser naderhand al in de gelegenheid geweest, zelf de door hem per formulier verstrekte gegevens toe te lichten, zodat n.a.v. het verzuim van de commissie die een functieonderzoek instelde, om hem te horen (waartoe geen wettelijk voorschrift verplichtte) op het 'fair play' beginsel[53a] niet behoefde te worden ingegaan. (C.R.v.B. 19 dec. 1955, *AB*, '57, p. 61). In het andere geval echter, betreffende intrekking van een uitkering op grond van de W.A.O., wordt gezegd, dat geen wettelijk voorschrift, noch het zorgvuldigheidsbeginsel, de GMD verplichtte bij het opstellen van haar advies zelf eerst betrokkene te horen (C.R.v.B. 24 mei 1974, *AB*, 409).

In de Franse literatuur worden deze regels besproken onder het hoofd "L'instruction" (Auby, p. 602):

> "C'est sous ce nom qu'on peut classer, sans abus de mot, l'ensemble des formalités exigées par la jurisprudence, spécialement à propos de l'examen des cas individuels (et pas seulement en matière disciplinaire). Il s'agira de l'audition de l'intéressé ou, en tout cas, de la possibilité qu'a eue celui-ci de présenter utilement et complètement son point de vue (jurisprudence constante en matière disciplinaire), de la régularité de l'audition des témoins, de l'examen de tous les éléments et documents concernant la question".

De zienswijze dat de voorbereidingsfase van veel categorieën van beschikkingen een contradictoir karakter moet dragen, stuit overigens ook op weerstand. Zo was, in Engels recht, het recht op inzage van een advies onderwerp van een beslissing die beschouwd wordt als een "turning-point, representing a reaction against the judicialisation of administrative procedure". (Wade, p. 194).

> Het betrof een beschikking tot onbewoonbaarverklaring van een woning, zonder dat belanghebbende in de gelegenheid was gesteld het rapport van bouw- en woningtoezicht te zien, "which, of course, was the principal document in the proceedings". De hoogste rechters (House of Lords) "all agreed that the general importance of the case 'can scarcely be overestimated'. Where they differed was in their willingness to compromise between the procedure of courts of law and the needs of practical administration". Het beroep op schending van het recht op 'fair hearing' werd verworpen. (Wade, p. 193).

Een procedurekwestie apart is die van de 'onderadvisering' (het consulteren door de adviseur van weer anderen); de vraag kan dan gesteld worden of ook de adviseurs die het 'onder-advies' uitbrengen aan de onderhavige regels onderworpen worden.

Van de advisering door de afdeling voor de geschillen van bestuur is wel gezegd, dat het onderzoek en de behandeling worden beïnvloed door de

ambtelijke rijksinstanties die voor deze Hoge Adviseur als adviseurs optreden. "Bij mij komt de vraag op of wij niet te veel vasthouden aan de fictie van een adviesbeslissing door het hoger college, terwijl eigenlijk de ambtelijke instantie de inhoud van de beslissing bepaalt." (Simons).[54]

6.4 *Motivering van het advies*

Afgezien van de gevallen waar motivering van het advies wettelijk is voorgeschreven (b.v. Vreemdelingenbesluit art. 8 lid 1 en 2), komt in de jurisprudentie wel eens terloops een opmerking daarover voor. In het Amoco-K.B. bijvoorbeeld wordt aan het in gebreke blijven van de adviseur in dit opzicht in verschillende overwegingen gerefereerd: "dat ook het hiervoren genoemde advies van de commissie geen aanwijzingen op dit punt" (t.w. welke criteria waren gehanteerd) "bevat"; "dat uit de natuurwetenschappelijke aanduiding, ..., op zichzelf niet valt op te maken welke factoren de commissie aanleiding hebben gegeven..."; "dat ... ook overigens niet is gebleken op grond van welke overwegingen evengenoemde instanties tot hun adviezen zijn gekomen" (Amoco K.B. 6 juli 1976, nr. 39, *Milieu en Recht*, 1976/6, p. 235). Anderzijds wordt uitvoerige motivering van een advies gehonoreerd door vertrouwen:

> C.R.v.B. 11 februari 1977, *AB*, 128: "...dat het verslag en het advies van de eerdervermelde adviescommissie een hoeveelheid feitelijke informatie verschaffen welke juist door het zakelijke en feitelijke karakter ervan de overtuigingskracht van het advies zeer ten goede komt". "Uitgaande van de gegevens, welke het verslag en het advies ... bevatten en ... aan de juistheid waarvan de Raad geen reden heeft te twijfelen".

6.5 *Bekendmaking van het advies*

Het vraagstuk van bekendmaking van adviezen door de adviseur is een probleem op zich zelf.[55]

> De adviseur hoeft niet een intern advies ter kennis te brengen aan anderen dan de Regering en de belanghebbenden daarvan mededeling te doen (K.B. 8 juni 1972, *AB*, '73-192; advies Omroepraad inzake zendtijd Bond zonder Naam).
>
> Van een medisch keuringsrapport mogen alleen de conclusies aan de werkgever worden meegedeeld: de inhoud zelf moet geheimgehouden worden (Medisch tuchtcollege A'dam 9 okt. 1973, Ned. Tijdschrift v. Geneeskunde 118, nr. 3, 1974), maar:
>
> De medische aard van adviezen op zichzelf brengt echter in zijn algemeenheid nog niet mee, dat aan de wettelijke eis dat de belanghebbende inzage heeft van alle op de zaak betrekking hebbende bescheiden (een eis, die – aldus de Kroon – van dwingend karakter is met het oog op een goede rechtsbedeling) inbreuk wordt gemaakt (K.B. 11 april 1975, *AB*, 326).[56]
>
> Zie voor de geheimhouding door de adviseur tegenover derden als rechtsplicht ten opzichte van geadviseerde: Van Maarseveen, beantwoording rechtsvraag Ars Aequi (januari 1972, p. 48–52).

7 Gevolgen van advisering voor de beschikking

7.1 *Rekening houden met adviezen*

Heeft de adviseur, met inachtneming van een goede adviesprocedure, blijvend binnen de grenzen van de vraagstelling en van zijn legitimatie, en binnen de hem gestelde termijn, advies uitgebracht, dan heeft het bestuursorgaan – zijn beschikking zorgvuldig voorbereidend – te beoordelen welk gewicht het daaraan zal toekennen. In ieder geval zal, zoals hiervoor gesteld, minstens geëist kunnen worden dàt het van een ingewonnen advies kennis neemt[57] en er rekening mee houdt. De rechtsvraag is: in hoeverre.

Al behoudt het bestuursorgaan in beginsel de vrijheid om een andere dan de door de adviseur aanbevolen beslissing te nemen, ook in lijnrechte afwijking daarvan, eventueel zelfs zonder overleg of discussie met de adviseur, op zijn minst moet worden aangenomen dat het de administratie niet onder alle omstandigheden volledig vrijstaat, ingewonnen adviezen zonder meer en stilzwijgend *stelselmatig* te passeren. Vandaar een voorgestelde wetsbepaling die eist, dat ter inzage gelegde ontwerpbeschikkingen waarop adviezen zijn uitgebracht, opnieuw en met inachtneming van die adviezen moeten worden geredigeerd en wederom aan de inzageprocedure onderworpen. (ontwerp Wet algemene bepalingen milieuhygiene, 1976-77, nr. 14311, art. 27 lid 5).

De plicht om bij het geven van de beschikking rekening te houden met het advies, kan zijn neerslag vinden in rechtsregels die in aard en in kracht variëren. De aard van de advisering – deskundig, semi-judicieel of representatief – zal daarbij een rol spelen: afwijken van deskundigenadvies – zou men zeggen – zij alleen geoorloofd na contra-expertise, afwijken van semi-judicieel advies zou toch op zijn minst gemotiveerd moeten worden, terwijl afwijken van representatie-advies ('het ene beleid tegenover het andere') rechtens het meest vrij kan zijn (maar politiek wellicht het moeilijkst!).

Het is dus zaak te onderzoeken of de geadviseerde zich bij volgen of afwijken van adviezen metterdaad aan regels houdt.

7.2 *Volgen en afwijken van adviezen*

Zelfs al zou men een ongeclausuleerde praktijk van het bestuur om adviezen zonder meer en stelselmatig te volgen vanzelfsprekend achten, dan nog is evident dat dit niet in prijsgeven van de beschikkingsbevoegdheid – dus in delegatie (zonder wettelijke grondslag) – mag ontaarden. De Franse jurisprudentie geeft er een voorbeeld van:

> De minister van verkeer mocht niet aan een adviesorgaan overlaten wijziging te brengen in de omslag over categorieën van belanghebbenden van opbrengsten van stations de pilotage:
>
> "Que, s'il lui est loisible, à cet effet, de recueillir tels avis dont il estime devoir

s'entourer et, notamment, de consulter, le cas échéant, l'assemblée générale de la caisse intéressée, aucune disposition réglementaire ne l'autorise, en revanche, à confier à cette assemblée, même en se réservant le pouvoir d'approuver les délibérations qu'elle prend en la matière, le soin de fixer, en ses lieu et place, les modalités de la répartition des recettes ... qu'ainsi ... le ministre des Transports a méconnu les limites de sa compétence et, par suite, excédé ses pouvoirs (C.E. 5 décembre 1975, Secrétaire d'Etat aux Transports c/sieurs Delcros, Ragot et autres, 631).

Maar zo vanzelfsprekend is de praktijk niet. Voor het burgelijk proces tekent van Rossem-Clevinga (p. 682–683) terzake van het deskundigenbericht aan, dat de rechter het "niet zonder meer als bewijs behoort aan te nemen, maar bij zijn vonnis zich er rekenschap van moet geven, waarom hij zich met de uitkomsten ervan verenigt of omgekeerd". Dat het volgen van adviezen in ieder geval geen klakkeloos volgen mag zijn, is enige malen door rechters gezegd.

Wordt door de Kroon aan een minister onzorgvuldige voorbereiding van een beschikking (verlening van boorvergunning) verweten, omdat hij (klakkeloos) een advies heeft gevolgd zonder te weten hoe en volgens welke criteria het tot stand was gekomen, dan is indirect gezegd dat het advies niet zonder meer de inhoud van de beschikking had mogen bepalen (Amoco; K.B. 6 juli 1976, nr. 39, *Milieu en Recht*, 1976/6, p. 235).

Ook het College van Beroep voor het Bedrijfsleven bedoelt dit te zeggen, wanneer het een weigering van ontheffing van een vestigingsverbod vernietigt omdat het beschikkend orgaan zich bij die beslissing "zonder meer" had "laten leiden" door een advies dat een ongevraagde, niet toegelichte en buiten de adviesbevoegdheid vallende, informatie bevatte (C.v.B.B., 28 aug. 1970, *AB*, '71-10) (zie hiervoor Hfdst. 5).

Een weigering van erkenning van gewetensbezwaren militaire dienst wordt door de Kroon vernietigd wegens onvoldoende motivering, nu de minister "volstaat met de overweging, dat met de commissie moet worden vastgesteld..." (K.B., 18 febr. 1972, *AB*, 137).

De Centrale Raad van Beroep houdt een bestuursorgaan dat een advies (van een adviescommissie voor personeelsbeoordeling) gevolgd had, de hand boven het hoofd door in een uitvoerige overweging te wijzen op de overtuigingskracht die in dat geval van het advies was uitgegaan door de hoeveelheid feitelijke informatie die erin verwerkt was (11 februari 1977, *AB*, 128).

Werpen zulke uitspraken een barrière op tegen al te grote invloed van adviseurs op bestuursbeslissingen, ook het omgekeerde treffen wij aan, want buiten beschouwing laten of afwijken van adviezen staat de administratie evenmin altijd zomaar vrij. Het advies is een gegeven waaraan het bestuursorgaan – zonder zich aan onzorgvuldigheid schuldig te maken – niet zomaar voorbij kan gaan.

"On a déjà noté cependant qu'une décision qui est l'aboutissement d'une procédure consultative est bien différente d'une décision prise sans que cette procédure ait eu lieu, spécialement au point de vue du contrôle de sa légalité (Auby p. 605).

Europees recht: Het doel van de raadpleging is, om aan adviesorganen enige invloed op de beslissingen toe te kennen (Schermers, p. 150).

Soms zetten wetgever of rechter aan deze gedachte kracht bij door aan de adviseur een recht van beroep toe te kennen tegen beschikkingen die zijn advies niet volgen, of door aan een belanghebbende een gunstige procespositie te verlenen in procedures tegen een in afwijking van advies gegeven ongunstige beschikking (zie hierna Hfdst. 8). Waar de wet aan een bestuursorgaan zware procedure-eisen stelt voor afwijken van advies (vgl. de zware wettelijke procedure-eisen, aan de Kroon gesteld bij contrair K.B.),[58] lijkt dit te wijzen op de bedoeling dat afwijken, in het bijzonder bij advisering met rechtsbeschermend karakter, uitzondering moet blijven. Zelfs voor het burgerlijk procesrecht waar art. 236 Rv de volledige beoordelingsvrijheid van de rechter tegenover het deskundigenbericht handhaaft, wordt aangetekend (Van Rossem-Cleveringa p. 682/683): "Met een afwijking zij de rechter voorzichtig" (noot 3).

> Buiten beschouwing laten, althans bij de beslissing niet genoegzaam wegen, van een echt deskundigen-advies (het oordeel van een longarts) wordt zelfs wel als willekeur opgevat en leidt tot vernietiging van de beslissing, "op deze grond, dat de directie ... in redelijkheid niet tot haar beslissing is kunnen raken" (C.R.v.B. 14 september 1976, AB 77-61).
>
> Weigering door de minister van een aanvraag om uitbreiding van zendtijd (door de Bond zonder Naam) wordt vernietigd, omdat hij verzuimt daarbij te motiveren, waarom van het advies van de Omroepraad is afgeweken (K.B. 18 juli 1973, AB '75-14) (Vgl. ook een soortgelijke zaak betreffende Humanistisch Verbond).
>
> In de Franse literatuur wordt opgemerkt: "...si l'administration n'adopte pas les propositions de la Commission, elle ne peut motiver sa décision par référence à l'avis (C.E. 26 janvier 1951, Galy, p. 46)" (Auby, p.606).

Bij een stelling als van de W.R.R. (rapport nr. 12, p. 23), dat een advies de beslissingsvrijheid van de geadviseerde 'formeel' niet beperkt,[59] moet dus een vraagteken gezet worden.

Niet alleen het eigen beleid van de geadviseerde, maar ook de deugdelijkheid van het advies zal voor volgen of afwijken de doorslag kunnen geven. Moet de geadviseerde het advies op deugdelijkheid toetsen?

Wanneer een normaal (deskundig) adviseur een advies als het uitgebrachte had *kunnen* geven, zal het bestuursorgaan dat daarop afgaat, geen onzorgvuldigheid bij de voorbereiding kunnen worden verweten. Maar enige toetsing, zij het marginale, blijft hem geboden.

> "Het samenstel van wettelijke bepalingen eist slechts dàt een na onderzoek gevormd oordeel ten grondslag moet liggen aan de verwijzing naar de keuring door het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds; een oordeel dat uiteraard moet voldoen aan de eis dat het in redelijkheid kan zijn gegeven" (C.R.v.B., 7 febr. 1975, *AB*, 251; zie ook bij Hfdst. 3.2.)
>
> Het orgaan
>
> "mag afgaan op de uitslag van de in zijn opdracht verrichte keuring, ook al zou achteraf mogelijk geconstateerd moeten worden dat de keurende arts in zorgvuldigheid tekort is geschoten". "De raad acht het dan ook onaanvaardbaar

dat ... het orgaan ... hiermee geen genoegen mag nemen, doch met de betrokken medicus in contact dient te treden om na te gaan of de medische keuring wel met de nodige zorgvuldigheid is verricht". Een andere opvatting zou "een onevenredig groot risico voor het orgaan met zich meebrengen en de rechtszekerheid geweld aandoen" (C.R.v.B., 28 oktober 1975, *AB*, 70). Kortom: de (mogelijkheid van) tekortkoming van de deskundige moet voor een òndeskundige kenbaar zijn. Van de aard van de tekortkoming zal afhangen, wat geïndiceerd is: 'contrair gaan' of een nadere (contra-)expertise vragen.

7.3 *Motivering van de beschikking*

Of adviezen werden gevolgd of genegeerd, en waarom, kan alleen blijken uit de redengeving van de beschikking. De – bij een motiveringseis klassieke – vraag is natuurlijk hoe diep de motivering moet gaan.

> "Ook met een enkele verwijzing naar een de klager bekend advies is het bestreden besluit 'met reden omkleed' " (C.R.v.B., 11 maart 1937, *AB*, 470);

Zie omtrent verwijzing naar advies als redengeving van de beschikking Donner, p. 279:

> "...dat, waar motivering vereist is (en ook waar zij niet voorgeschreven is, acht men haar soms vereist), thans spoediger genoegen wordt genomen met een verwijzing naar uitgebrachte adviezen..."

Of zo'n enkele verwijzing voldoende is, hangt uiteraard samen met de vraag of het advies bekend is.

> "Si la décision doit être motivée, le Conseil d'Etat a admis qu'il pouvait être suppléé à cette formalité par adoption pure et simple de l'avis (jurisprudence constante", "mais il faut évidemment que cet avis soit produit pour permettre au juge de contrôler cette conformité" (Auby, p. 606).

In het bijzonder dàn zou de eis gesteld kunnen worden dat het advies bij de beschikking wordt overlegd, wanneer – zoals krachtens de Vreemdelingenwet, zie hierna Hfdst. 8 – de geadviseerde door volgen van het advies het recht van beroep aan belanghebbende kan ontnemen. Immers, 'overeenstemming met het advies' kan door geadviseerde wel worden gemeld in gevallen waarin door hem als onbeduidend beschouwde afwijkingen aanwezig zijn, die hij – wellicht te goeder trouw – dus niet noemt (Vgl. het hierna te vermelden contrair K.B. inzake ontslag van een gemeentesecretaris op grond van het Zuiveringsbesluit).[60]

Bindende gemeenschapsbesluiten van de Europese Gemeenschappen moeten *melding maken* van (verplichte) adviezen, EEG art. 190, EGKS art. 15 lid 1 (les décisions ... *visent* les avis obligatoirement recueillis). Dit betekent nog niet dat ook vermeld moet worden dat en in hoeverre er mee rekening is gehouden.

"In order to give full weight to the opinions of the consulted organs the Council and the Commission might have been obliged not only to *mention* these opinions in their decisions but also to argue why they have not been followed" (Schermers, p. 150).[61]

7.4 *Termijn voor het geven van de beschikking*

Is er geen sprake van een wettelijke termijn voor advisering[61a], dan doet zich de vraag voor, hoe lang een bestuursorgaan op gevraagd advies moet wachten. Niet-afwachten van advies hoeft op zich zelf niet per se onzorgvuldigheid te betekenen.

Het sluiten van een N.S. station zonder de resultaten af te wachten van de studie van een daartoe ingestelde stuurgroep is niet onzorgvuldig "gezien de wijze waarop de bestreden beschikking is voorbereid en mede gelet op de termijn waarbinnen i.v.m. de invoering van de nieuwe dienstregeling de beslissing moest worden genomen..." (K.B. 6 febr. 1976, *AB*, '77-30).

In het algemeen moet misschien, als in Frans recht, aangenomen worden, dat de geadviseerde van de verplichting om advies af te wachten ontheven is "au cas d'urgence motivée par l'intérêt du service ou de la défence nationale" (Auby, p. 603).[62]

Zo behoefde de instelling van een universiteit niet te wachten op uitblijvend advies van een weigerachtig adviseur die een "attitude purement dilatoire" aangenomen had. (C.E. 14 novembre 1975, Syndicat national de l'enseignement supérieur, 571). (Zie hiervoor Hfdst. 6). Dit kan evenwel niet gelden voor gevallen – zoals bij de noodzaak van echt deskundigen-advies of extra rechtsbescherming – waar het bestuursorgaan zonder advies zijn beschikking niet zorgvuldig kàn voorbereiden! In zulke gevallen zal, zo nodig en zo mogelijk, de aangezochte adviseur door een andere vervangen moeten worden.

Een ander-soortig gevolg van het uitbrengen van advies voor de voorbereiding van de beschikking kan zijn dat een termijn gaat lopen waarbinnen de beschikking moet worden gegeven (Wet RvS art. 58 lid 1). Zo schrijft art. 11 lid 1 Beoordelingsvoorschrift burgerlijk rijkspersoneel voor, dat een besluit tot vaststelling van beoordeling moet worden genomen binnen twee weken na ontvangst van het advies van de daartoe ingestelde adviescommissie.

Overschrijding met meer dan zeven maanden leidde echter niet tot vernietiging omdat daarmee spoedige afdoening van de definitieve beoordeling niet gediend zou zijn! (C.R.v.B., 11 februari 1977, *AB*, 128).

7.5 *Bekendmaking van het advies*

Voor de vraag, in hoever de geadviseerde bevoegd of verplicht is, adviezen (aan belanghebbenden) bekend te maken, zullen – voorzover de wet niets

regelt[62a] – de algemene regels betreffende openbaarheid en geheimhouding van toepassing zijn. Voor wat medische adviezen betreft, verwijs ik naar wat hiervoor, onder 6.5, over geheimhouding door de adviseur vermeld is.

Bekendmaking aan belanghebbenden van het in gang zetten van de advies*procedure* kan onder omstandigheden worden opgevat als element van een zorgvuldige voorbereiding van de beschikking, namelijk als een tijdige waarschuwing, die voorkomt dat de belanghebbende door de beschikking rauwelijks wordt overvallen. Die waarschuwing kan gelegen zijn in de omstandigheid dat de adviseur, zijn advies voorbereidende, met belanghebbende contact opneemt.

> Een klacht van betrokkene, dat uitkering krachtens de WAO rauwelijks (dus onzorgvuldig) was verlaagd of ingetrokken, kon hem niet baten nu hij gehoord (c.q. onderzocht) was door vanwege de GMD aangewezen deskundigen i.v.m. het aan de bedrijfsvereniging uit te brengen advies, en daardoor heeft kunnen begrijpen dat met die beschikking ernstig rekening gehouden moest worden (C.R.v.B., 10 juli 1970, *AB*, '73-29).
>
> Wel werd in een ander geval de beschikking wegens onzorgvuldige voorbereiding vernietigd omdat de deskundige van de GMD aan de belanghebbende het op komst zijn van de beschikking slechts één dag voor de datum van ingang had medegedeeld (C.R.v.B., 16 dec. 1971, *AB*, '74-68).

8 Gevolgen van advisering voor beroep

Advies en beroep tegen de beschikking
Beroep tegen adviezen is in ons recht over het algemeen niet mogelijk, maar op het recht van beroep tegen de daarop gevolgde beschikking kan advisering invloed hebben. De hierna ter illustratie vermelde wettelijke bepalingen zijn overigens niet als uitvloeisels van algemene rechtsregels, maar als 'uitzonderingsrecht' te beschouwen.

8.1 *'Instantieverlies'*

Een belangrijk rechtsgevolg van uitgebracht advies voor het recht van beroep is, dat dit komt te vervallen. 'Instantieverlies' komt in verschillende variaties voor.

Het recht van beroep op de ambtenarenrechter vervalt, "nadat krachtens algemeen verbindende regels optredende commissies in de zaak een advies of uitspraak hebben gegeven" (Ambtenarenwet 1929, art 3 lid 2 onder b.). De Centrale Raad van Beroep oordeelt dan in eerste aanleg (vgl. C.R.v.B., 1 oktober 1976, *AB*, '77-88).

Het recht van verzet tegen vordering door B & W van woonruimte bij Gedeputeerde Staten vervalt "wanneer de vordering is geschied in overeenstemming met het eenstemmig advies der commissie, ..." (Woonruimtewet

1947, art. 8 lid 1). (Dit is tevens een geval waarin interne regels voor besluitvorming van adviesorganen (eenstemmigheid) naar buiten rechtsgevolg hebben).[62b]

Het recht van beroep op de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State, voorheen de Kroon, tegen afwijzing door de minister van een verzoek om herziening gedaan door een vreemdeling, vervalt, "indien de beschikking is gegeven in overeenstemming met het advies van de commissie" (en de vreemdeling op de dag waarop die beslissing werd genomen, nog niet een jaar hoofdverblijf in Nederland had). (Vreemdelingenwet art. 34 lid 1 onder b.). Deze beperking op het recht van beroep is in feite omvangrijk tengevolge van de ministeriële praktijk, de commissie – óók indien niet verplicht – toch stelselmatig te horen.[63] Zo heeft de geadviseerde het in de hand – mede door bespoediging van de behandeling i.v.m. de wettelijke limiet van een jaar – eenzijdig het recht van beroep aan belanghebbende te ontnemen.

> Ter rechtvaardiging van de berperking werd gewezen op de onafhankelijkheid van de Adviescommissie, (een "tweede instantie") (MvT p. 12) en op het "volkomen kansloos" zijn van een beroep op de Kroon tegen een beslissing die in overeenstemming met het advies van die commissie was genomen (MvT p. 12; MvA p. 11). De verwachting dat de Kroon zulke beslissingen niet zou vernietigen, is intussen niet uitgekomen: van de zesendertig van 1967–1976 uitgesproken vernietigingen van herzieningsbeslissingen waarbij de commissie was gehoord, hadden er vijfendertig betrekking op beschikkingen waarbij conform het advies was beslist. (Swart, p. 332).
>
> Sinds 1974 geldt de bestaande beperking van de mogelijkheden van beroep niet meer voor EEG-onderdanen. De Commissie van de Europese Gemeenschappen had haar in strijd geoordeeld met art. 8 van de richtlijn 64/221, (dat verlangt dat de vreemdeling tegen beschikkingen die het verblijf raken, moet "kunnen beschikken over de mogelijkheden van beroep die openstaan voor de eigen onderdanen tegen bestuursrechtelijke besluiten"). Pas in het in 1976 ingediende wetsontwerp Uitbreiding rechtsbescherming en rechtsbijstand vreemdelingen (1975/76-13974), wordt voorgesteld, de beperking in haar geheel te laten vervallen, "al klinkt in de Memorie van Toelichting door dat het afscheid moeite moet hebben gekost" (Swart, p. 333).[64]

Een kwart eeuw geleden is de kwestie van 'instantieverlies na volgen van advies' aan de orde geweest in een serie contraire K.B.'s, waarin daartoe strekkende regelingen als in strijd met ons Nederlandse rechtsstelsel (rechtspraak in twee instanties) zijn gediskwalificeerd.

> De wettelijke bepaling waar het om ging (Zuiveringsbesluit 1945 art. 9 lid 1 jo. K.B., 10 oktober 1945 art. 2 lid 1), hetwelk beroep tegen ontslag uitsloot indien dit was verleend in overeenstemming met het advies van de Commissie, bedoeld in art. 5 lid 4 van het Zuiveringsbesluit, werd door de Kroon onderworpen aan een zo limitatieve (formele) interpretatie (van de vraag of er i.c. 'overeenstemming' met het advies was), dat in de praktijk de door de wetgever bedoelde niet-ontvankelijkverklaring kon worden vermeden, en de regeling feitelijk was ontkracht (zie K.B., 28 juni 1952, *AB*, 756, noot M.T.; K.B., 21 augustus 1952, *AB*, 791).

8.2 *Schorsende werking*

Een ander rechtsgevolg van advisering kan zijn: verval van de schorsende werking van het beroep. Art. 38 lid 2 onder a. Vreemdelingenwet schept – in afwijking van lid 1 – de mogelijkheid een vreemdeling, hangende een beroepsprocedure, uit te zetten, indien de afwijzende beslissing op het verzoek om herziening door de Minister was gegeven in overeenstemming met het door de commissie uitgebrachte advies. Bij gebruik van die mogelijkheid wordt beslist in een fait-accompli-situatie, want de artt. 80–83 van de Wet op de Raad van State zijn niet van toepassing (art. 34 lid 3 Vreemdelingenwet).

8.3 *Kring van beroepsgerechtigden*

Soms behoort de adviseur ten aanzien van de beschikking waartoe hij ingevolge (verplichte) consultatie moest adviseren, tevens tot de kring van beroepsgerechtigden (zie hiervoor): dan kan hij – indien zijn advies niet is gevolgd, maar ook als hij ten onrechte is gepasseerd (K.B., 1 mei 1975, *Milieu en Recht*, oktober 1975/5, p. 133) – in de beroepsprocedure aan het in zijn advies ingenomen standpunt kracht bijzetten.[65]

8.4 *Beroepsgronden*

Zelden wordt aan een niet zuiver deskundigen-advies door de wetgever zo groot gewicht toegekend als in de Wet gewetensbezwaren militaire dienst, waar de beroepsgronden b. en d. van art. 7 lid 1 de administratie van de plicht tot eigen onderzoek geheel lijken te ontslaan (..."waar de wetgever niet heeft gewild, dat het werk van de commissie gewetensbezwaren in beroep nog eens van voren af aan zou worden herhaald, ..." (Donner, p. 279). (De beroepsgrond onder c., onvoldoende motivering, dient in de praktijk voor de Kroon als escape).

8.5 *Procespositie*

Hoewel beroep tegen adviezen rechtstreeks niet voorkomt, kan in een beroepsprocedure tegen de beschikking, beklag over een ten behoeve van die beschikking gegeven advies wel degelijk inzet van de rechtsstrijd zijn. Het is niet verwonderlijk, dat de Kroon in een beroepsprocedure over weigering van bijstand op grond van de Rijksgroepsregeling Oorlogsslachtoffers 'contra-expertise' gelast tegen het betwiste medisch advies van de adviescommissie, waarin het causaal verband tussen invaliditeit en vervolging was ontkend (K.B., 11 februari 1975, *AB*, 172).

Een geadviseerde, "die niet duidelijk heeft kunnen aangeven welke criteria

bij het geven van de bestreden beschikking zijn gehanteerd ... aangezien hij onvoldoende op de hoogte was van de overwegingen welke ten grondslag liggen aan de (door hem gevolgde) adviezen" zal in beroep met sterke troeven moeten komen om dat volgen te rechtvaardigen (boorvergunning Amoco; K.B., 6 juli 1976, nr. 39: *Milieu en Recht*, 1976/6, p. 235: vernietiging van de beschikking).

Maar even zwak kan een bestuursorgaan voor de rechter staan, wanneer ten processe blijkt, dat hij een adviseur juist heeft gepasseerd of van advies is afgeweken. Procesrechtelijk wordt zo'n zwakke positie wel uitgedrukt door de term 'omkering van de bewijslast'. Dat dit laatste een dwingend pressiemiddel kan zijn om met adviezen rekening te houden, wordt beschreven voor het Franse belastingrecht:

> "Sauf cas particulier, l'Administration fiscale n'est obligée ni de solliciter l'avis ni le suivre; mais elle y est fortement incitée, car seule une décision d'imposition conforme à l'avis de l'organisme compétent lui permet d'éviter de supporter, devant de juge d'impôt, la charge de la preuve" (Isaac p. 344).

Auby, (p. 606), sprekend over het principe, dat de beslissingsvrijheid van de administratie door advisering niet wordt aangetast, zegt:

> "...mais" (l'avis) "confère des conséquences particulières à cette décision. Ainsi, selon l'avis donné..., la charge de la preuve se trouwe renversée devant le juge de l'impôt".

In de praktijk, zegt Isaac, betekent dit verlies van het proces. Hij noemt dit een "ingénieuse technique", een "heureux intermédiaire entre le pur formalisme de l'avis simple et l'excessive rigidité de l'avis conforme" (bedoeld wordt: een advies dat gevolgd moet worden) (p. 344).

Hoe diep zal een toetsend orgaan, door de beschikking heenkijkend, ter beoordeling van de zorgvuldigheid waarmee deze is voorbereid, treden in beoordeling van de zorgvuldigheid waarmee een bij die voorbereiding betrokken adviseur *zijn* advies heeft voorbereid? De gedachte aan regressus ad infinitum doet zich hier wel voor, en de verpleegster op de cacaobus zal hem misschien al wenkend, een halt toeroepen.

In het vorig hoofdstuk is genoemd het geval van de keuring i.v.m. arbeidsongeschiktheid, waarin de C.R.v.B. (28 oktober 1975, *AB*, 70) oordeelde dat die toetsing marginaal moet zijn.

Ging het hier om de procespositie van de *administratie*, vaker zal het voorkomen dat de *burger* voor de rechter moet ervaren, dat beschikkingen in feite onaantastbaar blijken, door de procesrechtelijke onmogelijkheid, de er aan ten grondslag liggende adviezen te bestrijden. Een recent voorbeeld geeft de Afdeling Rechtspraak, die in een geval van beroep tegen weigering van bouwvergunning voor het aanbrengen van dakkapellen overweegt, dat

"...nu de bevinding van verweerder ... in overeenstemming is met het advies..." (van de welstandscommissie), de beslissing van verweerder niet met vrucht kan worden bestreden met argumenten die enkel hun grond vinden in andere esthetische opvattingen aan de zijde van appellanten" (5 april 1977, *AB*, 309).

Is de welstandscommissie een 'deskundig' adviseur? Men zou zeggen dat dan het oordeel over 'wat de welstand eist' wèl bestreden moet kunnen worden door te berde brengen van 'andere esthetische opvattingen'. Beschouwt men de commissie als een adviseur met meer belangenvertegenwoordigende karaktertrekken, dan zouden andere soort tegenwerpingen aan de orde komen, een soort tegenwerping die klager ook had aangegrepen: blijkens een handtekeningenlijst had geen enkele in de buurt wonende medeburger tegen de ontworpen dakkapellen bezwaar. Maar ook dit verweer "acht de Afdeling niet steekhoudend".

Welk dan wel?

Als èlk inhoudelijk verweer de burger uit de hand wordt geslagen dan kàn tot onrechtmatigheid van de beslissing na volgen van advies – althans wanneer, zoals i.c., voorbijgegaan wordt aan het vrijwel denkbeeldige geval van schending van het zgn. gelijkheidsbeginsel – nog nauwelijks ooit worden geconcludeerd.

9 Afsluiting

9.1 *Samenvatting*

Met terzijde laten van een bestuurskundige aanpak is geprobeerd na te gaan, welke regels van geldend recht op de advisering aan de overheid van toepassing zijn. De beperking tot advisering voor beschikkingen bracht mee dat, waar de wet zwijgt, analyse van de rechtspraak het belangrijkste middel was. Verder zijn aanknopingspunten gezocht in (literatuur over) Frans bestuursrecht.

Daarnaast is steun gezocht in overwegingen omtrent de functie die advisering in het bestuursrecht – en met name als onderdeel van de voorbereiding van beschikkingen – kan hebben. Afhankelijk daarvan, of bij de voorbereiding extra zorg is vereist voor het verzamelen der feiten, voor het respecteren van belangen van individuele burgers of voor het in het oog houden van de maatschappelijke werkelijkheid, zal ook de advisering – aan die zorg dienstbaar – een verschillende functie hebben. De drie functies van de advisering – informatie te verschaffen, rechtsbescherming te bieden of belangengroepen te vertegenwoordigen – zijn hiermee gegeven. Het onderscheid tussen 'deskundigen-advies', 'semi-rechterlijk adivies' en 'representatie-advies' – in de bestuurspraktijk niet duidelijk – bakent een weg af voor beantwoording van de rechtsvragen die zich voordoen.

De belangrijkste zijn: (a) in hoeverre de administratie advies behoort te vragen, en wat er gevraagd moet worden; (b) welke eisen aan de adviseur

en aan de advisering zijn te stellen, en (c) wat de gevolgen van het advies zijn voor de te nemen beslissing, en voor het beroep daartegen. In het bijzonder de laatste vragen – voor de burger van rechtstreeks belang – verdienen de aandacht. Adviezen, uitgebracht door adviseurs die naar gebrekkige criteria zijn aangewezen, en adviezen, uitgebracht op gebrekkige vraagstelling dienen met reserve te worden bezien.

Als grondregels zouden beschouwd kunnen worden: de regel dat een adviseur 'onpartijdig' moet zijn, dat de geadviseerde in beginsel niet zonder meer en stelselmatig gevraagde adviezen mag negeren, en ook niet zonder meer en stelselmatig adviezen klakkeloos mag volgen. Bij uitwerking van deze regels blijkt echter dat modulaties aangebracht moeten worden die met de aard van elk der drie genoemde functies van advisering verband houden.

9.2 *Conclusie*

In de wet worden voor advisering verspreide en weinig samenhangende bepalingen gevonden. De Nederlandse literatuur biedt – anders dan de Franse – geen steun voor een afgeronde theorie. De rechtspraak echter geeft – zij het indirect door toetsing van de beschikking – ook bij ons aanknopingspunten voor een beschouwingswijze van de advisering als afzonderlijk juridisch instituut.

> "Par un controle contentieux, indirect sans doute, mais reél, le juge a doté la consultation d'un régime juridique propre à assurer la spécificité de la fonction et à l'inclure dans la plupart des catégories du droit administratif. Il a de même assigné une portée véritable et exacte aux actes consultatifs, exclusive de toute substitution au pouvoir de décision" (Weber, p. 113).

Binnen de algemene regels die de voorbereidingsfase van de beschikking beheersen – berustend op het beginsel van behoorlijk bestuur dat beschikkingen zorgvuldig moeten worden voorbereid – zouden die voor advisering een aparte categorie vormen. De zienswijze dat de voorbeidingsfase een contradictoir karakter kan dragen, leidt naar analoge toepassing van regels van burgerlijk procesrecht.

> "...le recours à la notion de procédure ... autorise le raisonnement analogique et permet surtout de faire bénéficier cette branche du droit de l'acquis de la théorie générale de la procédure juridique. L'approche de la consultation en est peut-être l'illustration la plus révélatrice" (Isaac, p. 130).

Die analogie zal sterker spreken naarmate de adviesfunctie meer een rechtsbeschermend karakter draagt. Meer nog dan in het burgerlijk proces zijn dan regels gewenst, omdat de administratie vaak 'judex in re sua' is. Maar ook deskundigen-advies vraagt om bestuursrechtelijke reglementering: is in het burgerlijk geding de voorlichting van de deskundige een aanvulling op wat van beide zijden was aangevoerd, in het bestuursrecht spreekt de adviseur

zijn machtig woord reeds aanstonds, eenzijdig door het bestuursorgaan te hulp geroepen.

Het ligt voor de hand, die regels te formuleren als onderdeel van een 'wetboek van administratief regt' zo wij dit ooit mochten 'erlangen',[66] of als toevoeging aan een Wet, houdende algemene bepalingen van administratief recht, als voorgesteld door de commissie-Van Maarseveen. Om daarop niet te hoeven wachten, valt – minder ambitieus – te denken aan een afzonderlijke regeling: een "Code de l'Administration consultative, qui regrouperait les règles spécifiques de la consultation" (Isaac, p. 143) die voor wetgeving inzake algemene bepalingen van administratief recht als proefterrein ("banc d'essai") zou kunnen dienen.

In ieder geval zou zo'n regeling, naast codificatie van de aan advisering in het bestuursrecht te stellen eisen, ook een processueel middel moeten bevatten dat de burger in staat stelt, in een vroeg stadium van de besluitvorming tegen het advies of tegen de adviseur te protesteren. In het bijzonder in geval van "feiten en omstandigheden die het vormen van een onpartijdig oordeel zouden kunnen belemmeren" (art. 67 Wet RvS) ware bijvoorbeeld te denken aan een bepaling inzake wraking van de adviseur. Daarmee zou niet alleen de rechtsbescherming van de burger, maar ook de 'bestuurseconomie' gediend zijn.

Als, voorzichtige, pogingen om een discussie op gang te brengen kunnen enige regels worden geformuleerd. Zij volgen hierna in de vorm van aanbevelingen.

9.3 Aanbevelingen

1 Regels betreffende advisering als onderdeel van de voorbereiding van beschikkingen horen thuis binnen het raam van een Wet algemene bepalingen van administratief recht (zie Rapport A.B.A.R., par 2 van het wetsontwerp).
2 Indien een adviseur wordt aangewezen of advisering verplicht gesteld, dient expliciet te worden vermeld, of een deskundigen-advies, een semi-rechterlijk advies of een representatie-advies wordt bedoeld.
3 In geval van deskundigen-advies dient te worden vermeld van welke aard de deskundigheid van de adviseur moet zijn en waaruit die moet blijken.
4 In geval van semi-rechterlijk advies moet vaststaan wat de eisen voor benoembaarheid zijn, en ten aanzien van de bij de beschikking belanghebbende moet een procedureregeling worden vastgesteld, die de minimale elementen van een contradictoir geding bevat.
5 In geval van representatie-advies dient een procedureregeling te worden vastgesteld voor de aanwijzing van de leden en voor de interne besluitvorming binnen de adviescommissie.

6 Artikel 3 van het Wetsontwerp openbaarheid van bestuur (verplichting tot openbaarmaking van beleidsadviezen) moet in beginsel ook op advisering voor beschikkingen van toepassing zijn.

7 In geval van beweerde partijdigheid van een adviseur dient een processuele mogelijkheid te worden geopend om, bij wijze van incidentele vordering, de adviseur te wraken (van toepassing verklaring van art. 11 ontwerp A.B.A.R. op adviseurs).[67]

8 In geval van deskundigen-advies dient een processuele mogelijkheid geopend te worden tot een contra-expertise, op verzoek van belanghebbende bij wege van incident te verrichten door deskundigen die hij heeft aangewezen, of met wier benoeming hij althans instemt.

9 Althans voor semi-rechterlijk en deskundig advies dient op zijn minst te worden voorgeschreven dat onvoldoende gemotiveerde afwijking een grond voor vernietiging oplevert.

10 Regels die verband leggen tussen advisering en beperkingen op het recht van beroep zijn in het algemeen uit den boze.

Amsterdam, 1 oktober 1977

NOTEN

1. Voor het meten van de werkelijke invloed van een adviesorgaan zal er 'sectorsgewijs en onderwerpsgewijs, veel studie verricht moeten worden om ... een inzicht te krijgen in de materiële invloed van de advisering op het bestuursproces..." (Van Poelje, p. 197).
   Uit de door mij geraadpleegde buitenlandse literatuur kwamen mij ook geen afgeronde resultaten onder ogen. Naar aanleiding van een in opdracht van het Royal Institute of Public Administration uitgevoerd onderzoek naar de vraag "how far generalisation about committees of inquiry was feasible", bijvoorbeeld, meent Rhodes dat empirisch onderzoek eigenlijk nooit toereikend kan zijn om algemeen geldende conclusies te trekken; na beschrijving van acht adviescommissies volgt: "The exercise could be repeated with a further eight or eighty committees but ... it would tell us little or nothing by way of generalisation about the purpose which committees serve, except to show that they can serve a great variety of purposes." (p. 66). Deze uitlatingen geven de indruk dat ook in Engeland nog terrein voor onderzoek naar feitelijk effect van adviezen braak ligt.
   Zie verder voor verwijzing naar buitenlandse literatuur o.a. Broekstra c.s., p. 287–288.
2. o.a. Rijnen, p. 20–21, p. 48–49; Robers-Obbers, p. 71; Hoogerwerf, p. 228.
3. Koenders en Verburg, p. 304.
4. Gewantrouwde individuele belangen worden via een 'geheimzinnig proces van lautering' geneutraliseerd. Zie Stewart, p. 1766.
5. Wat is b.v. de wetenschappelijke waarde van een door Hoogerwerf, p. 228, vermelde enquête onder 103 hoge Westduitse ambtenaren?
6. Samengevat in: NJB 19 maart 1977, p. 304–306, en op dezelfde dag besproken in: N.R.C.-Handelsblad, Z-bijvoegsel, onder de titel *"Adviesclubs overwoekeren ons bestuurlijk apparaat"* en *"Parlement laat zich gewillig uithollen"*.
7. In hetzelfde jaar werd een themanummer van *Bestuurswetenschappen* aan de externe advisering van de rijksoverheid gewijd. (sept./okt. 1975).
8. Voor dit laatste verwijst het rapport naar Hoogerwerf, die (p. 244) "tien mogelijke normen" opstelt – door de auteur bijgenaamd "tien geboden" – waaraan beleidsadviezen moeten beantwoorden. Tot vermijding van misverstand diene, dat deze door hem genaamde "algemene beginselen van behoorlijke advisering", geen regels behelzen die gevonden werden door eigen onderzoek of redenering: "De hier geformuleerde normen vloeien niet logisch voort uit de voorafgaande analyse" zegt de uitvinder zelf al ter waarschuwing. Bij lezing blijken de opgesomde 'normen' en 'beginselen' dan ook niet anders te bevatten dan genummerde vrome wensen.
9. Zijnde het Bestuur waarschijnlijk geen aanhanger van de stelling dat juridische normen de beweeglijkheid van het bestuur verstikken. "Il s'agit ainsi de rompre avec la tradition consistant à toujours enserrer le phénomène administratif dans un gangue juridique, la norme risquant d'étouffer le mouvement" (Buch, p. 263, noot 2).
10. M.v.T. bij de Wet tot regeling der samenstelling en bevoegdheid van de Raad van State van 1861, als geciteerd bij Kan, p. 106. Vgl. overigens art. 9 van het Wetsontwerp openbaarheid van bestuur (zitting 1974/75, nr. 13418), hetwelk voorschrijft dat adviezen van de Raad van State over legislatieve onderwerpen – voor zover niet hetzij 'zonder meer instemmend', hetzij geheel beperkt tot 'opmerkingen van redactionele aard' – openbaar worden gemaakt.
11. In Nederland is dit nog niet gebeurd. In de Franse jurisprudentieoverzichten wordt onderzoek, in dit geval verricht door mijn collega, P. Nicolaï, vergemakkelijkt doordat de uitspraken waar advisering een rol speelt, in het 'kopje' aangeduid worden door vermelding van de woorden "procédure consultative".

12. Van de Commissie-Van Maarseveen, *VAR geschrift LXII*, 1974.
13. *Rapport Inspraak en Beroep Milieuhygiëne*, Verslagen en Adviezen, Ministerie van Volksgezondheid en Milieuhygiëne, nr. 29, 1974.
14. De uitdrukking 'door de beschikking heenkijken' is mutatis mutandis ontleend aan beeldspraak uit het vennootschapsrecht: "Piercing or lifting the corporate veil". Dit was onderwerp van de preadviezen van de NJV 1977. Er wordt door rechtspersonen 'heengekeken' of 'heen gegrepen' ("Durchgriff") in verband met de toerekening. Voor het bestuursrecht gaat de gelijkenis niet in die mate op dat er nu ook in de verhouding bestuurder-bestuurde sprake kan zijn van 'disregard' van het verantwoordelijke orgaan ten gunste van een 'achter de coulissen staand' persoon als een adviseur. De beginselen van het publiekrecht dwingen er nu juist toe zich te blijven realiseren dat het bestuursorgaan verantwoordelijk blijft.
15 Een consistente terminologie zou raadzaam zijn. Bijvoorbeeld:
Voorstel: de beslisser kan de beslissing slechts nemen na initiatief, op voorstel van een ander (de 'adviseur' heeft de machtspositie van beslissingen te kunnen tegenhouden door zijn voorstel achterwege te laten; is het voorstel eenmaal gedaan, dan heeft de 'geadviseerde' zijnerzijds geen vrijheid om een andere beslissing te nemen dan die welke is voorgesteld, maar wel vrijheid om de beslissing *niet* te nemen).
Voordracht: de beslisser *moet* de beslissing nemen, kiezend tussen door de 'adviseur' gegeven alternatieven (de beslisser is weliswaar *niet* vrij om de beslissing achterwege te laten, maar heeft *wel* een vrijheid van keuze).
Overeenstemming: vóór de beslissing moet blijken van de eensluidende zienswijze van de 'adviseur' (aan de beslisser blijft de vrijheid om de beslissing achterwege te laten).
16. Vgl. artt. 54 lid 1 en 58 lid 1 van de Loodswet:
"De loods is wegwijzer en raadgever van den kapitein" en "Indien de kapitein de raadgevingen van den loods niet opvolgt, is de loods voor de daaruit ontstane gevolgen niet verantwoordelijk".
17. Zie J.M. Polak, *Rechter en deskundige*, in: *NJB* 22 november 1975 p. 1289 en daar geciteerde literatuur.
Dat de ene soort de andere niet is, blijkt voor wat betreft het burgerlijk procesrecht uit de plaatsen in de wet waarnaar Van Rossem-Cleveringa in zijn aantekeningen bij art. 222 Rv. verwijst. Het in art. 222 Rv. zelf bedoelde deskundigenbericht is, aldus deze commentator "een bij de wet gegeven middel van voorlichting door een derde" (aan de rechter); "een verlengstuk van de eigen wetenschap der rechters" (H. de Jong, als geciteerd in noot 2); en in dezelfde noot geciteerd P. Scholten: "De getuige brengt den rechter nieuwe gegevens, de deskundige helpt hem in de waardering". "De voorlichtingsreden breng mee, dat het bevel niet slechts gegeven kan worden omtrent feitelijke gegevens in ruimen zin, doch ook wel omtrent rechtsgronden, bijv. gewoonterecht of vreemd recht". Het zijn alle opmerkingen die ons niet veel verder brengen.
18. – Vgl. voor 'deskundigen-advies' *door* rechters, "daartoe gekwalificeerd door hun werk – de rechtstoepassing": Polak, p. 372–376.
– Het Benelux-Gerechtshof geeft, daarom gevraagd, aan de regeringen van elk der 3 landen bij wege van advies zijn oordeel over de uitleg van een gemeenschappelijke rechtsregel. (Vgl. ook advisering door het Europees Hof en het Internationaal Gerechtshof).
– In Frans recht: "en particulier, il existe une consultation-expertise qui porte toujours sur le droit, celle du Conseil d'Etat, qui ne manque jamais d'apprécier la technique juridique et administrative des textes" (Isaac, p. 131).
19. Aan deze hoedanigheid behoeft niet in de weg te staan dat hij reeds voor de adviesaanvraag met de feiten bekend was: in art. 102 Beroepswet wordt "bewust de mogelijkheid geopend verslag en advies te vragen van een deskundige die met de

toestand van de betrokkene reeds bekend is" (M.v.T.: "bijv. een huisarts") (C.R.v.B., 26 mei 1976, *AB*, 239).
Met name medici hebben de roep, hoe dan ook "onverdachte deskundigen" te zijn wier vermaningen "ernstig moeten worden genomen en zwaar moeten wegen" (*Rapport van de Commissie Partiële Herziening Strafvordering*, p. 32 noot 2, als geciteerd door J. Soetenhorst – de Savornin Lohman, p. 890).

20. Vgl. de adviescommissie ex art. 8 Beoordelingsvoorschrift burgerlijk rijkspersoneel 1972 "(die, naar de Raad niet wil verzuimen op te merken, in een geding als het onderhavige feitelijk in de plaats treedt van een ambtenarengerecht" (C.R.v.B. 28 juni 1977, *AB*, 347).

21. Vgl. Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie, waar in art. 17, onder c, wordt gesproken van "enig algemeen beginsel van behoorlijke rechtspraak".

22. Zie voor dit aspect van een contradictoire adviesprocedure: de jurisprudentie inzake art. 8 Woonruimtewet 1947 als geciteerd en toegelicht bij C. Schouten: *De Woonruimtewet 1947*, Band II, Vuga, p. 4–41.

22a Gesetz zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung vom 6 August 1955, § 2 Abs. 2 en § 5 Abs. 2.

23. Volgens Franse jurisprudentie mag het administratief orgaan, bij verplichte consultatie niet ook daarnaast een andere adviseur raadplegen "que si cette consultation est de nature à lui apporter de nouveaux éléments d'appréciation ne résultant pas des formalités réglementaires" (Isaac, p. 136). Zie de bij deze passage in noot 21 geciteerde rechtspraak, o.a. de daar genoemde uitspraak van de CdE, volgens welke onregelmatig is: "juxtaposition ministérielle d'un jury d'honneur à l'avis de conseil d'enquête prévu par les textes comme devant précéder la santion disciplinaire d'un officier" (Isaac, p. 136).

23a Nog een andere aan de bevoegdheid om advies te vragen te stellen grens zie ik in de toerekening van kosten van de advisering. Wordt b.v., bij bezwaren tegen een voorgenomen beschikking, geadviseerd 'op kosten van ongelijk', zoals in de gemeentelijke bestuurspraktijk schijnt voor te komen, en belopen de kosten van die adviezen hoge en niet vooraf genoemde bedragen, dan zullen belanghebbenden zich – onder de dreiging van financiële offers – wellicht nolens volens, met intrekking van hun bezwaren, van de hun opgedrongen advisering afzien en zich bij de voor hen ongunstige beschikking neerleggen. In zo'n situatie zou, onder omstandigheden, het aanwijzen van een adviseur als onbehoorlijk kunnen worden gekwalificeerd, immers als belemmering van de burger om voor zijn belangen op te komen.

24. Feiten die van algemene bekendheid zijn en die hij uit algemeen toegankelijke bronnen te weten kan komen, op algemeen bekende feiten berustende gevolgtrekkingen, algemene ervaringsregels.

25. Het aanwijzen van die adviseur verschaft de beslisser een "cadre d'instruction prédéterminé" "en lui indiquant par là le type de mesure d'instruction jugé souhaitable" (Isaac, p. 134). Bijvoorbeeld een wijze van voorbereiding, waarbij coördinatie van beleid beoogd wordt; te weten in die gevallen waar als adviseur *overheidsorganen* zijn aangewezen. Vgl. o.a. Ontwerp van Wet algemene bepalingen milieuhygiëne, zitting 1976/77, nr. 14311. art. 1 en andere milieuwetten.
Voorbeelden van vernietiging wegens niet nakomen van wettelijke consultatieverplichting zijn:
– vernietiging van een gemeenteraadsbesluit tot afwijzing van een verzoek om planschade, wegens het niet inachtnemen van procedurevoorschriften, w.o. het geven van opdracht aan de schade-beoordelingscommissie, i.v.m. lopende onderhandelingen over de aankoop van het onroerend goed waarop het verzoek betrekking heeft. (K.B. 8 oktober 1974, *AB* '75–138), en
– vernietiging van een beschikking wegens verzuim advies te vragen op grond van de Wet Sociale Werkvoorziening art. 38 lid 3 (K.B. 14 januari 1972, *AB*–140).

26. Een plicht tot consultatie van een *deskundig* adviesorgaan zou wellicht aangenomen kunnen worden voor vergunningverlening krachtens de Wet Chemische Afvalstoffen, nu in de M.v.T. naar het bestaan van de Stichting Verwijdering Afvalstoffen als "onafhankelijk deskundig orgaan voor advies en onderzoek" werd verwezen als argument om in het onderwerp zelf van een regeling betreffende wettelijke adviesorganen af te zien (Instituut voor Bestuurswetenschappen, p. 32).
27. Zo sprak de Minister bij de mondelinge behandeling in de Eerste Kamer van het wetsontwerp, dat heeft geleid tot de Woonruimtewet 1947, toen hij voorstelde de raadpleging voor elke woonruimtevordering verplicht te maken, van "waarborg tegen de mogelijkheid van willekeur en onrechtmatige bevoorrechting". Voor Frans recht: "...; les administrés peuvent se prévaloir pour exiger la consultation préalable de toute circulaire, même dont le caractère réglementaire n'est pas évident, dès lors qu'elle institue une procédure consultative dans leur intérêt" (C.E. 1er avril 1949, Chavenceau, 161, als geciteerd bij Isaac, p. 137 noot 23).
28. Vgl. Frans belastingrecht: sinds een wetswijziging in 1963 is consultatie van het 'Comité consultatif des abus du droit' niet meer algemeen verplicht, maar mag beperkt bijven tot "affaires importantes ou particulièrement délicates" (Isaac, p. 357).
29. Vgl. art. 31 Vreemdelingenwet: verplichte consultatie bij voornemen tot afwijzing van een verzoek tot herziening. Vgl. voor inschakeling van de Commissie buiten het kader van de herzieningsprocedure: de richtlijnen met betrekking tot opneming en toelating van buitenlandse pleegkinderen, waarvan een samenvatting werd gepubliceerd in: *Stcrt.*, 1974, 33.
30. Een tussenvorm van geïnstitutionaliseerde en niet-geïnstitutionaliseerde adviseurs is een systeem waarbij een adviseur wordt aangewezen, weliswaar ad hoc, maar uit een vaste 'pool' van adviseurs.
31. Een voorbeeld van een bij wet aan de *burger* gegeven bevoegdheid om van het ten behoeve van de administratie aangewezen adviesorgaan gebruik te maken (dus om ongevraagd advies uit te lokken) is die van de Franse belastingplichtige die de Commission départementale des Impôts te hulp mag roepen ("la saisine peut du reste émaner du contribuable, comme le précise explicitement l'article 265-6' en matière de T.C.A.") (Isaac, p. 356).
32. Als vaste colleges in de zin van het grondwetsartikel zijn niet alleen aan te merken colleges belast met het adviseren aan de regering over belangrijke onderwerpen van algemeen regeringsbeleid, maar ook colleges van deskundigen die de Kroon à titre permanent adviseren over technische vraagstukken, en colleges die tot taak hebben over bepaalde beschikkingen 'geregeld' te adviseren (Kan, p. 98).
33. In 1956 vraagt het kamerlid Romme "te bevorderen dat de onjuiste toestand van vaste colleges, welke niet bij de wet zijn ingesteld, wordt gewijzigd en in overeenstemming wordt gebracht met het grondwettelijk voorschrift" (Tweede Kamer '57–'58, H. p. 225)
De Staatscommissie tot herziening van de Grondwet had in 1954 weliswaar voorgesteld dit artikel te schrappen (een belangrijke overweging daarbij was dat het in de praktijk niet werd nageleefd), maar in de Proeve en in de voorstellen van de Staatscommissie Cals-Donner is handhaving bepleit. Ook de regering staat behoud van het voorschrift voor ogen (Werkwijze ten aanzien van de herziening van de Grondwet; zitting 1975/76, nr. 13871) (*W.R.R.*, rapport nr. 12 p. 98).
34. W.R.R, *Rapport nr. 12*, p. 99. Met "beschikkingen" zullen ministeriële beschikkingen zijn bedoeld.
35. Verslag van de tweede fase van het inventarisatie-onderzoek naar de mate van invoering van de WUB d.d. 26 maart 1976.
36. K.B., 15 juni 1977, nr. 8:
"dat het bij de samenstelling van de benoemingscommissie gaat om de deskundigheid van de in die commissie te benoemen leden in deze zin dat zij in staat

zullen moeten zijn te oordelen of een kandidaat voldoet aan de eisen die het te vervullen (extra-)ordinariaat of lectoraat stalt;
dat in de opzet van het onderhavige experiment in een benoemingscommissie te alle tijden een student moet worden benoemd, die op grond van zijn deskundigheid door het algemeen bestuur wordt aangewezen;
dat in die opzet kennelijk bij die benoeming in de benoemingscommissie het lidmaatschap van de geleding der studenten als essentiële voorwaarde wordt gesteld;
dat het onderhavige verzoek op dit punt reeds om deze reden niet kan worden ingewilligd;"

37. Vlg. M.v.T. op het ontwerp van wet houdende verlenging van de werkingsduur en wijziging van de Wet Universitaire Bestuurshervorming 1970 (*Bijlage Hand. II*, 1976/1977, 13744, nr. 3): "Indien in de commissie tevens een of meer andere deskundigen worden benoemd, zal als maatstaf moeten dienen de kennis van het vakgebied, gecombineerd met een gefundeerd oordeel over de didactische kwaliteiten".
M.v.A. pag. 15: "...dat het inderdaad niet vaak zal voorkomen, dat studenten en ook leden van het niet-wetenschappelijk personeel) als deskundigen zullen kunnen worden aangemerkt"
– *Bijlage Hand. I*, zitting 1976/1977, 13744, nr. 13b, p. 6:
"...dat, gezien de taak van de benoemingscommissie, de leden – en dus ook de "andere deskundigen" – in staat moeten zijn om te oordelen of kandidaten voldoen aan de eisen die het te vervullen ordinariaat of lectoraat stelt: wetenschappelijke bekwaamheid (kennis van het vakgebied en wetenschappelijke kwaliteiten), didactische bekwaamheid en in samenhang daarmede de geschiktheid om met die bekwaamheid goed in het universitaire werkverband te functioneren. Voor die beoordeling zal men kennis dienen te hebben van het vakgebied, gecombineerd met een gefundeerd oordeel over de didactische kwaliteiten. Dit zal derhalve ook als maatstaf moeten dienen bij de benoeming van "andere deskundigen".

38. – Vgl. ook de bepaling dat de commissie zelf kan beslissen in hoeverre zij met stukken ten aanzien waarvan de minister heeft bepaald dat de geheimhouding geboden is, en die dus niet aan de vreemdeling ter inzage worden verstrekt, bij haar advies rekening zal houden (Vreemdelingenwet art. 31 lid 4).

39. – (Vaste Commissie van Justitie, eerste vergadering, 23 april 1970, D23) Zie Milieu en Recht-*O*, p. 9.

40. En wel een advies dat de te nemen beslissing nog kan beïnvloeden; de adviesaanvraag moet dus ook *tijdig* worden gedaan.

41. – Adviesaanvraag omtrent 'geschiktheid' voor een functie in de samenleving was enige jaren geleden onderwerp van parlementair debat: op de vraag van een lid van de Tweede Kamer inzake de adviezen over sollicitanten door de Rijks Psychologische Dienst:
1. Erkent de Minister, dat ook de Rijks Psychologische Dienst in zijn adviezen over de geschiktheid van kandidaten voor een functie bij een departement van algemeen bestuur kan falen?
2. Is de bewindsman bereid om aan de hoofden van departementen van algemeen bestuur mede te delen, dat het advies van de R.P.D. slechts één van de hulpmiddelen tot beoordeling van de kandidaat is en dat het reeds daarom verstandig is om over hem ook inlichtingen in te winnen bij de referenties, bij de sollicitatie door de kandidaat genoemd?
antwoordde Minister Geertsema (Binnenlandse Zaken):
1. Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend. De Rijks Psychologische Dienst (R.P.D.) stelt slechts een beperkt onderzoek in naar de mogelijkheid dat de kandidaat in een bepaalde functie ten aanzien van bepaalde aspecten van de functievervulling kan falen.

Het geval zal zich daarbij kunnen voordoen dat een te optimistisch, dan wel – in andere gevallen – een te pessimistisch beeld wordt gegeven van de mogelijke risico's die een eventuele aanstelling van de kandidaat met zich brengt. Dit behoeft niet altijd te wijten te zijn aan de wijze waarop de psycholoog het onderzoekmateriaal interpreteert. Het kan ook het gevolg zijn van minder goed geformuleerde functie-eisen. (Ontleend aan *Gem.St.*, 9 maart 1973, nr. 6239).
Sindsdien beperkt de formulering van de adviesaanvraag zich, naar mij is meegedeeld, tot het vragen naar per categorie te noemen risico's bij eventuele aanstelling.
– Een bekende discussie inzake harmonisatie van de formulering van de adviesaanvraag met de aard van de deskundigheid van de adviseur betreft de in het strafrecht gebruikelijke advisering van medische specialisten aangaande de vraag of aan een persoon een daad kan worden 'toegerekend'.

42. Zie Milieu en Recht-*O*, p. 9.

43. Als onderzoekresultaat van experimenten op het gebied van de persuasieve communicatie – het gebied van overtuiging en overreding – wordt vermeld dat een 'bron' (lees 'adviseur'), door hem als deskundige te presenteren, effectiever is, ongeacht de gebruikte argumenten. D.w.z. ook al blijkt de deskundigheid niet uit de argumenten, dan is zo'n bron toch effectiever dan een bron met dezelfde argumenten, maar zonder het image van deskundige.
Rodenberg, p. 81. (Hiermee ga ik eigenlijk buiten mijn boekje; immers, ik zou mij tot rechtsvragen beperken).

44. "dat ... uit den aard der zaak eveneens op de in art. 8 bedoelde commissie de plicht rust op al die bij een vordering betrokken belangen te letten en die, alvorens te adviseren, nauwgezet tegen elkander af te wegen;" (H.R., 5 juni 1964, *NJ*, 405) (Woonruimtevordering).

45. "...nadruk op procedurele waarborgen die een redelijke interpretatie van een met art. 82 ARAR overeenkomende bepaling meebrengt wanneer een ambtenaar met strafoplegging wordt bedreigd" (C.R.v.B., 30 maart 1966, *AB*, 608).

46. Een verplichting waarvan de nakoming overigens in beginsel niet, (gelijk wel het geval is voor deskundigen in het burgerlijk geding) onder bedreiging met lijfsdwang of dwangsom (artt. 233; art. 611a Rv) bij dagvaarding kan worden afgedwongen.

47. Vgl. art. 229 Rv., blijkens welk artikel de wet in de eedsaflegging door deskundigen in het burgerlijk geding zulk een aanvaarding ziet. Of beëdiging een "aureool van bijzondere deskundigheid" verschaft, is overigens de vraag. Vgl. de annotator J.P bij C.v.B.B. 27 mei 1975, *AB*, 195, waar het ging om incompatibiliteiten met de hoedanigheid van taxateur.

47a Een punt van belang kan ook zijn, wat de relatie is van de adviseur met zijn 'achterban'. Heeft hij zich via ruggespraak tot een bepaald standpunt verbonden, dan wordt het doel van de advisering gemist.

48. Vgl. constante jurisprudentie van lagere rechters die door hogere instantie consistent wordt ontkracht (zie voor beschouwen van rechtspraak in eerste instantie als 'adviseren' aan de hogere: Marius Gerlings, *Het advieskarakter van het vonnis*: "...dat het vonnis van de eerste Rechter in hoger beroep het karakter krijgt van een in behoorlijk rechtsproces tot stand gekomen deskundig advies ten behoeve van degene die in hoger beroep de positie krijgt van verweerder, en dit karakter krijgt het vonnis eveneens voor de hogerberoepsrechter" (p. 704)).

49. De bevoegdheid tot het betreden van plaatsen, tot inzage van geheime stukken, tot rekening houden met die stukken ook wanneer zij tegenover belanghebbende geheim zijn, tot het inwinnen van inlichtingen bij ieder, dus ook bij het ambtenarenapparaat, tot bevelen dat getuigen, deskundigen of tolken worden opgeroepen, en zonodig door de openbare macht gehaald (Vgl. Wet R.v.S. artt. 35, 37, 40–42, 46; Vreemdelingenwet art. 31).

50. De burgerlijke rechtsvordering kent geen wetsbepalingen omtrent de wijze waarop deskundigen hun onderzoek moeten verrichten. Partijdigheid wordt echter niet aanvaard. Deskundigen mogen b.v. niet "één van de partijen in de gelegenheid stellen hun standpunt kenbaar te maken" (Stein, p. 136).

51. Naar Frans recht: "Quand une mesure exigeant le déroulement d'une procédure contradictoire doit être prise au regard d'un avis ou d'une proposition, c'est devant l'organe consultatif que doit se dérouler la procédure contradictoire" (Conc. Odent sur C.E., 5 avril 1946, dame Coulon, Daupeyroux..., E.D.C.E., 1947, p. 61) (als geciteerd bij Isaac p. 132).

52. – Vermelding van 'dissenting opinions' door adviseurs komt voor in het burgerlijk geding: deskundigen moeten weliswaar – net als een rechterlijk college – hun bericht zoveel mogelijk in samenwerking, bij meerderheid van stemmen opmaken, maar "In geval van verschil van gevoelen, mogen zij echter de onderscheiden gevoelens met de gronden van dien opgeven, zonder bekend te maken welk het persoonlijk gevoelen van ieder van hen is" (Rv art. 231). De Wet op de Raad van State regelt de bevoegdheid om een 'dissenting opinion' in een afzonderlijk advies bij het advies der Afdeling voor de geschillen van bestuur te voegen (art. 56 lid 3).

– Europees recht (Schermers, p. 151): een stelling van klagers, dat het in strijd is met beginselen van behoorlijk bestuur dat de administratie in de motivering van haar beschikking verzuimt in te gaan op de dissenting opinions, wordt door het Hof afgewezen.

53. Gedoeld wordt op het horen van *belanghebbende*.
Een voorbeeld van verplichting tot horen van *derden* is
– de plicht om, in bepaalde gevallen (waarin het gaat om een vluchteling die door intrekking of weigering van toelating gedwongen zou zijn onmiddellijk terug te keren naar de staat waarin hij meent voor vervolging te vrezen te hebben), de Vertegenwoordiger in Nederland van de Hoge Commissaris van de Verenigde Naties voor de Vluchtelingen in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze kenbaar te maken (Vreemdelingenbesluit art. 16).
Andere procedureregels zijn: het recht op inzage en afschrift van stukken en, bijvoorbeeld het voorschrift dat bij het onderzoek geen ambtenaren van de geadviseerde aanwezig mogen zijn. Soms gelden hoorplicht en andere procedurevoorschriften voor de advisering alleen bij *verplichte* consultatie (art. 31 lid 2 en 3 Vreemdelingenwet).

53a Thans zouden wij spreken van hoorplicht of beginsel van zorgvuldige voorbereiding.

54. Het valt op dat hier het horen van ambtelijke rijksinstanties, i.c. de rijksplanologische dienst, wordt beschouwd als het vragen van advies. Met evenveel grond kan men zeggen dat het helemaal niet gaat om 'onderadvisering' maar om het horen van geadviseerde zelf.
Voorbeelden van *wettelijk* geregelde onderadvisering zijn er overigens voldoende; meestal wordt dan de 'deskundigheid' geacht aan een 'representatief' adviseur ten dienste te staan en heeft zelf geen (meebeslissende) stem; zie b.v. de Wet chemische afvalstoffen art. 30 lid 8: in de Adviescommissie afgewerkte olie hebben belangenvertegenwoordigers zitting. "De commissie kan zich doen bijstaan door deskundigen. Deze hebben in de door hen bijgewoonde vergaderingen een raadgevende stem".

55. Zie voor bekendmaking van het advies door geadviseerde nog hierna hfdst. 7.

56. Inzage door belanghebbende in medische rapporten aan *de rechter* uigebracht, is o.a. geregeld in art. 111 lid 4 Beroepswet: de rechter kan bepalen dat van geneeskundige rapporten inzage niet wordt toegestaan aan de belanghebbende persoonlijk maar uitsluitend aan een gemachtigde die hetzij arts, hetzij advocaat of procureur is dan wel van de rechter bijzondere toestemming heeft gekregen; de wettelijke clausulering dat dit alleen kan 'in het belang van de geestelijke of

lichamelijke gezondheid van de betrokkene' schijnt in de praktijk via extensieve (c.q. contra legem) interpretatie te worden genegeerd: aanleiding tot protest voor diegenen die voor mondigheid van de patiënt opkomen (J. Soetenhorst-de Savornin Lohman, p. 889–890).

57. Wet R.v.S. art. 59 lid 1: "In Onze beslissing wordt vermeld, dat de Afdeling is gehoord".
Europees recht: De verplichting om advies te vragen zou geen zin hebben als de geadviseerde niet de verplichting had om het advies te lezen (Schermers, p. 150).

58. Een historisch onderzoek naar de parlementaire geschiedenis van deze procedure eisen leverde geen resultaat op. In de M.v.T. (1857/58) worden zij "als waarborg voldoende" genoemd.

59. De Raad verzuimt toe te lichten, wat bedoeld wordt met de term "formeel". In de gewone betekenis van 'procesrechtelijk' kan het woord niet zijn gebruikt, want dan zou de stelling onbegrijpelijk zijn. Bedoeld zal dus wel zijn zoiets als 'juridisch'. Is dit het geval, dan is de stelling onjuist. Daargelaten in hoeverre zij zou kunnen opgaan voor zgn. beleidsadviezen (waartoe de Raad zijn omschrijving overigens niet beperkt), voor adviezen betreffende beschikkingen gaat zij zeker te ver. Immers, daarmee miskent de Raad dat consultatie niet altijd alleen maar in het belang van de geadviseerde is voorgeschreven; met name wordt voorbijgegaan aan het rechtsbeschermende karakter van bepaalde soorten van de adviesfunctie.

60. Op de openbaarmaking van beleidsadviezen is van toepassing art. 3 van het ontwerp van Wet openbaarheid van bestuur. Adviezen 'ter voorbereiding van beslissingen in concrete gevallen' vallen er niet onder (M.v.T., p. 17) (1974/75 nr. 13418).

61. Een mening, door het Europees Hof niet gedeeld:
"By the terms of Article 15 of the Treaty, the High Authority is required to "state the reasons" for its decisions and to "refer to" the opinions which the High Authority is required to obtain. It follows from this that the High Authority must specify the reasons which have led it to issue the regulations in question and that it is required to state the fact that the opinions required by the Treaty have been given. However, the Treaty does not require it to set out – and much less to refute – the dissenting opinions expressed by consultative organisations or by certain of their members". (Schermers, p. 150/151).

61a Waar wèl een termijn gesteld is, wordt soms nog ten overvloede in de toelichting opgemerkt dat het bevoegd gezag na het verstrijken van de termijn niet meer op de adviezen behoeft te wachten (ontwerp van Wet algemene bepalingen milieuhygiëne, 1976–1877, nr. 14311, M.v.T. p. 27).

62. Bij samenloop van advisering behoort de laatste adviseur te wachten op de voorgaande, zeker wanneer het door de wet verplichte adviezen betreft (vgl. voor de Raad van State, "adviseur in hoogste en laatste instantie" van de Kroon: *Jaaroverzicht Raad van State 1976*, p. 4).
Europees recht (Schermers, p. 145): De verplichting vervalt indien, na redelijke termijn, geen antwoord is ontvangen. Weigering tot advies geven kan het orgaan niet verhinderen te beschikken. Over de vraag, wat een 'redelijke termijn' is, bestaat geen jurisprudentie. Wel kan aanzienlijke vertraging worden veroorzaakt, en zodoende kan druk worden uitgeoefend om in technisch ingewikkelde zaken, die als urgent worden beschouwd, een beslissing in bepaalde richting te beïnvloeden.

62a Zie b.v. art. 17 lid 2 Ontwerp van Wet algemene bepalingen milieuhygiëne (1976/77, 14311): "Het bevoegd gezag zendt van ieder advies ... een exemplaar aan de aanvrager. Het legt een exemplaar ter inzage." Het betreft hier overigens alleen *ambtelijke* adviezen (art. 1).

62b Vgl. art. 142 lid 1, onder d, Beroepswet: "Tegen de beschikking des voorzitters" (van de Raad van Beroep) "staat geen rechtsmiddel open, behalve" ... "indien de voorzitter het advies van de vaste deskundige niet heeft gevolgd".

63. Zo vermeldt de Justitiebegroting voor het jaar 1975 dat van de 622 in 1973 inge-

diende verzoeken tot herziening die tot 1 mei 1974 waren behandeld slechts 12 werden afgewezen zonder advies van de commissie. Voor de in de loop van 1974 ingediende 746 verzoeken geeft de begroting voor het jaar 1976 naar de stand op 1.1.1975 het getal van 7 afwijzingen zonder advies. Vgl. *Bijlage Hand. II*, 1974/1975 13100 hfdst. VI, nr. 2, p. 71; 75/76 13600, hfdst. VI, nr. 2, p. 52–53. Het gevolg van de beperking is o.a. dat het toelatingsbeleid in beginsel slechts incidenteel en fragmentarisch onderworpen is aan rechtmatigheidstoetsing door de Kroon, c.q. de Raad van State (Dan is nl. meestal, anders dan bij beschikkingen t.a.v. verlenging of intrekking van verblijfsvergunningen, sprake van een verblijf van minder dan een jaar in Nederland).

64. De vraag rijst of de ministeriële praktijk om de adviescommissie stelselmatig te raadplegen, zich dan voort zal zetten.

65. In het milieurecht speelt dit een bijzondere rol: inspecteurs van de volksgezondheid, belast met het toezicht op het milieu, hebben, na niet volgen van hun advies, van het recht een stelselmatig gebruik gemaakt (een accent op de invloed van de centrale overheid op het plaatselijk vergunningbeleid).

66. Aanbevolen door Thorbecke bij de behandeling van de rijksbegroting voor 1872 (zie *Rapport Commissie-Van Maarseveen*, p. 7).

67. Bekendmaking van de benoeming hangt daarmee samen, daarover Auby (p. 599): "...notamment lorsque l'organisme consulté est destiné à assurer à l'administré la garantie d'une procédure contradictoire, et qu'il importe que l'intéressé puisse par exemple exercer un droit de récusation si celui-ci existe". Naar Frans recht bestaat, bij ontstentenis van een wetsbepaling, het recht van wraking niet, maar "Si l'intéressé ne peut récuser sans texte, du moins peut-il bénéficier d'une jurisprudence beaucoup plus générale selon laquelle les personnes composant une commission "doivent présenter toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité désirables pour accomplir la mission dont elles sont chargées". Cette formule est fréquemment reprise par le Conseil d'Etat; il s'agit d'un principe général du droit qui s'applique dans tous les cas sauf s'il a été écarté par une loi formelle" (Auby, p. 601).
– Art. 11 Ontwerp ABAR luidt: "Een belanghebbende is gerechtigd, mits schriftelijk en behoorlijk gemotiveerd, als zijn oordeel te kennen te geven, dat een dergenen, die bij het overheidsorgaan belast zijn met het voorbereiden van de beschikking, niet onpartijdig kan handelen, omdat deze met persoonlijke belangen bij de beschikking betrokken is; in zodanig geval overweegt het orgaan of het nodig en mogelijk is de behandeling van de zaak aan een ander op te dragen."

Nawoord

Na afsluiting en inzending van de copy op 1 oktober, de afgesproken datum, ontving ik bij de nieuwe wisseling der seizoenen (april) de drukproeven ter correctie. Daarbij bestond geen gelegenheid voor het verwerken van nieuw materiaal. Bij herlezing van het thans ietwat belegen geschrift kwam de gedachte bij mij op aan wat Agatha Christie over haar huwelijk met een archaeoloog moet hebben gezegd: "Een vrouw kan maar het beste met een archaeoloog getrouwd zijn: hoe ouder zij wordt, des te meer belangstelling heeft hij voor haar."

Aan de leden van de V.A.R. zal in overweging gegeven moeten worden, een soortgelijke oudheidkundige interesse voor het werkstuk te ontwikkelen.

Wel mag ik hier nog een verzuim herstellen; op blz. 47, waar gesproken wordt over de vraag, hoe lang een overheidsorgaan op verplicht advies moet wachten, is geen melding gemaakt van het K.B. van 18 sept. 1972. Daarbij werd, in een B.A.B.-zaak, beslist, dat er geen sprake van was "niet binnen redelijke tijd een beschikking geven" in een geval waarin de Destructieraad na vijf maanden nog geen advies had uitgebracht, nu de Minister die dat advies had gevraagd, niet de bevoegdheid had tot bijeenroepen van die Raad en daardoor geen invloed kon uitoefenen op het tempo van de advisering. Uit die beslissing blijkt niet, of naar de opvatting van de Kroon ad infinitum gewacht moest worden. (gepubliceerd in de B.A.B. bundel van Kan en Van Maarseveen)

9 april 1978 S.V.H.-D.

PREADVIES MR. R. SAMKALDEN

Advisering aan organen van de gemeentelijke overheid (in het bijzonder op grond van artikel 61, 1a gemeentewet) en de binnengemeentelijke decentralisatie

1 Inleiding

Het is niet verwonderlijk, dat de Vereniging dit jaar de "advisering in het bestuur" aan de orde stelt. De adviesorganen van de overheid, met name die van de centrale overheid staan immers in het middelpunt van de belangstelling.

Het onderwerp "advisering in het bestuur" biedt de mogelijkheid aandacht te besteden aan het adviseren aan de gemeentelijke overheid en aan de binnengemeentelijke functionele en territoriale decentralisatie. Mijn medepreadviseur en ik hebben daarom afgesproken dat – waar zij de advisering aan de centrale overheid als onderwerp van studie zal nemen – ik dit preadvies aan de advisering aan gemeentelijke bestuursorganen zal wijden. Die opzet is aantrekkelijk, want naast de gesignaleerde sterke groei van het aantal adviesorganen van de centrale overheid en hun functionering, verdient de groei van het aantal commissies en raden ingesteld op grond van de artikelen 61 e.v. van de gemeentewet – waartoe ik mij zoveel mogelijk heb beperkt – evenals hun functionering onze aandacht. Dat heeft – naar mij bleek toen dit preadvies vrijwel was voltooid – ook J.B.J.M. ten Berge gedacht, die op 18 januari 1978 promoveerde op *Decentralisatie met commissies (binnengemeentelijke organisatiestructuren op basis van artikel 61 gemeentewet)*. Ik heb dit proefschrift nog bij deze studie betrokken.

G.A. van Poelje stelde in 1955 dat men om het verschijnsel van het groeiend aantal adviesorganen in volle omvang te meten, ook de provinciale en gemeentebesturen in het onderzoek zou moeten betrekken,[1] terwijl S.O. van Poelje in 1975 schreef, dat het nuttig zou kunnen zijn "om een onderzoek in te stellen naar de invloed van adviezen op de inrichting van het lagere bestuur en op de voorstellen tot wijziging van die inrichting".[2]

Het rapport *De organisatie van het openbaar bestuur* van de Voorlopige wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid van 1975 – dat de binnengemeentelijke decentralisatie kort bespreekt – is gevolgd door de rapporten 11 en 12, overzicht en beschrijving van de *Externe adviesorganen van de centrale overheid* en de publikatie *Adviseren aan de overheid*.

De Vereniging van Nederlandse Gemeenten heeft daar thans een onderzoek met betrekking tot de gemeentelijke commissies aan toegevoegd. Een

enquête van de Vereniging, in 1976/1977 onder alle gemeentebesturen gehouden en met een respons van 90%, waaronder alle grote gemeenten, leert, dat het aantal commissies, waarvan "burgerleden" (niet-raadsleden) deel uitmaken is gegroeid van 80 tot – de door de enquête geregistreerde – 834, waarvan 384 functionele commissies en 450 commissies van advies en bijstand.[3]

Drs. A.M. Willems van de VNG heeft mij eind 1977, begin 1978 enkele bij het voltooien van deze studie nog niet gepubliceerde resultaten van deze enquête beschikbaar gesteld, waarvoor ik hem zeer erkentelijk ben.

De plaats van commissies binnen het gemeentelijk bestuur, de representatie van maatschappelijke organisaties en de deelname van deskundigen – niet-raadsleden of ambtenaren – daarin, de overdracht van bestuursbevoegdheden zijn regelmatig onderwerpen van studie geweest.

In 1918 signaleerde G.A. van Poelje, dat "de gemeenteraad, althans der grootere gemeenten, van wetgevend en besturend in steeds meerdere mate controlerend orgaan is geworden." De debatten in zijn vergaderingen hebben "in vele gevallen het karakter gekregen, niet van gemeenschappelijk overleg om tot de beste oplossing in het belang der gemeente te komen, maar van het afleggen van getuigenis, waarom straks de stem zal worden uitgebracht, zóó als van tevoren is bepaald."[4]

In verband "met een voortdurend aangroeien der publieke zaak" en de "groeiende behoefte aan specialiseering van het recht"[5] pleit hij voor de instelling van commissies – adviesorganen – voor bepaalde takken van dienst. In deze commissies zouden naast een lid van het college van B. en W. hetzij raadsleden, hoofdambtenaren en andere burgers, hetzij vertegenwoordigers van een of twee van deze groepen zitting moeten hebben om aldus "èn menschen met bijzondere kennis op een bepaald gebied buiten het gemeentebestuur èn de technische hoofdambtenaren een voldoenden invloed op den gang van zaken te verzekeren".[6]

Aanvankelijk, aldus Oud, heeft de Kroon afwijzend tegenover deze soort commissies gestaan, waar zij in 1892 als zijnde in strijd met de wet vernietigde een besluit van de Raad van Arnhem tot instelling van een commissie tot beheer van de gemeentegasfabriek van welke commissie slechts twee van de leden raadsleden behoefden te zijn.[7]

De suggestie van Van Poelje lijkt echter in 1938 in Amsterdam – gedeeltelijk – verwezenlijkt. De Commissie van Meurs telde daar toen 69 commissies waarvan in 43 hoofdambtenaren zitting hadden.[8] Maar niet zozeer deskundigheid als wel participatie door de bevolking, de "samenwerking tusschen stedelijk bestuur en de groepen uit de burgerij" staat in het rapport van de commissie op de voorgrond. De participatie is naar het oordeel van de commissie tezeer toegenomen, waar blijkt dat in de commissies bij het geven van adviezen het groepsbelang een te grote plaats inneemt. De commissie pleit voor het opnemen in de commissies van "een sterke vertegenwoordiging van het algemeen belang". De geschiedenis vertelt niet of deze suggestie ten goede

is gekomen aan de adviezen van de geheel uit ingezetenen – niet-leden van het gemeentebestuur of in dienst van de gemeente – bestaande Commissie van advies bij het opleggen van straffen aan dienaars van Politie en bij verhaal van door hun schuld veroorzaakte schade.[9]

Zoals hiervoor gesteld is het aantal adviescommissies met "burgerleden" de laatste jaren toegenomen. Dat kan niet worden gezegd van commissies waaraan de behartiging van de belangen van een deel van de gemeente kan worden toevertrouwd – de wijkraden –, evenmin van commissies, waaraan na de wijziging van de gemeentewet in 1964 voor de behartiging van bepaalde belangen, bevoegdheden van de Raad of van B. en W. kunnen worden overgedragen. Slechts 10% tot 12% van de door de VNG getelde functionele commissies ziet zich met een bestuurstaak belast en heeft daarbij beslissingsbevoegdheid. De veronderstelling van Minister Toxopeus, dat de Gemeenteraden wel voorzichtig te werk zouden gaan met de toekenning van bestuursbevoegdheden is juist gebleken.[10] Men kan zich afvragen of niet van een te grote voorzichtigheid sprake is, of de Gemeenteraden niet te zeer bevreesd zijn de controle over de uitoefening der bestuurstaken te verliezen bij een verdeling ervan over raadscommissies en zich nog wanen in 1918 toen Van Poelje tegen zo'n verdeling waarschuwde in zijn bestrijding van Schutte, die in 1909 voor de instelling van bestuurscommissies pleitte. Hij verwachtte daarvan "leterlijk geen enkele der goede vruchten, welke hij (Schutte) in zijn verbeelding reeds rijpen ziet."[11]

De wijziging van de gemeentewet in 1964 geschiedde aldus Minister Toxopeus in de eerste plaats om de afstand tussen bestuurden en bestuur te verkleinen.[12] Een afstand die naar het oordeel van Van den Bergh, te wijten was aan het feit, dat het Nederlandse volk, in vergelijking tot andere volkeren arm is aan burgerzin en die het noodzakelijk maakte de weg op te gaan "van de publiekrechtelijke "infragemeentelijke" organisatie, territoriaal (wijkraden), maar bovenal functioneel", waarbij de behartiging van een belang (belangen) door de Raad, onder zijn toezicht of, indien de Raad zulks bepaalt, onder het toezicht van B. en W. geheel of gedeeltelijk wordt toevertrouwd aan een commissie.[13]

In de tweede plaats werd, aldus de Minister, de gemeentewet gewijzigd in verband met "de overbelasting van de bestuursorganen, de veelheid van zaken en onderwerpen, die afkomen op de raden van gemeenten, die ook tamelijk ingewikkeld kunnen zijn en die het des te noodzakelijker maken om datgene, wat met vrucht kan worden gedelegeerd, ook werkelijk te delegeren..."[14]

Uitgaande van de wetswijziging van 1964 dienen nader te worden besproken de gemeentelijke decentralisatie – zowel functioneel als territoriaal – na 1964, alsmede – waar het betreft de commissies op grond van artikel 61, 1a, waarop deze studie zich toespitst – de samenstelling, taken, bevoegdheden en werkwijze van adviescommissies. Is de samenwerking tussen gemeente-

bestuur en particuliere organisaties en persoonlijkheden, welke Van den Bergh als hoofdgedachte had bij zijn pleidooi voor bestuurscommissies geslaagd en kan men thans ten aanzien van de "particulieren" stellen, dat "de glans en de glorie van publiekrechtelijke gemeentelijke bevoegdheden op hen afstralen"?[15] Of moet worden geconstateerd dat de situatie is – zoals Oud haar wenste in zijn bestrijding van de bestuurscommissies –, dat de commissies "niet arbeiden los van het College" (van Burgemeester en Wethouders) en louter "stralen zijn, die in het College hun middelpunt vinden"?[16]

Tevens zal worden ingegaan op de door de wet voorgeschreven advisering, op de invloed die het advies in het algemeen dient te hebben op de besluitvorming, waarna aandacht zal worden besteed aan de kracht van het advies bij beschikkingen en de AROB-bezwarenprocedure.

Dit preadvies is – gezien de aard van het onderwerp waarover geen recente studie bestond toen met het schrijven een begin werd gemaakt, – anders van opzet dan dat van mijn medepreadviseur. Wij spraken af, dat wij de preadviezen onafhankelijk van elkaar zouden schrijven. Waar mijn studie – anders dan de hare waarvan de indeling mij overigens bekend was – tot mijn spijt later gereed was dan bedoeld, heeft zij met de indeling van dit preadvies, zo zij nog had gewild, geen rekening kunnen houden.

De opzet van deze studie werd voor een groot deel ontleend aan een voor mij zeer nuttige notitie, in het kader van de voorbereiding van de preadviezen opgesteld door de voorzitter van onze Vereniging, die ik daarvoor erkentelijk ben.

2 De wijziging van de gemeentewet in 1964

Vóór 1964 kende de gemeentewet vaste commissies en commissies ad hoc (artikelen 60 en 63), die beide uitsluitend uit raadsleden mochten bestaan (alleen de Burgemeester kon als niet-raadslid erin worden benoemd), en die uitsluitend adviserende bevoegdheid hadden.

De vaste commissies waren te onderscheiden in: de commissies van voorbereiding – ter voorbereiding van hetgeen, waarover de Raad dient te beslissen; deze commissies waren niet talrijk –, de commissies van bijstand – om Burgemeester en Wethouders bij te staan "in het beheer van bepaalde takken van de huishouding der gemeente" – en de commissie voor de strafverordeningen – die de verordeningen, tegen welker overtreding straf is bedreigd, moest ontwerpen. De commissies ad hoc waren er "tot uitvoering van een bijzondere last."

Diende de Raad de vaste commissies in te stellen en wel bij verordening (de commissies van bijstand alleen op voordracht van Burgemeester en Wethouders), de commissies ad hoc konden ook door de Burgemeester worden benoemd, indien het reglement van orde van de Raad dat toeliet.[17]

Hoewel de wetgever niet de bedoeling had aan commissies regelende of

besturende bevoegdheid toe te kennen, leerde de praktijk dat aan zo'n overdracht van bevoegdheden behoefte bestond. Gewezen zij op de standaardvoorbeelden ter illustratie hiervan: de Tielse verordening op de licht- en krachtbedrijven – waarin aan een commissie van bijstand uit de Raad de aankoop van grondstoffen e.a. voor de gasproduktie, -distributie en voor de distributie van elektrische stroom was opgedragen – en de Amsterdamse verordening, die aan een centrale commissie voor het georganiseerd overleg met gemeentepersoneel de vaststelling overliet van bepaalde voorschriften met betrekking tot de rechtspositie van dit personeel.

De wet vormde echter voor de praktijk een belemmering: de Tielse verordening werd – nadat minister Kan in 1928 haar bestaan verdedigd had met een beroep op de behoeften van de praktijk – ingetrokken op aandringen van zijn opvolger Ruys de Beerenbrouck omdat zij in strijd met de Wet werd geoordeeld; aan de Amsterdamse verordening werd in een procedure door de Centrale Raad van Beroep in 1935 haar kracht ontnomen, waar de Raad besliste dat de besluiten van de centrale commissie rechtsgeldigheid misten omdat geen wetsbepaling de commissie de bevoegdheid gaf deze besluiten te nemen of de gemeenteraad het recht gaf zijn bevoegdheid terzake over te dragen.[18]

Pogingen om de wet aan te passen aan de behoeften van de praktijk mislukten aanvankelijk: tevergeefs stelde de staatscommissie Oppenheim in 1920 voor aan de Raad van gemeenten van tenminste 40000 inwoners de bevoegdheid te geven op voordracht van Burgemeester en Wethouders bestuurscommissies in te stellen. De desbetreffende suggestie werd door de regering niet overgenomen. Tevergeefs ook trachtte het kamerlid Van den Bergh in 1931 via een amendement het toen aanhangige wetsvoorstel tot wijziging van de gemeentewet in die zin veranderd te krijgen, dat de Raad de commissies van bijstand zou kunnen machtigen bepaalde bevoegdheden in overleg met en onder verantwoordelijkheid van Burgemeester en Wethouders uit te oefenen.[19]

De gemeenten gingen steeds meer gebruik maken van privaatrechtelijke vormen ter behartiging van openbare belangen. Vooral de stichtingsvorm werd veelvuldig gehanteerd teneinde bestuurs-, met name beheerstaken op te splitsen en particulieren daarbij in te schakelen, hoewel een regeling op publiekrechtelijke grondslag verre de voorkeur verdiende.[20] De Goede en Troostwijk hebben daaraan preadviezen gewijd voor de Vereniging in 1956.[21]

De Goede haalt Meijers aan, die terzake sprak van de neiging om zich van lastige publiekrechtelijke bepalingen te "bevrijden", van "omzeilen" en van "kronkelige wegen".[22] Troostwijk citeert Scholten, die zegt "te hopen, dat het misbruik van de stichting voor doeleinden van publiekrechtelijke aard een einde neemt".[23] Zelf hoopt hij, dat uit de toen op handen zijnde wijziging van de gemeentewet zou resulteren, "dat de privaatrechtelijke vormen van besturen zonder wezenlijk bezwaar voor de te behartigen openbare belangen gemist kunnen worden".[24] De praktijk heeft geleerd, dat het gebruik van de stichtingsvorm na 1964 niet is afgenomen.[24]

Kort zij in dit kader verwezen naar de adviezen en rapporten met voorstellen voor de wijziging van de gemeentewet in de jaren vijftig.[25]

Om "de onevenredig grote invloed ... van de gespecialiseerde ambtelijke diensten"[26] tegen te gaan, verdere "vervreemding van de burgerij van bestuursproblemen der plaatselijke gemeenschap"[26] te voorkomen en "de idee der plaatselijke democratie"[26] te realiseren achtte de staatscommissie De Quay het in 1955 ten aanzien van steden met meer dan 100.000 inwoners nodig "om maatregelen te treffen tot vergemakkelijking in de besluitvorming, teneinde de op dit punt toch reeds belemmerde efficiëncy van het grote stadsbestuur niet nog sterker te doen verminderen".[27] Zij stelde daartoe voor de instelling mogelijk te maken van wijkraden en bijzondere raden die de Raad, Burgemeester en Wethouders en de Burgemeester van advies zouden kunnen dienen betreffende aangelegenheden respectievelijk bepaalde gedeelten en bepaalde belangen van de gemeente betreffende, en waaraan ook verdere bevoegdheden – alleen voorzover de Raad en Burgemeester en Wethouders deze zelf bezaten – zouden kunnen worden toegekend, (behoudens de vaststelling van verordeningen te handhaven door strafbepaling of politiedwang of tot heffing van belasting). Tenminste twee leden van de bijzondere raden (maar niet de voorzitter) zouden dienen te worden aangewezen buiten de Burgemeester en de leden van de Gemeenteraad. De instellingsverordening zou goedkeuring van Gedeputeerde Staten behoeven.
De commissie Van den Bergh – ingesteld door de Wiardi Beckmanstichting – vond in haar rapport *Het bestuur van de grote gemeenten* in 1959 de voorstellen van de commissie De Quay te beperkt.[28]

Zij meende de oplossing van het probleem van de bestuursorganisatie van de gemeenten gevonden te hebben in de "structuurverordening", een verordening (goed te keuren door de Kroon) die in haar gedachten "de vier grootste gemeenten zullen dienen vast te stellen, de andere gemeenten met meer dan 100.000 inwoners kunnen vaststellen (en wellicht een aantal gemeenten met minder dan 100.000 inwoners en meer dan 50.000 inwoners zullen mogen vaststellen, als haar daartoe bij Koninklijk Besluit vergunning wordt verleend)".[29] In deze structuurverordening zou de gehele bestuursorganisatie van de gemeenten die tot haar vaststelling bevoegd zouden zijn, dienen te worden vastgesteld, zoals het aantal leden van de Gemeenteraad, de mogelijke instelling van bijzondere organen met speciale taken, delegatie van bevoegdheden van de gemeenteraad aan andere organen, de bevoegdheid van vertegenwoordigers van deze organen hun voorstellen in de gemeenteraad toe te lichten, de mogelijkheid van de benoeming van niet-raadsleden tot wethouders en de mogelijkheid om in de genoemde bijzondere organen niet-ingezetenen van de gemeenten te benoemen ("om personen, die een positie innemen welke voor de ontwikkeling van het economische, sociale of culturele leven van een gemeente van grote betekenis is, maar die niet in de gemeente wonen, ook bij de verzorging van de gemeentelijke belangen te betrekken").[30]

Het verbaast, gezien haar voorzitter, niet dat de commissie de instelling van bijzondere (functionele) raden, met niet alleen adviserende maar ook

bestuurlijke bevoegdheden, waaraan het behartigen van een of meer bepaalde gemeentelijke belangen kan worden opgedragen, van grote betekenis achtte en de instelling door de Gemeenteraad van bepaalde bestuurs- of beheerscommissies bepleitte. In tegenstelling tot de functionele decentralisatie achtte de commissie voor de wijkraden op bestuurlijk terrein "bepaald zeer weinig toekomstmogelijkheden weggelegd".[31]

De commissie Oud, die rapport uitbracht aan de Vereniging van Nederlandse gemeenten in 1959,[32] kon zich grotendeels met de voorstellen van de staatscommissie verenigen, behoudens de door deze commissie voorgestelde beperking der regeling tot gemeenten met meer dan 100.000 inwoners, de voorgestelde goedkeuring van de instellingsverordening door Gedeputeerde Staten en het voorstel, dat van de bijzondere raad "tenminste twee leden, doch niet de voorzitter aangewezen (dienden te worden) buiten de Burgemeester en de leden van de Raad". De commissie Oud wenste dat aan alle gemeenten "gelijke kansen" zouden worden gegeven, dat voorafgaande goedkeuring achterwege bleef op een "zo bij uitstek interne aangelegenheid" en dat naast niet-raadsleden in de bijzondere raden "steeds een redelijke vertegenwoordiging van raadsleden zitting zal hebben" om te voorkomen dat alle leden – behalve de voorzitter – niet-raadsleden zouden zijn.[33] Zij had – ook hier kan dat gezien haar voorzitter geen verbazing wekken – reserve tegen de overdracht van bestuursbevoegdheden aan de bijzondere raden, waar zij stelt dat het voorstel - De Quay het zal "mogelijk maken op bescheiden wijze te beginnen, bijv. door aan bijzondere raden aanvankelijk alleen adviserende bevoegdheden toe te kennen. Later kunnen aan deze raden desgewenst ook bestuursbevoegdheden worden overgedragen".[34] Aan de instelling door de Gemeenteraad van bestuurscommissies had de commissie geen behoefte.[35]

De drie commissies vonden alle, dat de taak van de Gemeenteraad als bestuursorgaan was verzwakt, dat de Raad meer aandacht zou moeten kunnen geven aan de grote lijnen van beleid en dat burgers – niet raadsleden – met name niet ambtelijke deskundigen – in het bestuur actief moesten kunnen participeren. Zij waren het erover eens dat het – toen – bestaande wettelijke systeem, dat alleen de instelling toeliet van raadscommissies – bestaande uit raadsleden en met uitsluitend adviserende bevoegdheid – daartoe onvoldoende was. De instelling van functionele- en wijkraden – ter advisering van de gemeentelijke organen, met de mogelijkheid daaraan bestuursbevoegdheden over te dragen – moest de oplossing brengen voor het gesignaleerde onvoldoende functioneren van het gemeentelijke apparaat.

Het wetsontwerp, dat Minister Toxopeus in 1962 aan de Tweede Kamer presenteerde[36] was zeer simpel van opzet: naast door Burgemeester en Wethouders en door de Burgemeester in te stellen commissies van advies uitsluitend aan Burgemeester en Wethouders, respectievelijk de Burgemeester en door de Gemeenteraad op voorstel van Burgemeester en Wethouders in te stellen vaste commissies van advies en bijstand aan Burgemeester en Wet-

houders werd in één regeling in Titel II A de Gemeenteraad de mogelijkheid gegeven commissies in te stellen voor de behartiging van bepaalde belangen met adviserende en/of andere bevoegdheden, voor bijzondere taken of voor delen van de gemeente.

Het wetsontwerp ging uit van het beginsel, dat de Raad bij de instelling en samenstelling van de commissies geheel moest worden vrijgelaten. Het kende geen beperking in de regeling met betrekking tot de toekenning van andere dan adviserende bevoegdheden aan een commissie behoudens het bepaalde in artikel 63 van de wet.

Aan de Raad diende ter regeling te worden overgelaten – indien nodig met betrekking tot de aan de commissie toegekende bevoegdheden – de werkwijze van de commissie, de openbaarheid der vergaderingen, de voorbereiding, uitvoering en openbaarmaking van haar besluiten.

De minister meende, dat de eenheid van het gemeentelijk beleid niet in gevaar zou komen en vreesde geen onoverzichtelijkheid in het bestuur van het voorgestelde stelsel, waar de gemeentebesturen in de instellingsverordening terzake regelingen zouden kunnen opnemen met name een "doeltreffende regeling van het toezicht op de besluiten der Commissies". Gedeputeerde Staten zouden erop moeten toezien "dat het toezicht van de Raad en van Burgemeester en Wethouders op de commissie in voldoende mate is afgestemd op de aan de commissies toegekende bevoegdheden."[37]

Het wetsontwerp liet de gemeenten geheel vrij "in de samenstelling van de commissies, die met een gerust hart aan de gemeenteraad kon worden overgelaten". Geen beperking dus ten aanzien van het aantal niet-raadsleden of niet-ingezetenen.

Het ontwerp was in overeenstemming met de eerste richtlijn uit het rapport van de Commissie territoriale decentralisatie van 1961: "De aan de lagere besturen toegekende bevoegdheden dienen zo min mogelijk aan beperkingen te worden onderworpen (...)."[38]

Amendementen van de kamerleden Kolfschoten en Voogd zorgden ervoor dat het ontwerp gewijzigd tot wet werd vastgesteld. Kolfschoten vreesde dat de Gemeenteraden van de nieuwe door het ontwerp geboden mogelijkheden geen gebruik zouden maken uit beduchtheid voor verstoring van de eenheid en continuïteit van het bestuur. Naar zijn oordeel zou een gemeenteraad het van belang achten en zou het "van prudentie getuigen" als de wetgever zou voorschrijven, dat in functionele of bijzondere commissies een lid van het dagelijks bestuur van de gemeente of één of meer raadsleden als lid zouden moeten worden opgenomen, indien bevoegdheden van de Raad en van Burgemeester en Wethouders aan haar zouden worden toegekend.[39] De Kamer volgde hem. Aldus kwam het derde lid van artikel 63 in de wet. Het amendement Voogd heeft het tweede lid van artikel 64 tot resultaat gehad: de regeling van de openbaarheid van de vergaderingen van de commissie, wanneer aan haar bevoegdheden van de Raad zijn toegekend.

De nieuwe wettelijke bepalingen hadden ten doel de afstand tussen bestuur en bestuurden te verkleinen, het inschakelen van deskundigen in het bestuur

te bevorderen, verambtelijking en overbelasting van het bestuur te verminderen. "Revolutionaire ontwikkelingen door dit wetsontwerp" dienden niet te worden verwacht, aldus het Eerste Kamerlid Troostwijk, "maar het openbreken van de gemeentewet op dit stuk biedt goede perspectieven voor niet-verambtelijkt gemeentebestuur."[40]

3 Het commissiestelsel na 1964

Zoals in de inleiding naar voren gebracht, hebben de Gemeenteraden weliswaar gebruik gemaakt van de gelegenheid niet-raadsleden in adviescommissies te benoemen, doch slechts in geringe mate de mogelijkheid aangegrepen om aan commissies, ingesteld op grond van artikel 61, bestuursbevoegdheden over te dragen.

De stichtingsvorm ter behartiging van publiekrechtelijke belangen nam na 1964 geenszins in populariteit af.

Schreef Leemans tien jaar geleden, dat het succes van wijkraden beperkt was,[41] ook thans nog dient te worden geconstateerd, dat binnengemeentelijke territoriale decentralisatie slechts in beperkte mate heeft plaatsgevonden.[42]

In december 1971 hadden, blijkens mededeling van de Minister van Binnenlandse Zaken 82 gemeenten tezamen in totaal 117 functionele commissies ingesteld waaraan op grond van artikel 63 bevoegdheden waren overgedragen.[43] In september 1975 waren deze aantallen blijkens de Memorie van Antwoord bij het wetsontwerp tot wijziging van de Provinciewet respectievelijk 195 en 264.[44]

Naast deze cijfers staan thans de uitkomsten van het door de VNG verrichte onderzoek. Deze cijfers, die betrekking hebben op commissies ex art. 61, 1a, gemeentewet, waarin tevens "burger-leden", niet-raadsleden zitting hebben, zijn daarom zo interessant omdat zij een beeld geven van wat werkelijk is verwezenlijkt van de bedoelingen van de wetgever in 1964. Het ging er immers in 1964 om de afstand tussen bestuur en bestuurden te verkleinen, om burgers in het bestuur te doen participeren en om te delegeren, wat werkelijk gedelegeerd kan worden.

Van de door de VNG in 1977 getelde 384 functionele commissies met "burgerleden" bleken er 198 beheersbevoegdheid te hebben, van welk aantal 33 ook op bepaalde beleidsgebieden beleidsbeslissingen mochten nemen, terwijl 11 andere niet-beheers-commissies eveneens deze bevoegdheid hadden. Op het totaal der gemeenten in Nederland lijken deze laatste cijfers waarlijk niet revolutionair.

Functionele commissies blijken vooral voor te komen op de gebieden van sport en recreatie, culturele zaken en onderwijsaangelegenheden. De Minister stelde dit in de Memorie van Antwoord op het wetsontwerp tot wijziging van de Provinciewet. Het wordt door de enquête van de VNG bevestigd.[46]

Als men de jaren na 1964 overziet moet men vaststellen, dat de doeleinden, welke bij de wetswijziging van 1964 voorzaten, niet zijn verwezenlijkt. Dat werd ook geconstateerd in het literatuurrapport van het Instituut voor Bestuurswetenschappen.[47]

Voor het geringe effect van de wetswijziging van 1964 worden verschillende redenen aangegeven:
– in het algemeen heeft de Raad niet veel neiging zijn bevoegdheid over te dragen. "De zuiver menselijke eigenschap, dat men gesteld is op het behoud van bevoegdheden, is ook onze raadsleden niet vreemd", aldus Oud.[48] Ook de traditionele werkwijze van gemeentebestuurders en gemeenteambtenaren zou weerstand bieden tegen verandering[47];
– beduchtheid voor aantasting van de "eenheid" en "slagvaardigheid" van het gemeentelijk bestuur; gewaakt zou moeten worden tegen een "ontbinding in factoren van de totale bestuurstaak",[47] welke het gevolg zou kunnen zijn van commissies die doel op zichzelf zouden worden[42];
– de geringe neiging om de vertegenwoordiging die de raadsleden is toevertrouwd, te moeten delen met een aantal burgers die niet politiek kleur hebben bekend. Door deze "overheersende invloed van de factor van politieke vertegenwoordiging" wordt de zakelijke doelmatigheid ernstig geschaad, aldus Leemans[49];
– de vrees, welke volgens Ten Berge bij gemeentebestuurders zou bestaan voor conflicten en polarisatie. "Er bestaat de angst, dat men met dorpsraden, wijkraden en functionele raden als het ware officiële actiegroepen in het leven roept."[50]

Men kan zich afvragen of de vrees, welke Ten Berge signaleert gegrond is. Immers het bestaan van overheidsbevoegdheden op een bepaald terrein stimuleert op zichzelf reeds de organisatie van de op dat terrein bestaande particuliere belangen.[51] Het creëren van een samenhang tussen overheid en maatschappelijke organisaties middels commissies zal depolariserend kunnen werken.

Zijn de mogelijkheden van artikel 61, 1a, gemeentewet na 1964 weinig gebruikt, geconstateerd kan worden dat de – zo ongewenst geachte – stichtingsvorm ter behartiging van publieke belangen veelvuldig is en wordt gehanteerd. Ten Berge heeft daaraan uitvoerige beschouwingen gewijd.[52] Hier zij volstaan met een paar opmerkingen.

De jurisprudentie van de Kroon na 1966 laat zien, dat de stichtingsvorm alleen kan worden toegelaten, indien zij bijzonder aangewezen wordt geacht. Het is aan de gemeenten dat te bewijzen. Een vrije keuze tussen de stichtingsvorm en de instelling van een functionele commissie is er niet. Gewezen zij op het K.B. van 3.11.1966 nr. 6 inzake de gemeenten Mijdrecht, Vinkeveen en Waverveen en Wilnis en het K.B. van 1.3.1974 nr. 40 inzake Vlissingen (resp. O.B. 1967 III 2, 3 no. 25776 en A.R.B. 1974/228).

Opmerkelijk daarom zijn de onderzoekresultaten van de VNG: na 1964 werden er 207 stichtingen opgericht. Blijkens de vraagstelling van de VNG zijn dat stichtingen, die zijn aan te merken als "functioneel" en als zodanig als alternatief kunnen worden beschouwd van functionele commissies, dus ook adviserende bevoegdheid kunnen hebben. Volgens de opgaven der gemeenten bestonden er 73 met gelijke bevoegdheden voor 1964.

Van 1964-1970 werden in totaal 81 van zulke stichtingen, in 1976 alleen al 50 opgericht. De cijfers laten zien, dat de stichtingsvorm vooral populair is bij gemeenten tussen de 20.000-50.000 inwoners.

De stelling van Ten Berge, dat de strengheid, waarmee van provincie tot provincie aan artikel 234 gemeentewet de hand wordt gehouden, verschilt,[53] lijkt inderdaad gegrond.

Stichtingen worden vooral aangetroffen in Zuid-Holland (78 van de door de VNG getelde), in veel mindere mate in Brabant (30), Noord-Holland (27), Friesland (28), terwijl in Zeeland er slechts één werd opgegeven. Zij functioneren vooral op de gebieden van sport en recreatie, welzijnszorg, voorlichting en culturele aangelegenheden.

Met Ten Berge vermoed ik, dat de bezinning bij de gemeenten op de betekenis van artikel 234 niet altijd even intensief plaatsvindt en dat dat ook geldt voor het toezicht door (een aantal) colleges van Gedeputeerde Staten.[54]

Werd de stichtingsvorm ter behartiging van gemeentelijke openbare belangen reeds voor het in werking treden van de artikelen 61 e.v. in 1964 algemeen afgekeurd, de ongewenstheid ervan – het toezicht is moeilijk en de openbaarheid vaak zoek –[55] neemt waar stichtingen tevens veelal als adviesinstanties van de gemeentelijke overheid fungeren, toe in het zicht van de nieuwe Wet Openbaarheid van Bestuur. Immers deze wet zal – zo het wetsontwerp na de laatste nota van wijzigingen, waarin in artikel 3 "adviesinstanties" is gewijzigd in "adviescommissies" aldus wet wordt –[56] uitsluitend ten aanzien van adviezen van adviescommissies de verplichting tot openbaarmaking kennen.

Had men ten aanzien van de commissies op grond van art. 61, 1a in 1964 hoge verwachtingen – al vermoedde men aarzeling bij de overdracht van bevoegdheden – ten aanzien van de instelling van wijkraden waren die verwachtingen lager gestemd. Het succes van wijkraden was, zeker vóór 1964, zeer beperkt.[57] Voorzover er wijkraden waren ingesteld, leidden zij "een kwijnend bestaan".[58] De wijkraden, welke Rotterdam aanvankelijk in 1947 kende, hadden geen bloeiend leven. Dat had ook niet de gemeenschapsraad van Zuilen, ingesteld bij de wet bij de samenvoeging van Zuilen met Utrecht en opgeheven in 1964.

Mede op grond van het mislukken van deze gemeenschapsraad – aan de nieuwe gemeente Utrecht als "een koekoeksjong"[59] meegegeven – werd gesteld, dat gemeenschapsraden/wijkraden niet aan (nieuwe) gemeenten moesten worden opgedrongen. De gemeenten moesten vrij zijn zelf te bepalen

of zij wijkraden op grond van artikel 61 wensten – en zo ja met welke bevoegdheden – of niet.

De gemeenten hebben na 1964 van deze vrijheid weinig gebruik gemaakt. Dat is mede reden geweest, dat de wetgever in wetten tot gemeentelijke herindeling Gemeenteraden verplicht gemotiveerd aan G.S. mee te delen of en zo ja op welke wijze zij aan de artikelen 61-64 f van de gemeentewet uitvoering hebben gegeven. Een bepaling dienaangaande kwam voor het eerst voor in de wet van 21 oktober 1970, *Stb.* 592 tot gemeentelijke herindeling van het eiland Tholen. Eenzelfde bepaling wordt aangetroffen in de latere wetten tot gemeentelijke herindeling van Noord-West Overijssel (van 15 juni 1972, *Stb.* 442) en de Zaanstreek (van 13 juli 1973, *Stb.* 326). Zoals Helmstrijd/Troostwijk opmerken ligt hierin de wens van de wetgever besloten dat de desbetreffende gemeenteraden onverplicht tot decentralisatie overgaan.[60]

Een inventarisatie van de Wiardi Beckmanstichting leert, dat in 1970 in 4 Nederlandse gemeenten in totaal 5 wijkraden in de zin van artikel 61 van de gemeentewet bestonden. Op andere basis dan art. 61 waren er nog 15 "publiekrechtelijke wijkraden": 1 in Zutphen, 3 in Haarlem en 11 in Rotterdam. Geen van hen had bestuurlijke bevoegdheden.[61]

De territoriale binnengemeentelijke decentralisatie op grond van artikel 61 heeft in de jaren na 1970 wel veld gewonnen. Gewezen zij op de in 1972 ingestelde deelgemeenteraden van Rotterdam en de wijkraadverordeningen van Haarlem, Zaanstand, Apeldoorn en Amersfoort. Ook bij deze wijkraden/deelgemeenteraden staat de adviserende bevoegdheid centraal.[62] In Rotterdam, Zaanstad en Amersfoort zijn aan deze raden ook bestuursbevoegdheden overgedragen. Daarbij is Zaanstad het verst gegaan waar verlening van hinderwetvergunningen, de uitwerkings- en wijzigingsbevoegdheid van bestemmingsplannen op grond van art. 11 Wet op de Ruimtelijke Ordening en het geven van vrijstellingen op grond van de artikelen 15, 17 en 18 van die wet aan wijkraden worden toevertrouwd.[63]

Na een onderzoek over de vraag welke bevoegdheden aan eventueel in te stellen wijkraden zouden kunnen worden overgedragen en of en zo ja hoe deconcentratie van gemeentelijke diensten daarmee gepaard zou dienen te gaan[64] overweegt Amsterdam thans de instelling van wijkraden.

In het kader van dit preadvies zal niet worden ingegaan op de deconcentratie van gemeentelijke diensten, welke met de binnengemeenteliijke decentralisatie gepaard zou dienen te gaan.[65]

Overziet men de ontwikkeling van de binnengemeentelijke decentralisatie na 1964, dan dient te worden gesteld, dat het aantal functionele commissies, op grond van artikel 61, 1a, vanaf 1964 is toegenomen, doch dat de gemeentebesturen niet erg geneigd zijn gebleken bevoegdheden over te dragen.

Deze tegenzin verbaast temeer, aldus Leemans, omdat de raden wel bereid zijn om het beheer van bepaalde activiteiten toe te vertrouwen aan stichtingen,

in welker bestuur burgers zitting hebben en waarover de raad een goed deel van zijn zeggenschap heeft verloren. De reden van deze verbazing van Leemans is, zoals bleek, niet weggenomen.

Dat aan artikel 61, 1b gemeentewet zo weinig toepassing werd gegeven is zonder twijfel eveneens mede veroorzaakt door de te geringe neiging van gemeenteraden tot overdracht van bestuurlijke bevoegdheden. Dat heeft tot gevolg, dat vanuit de wijken stellig minder belangstelling voor de instelling van wijkraden bestaat dan anders het geval zou zijn.[66] Juist overdracht van beheers- en bestuursbevoegdheden dient te worden gezien als een voorwaarde voor de levensvatbaarheid en goede functionering van wijkraden.

Dat werd door de regering onderkend in de nota betreffende de bestuurlijke organisatie,[67] waar ten aanzien van grote gemeenten wordt gesteld dat binnengemeentelijke decentralisatie "stellig ten goede (kan) werken, mits deze dan ook (...) gepaard gaat met de overdracht van reële bevoegdheden en redelijke financiële middelen ter beschikking staan."

3.1 *Samenstelling van de commissies; representanten en deskundigen*

De wetswijziging van 1964 maakte, zoals gesteld, het betrekken van niet-raadsleden bij het bestuurswerk mogelijk door hen deel te doen uitmaken van adviescommissies.[68] Dat zou verschillende voordelen met zich kunnen brengen:
– burgers, niet-raadsleden, welke zich bij het bestuur betrokken voelden, zouden hun bijdrage aan de omvangrijk geworden bestuurstaak kunnen leveren en aldus de taak van het gemeentebestuur kunnen verlichten;
– deskundigen zouden kunnen worden ingeschakeld daar waar de toegenomen specialisatie op het bestuursterrein dat vroeg;
– de betrokkenheid van burgers en organisaties bij het bestuur zou kunnen worden "gekanaliseerd"; groeperingen zouden in het bestuur kunnen worden geïntegreerd.[69]

Door het opnemen van burgers – representanten van groeperingen en deskundigen – in de commissies zou de bestuurskracht van de gemeentebesturen kunnen worden vergroot.[70] Bovendien zouden daardoor beslissingen van het gemeentebestuur waar nodig meer aanvaardbaar kunnen worden gemaakt. Scholten noemt terecht "legitimatie" een belangrijke functie van adviseren. Niet alleen is een beslissing beter te verdedigen "indien uit een advies blijkt dat de nodige informatie aanwezig was en dat daar logische en aanvaardbare conclusies uit zijn getrokken", ook het feit "dat een advies is opgesteld door 'deskundigen' of 'belanghebbenden' maakt het conform het advies gevoerde beleid op zichzelf in onze cultuur beter verdedigbaar".[71]

Reeds uit het door de VNG getelde landelijk totaal van commissies ingesteld op grond van artikel 61a blijkt, dat de mogelijkheden van artikel 61a door de

meeste gemeentebesturen niet zijn uitgebuit. Men kan zich bovendien afvragen of – waar wèl adviescommissies zijn of worden ingesteld – de samenstelling daarvan adequaat is geschied of geschiedt. In dit verband is het opvallend, dat de VNG in den lande slechts 10 commissies voor beroep- en bezwaarschriften telt, waarin niet-raadsleden zitting hebben. Men zou wensen, dat met het oog op de rechtsbescherming van de burger juist in commissies voor beroep- en bezwaarschriften naast leden van de gemeenteraad een deskundige (niet-raadslid) op het gebied van het administratieve recht zou worden opgenomen, zoals bijv. de gemeente Ouder-Amstel enige jaren geleden deed door A.D. Belinfante (bovendien niet-ingezetene van de gemeente) als voorzitter van haar commissie voor de beroepschriften te benoemen. Gewezen zij ook op de samenstelling van de tot beslissing bevoegde commissie voor de beroepschriften van de gemeente Leiden, waarin naast raadsleden deskundigen zitting hebben. Weinig gemeenten echter hebben deze goede voorbeelden gevolgd.

De samenstelling van een adviescommissie – een opnemen daarin van vertegenwoordigers van organisaties dan wel van deskundigen – is uiteraard afhankelijk van het beleidsterrein, waarmee de commissie zich moet bezighouden en van het doel waartoe zij is ingesteld. In een adviescommissie voor jeugd en jongerenwerk zullen veeleer representanten van organisaties worden opgenomen dan deskundigen "zonder achterban", terwijl deze laatsten op hun plaats lijken in de genoemde commissie voor beroep- en bezwaarschriften en bijv. planschadecommissies.

Wil men inderdaad bereiken, dat geïnteresseerde burgers, niet-raadsleden, bij het bestuurswerk middels adviescommissies worden betrokken, wil men representanten van organisaties invloed geven op het bestuursbeleid en gebruik maken van de kennis en het inzicht welke deskundigen uit hoofde van hun vak hebben, dan dient dat zijn weerslag te vinden op de samenstelling van de adviescommissies.

Volgens de uitkomsten van de enquête van de VNG zijn in 32,3% van de getelde commissies deskundigen opgenomen (in 9,9% uitsluitend deskundigen, in 23,4% deskundigen naast anderen) en in 61,5% der commissies vertegenwoordigers van organisaties (32,6% der commissies zijn uitsluitend uit representanten van organisaties samengesteld).

Over het aantal leden, dat een commissie zou dienen te tellen is moeilijk een oordeel te geven. Wel is het raadzaam dat in beginsel het aantal zo beperkt mogelijk wordt gehouden en dat de gemeentebesturen zich bij de instelling van de commissie daarop bezinnen. In een grote gemeente – waar veelal het aantal organisaties op een bepaald terrein groter is dan in een kleine gemeente – zal een commissie spoedig meer leden tellen dan in een kleine gemeente. Echter, hoe meer leden-representanten van organisaties hoe moeilijker het kan worden tot besluitvorming te komen. Verwezen zij in dit

verband naar Amsterdam, waar de Raad voor de Stedebouw 20 tot 30 leden telt. De Kunstraad telt er nog meer: 60 à 75. Een aantal gemeenten heeft in een algemene verordening op bevoegdheden en samenstelling van commissies als bedoeld in artikel 61a het ledental beperkt tot maximaal 5.[72]

In een groot aantal commissies zijn ook ambtenaren als lid opgenomen. Met Van der Burg acht ik een lidmaatschap van ambtenaren van adviescommissies – waar het gaat om externe advisering – niet juist. Hetgeen hij daarover schrijft met betrekking tot adviesorganen aan de rijksoverheid geldt evenzeer voor adviesorganen aan de gemeentelijke overheid.[73] Enerzijds moet worden voorkomen, dat de ambtenaar – die werkzaam is op het terrein waarop de commissie adviseert – in een dubbelrol wordt gebracht: naast het zijn van interne beleidsvoorbereider, het zijn van adviseur door middel van een commissie welke over het te voeren beleid (van buiten het overheidsapparaat) adviseert.

Waar het – aldus ook Van der Burg – wezenlijk is voor advisering, dat anderen dan de beslisser een oordeel geven, zodat deze anderen ook de mogelijkheid moeten hebben zelfstandig tot een oordeel te komen, horen ambtenaren die een aandeel hebben in de interne besluitvorming in een adviescommissie niet thuis.

Anderzijds moet het bestuursorgaan, dat de beslissing moet nemen, voorkomen, dat het – gezien de inbreng die de ambtenaren in de commissie hebben – de vrijheid in zijn oordeelsvorming geweld aan doet of verliest. Het verantwoordelijk bestuursorgaan moet het risico vermijden, dat het advies door de inbreng van de ambtenaren wordt beïnvloed, en daardoor naar buiten toe snel "verdacht" is.[74]

Aan commissies met ambtenaren-leden kleeft thans ook het bezwaar, dat hun adviezen aan de werking van de Wet Openbaarheid van het Bestuur zullen ontkomen. Adviezen van commissies, die adviseren over het te vormen beleid, waarin één ambtenaar zitting heeft uit hoofde van zijn functie, zullen immers niet verplicht openbaar gemaakt hoeven te worden. Dit kan slechts het risico van het verdacht zijn van het advies vergroten. Crince Le Roy heeft over het wantrouwen tegen de beslotenheid waarachter zich het bestuursgebeuren voltrekt behartigenswaardige woorden geschreven.[75] Vermeldenswaard in dit verband is, dat in ca. 40% van de door de VNG getelde commissies ambtenaren als lid zitting hebben. Men zou wensen, dat het aantal ambtenaren-leden in de toekomst afneemt.[76]

3.2 *Taken van de commissies; overdracht van bestuursbevoegdheden*

Verschillende motieven kunnen tot de instelling van commissies leiden:
– een probleem is zo nieuw of zo moeilijk dan wel politiek zo beladen, dat het gemeentebestuur geen beslissing durft te nemen zonder zich te hebben doen adviseren door deskundigen of representanten van organisaties, die met dat probleem te maken hebben;

– het gemeentebestuur wenst door het verkrijgen van een advies en/of toetsing van zijn ideeën aan dat van deskundigen en/of representanten van organisaties de aanvaardbaarheid van de te nemen beslissing te vergroten;[77]
– het gemeentebestuur wenst door de instelling van een adviescommissie een beslissing uit te stellen dan wel af te schuiven dan wel mogelijke tegenstanders in te kapselen.[78]

"De participanten aan een commissie, de leden maar vooral ook de achter hen staande groeperingen, moeten de bereidheid bezitten en de inzet tonen om via de commissie iets tot stand te brengen", aldus Ten Berge.[79] Dat houdt echter in, dat de Gemeenteraad zijnerzijds bij de instelling van een commissie de mogelijkheden moet creëren dat aan die eis kan worden voldaan. De leden van de commissie moeten weten waar ze aan toe zijn, wat van hen wordt verwacht. Dat betekent dat vóór het instellen van de commissie in ieder geval de problemen waarover de commissie zich moet beraden aanwezig en duidelijk gedefinieerd moeten zijn.[80] Het doel waartoe de commissie wordt ingesteld, de taak welke de commissie meekrijgt en haar bevoegdheden moeten in de instellingsverordening duidelijk omschreven zijn.

Een actieve inzet van commissieleden en een goed functioneren van commissies kunnen moeilijk worden verwacht, indien de functie van de commissie in werkelijkheid blijkt te zijn de door Scholten genoemde "ijskastfunctie" dan wel de "afschuiffunctie" of "inkapselingsfunctie". Commissies dienen niet te worden ingesteld of te fungeren als "window-dressing".[81] Daartoe zijn de bepalingen 61 e.v. van de gemeentewet niet gegeven.

Waar gemeenten een algemene verordening betreffende commissies met adviserende bevoegdheid kennen, dient de Gemeenteraad bij het instellingsbesluit, het doel van de instelling van de commissie, de problemen waarover advies wordt gevraagd, de taak en de bevoegdheden zorgvuldig te omschrijven.

Een regelmatige discussie in de Gemeenteraad over de functionering van ingestelde commissies zou zinvol kunnen zijn. Men zou regelmatig dienen na te gaan of een commissie nog wel beantwoordt aan het doel waartoe zij is ingesteld.

Men zou een verschuiving in functie van de commissie naar die van "window-dressing" tijdig moeten kunnen signaleren. Zo'n discussie zou kunnen plaatsvinden op basis van een jaarverslag van de commissie. Geconstateerd moet worden, dat de meeste gemeenten een verplichting voor commissies tot het uitbrengen van een jaarverslag niet kennen. Het lijkt raadzaam, zo'n verplichting in de instellingsverordening of het instellingsbesluit wel op te nemen.

De meeste commissies, ingesteld op grond van artikel 61 zijn adviserende commissies, die gevraagd en ongevraagd adviezen (kunnen) uitbrengen. Een aantal heeft naast een adviestaak ook een beheerstaak. Van een ruimschoots gebruik maken door Gemeenteraden van de mogelijkheid bestuursbevoegdheden aan 61a commissies over te dragen – het is hiervoor reeds gesteld – is

echter geen sprake.[82] Dat is te betreuren. Immers meer dan het geven van een adviserende taak, is het verlenen van bestuursbevoegdheid aan commissies een middel om burgers niet-raadsleden bij het bestuur te betrekken. Overdracht van bestuursbevoegdheden geeft het gemeentebestuur bovendien de gelegenheid zich vooral bezig te houden met "het grote werk" en het uitstippelen van "de grote beleidslijnen",[83] zoals voor en bij de wetswijziging van 1964 reeds werd aangevoerd.

Bij overdracht van bestuursbevoegdheden aan commissies zal uiteraard moeten worden voorkomen, dat het bestuursbeleid wordt verbrokkeld, de eenheid in het beleid verloren gaat. De wet geeft in het artikel 63 daartegen al enige bepalingen: niet overgedragen mogen worden de bevoegdheden tot het vaststellen van de plaatselijke begroting en van afzonderlijke begrotingen als bedoeld in artikel 253, het voorlopig vaststellen van rekeningen als bedoeld in de artikelen 257 en 265, het vaststellen van verordeningen, door strafbepaling of politiedwang te handhaven[84] en het heffen van andere belastingen dan die, genoemd in artikel 275, terwijl voorts bij overdracht van bevoegdheden van de Raad tenminste één raadslid van de in te stellen commissie moet deel uitmaken.

De Raad zal bovendien garanties dienen te scheppen voor een goede inpassing van de overgedragen bevoegdheden in het totale gemeentelijke beleid.[85] Daartoe is toezicht op de werkzaamheden van de commissies onontbeerlijk. Dat toezicht dient met zich te brengen dat de Raad besluiten van commissies kan schorsen en/of vernietigen indien zij in strijd worden geoordeeld met het algemene door de Raad of Burgemeester en Wethouders gevoerde of uitgestippelde beleid. Wanneer aldus in de instellingsverordening waarborgen worden gegeven voor een goede coördinatie van de werkzaamheden van de commissie met die van de Raad, Burgemeester en Wethouders en/of andere commissies en een goede controle op de besluiten van de commissie, zal kunnen worden voorkomen, dat de eenheid van het bestuur wordt aangetast. Commissies met bestuursbevoegdheden zullen dan kunnen bijdragen aan de bestuurskracht van gemeentebesturen, die zich – van een aantal taken ontlast wetend – vooral kunnen bezig houden met "het grote werk".[85]

3.3 *Werkwijze der Commissies; wijze van adviseren*

Artikel 64 van de gemeentewet bepaalt dat de Gemeenteraad (voorzover nodig) de werkwijze van commissies moet regelen, indien hun andere dan adviserende bevoegdheden worden verleend. De wet kent geen voorschriften met betrekking tot de werkwijze van commissies, ingesteld op grond van art. 61, 1a, waaraan uitsluitend adviserende bevoegdheid wordt toegekend. Toch is de werkwijze van deze commissies evenzeer van belang. Voorzover in het kader van deze studie kon worden nagegaan is zij veelal (zeer) summier geregeld. Aan de werkwijze der commissies zou in de instellingsverordeningen

zorgvuldig aandacht moeten worden gegeven reeds om de volgende redenen:
– de leden van de commissie dienen te weten op welke wijze zij te werk kunnen gaan en welke hulpmiddelen zij bij de voorbereiding van het advies kunnen krijgen;
– de Gemeenteraad en B. en W. dienen de zekerheid te hebben, dat het advies op zo goed mogelijke wijze tot stand komt;
– de bestuurden, met name de belanghebbenden, dienen te weten hoe het advies tot stand komt, omdat de besluitvorming na, doch mede aan de hand van, dat advies hen raakt.[86]

Overleg over de in de verordening op te nemen bepalingen zou, indien mogelijk, vooraf dienen plaats te vinden met de in de commissie te benoemen leden of de organisaties die daarin vertegenwoordigd zullen worden. Voorkomen immers moet worden dat door een eenzijdig opleggen van bepalingen afbreuk zou worden gedaan aan een doelmatig functioneren van de commissie.[87]

Een adviescommissie dient zo doelmatig mogelijk te kunnen werken. Dat brengt met zich mee, dat zij dient te kunnen beschikken over een ambtenaar-secretaris (niet lid van de commissie). Haar advies zal mede moeten zijn gebaseerd op een analyse van het haar voorgelegde probleem waarbij veelal informatie vanuit en bijstand door het ambtelijk apparaat onontbeerlijk zijn.[88] Zij moet die informatie en die bijstand kunnen verkrijgen. Zij moet ook – indien haar taak dat nodig zou maken – belanghebbenden en/of deskundigen kunnen horen.[89]

Adviezen worden gevraagd ten behoeve van de besluitvorming. Uitblijven van advies kan ongewenst uitstel van besluitvorming met zich brengen. Daarom zou in de verordening een termijn moeten worden opgenomen, waarbinnen een gevraagd advies moet worden uitgebracht.[90] Van die termijn zou alleen om gewichtige redenen mogen worden afgeweken. Betreft het adviescommissies, waarvan de vergaderingen en besluiten niet op grond van artikel 64 verplicht openbaar zijn, dan zou de verplichting daartoe – in ieder geval ten aanzien van de uit te brengen adviezen – in de verordening dienen te worden neergelegd, hetgeen overigens in vele gemeenten geschiedt.

Als bouwsteen voor de besluitvorming dient het advies openbaar te zijn. Wanneer de Wet Openbaarheid van Bestuur in werking treedt zal die verplichting ten aanzien van adviezen over te vormen beleid weliswaar een wettelijke zijn, maar omdat zij zich niet uitstrekt over de – vele – commissies waarin ambtenaren uit hoofde van hun functie zitting hebben – de ongewenstheid daarvan is hiervoor gesteld – zal de Gemeenteraad er goed aan doen met betrekking tot de openbaarheid van de adviezen (aanvullende) regels te stellen.

Om het functioneren van de commissie te kunnen beoordelen, om na te kunnen gaan of de commissie nog wel beantwoordt aan het doel waartoe zij is ingesteld, zou – het is hiervoor reeds bepleit – jaarlijks door de commissie verslag moeten worden gedaan van haar werkzaamheden.

Is een goede werkwijze van de commissie van belang voor een doelmatig functioneren, evenzeer zijn van belang de normen waaraan het advies dient te voldoen, en de richtlijnen welke ten behoeve van het uit te brengen advies zouden kunnen worden gesteld. De analyse en de feiten, welke de commissie tot haar advies voeren, dienen zo naar voren te worden gebracht, dat zij duidelijk worden onderscheiden van de conclusies en aanbevelingen van de commissie.[90] Het advies zal uiteraard gemotiveerd moeten zijn.

Een eenstemmig advies – aldus Hoogerwerf –[91] verdient de voorkeur boven een verdeeld advies. Echter een verdeeld advies is te prefereren boven een eenstemmig advies, dat vaag is geformuleerd en een niet geheel consistent compromis is tussen de standpunten van de commissieleden.[92] De instellingsverordening zou daarom als richtlijn voor de inhoud der adviezen een bepaling dienen te bevatten, dat de commissie, indien geen – consistent – eenstemmig advies kan worden bereikt een verdeeld advies kan uitbrengen, waarbij dan tevens dient te worden bepaald, dat de motieven, die tot de verschillende standpunten hebben geleid kenbaar dienen te worden gemaakt.

Zoals gesteld is een goede werkwijze van de adviescommissies en een goede wijze van adviseren van belang voor de daarna volgende besluitvorming. Dat zal zijn weerslag dienen te hebben in de verordeningen, waarbij de commissies worden ingesteld.

4 Advisering door of krachtens de wet voorgeschreven: onderwerpen en adviesorganen

Heeft de wetgever in 1964 de gemeentebesturen zoveel mogelijk vrij willen laten met betrekking tot de instelling van commissies op grond van artikel 61 e.v. gemeentewet, in of krachtens een aantal wetten worden gemeentebesturen ter uitvoering van die wetten verplicht bepaalde adviescommissies in te stellen. In sommige wetten wordt hun daartoe de bevoegdheid gegeven. Niet vaak overigens heeft de wetgever op die wijze de instelling van gemeentelijke commissies opgelegd of de bevoegdheid tot de instelling ervan speciaal opgenomen.

Een zo zorgvuldig mogelijk uitvoering van de desbetreffende wetten, advisering van de gemeentelijke overheid door deskundigen, en het inschakelen van belanghebbenden daarbij, kunnen motieven zijn die tot de bepalingen met betrekking tot de (mogelijke) inschakeling van commissies hebben geleid. Die bepalingen zijn overigens in vrijwel geen der wetten gelijkluidend. Vier figuren kunnen worden onderscheiden:

– de commissie moet worden ingesteld; bij of krachtens de wet zijn regels gesteld met betrekking tot de samenstelling, taken en/of werkwijze;

– de commissie moet worden ingesteld; de wet geeft een regeling betreffende de taak; er zijn géén regels gegeven met betrekking tot samenstelling en werkwijzen;

– de bevoegdheid is gegeven een commissie in te stellen; wordt van die bevoegdheid gebruik gemaakt, dan dienen met betrekking tot samenstelling, taken en/of werkwijze bij of krachtens de wet gegeven regels te worden gevolgd;
– de bevoegdheid is gegeven een commissie in te stellen; het is geheel aan de Raad overgelaten regels te geven met betrekking tot samenstelling, taken en/of werkwijze.

1. a. De eerste figuur vindt men terug in de Woonruimtewet, waar in artikel 8 is bepaald, dat vordering van het gebruik van woningen/gebouwen en inkwartiering slechts mag plaatsvinden na raadpleging van de zgn. vorderingscommissie, waarvan de samenstelling is geregeld in de krachtens dit artikel gegeven Woonruimtebeschikking 1974. Taak en werkwijze van de commissie zijn eveneens geregeld.

b. Ook in de Kleuteronderwijswet, de Lageronderwijswet en de Wet op het Voortgezet Onderwijs treft men deze figuur aan waar (in respectievelijk de artikelen 14, 20 en 45) de Gemeenteraad de verplichting wordt opgelegd ouderraden of schoolraden in te stellen. Taken, samenstelling en werkwijze vinden regeling in de wetten en de krachtens deze genomen besluiten (Besluit Adviesorgaan openbaar kleuteronderwijs en gewoon lageronderwijs van 27 februari 1975, *Stb.* 82, gewijzigd op 25 mei 1976, *Stb.* 305 en Besluit Adviesorganen openbaar voortgezet onderwijs van 18 oktober 1968, *Stb.* 579, gewijzigd 25 mei 1976, *Stb.* 305). De raden dienen de bloei van het onderwijs te bevorderen, de gemeenschappelijke belangen van de scholen bij gemeentebesturen voor te staan en de leden van het rijkstoezicht alle gewenste inlichtingen te geven. De schoolraden worden door Burgemeester en Wethouders over bepaalde aangelegenheden gehoord (over de voorziening in de behoefte aan gemeentelijk onderwijs, het leerplan der scholen en de voordracht tot de benoeming van schoolhoofden).[93]

c. Artikel 11 van de Algemene Bijstandswet bepaalt, dat de Kroon bij Algemene Maatregel van Bestuur nadere regels kan stellen ter bepaling van hetgeen in de aan dat artikel voorafgaande paragrafen is overgelaten aan Burgemeester en Wethouders. Artikel 32 bepaalt, dat bij bedoelde AMvB regelen kunnen worden gegeven terzake van instelling en samenstelling van commissies, die bij het nemen van sommige of alle beslissingen omtrent de verlening van bijstand ingevolge die maatregel moeten worden gehoord. Krachtens o.m. deze bepalingen zijn Burgemeester en Wethouders in de Rijksgroepsregeling Zelfstandigen (Besluit van 8 januari 1965, *Stb.* 55, laatstelijk gewijzigd 3 juli 1974, *Stb.* 419) (artikel 30) verplicht een Plaatselijke Commissie Zelfstandigen in te stellen, samen te stellen als in het Besluit aangegeven, welke tot taak heeft te adviseren over (te stellen voorwaarden aan) te verlenen bijstand en bezwaarschriften tegen een beslissing op grond van de regeling.[94] Eveneens krachtens genoemde bepalingen dienen Burgemeester en Wethouders op grond van artikel 21 van de Rijksgroepsregeling werkloze werknemers (Besluit van 21 december 1964, *Stb.* 553, laatstelijk gewijzigd 3 juli 1974,

Stb. 419) tot de instelling van een commissie over te gaan. Ook hier zijn samenstelling en taak voorgeschreven: Burgemeester en Wethouders dienen de commissie in ieder geval te horen alvorens: a) een aangevraagde uitkering te weigeren; b) te beslissen dat het besluit ook van toepassing is op de werkloze werknemer, die niet onvrijwillig werkloos is; c) de uitkering te verlagen indien de werknemer weigert hem aangeboden passende arbeid te aanvaarden en d) te beslissen op een bezwaarschrift dat tegen een beschikking is ingebracht.

d. Ook het wetsontwerp Voorzieningen Gezondheidszorg beantwoordt aan de eerste figuur. Artikel 3 bepaalt, dat daartoe door Provinciale Staten aangewezen gemeenten een commissie instellen "met het oog op hun taken ingevolge deze wet". Het bepaalde in de artikelen 63 e.v. van de gemeentewet wordt van overeenkomstige toepassing verklaard. Het artikel bevat voorschriften omtrent de samenstelling van de commissie en haar taak. De commissie moet eerst worden gehoord alvorens een plan of een verordening ter uitvoering van de wet kan worden vastgesteld of een beschikking op een verzoek ingevolge deze wet kan worden genomen, voorzover het niet betreft een aangelegenheid ten aanzien waarvan de voorbereiding of de uitvoering aan de Commissie is overgedragen.

2. De tweede figuur treft men aan in de Woningwet en de Wet op de Bejaardenoorden.

a. Artikel 85 lid 2 van de Woningwet verplicht de Gemeenteraad een deskundig college aan te wijzen voor het schriftelijk uitbrengen van advies bij de toepassing van de voorschriften omtrent de welstand.

b. Artikel 22 van de Wet op de Bejaardenoorden verplicht tot de instelling van een gemeentelijke commissie voor de bejeaardenoorden in gemeenten waar Burgemeester en Wethouders in de plaats treden van Gedeputeerde Staten. De commissie dient – al dan niet op verzoek – van advies terzake van de uitvoering van de wet; verordeningen en besluiten betreffende maatregelen ten aanzien der bejaardenoorden worden niet vastgesteld dan nadat de commissie is gehoord (artikel 18); de commissie dient een jaarverslag uit te brengen aan het gemeentebestuur.

3. De derde figuur vindt men terug in:

a. de Algemene Bijstandswet: indien, aldus artikel 75, een vaste commissie als bedoeld in artikel 62, 2e lid gemeentewet tot de in Hoofdstuk V van de wet bedoelde taken is ingesteld, zijn de artikelen 77 t/m 81a van toepassing. In die artikelen zijn de samenstelling (artt. 76 t/m 78) en taken (artt. 79, 80) geregeld. De commissie wordt gehoord over de ontwerpen van gemeentelijke verordening als bedoeld in de wet, over de instelling of opneming van een commissie krachtens artikel 61 van de gemeentewet, aan welke bevoegdheden van Burgemeester en Wethouders met betrekking tot de verlening van bijstand worden, onderscheidelijk zijn toegekend en over richtlijnen welke bij de verlening van bijstand in acht moeten worden genomen. De Gemeenteraad kan nadere regels betreffende taak en werkwijze stellen.

b. Ook de Commissie van Toezicht, genoemd in de Lageronderwijswet en de Kleuteronderwijswet kan onder deze figuur worden gerangschikt. De Gemeenteraad kan desgewenst deze Commissie instellen.[95] De commissie heeft – indien ingesteld – naast een toezichthoudende taak, de taak om o.m. Burgemeester en Wethouders van advies te dienen.[96]

c. De Wet AROB kan hier eveneens worden genoemd waar artikel 14 lid 2 bepaalt, dat bij of krachtens AMvB regels kunnen worden gesteld betreffende het horen en het opdragen aan een commissie van het horen en van het uitbrengen van advies inzake de op het bezwaarschrift te nemen beschikking. Ook de samenstelling en de werkwijze van zodanige commissie worden alsdan geregeld.

d. Artikel 48 lid 2 van het ontwerp van de Wet op de Standsvernieuwing geeft de Gemeenteraad de bevoegdheid een commissie in te stellen teneinde Burgemeester en Wethouders bij te staan bij de bevordering van de samenwerking ten behoeve van het verbeteringsplan en bij het toezicht op de goede uitvoering ervan. Vertegenwoordigers van rechthebbenden op en gebruikers van in het verbeteringsplan begrepen onroerend goed hebben in elk geval in de commissie – indien ingesteld – zitting. De Memorie van Toelichting spreekt zich ook uit voor een opname van al dan niet ambtelijke deskundigen.[97]

4. De in artikel 90 van de Woningwet genoemde woningcommissie valt onder de vierde hiervoor geschetste figuur: de Gemeenteraad is bevoegd een woningcommissie in te stellen; hij regelt in dat geval taak, samenstelling en werkwijze van de commissie.

Waar de wetgever de samenstelling van commissies heeft geregeld, heeft hij duidelijk aangegeven wie in ieder geval in de commissies zitting moeten hebben dan wel vertegenwoordigd moeten zijn. Dat zijn dan deskundigen en/of vertegenwoordigers van organisaties die bij de wijze van uitvoering van de wet belang hebben. In een aantal regelingen zijn gemeente-ambtenaren als commissielid aangewezen. In de vorderingscommissie daarentegen mogen geen ambtenaren zitting hebben, evenmin bij de beraadslagingen van de commissie aanwezig zijn.

Duidelijk is, dat de wetgever, waar gemeentebesturen bij de uitvoering van wetten worden betrokken, de wijze van uitvoering niet zonder meer aan de gemeentebesturen heeft willen overlaten, maar de zekerheid heeft willen inbouwen, dat – waar door hem gewenst – inderdaad commissies met bepaalde taken worden ingesteld waarvan deskundigen en/of (vertegenwoordigers van) belanghebbenden deel uitmaken, daarmee de vrijheid van gemeentebesturen om al dan niet op grond van artikel 61 gemeentewet commissies in te stellen, inperkend.[98] De wettelijke maatregelen waarin dat overigens tot nu toe is gebeurd, zijn, zoals reeds gesteld, niet talrijk.

In het kader van de door de wet voorgeschreven advisering verdienen ook

aandacht enkele adviesorganen, bij of krachtens de wet ingesteld, waarvan de leden door andere organen dan gemeentelijke worden benoemd.

– De Waterleidingwet bepaalt in artikel 2, dat er een Raad voor de Drinkwatervoorziening is, waarvan de voorzitter en de leden door de Kroon worden benoemd. Tenminste één derde van het aantal leden wordt benoemd uit kringen van het provinciaal en het gemeentelijk bestuur, tenminste een ander derde wordt benoemd uit hoofde van deskundigheid op het gebied van de drinkwatervoorziening. Het besluit op de Raad voor de Drinkwatervoorziening van 12 december 1957 (*Stb.* 574) geeft nadere voorschriften over samenstelling en werkwijze.

De Raad is bevoegd provinciale- en gemeentebesturen van advies te dienen inzake de toepassing van de wet.

– Krachtens de artikelen 11 en 32 van de Algemene Bijstandswet is bij het Besluit Bijstandsverlening Woonwagenbewoners van 16 mei 1974 (*Stb.* 359) een Commissie van advies inzake bijstandsverlening voor de **aankoop** van woonwagens ingesteld, waarin personen zitting hebben met **kennis** en ervaring van de leef- en woonsituatie van de woonwagenbevolking. De leden van de Commissie worden benoemd door de Minister van Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk Werk. De Commissie heeft tot taak het adviseren van Burgemeester en Wethouders met betrekking tot de verlening van bijstand in de kosten van aankoop van woonwagens en auto's.

In deze gevallen wenste de wetgever de advisering gezien de in het geding zijnde belangen vanuit een centraal punt te doen geschieden. In het laatstgenoemde besluit werd dat van belang geacht "uit een oogpunt van rechtsgelijkheid en ter bevordering van een optimale uniformiteit".

Ten slotte dient te worden vermeld de in of krachtens verschillende wetten voorgeschreven advisering door inspecteurs. Gewezen zij in dit verband op bijvoorbeeld de Woningwet, waar in artikel 29 is bepaald, dat de Inspecteur voor de Volkshuisvesting "met redenen omkleed", Burgemeester en Wethouders kan adivseren aanschrijvingen tot het treffen van voorzieningen aan woningen te doen uitgaan, terwijl hij op grond van artikel 34 de Gemeenteraad kan adivseren een woning onbewoonbaar te verklaren. Een ander voorbeeld biedt artikel 8 van de Hinderwet, krachtens welk de regionale Inspecteur van de Volksgezondheid omtrent verzoeken om hinderwetvergunningen voor bepaalde inrichtingen in de gelegenheid gesteld moet worden advies uit te brengen. De adviezen van de inspecteurs krijgen meer gewicht, waar hun in de wetten de bevoegdheid is gegeven tegen besluiten, die afwijken van hun, op grond van de wet gegeven adviezen, in verband met hun toezichthoudende taak voorziening te vragen dan wel beroep in te stellen.

Hoewel geen op grond van de wet voorgeschreven advisering aan gemeentebesturen, dient in dit kader nog te worden genoemd de verplichting van Gedepu-

teerde Staten om in een aantal gevallen alvorens te beslissen over verzoeken van gemeentebesturen of besluiten van hen goed te keuren, bepaalde inspecteurs te horen. Gewezen zij op het verplicht horen van de Inspecteur voor de Volkshuisvesting, alvorens G.S. kunnen beslissen over de goedkeuring van een besluit van de Raad ten aanzien van geldelijke steun aan woningbouwverenigingen (art. 65 Woningwet) en op het horen van de Inspecteur voor de Ruimtelijke Ordening, die zijn mening dient te geven, alvorens bijvoorbeeld verklaringen van geen bezwaar ingevolge artikel 50 lid 8 van de Woningwet en artikel 19 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening door Gedeputeerde Staten kunnen worden verleend. Dat is ongetwijfeld mede reden, dat door de gemeentebesturen aan het standpunt van de inspecteur zoveel gewicht wordt gehecht, dat zij in de gevallen, waarin deze door Gedeputeerde Staten moet worden gehoord, hem rechtstreeks benaderen om zijn mening te vernemen.

5 De invloed van het advies op de besluitvorming; de politieke verantwoordelijkheid

De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid noemt in zijn twaalfde rapport als doel voor advisering: het tot stand brengen van informatieoverdracht en de aanvaardbaarheid van een door een ander te nemen beslissing. Advisering, aldus Van der Burg, houdt in, dat het bevoegde orgaan de oordeelsvorming die aan het te nemen besluit vooraf moet gaan, gedeeltelijk uitbesteedt.[99] Die uitbesteding van oordeelsvorming dient echter ook met zich te brengen, dat het advies effect kan hebben op de besluitvorming.

Adviezen kunnen invloed hebben door de deskundigheid, de ervaring van de commissieleden en het vertrouwen dat zij genieten,[99] door het technische karakter, dat zij dragen of doordat zij het resultaat zijn van een moeilijk onderhandelingsproces.[105]

Nog enkele andere redenen worden voor die invloed genoemd: de adviezen bevatten een duidelijke richting voor bestuursorganen, die zelf nog weinig zicht op de zaak hebben; de adviezen dienen als dekmantel voor bestuursorganen, die de verantwoordelijkheid voor een bepaald beleid met anderen willen delen.[100]

Al deze redenen vinden hun grondslag in de aard der adviezen of de samenstelling van de adviesorganen.

Men kan daarnaast bij adviseren op verschillende wijzen onderscheid maken en tegenover elkaar stellen:
- gevraagd en ongevraagd advies
- advies over algemeen beleid en in bepaalde gevallen
- advies van een door de Gemeenteraad uit vrije wil ingestelde commissie en een door de wet voorgeschreven adviesinstantie.

Men zou kunnen stellen, dat ongevraagd advies minder invloed heeft dan ge-

vraagd advies. De overheid heeft immers over de kwestie waarover het advies wordt verstrekt het verkrijgen van de mening van de commissie niet nodig geoordeeld. Zo zou men eveneens kunnen stellen, dat het advies in bepaalde gevallen meer invloed heeft op de besluitvorming dan dat over algemeen beleid waar de beslisser en de adviseurs hun aandacht moeten richten "op de merites van een individueel geval ... dat individueel geval (moet) passen in een meer algemeen kader", waarbij veelal de politieke betekenis ontbreekt.[101]

De betekenis van een advies van een door de wet voorgeschreven adviesinstantie zou groter zijn, dan dat van een uit vrije wil door de Raad ingestelde Commissie, zeker wanneer het om individuele gevallen gaat en de adviesinstantie de mogelijkheid heeft voorziening te vragen aan de Raad als Burgemeester en Wethouders het advies niet opvolgen (bijv. art. 29 Woningwet) dan wel in beroep te komen bij Gedeputeerde Staten als de Gemeenteraad (bijv. art. 25 Woningwet) haar advies niet volgt.

Men kan deze vormen van onderscheid maken, het feit echter op zich reeds, dat een advies – gevraagd of ongevraagd – is uitgebracht door een commissie, ingesteld ten behoeve van de voorbereiding van (bepaalde) besluiten op een bepaald beleidsterrein – of zij nu door de Raad is ingesteld of bij of krachtens de wet is voorgeschreven – dient met zich te brengen, dat dat advies zijn invloed op de besluitvorming niet mist, daarbij althans zorgvuldig wordt gewogen.

Formeel zijn de gemeentebesturen vrij een advies al dan niet op te volgen en beperkt dat hun beslissingsvrijheid niet.[102] De toekenning van adviesbevoegdheid aan een commissie wekt echter verwachtingen, enerzijds aan de zijde van commissieleden, dat met hun oordeel rekening wordt gehouden, anderzijds aan de zijde van de bestuurden, dat het geadviseerde orgaan zijn besluiten mede op basis van het advies van de commissie zal nemen, althans deze bij de besluitvorming zal betrekken.[103] De gemeentelijke overheid dient geïnteresseerde of deskundige burgers dan wel vertegenwoordigers van organisaties bij de besluitvorming niet door middel van commissies te betrekken om de van deze verkregen adviezen zonder meer naast zich neer te leggen. Zij zou vermoedelijk spoedig nog weinigen bereid vinden in een commissie zitting te nemen. Een gemeentebestuur dat door middel van een adviescommissie een structuur schept voor de besluitvorming, dient er voor te waken aan adviezen geen invloed toe te kennen dan wel daarvan ongemotiveerd af te wijken.[104] Dat betekent niet, dat de politieke verantwoordelijkheid voor de te nemen beslissing moet verschuiven. Zij dient – indien niet sprake is van overdracht van taken – bij het geadviseerde orgaan te blijven berusten. Zou sprake zijn van een gebondenheid aan het advies, van een verplichting het advies te volgen, dan is in feite niet meer van een beslissing van het geadviseerde orgaan sprake, doch van de adviesinstantie.[105]

Het betekent wel, dat de politieke verantwoordelijkheid hier een andere inhoud, een dimensie erbij krijgt. De besluitvorming zal mede moeten zijn gebaseerd op het advies. Het geadviseerde orgaan zal goed gemotiveerd

duidelijk moeten maken, waarom een advies al dan niet gevolgd wordt. Veelal is daarover in de verordeningen, waarbij commissies zijn ingesteld niets terug te vinden.

De waarde, die aan adviezen bij de besluitvorming moet worden toegekend, zou met zich moeten brengen, dat in de instellingsverordeningen bepalingen worden opgenomen, die de invloed van het advies bij de besluitvorming verzekeren.

Dat kan door voor de adviescommissie bijvoorbeeld in kwesties waarvan de uitvoering door de Gemeenteraad aan Burgemeester en Wethouders is overgelaten in de verordening de mogelijkheid van beroep op de Raad te openen tegen een besluit van Burgemeester en Wethouders, wanneer dat van het advies afwijkt. De wet biedt hier een voorbeeld in de Woningwet, waar aan de woningcommissie dit recht in artikel 90 lid 2 is gegeven.[106] Wil men niet zover gaan, dan zou in ieder geval dienen te worden bepaald, dat de geadviseerde instantie slechts gemotiveerd afwijkt van het gegeven advies en de adviescommissie van die motieven op de hoogte stelt.[107]

6 De kracht van het advies bij beschikkingen

Bij de behandeling van dit onderwerp zal hier niet afzonderlijk worden ingegaan op de toetsing van beschikkingen op rechtmatigheid of doelmatigheid en het advies daarbij als onderdeel van hun voorbereiding. Enige jurisprudentie op dat punt zal wel worden genoemd.

Wel zal worden ingegaan op de vraag of het voor de kracht van een advies uitmaakt of het al dan niet verplicht is gevraagd. Tevens zal worden besproken de voorbereiding van het advies, de motivering van de beschikking in het kader van de advisering en de wijze waarop met het advies bij de beschikking rekening dient te worden gehouden.

a. *Verplicht en onverplicht gevraagd advies*

Hiervoor zijn voorbeelden genoemd, waarin bij of krachtens de wet wordt voorgeschreven dat gemeentelijke bestuursorganen advies vragen aan een commissie alvorens een besluit te nemen. Soms ook is het instellen van een commissie facultatief gesteld, doch dient de commissie – indien ingesteld – bij de besluitvorming te worden betrokken. Mede op grond van het aldus verplicht gevraagde advies dient de beschikking te worden genomen. De advisering dient hier als een garantie voor een goede besluitvorming.

Ligt dat nu anders, wanneer het beschikkende orgaan onverplicht een commissie heeft ingesteld en onverplicht advies heeft gevraagd (en verkregen)? Ik meen, dat dat niet het geval is. De draagwijdte van het advies hangt niet af van het al dan niet verplicht vragen ervan. Het vrijwillige of verplichte karakter heeft betrekking op de adviesaanvrage. Het heeft geen invloed op de inhoud van het advies. Is het advies gevraagd, dan wordt het het resultaat van een bevoegdheid tot adviseren en dient de overheid het bij de besluit-

vorming te betrekken. Het is deel van de voorbereiding van de te nemen beschikking.[108] De overheid heeft het immers kennelijk nodig geoordeeld "uit eigen beweging de nodige kennis te vergaren"[109] door middel van het vragen van advies. Zij dient de vorm, ter verzekering van het bestuur zelf gesteld, in acht te nemen.[110]

b. *De voorbereiding van het advies*

De kracht van het advies is mede afhankelijk van de samenstelling van het adviesorgaan. Hiervoor is daarop reeds ingegaan. Die samenstelling is uiteraard afhankelijk van het beleidsterrein, waarmee de commissie zich moet bezig houden.

Evenals de beschikking zal het advies op zorgvuldige wijze tot stand moeten komen. De adviesinstantie zal de relevante feiten moeten vaststellen en waarderen. Soms is haar bij de wet voorgeschreven welke procedure zij in acht moet nemen. Schending van die procedure kan tot vernietiging van de op grond van dat advies gegeven beschikking leiden, zoals blijkt uit de jurisprudentie op artikel 8 van de Woonruimtewet waar woonruimtevorderingen nietig verklaard werden, daar de commissie zich bijv. had doen assisteren door een ambtenaar-secretaris.[111]

Maar ook indien niet bepaalde procedureregels zijn voorgeschreven, dient een zorgvuldige voorbereiding door de adviesinstantie plaats te vinden, zoals de uitspraak van de Afdeling Rechtspraak van 31 oktober 1977 (*TvO* jrg. 4 nr. 3) leert, waar de Beroepscommissie voor de Bouwverordening van de gemeente Amsterdam niet tot plaatsopneming was overgegaan. In deze uitspraak werd weliswaar de Gemeenteraad verweten het advies zonder meer te hebben gevolgd en niet alsnog een bezichtiging te hebben doen plaatsvinden, de beschikking zou wellicht een andere inhoud hebben gehad als de commissie de – overigens zeer gebruikelijke – plaatsopneming had verricht.

De werkwijze van en goede procedureregels voor de adviescommissie – hiervoor reeds besproken – zijn van belang voor een zorvuldige totstandkoming van de beschikking. Dat is zeker het geval bij adviescommissies voor beroep- en bezwaarschriften en beroepscommissies bouwverordening, waaraan het horen van appellanten/bezwaarden en belanghebbenden is opgedragen in het kader van de voorbereiding van het advies.[112] Ontbreken die regels dan is dat een lacune, waarin dient te worden voorzien.[113] Dat zal uiteraard slechts het geval kunnen zijn, waar geen wettelijke verplichting tot een regeling bestaat. Zoals hiervoor reeds opgemerkt kent artikel 61, 1a gemeentewet niet de verplichting tot het regelen van de werkwijze van de commissie.

De voorbereiding van de beschikking wordt van zo groot belang geoordeeld, dat verscheidene auteurs hun aandacht aan dat onderwerp hebben gegeven[114] en de Commissie Van Maarseveen daarover een aantal bepalingen heeft opgenomen in het ontwerp van wet houdende algemene bepalingen van administratief recht.[115]

Men zou zich kunnen denken, dat – wanneer een wet op deze bepalingen

tot stand komt – aandacht wordt besteedt aan adviescommissies, die bij de voorbereiding worden betrokken en voor wier werkwijze elders bij of krachtens de wet geen regels zijn gesteld.

Zoals gesteld kan een onzorgvuldig advies tot nietigverklaring van de beschikking leiden. De kracht van het advies is vooral afhankelijk van de zorgvuldigheid waarmee het tot stand is gekomen.

c. *De beschikking en het advies*

Waar een verplichting tot het vragen van advies bestaat, onstaat de kracht van het advies reeds bij die verplichting. Immers het inwinnen van advies is dan voorwaarde voor een regelmatige beschikking. De Gemeenteraad van Arnemuiden heeft dat ervaren door op een verzoek ex artikel 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening te beschikken zonder dit eerst in handen te stellen van de door hem zelf bij de procedure-verordening Planschadevergoeding 1970 ingestelde planschadecommissie.[116] Ook Burgemeester en Wethouders van Rossum konden dat constateren nadat zij een beschikking hadden gegeven op een aanvraag om bijstand zonder de commissie voor de behandeling van bezwaarschriften om advies te vragen, hetgeen zij op grond van de verordening van de Raad tot uitvoering van de artikelen 29 en 38 Bijstandswet verplicht waren.[117] De jurisprudentie laat meer voorbeelden zien.

Zoals hiervoor reeds gesteld zal een eenmaal uitgebracht advies – verplicht of onverplicht gevraagd – bij de beschikking moeten worden betrokken. Zou dit niet worden gedaan, zou ongemotiveerd van een uitgebracht advies worden afgeweken, dan zou eveneens van een vormgebrek sprake zijn. Advisering dient immers tot garantie van de rechten van hen tot wie de beschikking is gericht of die door de beschikking worden getroffen.[118]

Het advies dient deel uit te maken van de motivering waar hij die door de beschikking wordt getroffen niet rechtstreeks het advies kan betwisten. Het advies – ter voorbereiding van de beschikking – is immers zelf geen beschikking.[119] Het advies raakt de burger nog niet rechtstreeks in zijn belang.[120] De regelmatigheid van het advies kan alleen worden betwist naar aanleiding van een actie, gericht tegen de beschikking.

Het hiervoor gestelde betekent niet, dat het geadviseerde orgaan het advies zonder meer moet volgen. Enerzijds mag het – mits gemotiveerd – daarvan afwijken, tenzij het daardoor niet in redelijkheid tot de beschikking zou kunnen komen of anderzins enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur schendt. Anderzijds kan het zich niet achter het advies verschuilen. Het behoudt de eigen verantwoordelijkheid voor de totstandkoming van een regelmatige beschikking. Dat werd nog eens bevestigd door de reeds genoemde uitspraak van de Afdeling Rechtspraak,[121] waar werd overwogen, dat de Gemeenteraad van Amsterdam niet gebonden was aan het advies van de Beroepscommissie Bouwverordening en had kunnen besluiten alsnog de uitgebleven gerechtelijke plaatsopneming te doen plaatsvinden.

6.1 *Advisering in het kader van de AROB-bezwarenprocedure*

In de bezwaren- en de beroepsprocedure gaat het om de juistheid van het bestuur,[122] "waarbij de administratie haar besluitvorming ... moet kunnen aandienen als een uitkomst van rechtsvinding, hoezeer haar beleidsfactoren mede bepalend zijn".[123] Daartoe, het is hiervoor reeds betoogd, is advisering door commissies voor beroep- en bezwaarschriften, waarin deskundigen – eventueel niet raadsleden zitting hebben – wenselijk. Ook al zou het bestaan van zo'n commissie wellicht in de casus van het Schel- en Deuropenersarrest geen wijziging hebben gebracht in het oordeel van de Hoge Raad[124] – dat het vragen van voorziening bij de Gemeenteraad niet met zodanige waarborgen is omringd, dat zij als een bijzonder beroep op de burgerlijke rechter uitsluitende rechtsgang zou zijn aan te merken –, de advisering door een deskundige commissie komt de rechtsbescherming ten goede.[125]

Een van de taken, welke thans aan commissies, ingesteld op grond van de artikelen 61 e.v. gemeentewet kunnen worden opgedragen is het geven van advies inzake de op ingevolge de Wet AROB bij gemeentebesturen ingediende bezwaarschriften te nemen beslissingen.[126] De indieners van de Wet AROB waren van oordeel, dat een speciale commissie – belast met de voorbereiding en het uitbrengen van advies en bestaande uit leden "die niet betrokken waren bij het tot stand komen van de oorspronkelijke beschikking en waarschijnlijk met leden die ervaring met de behandeling van geschillen hebben" – van groot belang was om de bezwaarschriftenprocedure aan haar doel te doen beantwoorden. Zij wensten in artikel 14 daarop de aandacht te vestigen.[127]

Indien reeds een commissie van beroep- en bezwaarschriften bestond en deze daartoe toegerust was, zou deze de door de minister toegedachte taak opgedragen kunnen krijgen.

De instelling dan wel gebruikmaking van de door de regering bedoelde gemeentelijke adviescommissie lijkt inderdaad zeer gewenst en wel om een aantal redenen:

1. De beschikkende overheid heeft, aldus terecht Maris, de neiging niet direct te willen terugkomen van een zojuist genomen beslissing. De bestuurder, aldus De Goede, die oorspronkelijk handelde en zijn handeling corrigeert, is voorzover hij dat eigener beweging doet, zelfs een figuur waaraan in het geheel van de correctie met moeite een plaats wordt gegeven. Een advies van een commissie kan tot correctie nopen; het geeft een waarborg voor distantie.[128]

2. De rechtsbescherming van de burger, die het bezwaarschrift heeft ingediend, wordt vergroot, indien de overheid bij de beschikking op het bezwaarschrift rekening moet houden met een advies van een commissie van een samenstelling als door de regering genoemd.

3. De beschikkende overheid, zal – aldus Steenbeek – meer gewicht moeten leggen op de beschikking op het bezwaarschrift, waardoor de "zeeffunctie" van de bezwarenprocedure wordt bevorderd.[129]

Schreef Wessel, dat de indruk bestaat dat de meeste gemeenten een adviescommissie voor AROB-zaken hebben ingesteld – het tweede door de VNG geschetste model[130] – de ervaring leert dat vele gemeentebesturen de voorbereiding van de beschikkingen op bezwaarschriften in handen hebben gesteld van ambtenaren of enkele leden van het College van Burgemeester en Wethouders. Dat werkt voor de indiener van het bezwaarschrift niet altijd even vertrouwenwekkend, vooral niet wanneer, zoals de schrijver van dit preadvies enkele keren mocht ervaren, bij het horen van de bezwaarde wordt medegedeeld, dat het College, dat de aanvankelijke beschikking gaf, niet van plan was deze te herzien, – ook al kon aan de aangevoerde bezwaren zekere grond niet worden ontzegd –, omdat het zo interessant is de mening van de Afdeling Rechtspraak te vernemen.

Een adviescommissie is in het kader van de AROB-procedure zeer gewenst en lijkt onontbeerlijk voor een goed functioneren van die procedure. Het lijkt vereist dat inderdaad in zo'n commissie deskundigen zitting hebben, "leden met ervaring met de behandeling van geschillen", op de hoogte ook van de AROB-jurisprudentie.

Steenbeek[129] heeft gevraagd om een onderzoek door bijvoorbeeld de VNG naar de toepassing van bezwaarschriftenprocedures en ook Wessel dringt op een evaluatie aan. "Een punt waarop ook meer zicht moet worden verkregen, is de reële betekenis van deze rechtsbescherming", aldus Steenbeek.

Mijns inziens brengt artikel 14 van de wet – met name het tweede lid daarvan –, met zich mee, dat zo'n onderzoek moet worden gehouden. Immers de Kroon heeft zich het recht voorbehouden bij of krachtens AMvB regels te stellen betreffende het horen en het opdragen aan een commissie van het horen en van het uitbrengen van advies. Die bepaling is niet voor niets opgenomen: blijkt de bezwarenprocedure onbevredigend te werken, dan dient van de mogelijkheid van artikel 14, 2e lid door de Kroon te worden gebruik gemaakt. Evaluatie is dus nodig.

Met Steenbeek en Ten Berge[129] acht ik het – zeker waar het betreft niet-gebonden-beschikkingen – overigens ongewenst, indien de beslissing op het bezwaarschrift tegen een beschikking aan een commissie wordt toevertrouwd. Waar aan een orgaan bij de eerste beslissing een zekere beleidsvrijheid is gelaten, dient ditzelfde orgaan een beschikking op het bezwaarschrift te nemen. Een commissie, aldus Steenbeek neemt zo'n beslissing niet "met dezelfde verantwoordelijkheid voor de beleidsaspecten als het oorspronkelijke beschikkend bestuursorgaan."

7 Conclusie

Ik ben mij ervan bewust, dat het onderwerp advisering aan organen van de gemeentelijke overheid in dit preadvies slechts in beperkte mate is behandeld. Op advisering door andere instanties dan commissies, ingesteld op grond van artikel 61, gemeentewet is vrijwel niet ingegaan. Deze studie heeft als uitgangspunt de wijziging van de gemeentewet in 1964, wat tot die wijziging heeft gevoerd en hoe met name van artikel 61, 1a gebruik is gemaakt.

Naast de gegevens, verkregen uit de enquête van de VNG, verkreeg ik met betrekking tot de huidige situatie van een aantal gemeentebestuurders antwoorden op vragen, die ik hen voorlegde.[131]

Geconstateerd moet worden, dat van de mogelijkheden welke de gemeentewet sedert 1964 biedt, te weinig gebruik is gemaakt. Functionele bestuursoverdracht vindt in geringe mate plaats en betreft dan meestal een beheersopdracht. Territoriale decentralisatie komt eveneens weinig voor. Het aantal commissies met burgers niet-raadsleden als leden is de laatste jaren weliswaar gegroeid, maar men krijgt niet de indruk dat het gemiddelde gemeentebestuur door middel van toepassing van artikel 61 erop uit is de afstand tussen bestuur en bestuurden te overbruggen dan wel waar mogelijk deskundigen niet-raadsleden door het opnemen in commissies bij het bestuur te betrekken.

Refererend aan het circa twintig jaar geleden uitgebrachte rapport van de Commissie de Quay verzuchtte onze voorzitter in november 1976: "Afgezien van wat in Rotterdam op dit gebied is gepresteerd is er niet veel terechtgekomen van de binnengemeentelijke decentralisatie".[132] Die opmerking werd met reden geuit, al dienen de wijkraden in een aantal andere gemeenten – zij zijn hiervoor genoemd – niet te worden vergeten.

De wens van Van den Bergh, dat "de glans en de glorie van publiekrechtelijke gemeentelijke bevoegdheden" door middel van commissies op organisaties en burgers zou afstralen is stellig nog niet vervuld.

Het is goed, dat de VNG in het rapport *Een goede Raad* de gemeentebesturen er in 1974 op attent maakt, dat het van belang is dat deskundige en geïnteresseerde burgers, zonder lid van de Raad te zijn via de commissies bij het bestuur worden betrokken, dat dit "zelfs uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever" geweest is en bepleit dat de Raad zou dienen te delegeren waar het maar redelijkerwijs mogelijk is, daar hij alleen op die wijze zijn functie als hoofd van de gemeente kan vervullen.[133]

Waar commissies worden ingesteld zijn regels vereist met betrekking tot hun taken, samenstelling en werkwijze voorzover deze niet in of krachtens de wet zijn gegeven. Voor een goede besluitvorming zijn deze onontbeerlijk. Daarbij zal tevens een waarborg moeten worden gegeven, dat het advies ook inderdaad bij de besluitvorming wordt betrokken en er niet dan gemotiveerd van mag worden afgeweken.

Bij gemeentelijke verordeningen op commissies is, aldus Ten Berge, geen enkele gelijk aan de andere.[134] Dat maakt het zeer moeilijk een duidelijk beeld te krijgen van de wijze, waarop een besluit na advisering tot stand komt. Uniformering van het besluitvormingsproces lijkt dus wenselijk.[135] Een hulpmiddel daartoe kan zijn het scheppen van de verplichting voor de Gemeenteraad – op te nemen als aanvulling op artikel 61 lid 2 in de gemeentewet – om een "verordening op de commissies als bedoeld in artikel 61" naar een bijv. door de VNG ontworpen model vast te stellen, zodra tot de instelling van deze commissies wordt overgegaan. Daarin zou naast algemene bepalingen omtrent samenstelling en werkwijze de hiervoor bepleite waarborg – dat niet dan gemotiveerd van het advies kan worden afgeweken – moeten worden opgenomen.

Ten aanzien van het besluitvormingsproces met betrekking tot beschikkingen zou die waarborg kunnen worden verkregen door het opnemen van een bepaling in een Wet houdende algemene bepalingen van administratief recht.

Juist dertig jaar geleden schreef Donner dat meer en meer het verschijnsel kon worden waargenomen van wetten, die een doel stellen of een opgave formuleren, aanwijzen wie met de zaak wordt belast, maar overigens het "hoe", "wie", "wat" of "wanneer" geheel in het "Freies Ermessen" van het bestuur stellen: "Van een tijd waarin men een "vage term" als een onelegantie en vrijheid voor de administratie als een noodzakelijk maar dan ook zoveel mogelijk te beperken kwaad beschouwde, zijn wij in een periode aangeland, waar men van die vrijheid hèt levensbeginsel, zo niet het geloofsstuk van het gehele recht maakt. Het gaat hier om een reactie-verschijnsel".[136]

Thans – 30 jaar verder – lijkt het tijd het "hoe", "wie", "wat" en "wanneer" van de advisering door middel van commissies op grond van artikel 61 van de gemeentewet meer stringent te regelen dan thans in de gemeentewet geschiedt.

De relatie tussen bestuur en bestuurden en de rechtsbescherming van de laatsten zijn ermee gediend, indien optimaal gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden, die de artikelen 61 e.v. van de gemeentewet bieden en indien met betrekking tot de werking van op grond van die artikelen ingestelde commissies een regeling wordt gegeven, zodanig dat aan de adviezen van deze commissies recht wordt gedaan.

NOTEN

1. G.A. van Poelje, Commissies en Raden, in: *Bestuurswetenschappen* 1955, p. 348.
2. S.O. van Poelje, in: *Bestuurswetenschappen* 1975, p. 444.
3. *De Nederlandse Gemeente* p. 31, nr. 3.
4. G.A. van Poelje, *Gemeentelijke Bestuursinrichting*, preadvies VNG, 1918 p. 19.
5. G.A. van Poelje, *t.a.p.*, p. 42.
6. G.A. van Poelje, *t.a.p.*, p. 42.
7. P.J. Oud, *Gemeenterecht I*, Zwolle, 1963, p. 375.
8. *Rapport van de Commissie betreffende de inschakeling van organisaties van gemeenteraden in de huishouding der gemeente*, 1938, p. 8.
9. *Rapport van de Commissie betreffende de inschakeling van organisaties van gemeenteraden in de huishouding der gemeente*, t.a.p., p. 30.
10. *M.v.A. I* 1963–1964, nr. 130a, p. 2.
11. G.A. van Poelje, *t.a.p.*, p. 33.
12. *M.v.T. II* 1961–1962, 6627.
13. G. van den Bergh, *Gedenkboek Gemeentewet*, 's-Gravenhage, 1851–1951, p. 143.
14. Minister Toxopeus, *Handelingen II*, 15.4.64, 1639.
15. G. van den Bergh, *t.a.p.*, p. 152.
16. Oud, *t.a.p.*, p. 368.
17. Oud, *t.a.p.*, p. 361.
18. Helmstrijd, Troostwijk, Van Loenen, *De Gemeentewet en haar toepassing*, Alphen a/d Rijn, 1959, I-IIA-3.
19. Oud I, *t.a.p.*, p. 385.
20. Oud I, *t.a.p.*, p. 382.
21. *Geschriften VAR* XXXIV.
22. *Geschriften VAR* XXXIV, t.a.p., p. 45.
23. *Geschriften VAR* XXXIV, t.a.p., p. 91.
24. *Geschriften VAR* XXXIV, t.a.p., p. 92.
25. Verg. J.B.J.M. ten Berge, *Decentrakiseren met commissies*, 's-Gravenhage, 1978, p. 34. Zie resultaten enquête NVG hierna.
26. *Verslag van de Staatscommissie Bestuursvorm Grote Gemeenten*, ingesteld bij K.B. van 1 november 1952, nr. 32, Staatsdrukkerij, 1955, p. 9.
27. *Verslag van de Staatscommissie Bestuursvorm Grote Gemeenten*, t.a.p., p. 21.
28. *Het bestuur van de grote gemeenten*, W.B.S., 1959, p. 15.
29. *Het bestuur van de grote gemeenten*, t.a.p., p. 20.
30. *Het bestuur van de grote gemeenten*, t.a.p., p. 21.
31. *Het bestuur van de grote gemeenten*, t.a.p., p. 25. De Commissie Oud geeft in haar rapport, uitgebracht aan het bestuur van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten in 1959 op p. 50 een overzicht van het (geringe) aantal gemeenten dat tot 1959 wijkraden (uiteraard met uitsluitend adviserende bevoegdheden) kende: Utrecht (krachtens wettelijke voorziening: de gemeenschapsraad voor Zuilen), Rotterdam (11 wijkraden), Naarden, (6 wijkraden), 's-Gravenhage (adviescommissie voor Loosduinen), Haarlem (3 wijkcomités) en Zwollerkerspel.
32. Rapport Commissie Oud, *Herziening van de Gemeentewet*, VNG, Blauwe Reeks nr. 28, p. 62.
33. Rapport Commissie Oud, p. 60.
34. Rapport Commissie Oud, p. 59.
35. Rapport Commissie Oud, p. 76.
36. *Handelingen II*, 1961–1962, 6627.
37. *Handelingen II*, 1961–1962, 6627, p. 7.
38. *Rapport van de Commissie Territoriale Decentralisatie*, 's-Gravenhage, 1961, p. 20.
39. *Handelingen II*, 15 april 1964, 1631.
40. *Handelingen I*, 7 juli 1964, 1091.

41. A.F. Leemans, *De eenheid in het bestuur der grote stad*, 's-Gravenhage, 1967, p. 25.
42. Verg. *Rapport 6 van de Voorlopige wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid*, pp. 82/83.
43. *Handelingen II*, 1971/72, 11.500, nr. 23.
44. Bij Ten Berge, *t.a.p.*, p. 42.
45. H.A. Brasz en L. de Jong, *Burger en gemeente*, Bestuurskundige Bouwstenen nr. 8, Alphen a/d Rijn 1968 p. 33.
46. De percentages bedragen resp. 29, 15 en 10,2. Zij liggen lager op andere beleidsterreinen als "welzijn" (8,3) ruimtelijke ordening, verkeer en vervoer (4,7) en economische aangelegenheden (2,3).
47. *Onderzoek naar de bestuurlijke organisatie*, deel I, Rijswijk, 1972, pp. 76/77.
48. Oud, *t.a.p. II*, p. 334.
49. Leemans, *t.a.p.*, p. 393.
50. Ten Berge, *t.a.p.*, p. 79.
51. I. Samkalden, preadvies V.A.R., 1960, *Geschrift* XLII, p. 38.
52. Ten Berge, *t.a.p.*, p. 34 en p. 158 e.v.
53. Ten Berge, *t.a.p.*, p. 161.
54. Verg. Ten Berge, *t.a.p.*, p. 166.
55. *Handelingen I*, 7.7.1964, 1096.
56. *Handelingen II*, 1976–1977, 13418, nr. 9.
57. Leemans, *t.a.p.*, p. 25.
58. Helmstrijd, Troostwijk, Van Loenen, *t.a.p.*, I-IIA-8.
59. Eerste Kamerlid Troostwijk, *Handelingen I*, 7.7.1964, 1091.
60. Helmstrijd, Troostwijk, Van Loenen, *t.a.p.*, I-IIA-9.
61. *Onderzoek Bestuurlijke Organisatie I*, p. 79.
62. Ten Berge, *t.a.p.*, p. 257.
63. Ten Berge is uitvoerig ingegaan op de overdracht van bestuursbevoegdheden. Verwezen zij naar de pp. 267–281.
64. *Informatie ten behoeve van een discussie over binnengemeentelijke decentralisatie II*, mei 1974.
65. Verwezen zij naar *Onderzoek Bestuurlijke Organisatie II*, 's-Gravenhage 1975, p. 65 e.v. en naar F.A.M. Stroink: *Rapport inventarisatie deconcentratie*, 1977. Mr. Stroink deelde mij mede over de deconcentratie binnenkort een proefschrift het licht te zullen doen zien.
66. Zie ook voor overige redenen voor het niet-aanslaan van de wijkraadgedachte: *Onderzoek Bestuurlijke Organisatie I*, p. 79.
67. *Onderzoek Bestuurlijke Organisatie II*, t.a.p., p. 65 e.v.
68. Verg. *M.v.A. II* 63-64, 6627, p. 3: "Aan deelneming van niet-raadsleden aan het werk van raadscommissies is omnium consensu het voordeel verbonden, dat op die wijze deskundige en geïnteresseerde burgers, die om welke redenen ook een raadslidmaatschap niet kunnen of willen aanvaarden, toch bij het bestuur worden betrokken."
69. Verg. Leemans, *t.a.p.*, p. 395 en Ten Berge, *t.a.p.*, p. 236.
70. Verg. *Rapport 12 van de W.R.R.* pp. 32/33: Adviesorganen zijn effectieve middelen voor de inbreng van speciale deskundigheid, informatievergaring en informatieverwerking. Zij kunnen bijdragen tot een betere besluitvorming en grotere flexibiliteit en aanpassingsvermogen van de overheid. Inbreng van specialistisch wetenschappelijke zijde wordt onontbeerlijk geacht.
71. G.H. Scholten, Politisering en het krakende raderwerk, in: *Politisering van het openbaar bestuur*, VNG, 1974, p. 109.
72. Zoals bijv. Zevenaar en Breukelen.
73. F.H. van der Burg, Commissies ad hoc, in: *Bestuurswetenschappen*, 1975, p. 434 e.v.
74. Verg. G.H. Scholten, *t.a.p.*, p. 110.

75. R. Crince Le Roy, *De vierde macht*, 's-Gravenhage, 1976, met name p. 77. Zie ook hetgeen hij schrijft over de beslotenheid waarachter het bestuursgebeuren zich voltrekt, als oorzaak van wantrouwen van de burger tegen de administratie.
76. Vermeld zij hier, dat het gemeentebestuur van Eindhoven in geen der artikel 61, 1a, commissies ambtenaren als leden heeft benoemd.
77. Verg. *Rapport 12 W.R.R.*, p. 29 en Van der Burg, in: *Bestuurswetenschappen* 1975, t.a.p., p. 430.
78. *Rapport 12 W.R.R.*, p. 29 en G.H. Scholten *t.a.p.*, p. 109.
79. Ten Berge, *t.a.p.*, p. 87.
80. Verg. Ten Berge, aan de hand van Peper, *t.a.p.*, p. 74.
81. Verg. C. van Wijngaarden, *Handboek beleidsvoering voor de overheid*, M 6000-37.
82. Ten Berge heeft aan de overdracht van bestuursbevoegdheden uitvoerige beschouwingen gewijd. Verg. *t.a.p.*, p. 188 e.v. met name p. 204 en p. 267 e.v.
83. Verg. Rapport van de Commissie Delegatie en Mandaat van Bestuursbevoegdheden, *Geschriften VAR* LV, p. 7. Verg. ook M. Scheltema, *Zelfstandige bestuursorganen*, Groningen, 1974, p. 11.
84. Wel is mogelijk de uitoefening van de politiedwang zelf over te dragen. *M.v.A. II* 63-64-6627, p. 5. Verg. Voorzitter Afdeling Rechtsspraak Raad van State 26.5.77 *A.B.* 1977 nr. 378 en Ten Berge p. 273. *De Gemeentewet herzien* wil in artikel 150 deze overdracht onmogelijk maken. Wel wordt in artikel 142 de mogelijkheid geboden aan een commissie over te dragen, de bevoegdheid tot het maken van verordeningen, door straf of politiedwang te handhaven, mits het betreft de vaststelling van nadere regels m.b.t. bepaalde door de raad in zijn verordening aangewezen onderwerpen.
85. Verg. Leemans, *t.a.p.*, pp. 278/279. In dit verband zij verwezen naar de bestrijding van commissies met bestuursbevoegdheden door R.L. Drilsma in Binnengemeentelijke decentralisatie, in: *N.J.B.*, 1962, nr. 19, p. 401.
86. Verg. *Onderzoek bestuurlijke organisatie I*, p. 104.
87. Verg. Ten Berge, *t.a.p.*, pp. 87/88.
88. Verg. Ten Berge, *t.a.p.*, p. 249.
89. De verordeningen m.b.t. commissies voor beroep- en/of bezwaarschriften zullen terzake een plicht voor de commissie moeten inhouden.
90. Verg. Van der Burg, *t.a.p.*, p. 437.
91. Verg. Tien mogelijke normen, A. Hoogerwerf, Normen voor de inhoud van Beleidsadviezen, in: *Adviseren aan de overheid, W.R.R.* 1977, t.a.p., p. 111.
92. Verg. Scholten, *t.a.p.*, p. 111.
93. De schoolraad in de Wet op het Voortgezet Onderwijs wordt alleen gehoord omtrent de voorziening in de behoefte aan gemeentelijk onderwijs (art. 45, 4°).
94. Zie artikel 31.
95. In de L.O. wet art. 176, 2°, de Kleuteronderwijswet art. 108, 2°.
96. Resp. in art. 184 en in art. 115.
97. *Bijl. Hand. II*, 1975–1976, 13924, p. 80.
98. Ten Berge heeft aan de medebewindscommissies eveneens beschouwingen gewijd; verg. *t.a.p.*, pp. 148 t/m 156 en zijn conclusie op p. 154, dat naarmate de medebewindsfunctie van de gemeente toeneemt, het vraagstuk van de medebewindscommissies aan belangrijkheid zal winnen.
99. Van der Burg, *t.a.p.*, 429, verg. Ten Berge *t.a.p.*, p. 257.
100. S.O. van Poelje, in: *Adviseren aan de Overheid*, t.a.p., p. 198.
101. F.J. Hoefnagel, Inleiding themanummer, *Bestuurswetenschappen*, 1975, p. 387.
102. Rapport no. 12 W.R.R., p. 23; verg. ook: *De Gemeentestem*, nr. 6211, 1972, p. 1.
103. Verg. Ten Berge, *t.a.p.*, p. 116.
104. Verg. Ten Berge, *t.a.p.*, p. 258.
105. Scholten, *t.a.p.*, p. 108.

106. Met Ten Berge (*t.a.p.*, p. 263) meen ik, dat het openstellen van beroep bij de Raad tegen aan het college bij of krachtens de wet opgedragen taken onjuist is, waar dit een verschuiving met zich kan brengen van de wettelijke bevoegdheden – aan dit college gegeven – naar de Raad.
107. Verwezen zij naar de verordening op de deelgemeenteraden van Rotterdam, waarin is bepaald, dat Burgemeester en Wethouders niet van een advies van een deelgemeenteraad mogen afwijken, dan nadat zij hun voornemen daartoe aan deze Raad hebben kenbaar gemaakt. Het uitbrengen van het advies creëert, aldus Ten Berge, (*t.a.p.*, p. 115) dan een rechtsplicht voor Burgemeester en Wethouders om bepaalde procedures te volgen. Verg. voorts Ten Berge, *t.a.p.*, p. 259 e.v.
108. Verg. Yves Weber, *L'Administration Consultative*, Paris, 1968, p. 229.
109. Art. 4 Ontwerp van wet houdende algemene bepalingen van administratief recht, *Geschrift VAR* LXXII.
110. A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht, Algemeen Deel*, 1974, p. 263.
111. Zie bijv. Pres. Rb.-Utrecht 22.4.1966, *N.J.* 66, 285, verg. ook: H.R. 5.6.64, *A.B.* 1965 nr. 36.
112. Verg. in dit verband *Model-verordening behandeling bezwaar- en beroepschiften*, VNG, Blauwe Reeks nr. 48, waar zulk een regeling is gegeven.
113. Verg. J. Wessel's oratie, *Burger contra administratie*, 's-Gravenhage, 1969, p. 31.
114. O.m. Wessel, *t.a.p.*; *Themis*, 1967/1 p. 552 e.v. en *Bouwrecht* jrg. 14 nr. 11. p. 889; Belinfante: *Bestuurswetenschappen* 1968 p. 94 e.v.; Van Poelje, Donner en Lespes, *Geschriften VAR* XV.
115. Zie de paragrafen 2 en 3.
116. K.B. 8.10.1974; *A.B.*, 1975, no. 138.
117. K.B. 6.8.1975; *A.B.*, 1976, no. 72.
118. Verg. Y. Weber, *t.a.p.*, p. 158 e.v.
119. Verg. A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht, Algemeen Deel*, p. 360.
120. J.G. Steenbeek, *Het beroep tegen Administratieve Beschikkingen*, 's-Gravenhage, 1965, p. 111, C.B.B. 1.7.57, *SEW* 1957, p. 53 en 4.11.60, *SEW* 61, p. 74.
121. *TvO* jrg. 4, nr. 3 met bespreking van Ten Berge en Stroink.
122. Verg. Donner, *t.a.p.*, p. 356 en J.M. Kan, Rechtmatigheid en doematigheid in: *Bestuurswetenschappen* 1962, p. 47 e.v.
123. J.G. Steenbeek, *Wet Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen*, 's-Gravenhage, 1976, p. 8.
124. H.R. 22.2.57, *N.J.*, 1957, 310.
125. Verg. N.S.J. Koeman, *Bestemmingsplan en Privaatrecht*, Kluwer 1974, p. 146.
126. *Behandeling van Bezwaarschriften ingevolgde de Wet AROB door de Gemeentebesturen*, VNG, Blauwe Reeks nr. 85. p. 15. Zie over dit onderwerp voorts Kessen, Commissies in de bezwaarschriftenprocedure, *TvO*, 1976, nr. 18 en Festen, idem, *TvO*, 1977, nr. 3.
127. J.H. van Kreveld en M. Scheltema, *Parlementaire geschiedenis van de wet AROB*, Tjeenk Willink, Groningen 1976, pp. 294, 295 en 296.
128. In "*Voorlichting over AROB*" Tjeenk Willink, Zwolle, 1976, p. 43.
Verg. ook J.G. Steenbeek, Gemeenten en AROB bezwaar, in: *Bestuurswetenschappen*, 1977, p. 307 en B. de Goede, *Beeld van het Nederlands Bestuursrecht*, 's-Gravenhage, 1975 p. 124.
129. Steenbeek, *t.a.p.*, p. 306, Ten Berge, *t.a.p.*, p. 280.
130. J. Wessel, De rechtspositie van de bouwers na het van kracht worden van de Wet AROB, in: *Bouwrecht*, 1977, p. 885 e.v.
131. Met name ben ik daarvoor dank verschuldigd aan Mr. W.P.A.M. Hellegers van het Bureau Bestuursorganisatie van de gemeente Amsterdam, de burgemeesters van Breukelen, Eelde, Eindhoven, Ilpendam, Landsmeer, Lekkerkerk en Muiden en de oud-gemeentesecretaris van Zevenaar de heer G.B.W. Polman.
132. Verslag vergadering 26 november 1976, *Geschriften VAR* LXXIX, p. 9.

133. *Een goede Raad* pp. 125 en 122. Daar wordt wel opgemerkt, dat de omvang van een gemeente een factor is, die een rol speelt, "zodat een landelijke gedragslijn hier niet is aan te bevelen".
134. Ten Berge, *t.a.p.*, p. 57.
135. Crince Le Roy, *t.a.p.*, p. 143.
136. *Geschriften VAR* XV, pp. 41 en 42.