

Experimenten in het bestuursrecht

V A R V E R E N I G I N G V O O R B E S T U U R S R E C H T

Preadviezen Jonge VAR 2020

G.J. Stoepker

F.M.E. Schulmer

C.H.R. Mattheussens

C.A. Blankenstein

19

ISBN 978-94-6290-947-2



9 789462 909472 >

Boomjuridisch

Experimenten in het bestuursrecht

Experimenten in het bestuursrecht

Preadviezen uitgebracht door

G.J. Stoepker

F.M.E. Schulmer

C.H.R. Mattheussens

C.A. Blankenstein

Voor de bijeenkomst
van de Jonge VAR
op 17 november 2020

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft

Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2021 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de repressieregeling van Stichting Reprerecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-947-2

ISBN 978-90-8974-523-1 (e-book)

NUR 820

www.boomjuridisch.nl

Inhoud

Experimenteren met het vooronderzoek Mr. G.J. Stoepker en mr. F.M.E. Schulmer	7
De bestuursrechtelijke rechter-commissaris Mr. C.H.R. Mattheussens	53
Daar is het laatste woord nog niet over gezegd Mr. C.A. Blankenstein	103

Experimenteren met het vooronderzoek

Mr. G.J. Stoepker en mr. F.M.E. Schulmer*

1	Inleiding	9
1.1	Problemen binnen het huidige vooronderzoek	9
1.2	Probleemstelling en opbouw van dit preadvies	12
1.3	Afbakening	13
2	Het vooronderzoek 2.0 nader bekeken	15
2.1	Voorstellen voor een lichte en zware variant	15
2.1.1	Lichte variant	15
2.1.2	Zware variant	16
2.2	Inventarisatie	17
2.2.1	Lichte variant	17
2.2.2	Zware variant	18
2.3	Procedure	18
2.3.1	Lichte variant	18
2.3.2	Zware variant	19
2.4	Bewijs	19
2.4.1	Lichte variant	19
2.4.2	Zware variant	20
2.5	Afzien van de vooronderzoekscomparitie	20
2.6	Vorm van de vooronderzoekscomparitie	21
2.7	Waarom is de vooronderzoekscomparitie een oplossing?	21
3	Het vooronderzoek 2.0 in relatie tot de Awb	25
3.1	Het vertrekpunt van deze paragraaf	25
3.2	In hoeverre biedt de Awb mogelijkheden voor het vooronderzoek 2.0?	26
3.2.1	De rol van de griffier en de vooronderzoeker	26
3.2.2	De vorm van de vooronderzoekscomparitie	28
3.2.3	De vrijwillige basis voor de indiener van het (hoger) beroep	30
3.2.4	De schriftelijke verslaglegging van de vooronderzoekscomparitie	31

* Giel Stoepker en Frank Schulmer zijn beiden werkzaam bij de Centrale Raad van Beroep. Giel Stoepker is ook werkzaam aan Tilburg University. Dit preadvies, waarvan de tekst is afgesloten op 1 november 2020, geeft de opvattingen weer van de auteurs, niet van de rechterlijke instantie waar zij werkzaam zijn. De auteurs danken in het bijzonder de volgende personen voor hun waardevolle opmerkingen en suggesties: Herman Rottier, Tjalling van der Leek, Jan Brand, Jan Jansen, Elise Okhuizen, Ad van der Ham, Oscar Korte, Kees-Willem Bruggeman, Rens Koenraad en Johan Wolswinkel.

3.2.5	De onderwerpen die tijdens de vooronderzoekscomparitie kunnen worden besproken	31
3.3	In hoeverre staat de Awb in de weg aan het vooronderzoek 2.o?	32
3.3.1	Openbaarheid van de vooronderzoekscomparitie	32
3.3.2	Wraking	33
3.3.3	Bewijslastverdeling en de tiendagentermijn	34
3.3.4	Recht op een zitting	36
3.3.5	Beperkte rol griffier in de Awb	36
3.4	Conclusie en aanpassing Awb	37
4	De zware variant opgenomen in de Awb	39
4.1	Inleiding	39
4.2	Wettelijke regeling in de Awb voor de zware variant	39
5	Afsluiting: maak het vooronderzoek meer relevant!	45
	Geraadpleegde literatuur	47

I Inleiding

De afgelopen jaren kon het onderzoek ter zitting op veel (wetenschappelijke) belangstelling rekenen. Dat geldt niet in dezelfde mate voor het vooronderzoek.¹ Met dit preadvies willen wij daarin verandering brengen. Wij zijn namelijk van mening dat het vooronderzoek en de huidige invulling daarvan aan modernisering toe is. In dit preadvies doen wij een voorstel voor een dergelijke alternatieve invulling van het vooronderzoek: het vooronderzoek 2.0.

De lezer zij daarom gewaarschuwd: dit preadvies is in de eerste plaats een pleidooi voor een experiment over de inhoud en inrichting van het vooronderzoek. Daarmee beogen wij een discussie over het bestuursrechtelijke vooronderzoek op gang te brengen met als doel dat vooronderzoek meer relevant te maken.

1.1 Problemen binnen het huidige vooronderzoek

De positie van de rechtzoekende en de wijze waarop hij of zij de bestuursrechtelijke procedure ervaart, is de afgelopen jaar meer en meer in de bestuursprocesrechtelijke belangstelling komen te staan.² Er zijn in het bestuursprocesrecht nieuwe werkprocessen omarmd. Zo is vanaf 1 januari 2012 de Nieuwe zaaksbehandeling (NZB) geïntroduceerd. Daarin staan snelheid, maatwerk en finaliteit centraal en is er aandacht voor het achterliggende geschil tussen partijen.³ De bestuursrechter wordt gedurende de procedure geacht tijdig duidelijk te maken hoe de bewijslastverdeling ligt en met partijen te bespreken of, en zo ja hoe zij aan de op hen rustende bewijslast kunnen voldoen. Met andere woorden, de bestuursrechter moet (meer) maatwerk bieden.⁴

Een en ander is ook vastgelegd in de professionele standaarden, zoals die in 2016 en 2018 zijn vastgesteld voor respectievelijk de bestuursrechters bij de rechtbanken en de hoogste bestuursrechters.⁵ Onderdeel van die professionele standaarden is namelijk dat de bestuursrechter zorgt voor een transparante procedure en een behandeling op maat voor elke zaak.⁶

1 Vgl. Koenraad 2020, p. 21-22.

2 De literatuur hierover is overadig: recent kan onder anderen worden gewezen op het VAR-preadvies van Van den Berge (Van den Berge 2020a, zie daarover ook Peters 2020 en Van den Berge 2020b) en studies van Verburg (Verburg 2019, zie daarover ook Koenraad 2020) en Grootelaar (Grootelaar 2018. Zie ook Grootelaar & Van den Bos 2019). Wie internationale bronnen zoekt, kan onder andere terecht bij Tyler 1990, Lind & Tyler 1988 en Thibaut & Walker 1975.

3 Zie hierover uitgebreider Marseille 2015b, p. 10 en 88-91.

4 Marseille 2015a, p. 2007 (met verwijzing naar Van Ettehoven 2001 en Pach 2001).

5 De professionele standaarden zijn te raadplegen via de website van de rechtspraak: www.rechtspraak.nl.

6 Professionele standaarden nummer 2.5 (rechtbanken) en 4 (hoogste bestuursrechters).

De praktijk⁷ blijkt weerbarstig. De procedure begint meestal met een pro-forma-beroepschrift, dat later wordt aangevuld met beroepsgronden. Vervolgens worden de op de zaak betrekking hebbende stukken opgevraagd, in eerste aanleg bij het bestuursorgaan en in hoger beroep bij de rechtbank die de uitspraak heeft gedaan waartegen het hoger beroep is gericht. In sommige gevallen wordt spoedig een verweerschrift ingediend, maar in veel gevallen gebeurt dat pas als de zaak op zitting is gepland.⁸ Na ontvangst van de stukken door de bestuursrechter is het procesdossier in beginsel compleet.⁹ Dit dossier verdwijnt dan meestal tijdelijk in de kast bij zowel de procespartijen als de bestuursrechter. Pas als de zaak op een zitting wordt gepland, wordt weer actie ondernomen.¹⁰ Een juridisch ondersteuner maakt dan een instructie voor de bestuursrechter.¹¹ Daarna of gelijktijdig bestudeert de bestuursrechter het dossier. In sommige gevallen leidt dit tot een telefoontje of een brief van de juridisch ondersteuner aan partijen met daarin een vraag of mededeling, bijvoorbeeld over ontbrekende stukken. Veelal pas nadat partijen een kennisgeving voor de zitting hebben ontvangen,¹² gaan ook zij weer aan de slag met het dossier. Dit leidt in sommige zaken tot indiening van aanvullende beroepsgronden en/of stukken. Uiteindelijk vindt de behandeling ter zitting plaats.¹³

Ondanks de hiervoor genoemde ontwikkelingen binnen het bestuursprocesrecht blijkt uit eerder onderzoek dat:

1. de bestuursrechter voorafgaand aan de zitting weinig gebruikmaakt van de hem toekomende onderzoeksbevoegdheid en weinig informatie verstrekt over het verdere verloop van de beroepsprocedure;¹⁴
2. de bestuursrechter niet of nauwelijks onderzoek doet naar het achterliggende geschil en de vraag of er alternatieve manieren zijn om tot een oplossing te komen;¹⁵
3. de bestuursrechter niet of nauwelijks ingaat op de bewijspositie van partijen.¹⁶

De eerste en tweede observatie lijken te volgen uit de omstandigheid dat sommige bestuursrechters terughoudend zijn met het schorsen van het onderzoek ter zitting met het oog op (onderzoek naar) het (achterliggende) geschil. Dat leidt namelijk tot tijdverlies en dat staat weer op gespannen voet met het bereiken en behouden

7 De hier geschetste realiteit is mede gebaseerd op eigen ervaringen, opgedaan bij de Centrale Raad van Beroep en de rechtbanken Limburg en Den Haag.

8 Of zelfs kort voor de zittingsdatum.

9 Van Breda e.a. 2020, p. 2037 spreekt van een 'zittingsrijp' dossier.

10 Zie over de aanrakingstijd ook Van Ettekovén 2001, p. 28-29.

11 Dit is een overzichtsdossier dat de rechter helpt bij de voorbereiding van een zaak. Zie verder Holvast 2014, p. 15 en Holvast 2017a, p. 2381-2383.

12 Conform art. 8:56 Awb minimaal drie weken voorafgaand aan de zitting.

13 In deze korte schets van de gang van zaken hebben wij de 'normale' gang van zaken weergegeven. Daarin hebben we de, overigens zeer lovenswaardige, initiatieven op het gebied van regievoering buiten beschouwing gelaten. Vgl. Van Breda e.a. 2020, p. 2037-2038.

14 Van Ettekovén 2001, p. 28, Marseille 2016, p. 53-54, Marseille & Wever 2019, p. 3088-3089. Zie ook de derde evaluatie van de Awb (Barkhuysen 2006) en Jue 2013.

15 Verkruijsen & Doornbos 2014, p. 68-71, Marseille 2015a, p. 2010 en Verburg 2019, p. 107-108. Zie ook de vorige voetnoot.

16 Damen 2006, p. 26, Schlössels 2009, par. 2 en 4, Marseille 2015a, p. 2009-2010, Marseille 2016, p. 54 en Marseille e.a. 2018, p. 473. Zie ook de derde evaluatie van de Awb (Barkhuysen 2006). Vgl. ook Schlössels 2015, p. 242-244 en Mallan 2014.

van korte doorlooptijden.¹⁷ Dit komt ook overeen met onze eigen ervaringen: het schorsen van het onderzoek ter zitting leidt vrijwel automatisch tot grote verlenging van de procedure.¹⁸ De oorzaak hiervan is dat de bestuursrechter is gebonden aan een strak zittingsrooster. Bij een aantal rechtscolleges wordt zelfs volledig zittingsgericht gewerkt.¹⁹ Dit betekent dat het werkproces en het werkritme van de bestuursrechter grotendeels worden bepaald door de geplande zittingen.²⁰ De bestuursrechter werkt van zitting naar zitting, waarbij op iedere zitting nieuwe zaken worden gepland.²¹ Door dit strakke schema heeft de bestuursrechter weinig tijd voor werkzaamheden die tussendoor opkomen, laat staan voor een tweede zitting of comparitie.²² In dit systeem past ook niet goed dat een zaak een aantal weken na een schorsing ter zitting opnieuw door de bestuursrechter moet worden bestudeerd. Hij of zij zal zich namelijk opnieuw moeten inlezen in de zaak en moeten beoordelen wat er met de zaak moet gebeuren. Hiervoor heeft de bestuursrechter weinig tot geen tijd, omdat hij de uitspraken van de vorige zitting aan het schrijven is of de zaken van de volgende zitting aan het voorbereiden is.

De derde observatie kan mogelijk worden verklaard vanuit de opvatting van sommige bestuursrechters dat het in kaart brengen van de bewijsposities tot de eigen verantwoordelijkheid van partijen behoort.²³

Als de bestuursrechter in de fase van het vooronderzoek meer onderzoek zou doen naar het achterliggende geschil en de mogelijkheden van alternatieve geschilbeslechting, zou ingaan op de bewijspositie van partijen en meer informatie zou verstrekken over de procedure, zou dit, zo is onze verwachting, leiden tot een betere rechtsbescherming.²⁴ Het bestuursprocesrecht heeft immers voornamelijk tot doel rechtsbescherming te bieden aan rechtzoekenden.²⁵ Het ervaren van procedurele rechtvaardigheid is een essentieel onderdeel van de rechtsbescherming.²⁶ De hiervoor aangehaalde aspecten doen afbreuk aan door een rechtzoekende ervaren procedurele rechtvaardigheid.²⁷

Het is om die reden dat wij, met het oog op het verbeteren van de ervaren procedurele rechtvaardigheid, betogen dat er meer aandacht zou moeten zijn voor de hiervoor besproken aspecten. De vooronderzoeksfase is daarvoor geschikt. De bestuursrechter geeft in de meeste gevallen in het vooronderzoek namelijk

17 Marseille 2015a, p. 2011-2012.

18 Vergelijk hiermee de resultaten van het onderzoek naar de toepassing en de gevolgen van de bestuurlijke lus in *Kamerstukken II 2014/15*, 31352, E.

19 Zie hierover ook *Kamerstukken I 2012/13*, 32450, C, p. 5-6.

20 Van Os van den Abeelen 2011 en Van Breda e.a. 2020, p. 2037-2038 en 2042.

21 Zie ook de algemene informatie over de financiering van de rechtspraak, te raadplegen op de website van de Rechtspraak via de volgende link: www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Financiering-van-de-rechtspraak#aaaob4bo-e302-4e51-87da-2e147938def54719e962-25ea-4deb-9c98-d005b8ac98ba1.

22 Vgl. *Kamerstukken 2014/15*, 31352, E, p. 57-58.

23 Marseille 2015a, p. 2010.

24 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2017, p. 50-52 en Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019, p. 2-5.

25 *Kamerstukken II 2009/10*, 32450, nr. 3, p. 9-12. Zie ook De Poorter & De Graaf 2011, p. 13-41.

26 Zie voor meer informatie over het belang van ervaren procedurele rechtvaardigheid in juridische procedures ook Grootelaar 2018.

27 Marseille 2010b, p. 94 en 99-100, Marseille 2015a, p. 2012-2014. Zie ook Boekema 2015 die concludeert dat de mate waarin procedurele rechtvaardigheid wordt ervaren, invloed heeft op de mate waarin een negatieve uitspraak wordt geaccepteerd.

nauwelijks invulling aan hem toekomende onderzoeksbevoegdheden, terwijl die bevoegdheden er wel zijn.²⁸ Bovendien leidt meer aandacht voor deze aspecten ertoe dat de rechtzoekende meer procedurele rechtvaardigheid ervaart.

Kort gezegd: het vooronderzoek moet relevanter worden!²⁹ Wij zien in dit verband als oplossing het houden van een comparitie: de vooronderzoekscomparitie.³⁰ Tijdens deze vooronderzoekscomparitie worden de hiervoor besproken punten aan de orde gesteld.

Zoals al gezegd heeft de bestuursrechter hier zelf maar weinig tijd voor.³¹ Daar komt bij dat als de bestuursrechter hiervoor al tijd zou maken, er een tekort aan rechters is.³² Het gevolg is dat er minder zaken kunnen worden afgedaan en de doorlooptijden langer worden wanneer de bestuursrechter belast wordt met het houden van de vooronderzoekscomparitie. Het is volgens ons echter niet uitsluitend de bestuursrechter die een actieve invulling kan geven aan het vooronderzoek. Wij wijzen daarom een andere functionaris aan die kan worden belast met het houden van de vooronderzoekscomparitie.

1.2 Probleemstelling en opbouw van dit preadvies

Centraal in dit preadvies staat het hiervoor kort besproken voorstel voor het invoeren van een vooronderzoekscomparitie, gehouden door een ander dan de bestuursrechter (het vooronderzoek 2.0). De wijze waarop het vooronderzoek 2.0 is ingericht werken we uitgebreider uit in paragraaf 2. In paragraaf 3 nemen we het vooronderzoek 2.0 onder de juridische loep en bezien we hoe zich dat verhoudt tot de bepalingen in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Op basis van die beschouwing bespreken we in paragraaf 4 – aan de hand van concrete voorstellen – op welke wijze de Awb gewijzigd zou moeten worden om het vooronderzoek 2.0 waarheid te laten worden.

28 Marseille & Wever 2019, p. 3088-3089 en Van Breda e.a. 2020, p. 2037-2038.

29 Vgl. ook Grootelaar & Van den Bos 2019, p. 587, die schrijven dat dat het procedurele rechtvaardigheidsperspectief en de inzichten daarin tot dusver zijn opgedaan, kunnen helpen om de Awb bij de tijd te houden en aansluiting te laten vinden bij de huidige ontwikkelingen in de samenleving.

30 Wij gebruiken in dit preadvies de term ‘comparitie’. In het civiele procesrecht wordt deze term bij de rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland sinds 1 oktober 2019 niet langer gebruikt (Stb. 2019, 241). Wij zijn ons hiervan bewust, maar gebruiken toch de term ‘comparitie’. Onder juristen is namelijk in het algemeen bekend wat daarmee wordt bedoeld. Mocht de vooronderzoekscomparitie worden ingevoerd, dan kan ook een toegankelijker begrip worden gehanteerd, bijvoorbeeld mondelinge behandeling of bespreking.

31 Vgl. Van Breda 2020, p. 2037-2038 en 2042. Hoewel Van Breda e.a. (terecht) voorstellen het ‘zittingsgericht werken’ los te laten, signaleren wij – zoals Van Breda e.a. ook al laten doorschemeren – dat hiervoor te weinig tijd is en er te weinig bestuursrechters zijn. Wij zien een andere oplossing voor hetzelfde doel.

32 Zie bijvoorbeeld de berichten van Trouw van 4 maart 2017 (www.trouw.nl/nieuws/rechtbanken-vrezen-voor-een-groot-tekort-aan-rechters~b8cb9boo/), de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak van 27 maart 2017 (<https://nvvr.org/nieuws/2017/nvvr-vraagt-aandacht-eerste-kamer-over-tekort-aan-rechters>), de NOS van 6 maart 2020 (<https://nos.nl/artikel/2326024-recht-spraak-loopt-fast-meer-dan-20-000-strafzaken-uitgesteld.html>) en het *Advocatenblad* van 25 juni 2020 (www.advocatenblad.nl/2020/06/25/oud-rechters-teruggeroepen-om-achterstanden-weg-te-werken/). Dit is trouwens een probleem van alle tijden, zie Van Ettekovens 2001, p. 38.

1.3 Afbakening

Wij zullen in dit preadvies niet ingaan op de wijze waarop de gerechtsbesturen het vooronderzoek 2.0 praktisch in hun organisatie kunnen of moeten implementeren. Wij spitsen het vooronderzoek 2.0 ook niet toe op één specifiek rechterlijk college of één specifiek deel van het bijzonder bestuursrecht. Onze inzet is het aanzwengelen van een discussie over het algemene vooronderzoek, waarop mogelijk in sommige concrete gevallen meer of minder kan worden afgedongen.

2 Het vooronderzoek 2.0 nader bekeken

Centraal in het vooronderzoek 2.0 staat de vooronderzoekscomparitie³³ die wordt gehouden door een ander dan de bestuursrechter. Wij stellen voor dat eerst wordt geëxperimenteerd met een ‘lichte’ variant van de vooronderzoekscomparitie. Als dit experiment succesvol blijkt, geven wij de wetgever in overweging de vooronderzoekscomparitie een formele basis in de Awb te geven en daarmee een ‘zware’ variant in te voeren die de lichte variant vervangt. In dit hoofdstuk beschrijven we beide varianten en geven wij aan waarom dit een oplossing is voor de hiervoor geschetste problematiek.

2.1 Voorstellen voor een lichte en zware variant

2.1.1 Lichte variant³⁴

De vooronderzoekscomparitie is in deze opzet een onderzoeksactiviteit van de bestuursrechter. Deze onderzoekactiviteit wordt (na een eventuele/incidentele voorbespreking met de bestuursrechter) door een ander dan de bestuursrechter, maar wel onder diens verantwoordelijkheid en in zijn opdracht, uitgevoerd. Deze andere functionaris is de griffier, voor wie aldus een belangrijke rol is weggelegd.³⁵ De bestuursrechter blijft echter leidend en eindverantwoordelijk. De griffier neemt geen procesbeslissingen en beoordeelt het geschil niet.

De bestuursrechter is in beginsel verplicht in iedere zaak de griffier opdracht te geven om een vooronderzoekscomparitie te houden. De griffier maakt aantekeningen van wat tijdens de vooronderzoekscomparitie door partijen is gezegd.

33 In zijn preadvies uit 2001 sprak Van Ettekov en over een met de vooronderzoekscomparitie deels vergelijkbare ‘poortzitting’ (Van Ettekov en 2001, p. 30-34). Zie daarover ook de rede uit 2007 van Van Ettekov als voorzitter van de VAR (‘Agenda voor de bestuursrechtspraak: het einde van de eenheidsworst’ (VAR-reeks 139), p. 7-15).

34 Inspiratie voor de lichte variant ontleen wij aan het medisch, advocaten- en notaristuchtrecht. Daarin is geregeld dat een vooronderzoeker kan worden opgedragen het vooronderzoek te verrichten. In het medisch tuchtrecht is dat de secretaris en in het advocaten- en notaristuchtrecht is dat de griffier. Zie de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) (art. 65 lid 3 en art. 66), de Advocatenwet (art. 461 lid 4, 46m en 46n) en de Wet op het Notarisambt (art. 99a lid 3 en 7).

35 In dit preadvies gebruiken wij de neutrale Awb-term ‘de griffier’. Niet alleen kent de Awb enkel de actoren ‘bestuursrechter’ en ‘griffier’, maar hiermee beogen wij ook het vooronderzoek 2.0 neutraal neer te zetten. De Beroepswet en de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie kennen overigens wel andere actoren, namelijk de (senior) gerechtsauditeurs. Om toch even buiten de omvang van dit preadvies te treden: met de griffier bedoelen wij een zeer ervaren en gekwalificeerde juridisch ondersteuner. Zie verder Koenraad & Stam 2020, aant. 2.3.4.

De vooronderzoekscomparitie bestaat uit een mondeling contact tussen de griffier en partijen. Hierbij doet de griffier onderzoek naar en bespreekt met partijen – kort gezegd – de omvang van het geschil, de bewijsposities en het door partijen gewenste verdere verloop van de procedure. De griffier onderzoekt dus onderwerpen in een drietal categorieën, die we hier noemen ‘inventarisatie’, ‘procedure’ en ‘bewijs’.

De vooronderzoekscomparitie kan plaatsvinden in de vorm van een fysieke bijeenkomst in het gerechtsgebouw, maar ook op afstand met gebruikmaking van alternatieve (digitale) middelen. Aanwezigheid van beide partijen bij de vooronderzoekscomparitie achten wij daarbij van groot belang. Hoewel de griffier de zaak niet beoordeelt, gaat het wel om een inhoudelijke bespreking van het (juridische) geschil. Het zou niet stroken met de kernbedoeling van het vooronderzoek 2.0 (namelijk het verbeteren van de ervaren procedurele rechtvaardigheid) als de vooronderzoekscomparitie niet zou worden gehouden in elkaars aanwezigheid.³⁶

De griffier maakt aantekeningen van wat tijdens de vooronderzoekscomparitie door partijen is gezegd. Op basis van deze aantekeningen kan de bestuursrechter de noodzakelijke procesbeslissingen nemen. Deze beslissingen worden aan partijen bekendgemaakt.

2.1.2 Zwارة variant³⁷

De vooronderzoekscomparitie is in deze opzet een onderzoeksactiviteit van een nieuw te introduceren functionaris. Wij noemen deze functionaris hierna de ‘vooronderzoeker’.³⁸ De vooronderzoeker is, net als in de lichte variant, in beginsel verplicht in iedere zaak een vooronderzoekscomparitie te verrichten. De vooronderzoeker handelt onder eigen verantwoordelijkheid en beschikt daarom over eigen bevoegdheden en verantwoordelijkheden.³⁹ De vorm en de inhoud van de vooronderzoekscomparitie zijn voor het overige identiek aan de lichte variant. De vooronderzoeker maakt aantekeningen van wat tijdens de vooronderzoekscomparitie door partijen is gezegd. De vooronderzoeker kan verder over bepaalde zaken

36 Daarbij onderkennen wij aanwezige risico's, bijvoorbeeld de slagvaardigheid van de vooronderzoekscomparitie en de mogelijkheid dat partijen met het oog op het veiligstellen van hun positie tijdens de vooronderzoekscomparitie een voorschot nemen op het onderzoek ter zitting.

37 Inspiratie voor de zware variant ontleen wij aan het Oostenrijkse bestuursprocesrecht. In de Oostenrijkse Grondwet, het *Bundes-Verfassungsgesetz* (B-VG), is sinds 2014 geregeld dat de Wet op de organisatie van de administratieve gerechten een ‘Rechtspfleger’ in het leven kan roepen. Deze Rechtspfleger kan worden belast met bepaalde rechterlijke taken. Zie art. 20 en 135a lid 1 B-VG. De deelstaat Wenen maakt inmiddels gebruik van deze Rechtspfleger in socialezekerheidszaken. Zie over de Rechtspfleger ook Holvast 2014, p. 9. Ook in het Belgische recht is inspiratie voor de zware variant te vinden in de figuur van de auditeur. De auditoren nemen deel aan het onderzoek van de zaken en kunnen worden belast met het doen van onderzoeksverrichtingen (art. 76 RvS-Wet). Verder lichten zij de staatsraden voor door middel van een schriftelijk verslag. Zie uitgebreider Opdebeek & De Somer 2019, p. 576 en 665-667.

38 Deze term wordt ook gebruikt in de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (art. 65 lid 3 en art. 66), de Advocatenwet (art. 461 lid 4, 46m en 46n) en de Wet op het Notarisambt (art. 99a lid 3 en 7).

39 De bestuursrechter die is belast met het doen van een uitspraak in de zaak blijft overigens bevoegd het vooronderzoek over te nemen. Vergelijk ook het Oostenrijkse bestuursprocesrecht (art. 135 lid 2 B-VG).

procesbeslissingen nemen. Deze procesbeslissingen zijn bindend voor partijen, maar kunnen door de bestuursrechter die de zaak behandelt op verzoek of ambtshalve worden herroepen. De door de vooronderzoeker genomen procesbeslissingen worden aan partijen schriftelijk bekend gemaakt.

In paragraaf 2.2 en verder bespreken we zowel de lichte als de zware variant uitgebreider.

2.2 Inventarisatie

2.2.1 Lichte variant

De bestuursrechter draagt binnen enkele weken na ontvangst van het (hoger) beroepschrift en na ontvangst van de op de zaak betrekking hebbende stukken de griffier op een vooronderzoekscomparitie te houden.⁴⁰ De griffier nodigt daarop partijen uit voor de ‘vooronderzoekscomparitie’. In de uitnodiging staat de naam van de verantwoordelijke bestuursrechter, maar ook die van de griffier die de vooronderzoekscomparitie leidt.

Tijdens de vooronderzoekscomparitie inventariseert de griffier met partijen hoe zij aankijken tegen de omvang van het geschil. Ook wordt geïnventariseerd of het procesdossier alle relevante op de zaak betrekking hebbende stukken omvat. Het gaat dan om praktische vragen (Is het procesdossier compleet? Wat houdt partijen feitelijk verdeeld en wat zijn de belangen van partijen? Bestaat er de mogelijkheid van een alternatieve afdoening, bijvoorbeeld een schikking?), juridische vragen (Wat is de omvang het geding? Wat zijn de beroepsgronden en zijn die voldoende duidelijk? Kunnen de beroepsgronden nog verder worden toegelicht of onderbouwd? Zijn er nog onbekende samenhangende besluiten?) en vragen daar tussenin (Is het werkelijke geschil tussen partijen groter dan slechts het bestreden besluit? Kunnen er nog andere besluiten bij de procedure worden betrokken voor een effectieve oplossing van dat wat partijen verdeeld houdt?).⁴¹ De griffier maakt aantekeningen van hetgeen met partijen is besproken.

Deze inventarisatie komt ten goede aan partijen. De zaak (en het conflict tussen partijen) wordt volledig (feitelijk en juridisch) duidelijk, zodat het vervolg van de procedure vloeiender en efficiënter kan verlopen. Het procesdossier is namelijk volledig of wordt na de vooronderzoekscomparitie volledig gemaakt. Verder kan de bestuursrechter aan de hand van de onderzoeksresultaten van de griffier (beter) vaststellen wat de omvang van het geschil is. Bovendien wordt hij niet eerst tijdens het onderzoek ter zitting, na een uitvoerige bestudering van het dossier door een juridische ondersteuner en de bestuursrechter zelf, geconfronteerd met onduide-

⁴⁰ De bestuursrechter geeft in principe in iedere zaak een opdracht zonder het dossier te hebben bestudeerd. Feitelijk zal dit overigens geen ‘beladen’ moment zijn, maar een administratieve koppeling van een dossier aan een bestuursrechter en een griffier. De griffier zal in dit voorstadium het dossier lezen en beoordelen of de zaak al dan niet geschikt is voor een vooronderzoekscomparitie. Zo nodig legt de griffier de zaak voor aan de bestuursrechter die daarover een beslissing neemt, dan wel om de zaak te bespreken.

⁴¹ Niet alle vragen zullen in elke zaak aan de orde hoeven te komen. Dat vergt een inschatting door de griffier.

lijke beroepsgronden en standpunten en onbekende achterliggende geschillen. De bestuursrechter wordt zo beter in staat gesteld de behandeling ter zitting af te stemmen op de zaak. Al met al kan de bestuursrechter zich richten op dat waarvoor zijn ambt is ingesteld: beslechten van geschillen.

2.2.2 Zwارة variant

De vooronderzoeker houdt zonder tussenkomst van de bestuursrechter binnen enkele weken na ontvangst van het (hoger)beroepschrift een vooronderzoekscomparitie. De vooronderzoeker nodigt partijen daarvoor uit en in de uitnodiging staat de naam van de vooronderzoeker. De inhoud van deze taak is voor het overige hetzelfde als bij de lichte variant.

2.3 Procedure

2.3.1 Lichte variant

Nadat de griffier de hiervoor in paragraaf 2.2 bedoelde inventarisatie heeft uitgevoerd, kan partijen worden gevraagd wat hun visie is op het verdere verloop van de procedure. In het kort kan hier worden gedacht aan de volgende punten:

- Willen partijen een uitspraak zonder een nadere zitting (art. 8:57 Awb)? Zo ja, dan kan daarvoor tijdens de vooronderzoekscomparitie direct toestemming worden gegeven.
- Willen partijen een nadere schriftelijke ronde?
- Willen partijen dat de bestuursrechter (een) deskundige(n) benoemt of (een) getuige(n) hoort? Zijn ze zich bewust van de gevolgen die dat meebrengt?
- Willen partijen dat een onderzoek ter plaatse wordt gehouden?
- Willen partijen mediation beproeven?⁴²

De griffier maakt van deze wensen en mogelijkheden aantekeningen en wijst partijen erop dat deze wensen en mogelijkheden aan de bestuursrechter zullen worden voorgelegd. Wij benadrukken dat de bestuursrechter niet aan de wensen van partijen is gebonden. Het is aan de bestuursrechter te bepalen hoe de verdere procedure eruit zal zien. De griffier zal partijen daarop moeten wijzen.

Met kennisneming van de wensen en mogelijkheden van partijen kan de bestuursrechter na afloop van de vooronderzoekscomparitie procesbeslissingen nemen. De bestuursrechter kan daarbij beoordelen in hoeverre de wensen en mogelijkheden van partijen bijdragen aan een goede behandeling van het geschil. De bestuursrechter krijgt daarmee de mogelijkheid om de behandeling waar mogelijk toe te snijden op de zaak. Dat draagt bij aan de door partijen ervaren procedurele rechtvaardigheid.

⁴² Of met mediation vergelijkbare initiatieven, bijvoorbeeld een GOO-behandeling (Gericht Op Oplossingen, zie daarover www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Centrale-Raad-van-beroep/Nieuws/Paginas/CRvB-start-proef-met-snelle-oplossingsgerichte-rechtspraak.aspx).

2.3.2 Zware variant

De inhoud van de procedure bij de zware variant is gelijk aan de lichte variant. De vooronderzoeker – en niet de bestuursrechter – komt in eerste instantie de bevoegdheid toe procesbeslissingen te nemen die zien op het verdere verloop van de procedure. Daarbij is de vooronderzoeker niet gebonden aan de wensen en mogelijkheden van partijen, maar hij of zij zal daarvan wel kennis kunnen nemen. Concreet kan de vooronderzoeker de volgende procesbeslissingen nemen:

- Wordt de zaak versneld behandeld als bedoeld in afdeling 8.2.3 Awb?
- Worden partijen verzocht te repliceren en dupliceren?
- Krijgen partijen de gelegenheid (nadere bewijs)stukken over te leggen? Zo ja, binnen welke termijn?
- Wordt de zaak aangehouden in verband met het beproeven van mediation of een schikking?
- Wordt een onderzoek ter plaatse ingesteld?

De vooronderzoeker is niet bevoegd om procesbeslissingen te nemen over het horen van niet-meegebrachte getuigen of het benoemen van een deskundige. Evenmin komt de vooronderzoeker de bevoegdheid toe het onderzoek te sluiten in verband met de verzochte toepassing van artikel 8:57 Awb. Deze beslissingen zijn zodanig met de inhoud en uitkomst van de zaak verbonden dat deze dienen te worden genomen door de bestuursrechter die belast is met het doen van uitspraak in de zaak.

De vooronderzoeker zal zijn of haar bevindingen over de noodzaak getuigen te horen of deskundigen in te schakelen of de toepassing van 8:57 Awb dus moeten delen met de bestuursrechter, die vervolgens, net als in de lichte variant, een procesbeslissing zal nemen.

2.4 Bewijs

2.4.1 Lichte variant

Ten slotte bespreekt de griffier tijdens de vooronderzoekscomparitie de bewijspositie van partijen. De griffier geeft daarover geen oordeel. De griffier kan slechts wijzen op vaste rechtspraak of op wettelijke bepalingen waaruit een bepaalde bewijslastverdeling volgt. Daarbij geldt overigens dat ook los van wat uit deze vaste rechtspraak en wettelijke bepalingen volgt, de bestuursrechter uiteindelijk degene is die bepaalt of het bewijs geleverd is. De griffier zal dit ook aan partijen moeten voorhouden.

Toch kan een bespreking van de bewijslastverdeling partijen veel opleveren. Zij kunnen namelijk kennismaken van de vaste rechtspraak of wettelijke bepaling(en) en vervolgens (al dan niet met de hulp van een gemachtigde) een conclusie trekken over hun bewijspositie. Partijen kunnen aan de hand daarvan inschatten in hoeverre van hen actie wordt verlangd. Ook als de bewijslastverdeling nog niet duidelijk is, bijvoorbeeld omdat hierover nog onduidelijkheid bestaat in de rechtspraak, kan de griffier dit aan partijen voorhouden.

Als partijen vervolgens van mening zijn dat zij (nog) niet hebben voldaan aan hun bewijslast en alsnog bewijs in het geding willen brengen, maakt de griffier hiervan aantekening. Met partijen kan dan van gedachten worden gewisseld over (korte) termijnen waarbinnen een partij het nader bewijs overlegt en de andere partij daarop reageert. De griffier houdt partijen hierbij wederom voor dat het aan de bestuursrechter is hierover een procesbeslissing te nemen.

Na afloop van de vooronderzoekscomparitie legt de griffier zijn bevindingen voor aan de bestuursrechter. Het lijkt ons voor de hand te liggen dat de bestuursrechter conform de afspraken van partijen een termijn stelt voor het inbrengen van nader bewijs en de reactie daarop. Uiteraard is de bestuursrechter wederom niet gebonden aan deze afspraken van partijen en kan hij ook een andere termijn stellen, bijvoorbeeld als partijen een langere termijn afspreken dan zij redelijkerwijs in de gegeven situatie nodig hebben. De procesbeslissing van de bestuursrechter wordt aan partijen bekend gemaakt.

2.4.2 Zware variant

De inhoud van deze taak is gelijk aan die van de lichte variant met dien verstande dat de bevoegdheid om een procesbeslissing te nemen over de termijn waarbinnen nader bewijs kan worden ingediend toekomt aan de vooronderzoeker. Deze procesbeslissing wordt aan partijen bekendgemaakt.

2.5 Afzien van de vooronderzoekscomparitie

Het houden van een vooronderzoekscomparitie is in beginsel in beide varianten verplicht voor de bestuursrechter dan wel de vooronderzoeker. Dit verplichtende karakter vloeit voort uit het gegeven dat de vooronderzoekscomparitie bijdraagt aan de door partijen ervaren procedurele rechtvaardigheid en daarmee ook aan de hun geboden rechtsbescherming.

Op deze verplichting bestaat een aantal uitzonderingen. Als eerste uitzondering geldt dat de bestuursrechter of de vooronderzoeker in bijzondere gevallen kan afzien van het houden van een vooronderzoekscomparitie. Deze uitzondering doet zich voor wanneer meteen duidelijk is dat de vooronderzoekscomparitie op geen enkele wijze kan bijdragen aan de beoordeling van het geschil.⁴³ Hiervan zal niet snel sprake zijn.⁴⁴ De bestuursrechter en vooronderzoeker moeten hiermee – met het oog op het doel van de vooronderzoekscomparitie zoals omschreven in paragraaf 1.2 – terughoudend omgaan.

43 Bepaalde typen zaken moeten categoriaal kunnen worden uitgesloten in bijvoorbeeld het procesreglement. Zo kunnen wij ons voorstellen dat het vooronderzoek 2.0 geen meerwaarde heeft voor de ‘unieke’ zaken die het CBb behandelt of in vreemdelingenzaken. Wij denken dat het vooronderzoek 2.0 vooral van meerwaarde is in veelvoorkomende ‘bulkzaken’.

44 Het is onze ervaring dat in veel zaken uit het procesdossier niet duidelijk volgt wat de exacte feiten zijn, of er een achterliggend geschil is, of er nog meer zaken spelen en of partijen in voldoende mate op de hoogte zijn van hun bewijsspositie.

Als tweede uitzondering geldt dat de vooronderzoekscomparitie niet verplicht is wanneer de zaak met toepassing van artikel 8:54 Awb wordt afgedaan.

Als derde uitzondering kan worden genoemd de situatie waarin partijen⁴⁵ laten weten geen behoefte te hebben aan de vooronderzoekscomparitie. Ook dan hoeven de bestuursrechter en vooronderzoeker deze niet te (laten) houden. Deze uitzondering volgt uit de bedoeling van de vooronderzoekscomparitie: het verbeteren van de ervaren procedurele rechtvaardigheid. Als alle partijen te kennen geven hiervan geen gebruik te willen maken, gaan wij uit van de veronderstelling dat het alsnog houden van de vooronderzoekscomparitie niet bijdraagt aan het verhogen van de procedurele rechtvaardigheid.

2.6 Vorm van de vooronderzoekscomparitie

De vooronderzoekscomparitie is weliswaar in beginsel verplicht, de vorm waarin deze gestalte kan krijgen, is daarentegen vrij. In de lichte variant bepaalt de bestuursrechter de vorm, terwijl de vorm in de zware variant door de vooronderzoeker wordt bepaald. Naast een fysieke bijeenkomst kan uitdrukkelijk worden gedacht aan telefonisch contact of contact via een beeldverbinding. De keuze van de vorm is afhankelijk van de inhoud van het dossier, organisatorische⁴⁶ en individuele⁴⁷ factoren. Voorwaarde is daarbij dat beide partijen tijdens de vooronderzoekscomparitie ‘aanwezig’ zijn en sprake is van een beveiligde verbinding.

2.7 Waarom is de vooronderzoekscomparitie een oplossing?

Het hiervoor beschreven vooronderzoek 2.0 komt tegemoet aan de in paragraaf 1 genoemde gebreken (observaties) in de voorprocedure bij de bestuursrechter.⁴⁸ Met de verplichte vooronderzoekscomparitie is de rechtsbescherming van de rechtzoekende gediend. Bovendien kan de bestuursrechter door de bevindingen uit de vooronderzoekscomparitie meer maatwerk bieden. Daarmee is de procedurele rechtvaardigheid gediend en het draagt bij aan de doelstellingen van het bestuursprocesrecht.⁴⁹

45 Hiermee doelen we niet enkel op de partij die beroep heeft ingesteld, maar ook op de verwerende partij en de partij die op grond van art. 8:26 Awb als derde-belanghebbende aan het geding deelneemt.

46 Er zijn bijvoorbeeld onvoldoende zittingszalen beschikbaar.

47 Gedacht kan worden aan een partij waarbij duidelijk is dat de belanghebbende over (geen) of een zeer laag inkomen beschikt en de kosten van een reis naar het gerechtshof financieel niet of moeilijk kan dragen. Andere voorbeelden zijn partijen die medische beperkingen ervaren of in het buitenland verblijven. Ook is het mogelijk dat een partij liever niet twee keer (namelijk zowel voor de vooronderzoekscomparitie als het onderzoek ter zitting) naar het gerechtshof wil komen.

48 Vgl. Kamerstukken II 1991/92, 22495, A, p. 37, Kamerstukken I 1993/94, 22495, nr. 53a, p. 5 en Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 4, p. 6, waaruit de wens van de wetgever volgt het rechtsgevoel van de justitiabele zo veel als redelijkerwijs mogelijk te dienen.

49 Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3, p. 10 en 38, Kamerstukken II 1992/93, 22495, nr. 6, p. 37-38, Kamerstukken I 1993/94, 22495, nr. 53a, p. 5, Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 4, p. 6, Kamerstukken II 2014/15, 34059, nr. 3, p. 4 en 28-29 en Kamerstukken I 2015/16, 34059, I, p. 25.

Daarnaast leidt het vooronderzoek 2.0 tot een efficiëntere procedure bij de rechterlijke colleges. Een en ander leidt ertoe dat de bestuursrechter meer tijd overheeft voor het leveren van kwalitatief hoge rechtspraak en dat er minder zaken zullen worden aangehouden na een onderzoek ter zitting.

Wij stellen voor bij wijze van experiment eerst de lichte variant in te voeren. Dit experiment moet worden geëvalueerd. In deze evaluatie moet de nadruk liggen op de ervaring van partijen, maar ook op de doorlooptijden en de werkdruk van de bestuursrechter. Wij vermoeden namelijk dat de doorlooptijden korter zullen worden en de werkdruk van de bestuursrechter zal worden verlaagd. Als dit inderdaad uit de evaluatie volgt én daaruit blijkt dat partijen de bestuursrechtelijke procedure beter waarderen, moet volgens ons de zware variant worden ingevoerd. Voor de argumenten daarvoor verwijzen wij naar paragraaf 3.4.

Het is wellicht vreemd dat niet de bestuursrechter maar de griffier (en in de zware variant de vooronderzoeker) een grote feitelijke rol vervult tijdens de vooronderzoekscomparitie. Dat lijkt ongebruikelijk, maar daarbij brengen wij in herinnering dat al in het tijdperk vóór de Awb in de Beroepswet de mogelijkheid bestond het ‘voorbereidend onderzoek’ te laten verrichten door de griffier.⁵⁰ Bovendien heeft de wetgever ook onder de Awb geaccepteerd dat de griffier een soortgelijke onderzoeksactiviteit verricht, namelijk het onderzoek ter plaatse.⁵¹ Los van formele bevoegdheden levert de griffier, voor zover deze ook de juridisch ondersteuner van de bestuursrechter is, ook nu vaak al een grote inhoudelijke bijdrage aan de werkzaamheden van de bestuursrechter.⁵² In zekere zin is er daarmee sprake van de codificatie van een al bestaande situatie.

Verder hebben wij voor deze grotere rol van de griffier (en in de zware variant de vooronderzoeker) twee valide argumenten. Het eerste argument is dat de taken van de bestuursrechter door de tijd heen zijn uitgebreid. Zoals hiervoor beschreven moet de bestuursrechter tegenwoordig niet alleen het besluit toetsen aan het recht, maar moet hij het geschil ook zo veel mogelijk finaal beslechten en neemt hij ook de rol van mediator⁵³ en poortwachter⁵⁴ op zich. Daar komt bij dat de zaken steeds ingewikkelder worden.⁵⁵ Deze ontwikkelingen zorgen voor een aanmerkelijk zwaarder takenpakket van de bestuursrechter dan het geval was bij de invoering van de Awb. Het overdragen door de bestuursrechter van een aantal feitelijke (onderzoeks)taken kan ervoor zorgen dat de bestuursrechter wordt ontlast. Hierdoor heeft hij meer tijd voor zijn kerntaken en dat leidt (idealiter) tot kwalitatief hoge rechtspraak. Wij zijn verder van mening dat het efficiënter is wanneer de bestuursrechter, die gespecialiseerd is in het juridisch beslechten van een geschil, deze feitelijke onderzoekstaken niet op zich neemt. Ook een minder of anders

50 Vgl. Kamerstukken II 1953/54, 3349, nr. 2, p. 8 (art. 104 Beroepswet) en Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3, p. 109-110. Hierbij moet wel aangetekend worden dat de functie destijds een andere inhoud had. De griffier van (bijvoorbeeld) de CRvB gaf leiding aan de griffie (administratie) en de juridische ondersteuning.

51 Art. 8:51 Awb en Kamerstukken II 1992/93, 22495, nr. 10, p. 41.

52 Holvast 2017a.

53 Zie ook Pach 2001, p. 139-142.

54 Zie ook Van Ettehoven 2001, p. 31-34.

55 Zie het Rapport visitatie gerechten 2018, p. 15 (Goede rechtspraak, sterke rechtstaat), te raadplegen via: www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Rapport%20oVisitatie%202018.PDF.

gekwalificeerde persoon kan deze taken namelijk goed uitvoeren.⁵⁶ Bovendien zou de bestuursrechter door deze onderzoekstaken minder tijd kunnen besteden aan zijn specialisatie en hoofdtaak: de juridische beoordeling en finale beslechting van het geschil.⁵⁷ Het is dan ook niet efficiënt dat de meest gespecialiseerde en duurste persoon van de organisatie zich bezighoudt met deze enigszins administratief-organisatorische taken. De vergelijking met de gang van zaken in de medische sector is in dit verband snel gemaakt. Als een patiënt zich tot de huisarts wendt, is het niet de huisarts die de telefoon opneemt en inventariseert wat de zorgvraag van de patiënt is. Dit gebeurt door de doktersassistent. In de medische sector wordt bovendien gebruikgemaakt van de verpleegkundig specialist (of *nurse practitioner*). Deze (BIG-geregistreeerde) functionaris heeft bijvoorbeeld de bevoegdheid zelfstandig spreekuur te houden, bepaalde medische taken uit te voeren, diagnoses te stellen en medicijnen voor te schrijven.⁵⁸

Een tweede argument is dat een deel van deze taken ook op dit moment al achter de schermen wordt uitgevoerd door een juridisch ondersteuner.⁵⁹ Zo is het niet ongebruikelijk dat een juridisch ondersteuner in de voorbereiding van een zaak stukken opvraagt bij partijen of bijvoorbeeld een brief met vragen stuurt in zijn voorbereiding van het onderzoek ter zitting. Gelet op het hiervoor genoemde belang van communicatie met partijen tijdens het (voor)onderzoek is het volgens ons beter als deze taken in de openheid/transparantie en in de aanwezigheid van partijen plaatsvinden. De vooronderzoekscomparitie is hiervoor een ideale gelegenheid en leidt dus tot meer door partijen ervaren procedurele rechtvaardigheid.

56 Holvast 2014, p. 18.

57 Doordat de bestuursrechter meer tijd overhoudt, kan hij waarschijnlijk ook meer zaken afdoen. Dit leidt weer tot een verkorting van de doorlooptijden. Ook dat is een voordeel van ons voorstel.

58 Zie art. 36 en 36a Wet BIG en de Regeling zelfstandige bevoegdheid verpleegkundig specialisten. Zie ook Holvast 2014, p. 18-19 en Storm 2020.

59 Vgl. Van Os van den Abeelen 2011, Praagman & Doornbos 2012, Holvast 2016, Holvast 2017a, Holvast 2017b en Holvast 2018.

3 Het vooronderzoek 2.0 in relatie tot de Awb

In deze paragraaf staat voornamelijk de vraag centraal hoe de lichte variant zich verhoudt tot de regels in de Awb. Voor de beantwoording van die vraag staan we stil bij de juridische handvatten en belemmeringen die de Awb daarvoor biedt. Hierbij staan we ook stil bij de vraag in hoeverre de Awb moet worden gewijzigd voor de zware variant.

Wij baseren ons daarvoor op de resultaten van een door ons uitgevoerd onderzoek naar de parlementaire geschiedenis van de Awb.⁶⁰ Kort gezegd komen wij tot de conclusie dat de Awb voldoende mogelijkheden biedt voor een experiment met de lichte variant, maar pleiten wij er wat betreft de zware variant voor om met het oog op de rechtszekerheid en eenduidigheid een en ander in specifieke bepalingen te regelen.

3.1 Het vertrekpunt van deze paragraaf

Het bestuursprocesrecht zoals neergelegd in de Awb heeft als doelstelling een juridisch kader te scheppen waarin de aan het materiële recht ontleende rechten en plichten geldend kunnen worden gemaakt. Het bestuursprocesrecht is gediend met een eenvormige en voorspelbare toepassing. Dat neemt echter niet weg dat het de nodige flexibiliteit moet hebben. Dat geeft de bestuursrechter namelijk de mogelijkheid om, samen met de betrokken procespartijen, de behandeling af te stemmen op aard en zwaarte van de zaak.⁶¹ Het bestuursprocesrecht is in zoverre ook gericht op het verbeteren van de cliëntgerichtheid van de rechtspleging.⁶² Het gevoel en de indruk van de rechtzoekende spelen daarbij een rol.⁶³ Verder is de effectiviteit van de geboden rechtsbescherming nadrukkelijk op de voorgrond komen te staan⁶⁴ en verlangt de wetgever maatwerk van de bestuursrechter.⁶⁵

60 Ter verantwoording van het onderzoek wordt nog het volgende opgemerkt. Wij hebben beoordeeld welke Awb-bepalingen uit hoofdstuk 8 een handvat dan wel een belemmering vormen voor het vooronderzoek 2.0. Vervolgens hebben we gezien of in de parlementaire geschiedenis van de betreffende bepalingen aanknopingspunten voor het vooronderzoek 2.0 (ten goede of ten kwade) zijn te vinden.

61 Kamerstukken II 1992/93, 22495, nr. 6, p. 37-38 en Kamerstukken I 2015/16, 34059, I, p. 25.

62 Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3, p. 10 en 38 en Kamerstukken I 1993/94, 22495, nr. 53a, p. 5.

63 Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 4, p. 6 en Kamerstukken II 2014/15, 34059, nr. 3, p. 4 en 28-29.

64 Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 3, p. 2, Kamerstukken II 2009/10, 32450, nr. 3, p. 10 en Kamerstukken II 2009/10, 32450, nr. 4, p. 2 en 17.

65 Kamerstukken II 1992/93, 22495, nr. 6, p. 37-38, Kamerstukken I 2012/13, 32450, C, p. 5-6 en Kamerstukken I 2015/16, 34059, I, p. 25. Zie verder ook het VAR-preadvies van Van den Berge (Van den Berge 2020a, par. 3).

De wetgever rekent ook een zodanige inzet van mensen en middelen binnen de rechterlijke organisatie, dat elke zaak kan worden behandeld en beslist op een wijze die is toegesneden op haar aard en zwaarte, tot de doelstelling van het bestuursprocesrecht.⁶⁶ Hiermee bedoelt de wetgever met name het terugdringen van de werklast en werkdruk van de bestuursrechter.⁶⁷

Gelet op deze doelstellingen moet het bestuursprocesrecht volgens ons worden gezien als een flexibel instrument dat moet meebewegen met de veranderende maatschappelijke werkelijkheid en tijdgeest. Het kan daardoor een andere invulling krijgen. Bovendien moet het bestuursprocesrecht de bestuursrechter in staat stellen bij iedere zaak maatwerk te bieden. Deze observatie vormt het vertrekpunt voor onze beoordeling van het vooronderzoek 2.0. Hierbij achten wij van groot belang dat het vooronderzoek 2.0 in grote mate bijdraagt aan deze doelstellingen.

3.2 In hoeverre biedt de Awb mogelijkheden voor het vooronderzoek 2.0?

Ter beantwoording van de hiervoor genoemde vraag, splitsen wij het vooronderzoek 2.0 op in een aantal afzonderlijk te bespreken aspecten. Dit zijn:

1. de rol van de griffier en de vooronderzoeker;
2. de vorm van de vooronderzoekscomparitie;
3. de vrijwillige basis voor partijen;
4. de schriftelijke verslaglegging van de vooronderzoekscomparitie; en
5. de onderwerpen die tijdens de vooronderzoekscomparitie kunnen worden besproken.

Bij ieder aspect moet worden beoordeeld of de Awb hiervoor een juridisch handvat biedt. Hieronder bespreken wij per aspect de mogelijke juridische handvatten.

3.2.1 De rol van de griffier en de vooronderzoeker

Lichte variant

In de Awb is geen expliciete bepaling opgenomen waaruit volgt dat de griffier in het kader van het vooronderzoek een vooronderzoekscomparitie kan leiden. De juridische grondslag daarvoor kan volgens ons echter worden gevonden in de algemene bevoegdheid van de bestuursrechter voor het verrichten van het vooronderzoek⁶⁸ en de wettelijke opdracht voor de bestuursrechter om het hem voorgelegde geschil zo veel als mogelijk definitief te beslechten (art. 8:41a Awb), in combinatie met de bestaande mogelijkheden voor de bestuursrechter om gerechtsambtenaren in de functie van griffier opdrachten te geven.⁶⁹ De wetgever heeft namelijk bij de invoering van artikel 8:41a Awb de verwachting uitgesproken dat van de daarin

⁶⁶ Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3, p. 10.

⁶⁷ Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3, p. 21 en 24 en Kamerstukken II 1991/92, 22495, A, p. 10.

⁶⁸ Afdeling 8.2.2 Awb.

⁶⁹ Voor de volledigheid zij opgemerkt dat deze opdrachten worden uitgevoerd onder verantwoordelijkheid van de bestuursrechter.

vervatte wettelijke opdracht een verdere stimulans uitgaat naar de bestuursrechter om zo veel mogelijk tot definitieve geschilbeslechting te komen. Het houden van een vooronderzoekscomparitie in een vroeg stadium van de beroepsprocedure biedt hierbij een uitweg.⁷⁰ Deze comparitie is een mondeling contact over de belangrijkste twistpunten, de bewijslastverdeling en het verdere verloop van de procedure.⁷¹

De wetgever heeft bij de invoering van hoofdstuk 8 van de Awb in eerste instantie niet toegestaan dat een deel van het vooronderzoek zelfstandig buiten de bestuursrechter om wordt uitgevoerd door de griffier.⁷² Na heroverweging heeft de wetgever dit standpunt genuanceerd. Weliswaar blijft uitgangspunt dat de bestuursrechter het feitenonderzoek zelf verricht (het blijft de bestuursrechter die op basis van de bevindingen een beslissing neemt), maar het kan uit oogpunt van doelmatige en goede rechtspraak wenselijk zijn dat een door de bestuursrechter aangewezen gerechtsauditeur of griffier bepaalde onderzoekshandelingen verricht. Daarbij dacht de wetgever vooral aan een onderzoek ter plaatse.⁷³ Volgens ons lijkt de vooronderzoekscomparitie daar veel op. Het is eveneens een onderzoekshandeling, alwaar de griffier onderzoekt wat de omvang van het geschil is, of er een achterliggend geschil is, of het procesdossier compleet is, of partijen bekend zijn met de op elk van hen rustende bewijslast, welke bewijzen partijen hebben, kunnen en willen overleggen en wat de wensen van partijen over het verdere verloop van de procedure zijn. De griffier legt hetgeen met partijen is besproken schriftelijk vast. Het is vervolgens de bestuursrechter die op grond van deze bevindingen (proces)beslissingen neemt over het verdere verloop van de voorprocedure.⁷⁴ Daarmee lijkt de vooronderzoekscomparitie in lijn te zijn met de ontwikkelingen die door de wetgever zijn voorzien.

Ook kan hier een vergelijking worden gemaakt met de situatie waarin de griffier tijdens een zitting vragen stelt aan partijen. Dat gebeurt ook nu ook in sommige zaken. De griffier stelt deze vragen onder de verantwoordelijkheid van de bestuursrechter. Weliswaar is in dat geval de bestuursrechter aanwezig tijdens een zitting, maar blijkbaar staat de Awb daaraan niet in de weg. Met het oog hierop kan verdedigd worden dat de griffier ook tijdens de vooronderzoekscomparitie vragen zou moeten kunnen stellen.

Wat betreft de verhouding tussen de bestuursrechter en de griffier wijzen wij op het volgende. De werkzaamheden van de griffier worden feitelijk verricht, voor zover van belang, door de bij een gerecht werkzame gerechtsambtenaren.⁷⁵ De gerechtsambtenaar die werkzaamheden verricht voor de bestuursrechter, is verplicht te voldoen aan de aanwijzingen die de bestuursrechter hem of haar geeft.

⁷⁰ Kamerstukken II 2010/II, 32450, nr. 8, p. 57-58. Vgl. Kamerstukken II 2010/II, 32450, nr. 7, p. 9, Kamerstukken II 2014/15, 34059, nr. 3, p. 1, 4, 5, 24 en 28-29 en Kamerstukken II 2014/15, 34059, nr. 6, p. 21.

⁷¹ Kamerstukken I 2012/13, 32450, C, p. 5-6.

⁷² Kamerstukken II 1991/92, 22495, A, p. 84 en Kamerstukken II 1992/93, 22495, nr. 6, p. 51.

⁷³ Dit komt ook tot uitdrukking in art. 8:51 Awb. Zie Kamerstukken II 1992/93, 22495, nr. 10, p. 41. Dit uitgangspunt heeft de wetgever ook niet verlaten na de wijziging van die bepaling. Vgl. Kamerstukken II 2013/14, 33771, nr. 8, p. 8.

⁷⁴ Vgl. Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3, p. 127-128.

⁷⁵ Art. 14 lid 3 Wet RO. Zie art. 1 aanhef en onder d Wet RO voor de definitie van 'gerechtsambtenaar'. Vgl. ook Kamerstukken II 2013/14, 33771, nr. 8, p. 8.

Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) volgt dat dit werkzaamheden zijn die de gerechtsambtenaar ten behoeve van en ter ondersteuning van die bestuursrechter verricht. De gerechtsambtenaar is in die verhouding ondergeschikt aan de bestuursrechter. Hieruit volgt dat de bestuursrechter verantwoordelijk is en blijft voor de inhoud en de redactie van een uitspraak.⁷⁶

De lichte variant laat dit systeem intact. De griffier verricht zoals gezegd op aanwijzing van de bestuursrechter ondersteunende werkzaamheden. Door het karakter van de aanwijzing ontstaat voor de griffier de verplichting daaraan te voldoen en blijft de bestuursrechter eindverantwoordelijk.

Zware variant

De Awb biedt geen grondslag voor de zware variant. De Awb kent namelijk niet de figuur van vooronderzoeker, laat staan dat een andere functionaris dan de bestuursrechter of de griffier eigen bevoegdheden en verantwoordelijkheden heeft in het vooronderzoek. Voor het invoeren van deze variant moet daarom de Awb worden aangepast.⁷⁷

3.2.2 De vorm van de vooronderzoekscomparitie⁷⁸

Een zitting moet openbaar zijn, zodat het rechterlijk optreden inzichtelijk en controleerbaar is.⁷⁹ Deze voorwaarde geldt niet voor de vooronderzoekscomparitie. De vooronderzoekscomparitie is immers geen zitting als bedoeld in artikel 8:56 Awb. De vooronderzoekscomparitie is een onderzoeksactiviteit voorafgaand aan de zitting. De griffier of vooronderzoeker is op dat moment niet bezig met de beslechting van een geschil.⁸⁰

De vooronderzoekscomparitie vervangt slechts de onderzoeksactiviteiten die nu ook voorafgaand aan een zitting plaatsvinden en breidt deze verder uit. Zo worden ook nu al de zogenoemde ‘griffiersbrieven’ met vragen en/of opmerkingen verzonden door de griffier en wordt eenzijdig telefonisch contact met partijen opgenomen (bijvoorbeeld om ontbrekende stukken op te vragen).⁸¹ Voor deze onderzoeksactiviteiten geldt op dit moment niet de openbaarheidseis. Wel is duidelijk dat voor beide partijen inzichtelijk en controleerbaar moet zijn welke correspondentie met de partijen wordt gepleegd. Dat wordt met de vooronderzoekscomparitie verder versterkt. De onderzoeksactiviteiten vinden immers plaats in de aanwezigheid van alle partijen. Hierdoor kunnen partijen over en weer op elkaar reageren.

76 Kamerstukken II 1999/2000, 27181, nr. 3, p. 44-45, Kamerstukken II 2000/01, 27181, nr. 6, p. 93-94 en Kamerstukken I 2001/02, 27181, nr. 55a, p. 29-30. Daarbij moet overigens niet worden onderschat dat de juridische ondersteuning daarop toch vaak invloed kan uitoefenen. Zie daarover Holvast 2017a, Holvast 2017b en Praagman & Doornbos 2012.

77 Zie ook CCJE 2019, par. 27, waarin naarvoren komt dat wanneer een griffier of andere juridisch ondersteuner onafhankelijk van de rechter bepaalde werkzaamheden verricht (zoals het nemen van procesbeslissingen, het benoemen van een deskundige of het horen van partijen) daarvoor een wettelijke basis noodzakelijk is.

78 Voor zowel de lichte variant als de zware variant is de vorm hetzelfde. In deze paragraaf is daarom geen onderscheid gemaakt tussen beide varianten.

79 Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3, p. 139 en Kamerstukken II 2014/15, 34059, nr. 6, p. 36.

80 Vgl. Kamerstukken II 1992/93, 22495, nr. 10, p. 28.

81 Vgl. Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 4, p. 4.

De vooronderzoekscomparitie kan in verschillende vormen plaatshebben. Wij denken aan een bijeenkomst via een afdoende beveiligd digitaal medium of via een afdoende beveiligd meersijdig telefoongesprek (tezamen noemen wij dit een ‘vooronderzoekscomparitie op afstand’). Los van de mogelijkheden van een vooronderzoekscomparitie op afstand bestaat de mogelijkheid om een fysieke bijeenkomst in het betreffende gerechtsgebouw te houden. Het is uiteindelijk aan de bestuursrechter (in de lichte variant) of aan de vooronderzoeker (in de zware variant) per geval te bepalen welke van deze vormen voor de zaak het meest geschikt is.

De vraag die daarbij naarvoren komt, is in hoeverre de Awb voor elk van deze vormen handvatten biedt. Aangezien de Awb geen bepalingen kent over de vorm van comparities, durven wij het standpunt in te nemen dat het ook mogelijk moet zijn een vooronderzoekscomparitie op afstand te houden.

Daarnaast kan worden betoogd dat – hoewel hiervoor al duidelijk werd dat de vooronderzoekscomparitie geen zitting betreft – wellicht moet worden aangesloten bij afdeling 8.2.5 van de Awb. Maar ook in die afdeling zijn geen bepalingen te vinden over de vorm waarin zittingen gehouden moeten worden. Duidelijk is wel dat ten tijde van de invoering van hoofdstuk 8 Awb de techniek nog niet zo ver was gevorderd dat zittingen op afstand gehouden konden worden. Het is daarom niet vreemd dat de parlementaire geschiedenis van hoofdstuk 8 van de Awb geen aanknopingspunten biedt voor een zitting op afstand. Blijkbaar heeft de wetgever voor ogen gestaan dat zittingen in fysieke vorm in een gerechtsgebouw worden gehouden.⁸²

Het is de vraag of deze enge interpretatie van het standpunt van de wetgever voor zittingen geen herijking verdient voor wat betreft de vooronderzoekscomparitie.⁸³ In een maatschappij en tijdgeest waarin, zoals in het voorjaar van 2020 tijdens de coronapandemie, een groot deel van het leven en communicatie zich digitaal afspeelt, zal ook het bestuursprocesrecht moeten meebewegen. Wordt het niet tijd om het bestuursprocesrecht te ontdoen van het ouderwetse imago en in juridische zin te accepteren dat zittingen ook anders dan in fysieke vorm kunnen plaatsvinden?⁸⁴

Ook hierom betogen wij dat de vooronderzoekscomparitie op afstand moet kunnen plaatsvinden. Daarbij moet overigens niet worden vergeten dat de normen die rondom een fysieke zitting gelden,⁸⁵ belangen beschermen die ook tijdens de vooronderzoekscomparitie beschermd moeten blijven. Anders gezegd: de voor-

82 Steun voor dit standpunt kan ook worden gevonden in de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid (Stb. 2020, 124). De wetgever zag in verband met de in het voorjaar van 2020 ontstane coronapandemie aanleiding om digitale of telefonische zittingen mogelijk te maken (art. 2 lid 1). Mocht de wetgever van mening zijn geweest dat de Awb daarvoor al voldoende grondslag bood, dan werd met de Tijdelijke wet water naar de zee gedragen.

83 Vgl. Van Breda e.a. 2020, p. 2042-2043. Vanwege de coronapandemie zijn met telefonie, video-verbindingen of andere audiovisuele transmissie bij veel gerechten al ervaringen opgedaan, zie art. 2 Tijdelijke Wet COVID-19) en ABRvS 7 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:092, AB 2020/164, m.nt. P.R. Rodrigues, JB 2020/71, m.nt. G.J. Stoepker, Gst. 2020/66, m.nt. R. Stijnen.

84 Wij benadrukken het belang van fysiek contact tussen de rechter en partijen op een zitting. Wij betogen niet dat de fysieke zitting moet worden vervangen door een zitting op afstand. De kern van ons betoog is dat in aanvulling op de fysieke zitting partijen er ook voor moeten kunnen kiezen een zitting op afstand te houden.

85 Zoals hoor en wederhoor en recht op een eerlijk proces. Wij noemen hier uitdrukkelijk niet de eis van openbaarheid van de zitting. Weliswaar is het openbaarheidsaspect van groot rechtsstatelijk belang voor de zitting, maar het geldt niet voor de vooronderzoekscomparitie. Vgl. Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 3, p. 4-5. Zie hierover verder par. 3.3.1.

onderzoekscomparitie op afstand moet (naast onder meer de procesregels die gelden rondom de uitnodiging) plaatsvinden via een beveiligd tweezijdig communicatiemiddel, waarbij sprake moet zijn van een deugdelijke verslaglegging (zie daarover ook par. 3.2.4).

3.2.3 De vrijwillige basis voor de indiener van het (hoger) beroep

De in de Awb neergelegde regels rondom het vooronderzoek zijn facultatief. De bestuursrechter kan daarvan gebruikmaken, maar is daartoe niet verplicht. Dat verandert in het vooronderzoek 2.0. De bestuursrechter in de lichte variant en de vooronderzoeker in de zware variant zullen in beginsel een vooronderzoekscomparitie moeten gelasten. Alleen in bijzondere gevallen, de gevallen als bedoeld in artikel 8:54 Awb en wanneer partijen aangeven daaraan geen belang te hechten, kan de bestuursrechter of de vooronderzoeker daarvan afzien. Zoals we al eerder schreven,⁸⁶ is het bestuursprocesrecht er volgens de wetgever (ook) op gericht om het gevoel en de indruk van partijen in het kader van de rechtspleging te verbeteren.⁸⁷ Dit geldt het meest voor de partij die zich tot de bestuursrechter wendt voor rechtsbescherming.⁸⁸ Dat geldt ook voor een derde-belanghebbende die als partij deelneemt aan het geding (art. 8:26 Awb) of voor het betrokken bestuursorgaan.⁸⁹ Als partijen daarom aangeven geen heil te zien in een vooronderzoekscomparitie, draagt het vooronderzoek 2.0 aan die doelstelling van het bestuursprocesrecht niet bij en gaan wij ervan uit dat het houden daarvan niet leidt tot een verbetering van de ervaren procedurele rechtvaardigheid. In dat geval kan de bestuursrechter daarvan afzien.⁹⁰ Dat betekent dat de bestuursrechter in die gevallen terugvalt op het reguliere vooronderzoeksinstrumentarium.

De huidige Awb kent geen bepaling die een handvat kan bieden voor deze verplichting voor de bestuursrechter, laat staan voor de vooronderzoeker. Deze kan mogelijk worden gevonden in artikel 8:41a Awb. Wij durven echter niet zo ver te gaan dat deze verplichting rechtstreeks uit deze bepaling volgt, alleen al omdat het artikel spreekt van 'zoveel mogelijk'. Dat leidt volgens ons echter niet tot de conclusie dat de lichte variant niet kan worden ingevoerd. De bestuursrechters kunnen namelijk besluiten deze variant in beginsel in te voeren op basis van wat in paragraaf 3.2.1 is geschreven. Zoals al is geconcludeerd in paragraaf 3.2.1 moet echter voor de zware variant de Awb worden aangepast.

86 Zie par. 3.1.

87 Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 4, p. 6 en Kamerstukken II 2014/15, 34059, nr. 3, p. 28-29.

88 In veruit de meeste gevallen is het bestuursorgaan de verwerende partij en is de burger de partij die rechtsbescherming zoekt (rechtzoekende). De ervaren procedurele rechtvaardigheid ziet met name op de rechtzoekende. Zoals omschreven in hoofdstuk 1 wordt de vooronderzoekscomparitie voorgesteld ter bevordering van de ervaren procedurele rechtvaardigheid. Dit betekent dat als de rechtzoekende geen behoefte heeft aan de vooronderzoekscomparitie, hij daarvan kan afzien.

89 Bijvoorbeeld in zaken waarin sprake is van meerdere procedures over verschillende besluiten van een belanghebbende met een achterliggend geschil. Het bestuursorgaan kan er baat bij hebben dat in het vooronderzoek de omvang van het geschil duidelijk wordt vastgesteld en/of een verdere juridisering van het geschil wordt voorkomen.

90 Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 3, p. 13.

3.2.4 De schriftelijke verslaglegging van de vooronderzoekscomparitie

Lichte variant

Uit een oogpunt van transparantie en om voor de bestuursrechter inzichtelijk te maken wat tijdens de vooronderzoekscomparitie is besproken, is noodzakelijk dat hiervan verslaglegging plaatsvindt.⁹¹ Wat betreft het onderzoek ter zitting geldt de regel dat de griffier aantekeningen maakt (art. 8:61 lid 2 Awb). De griffier maakt echter ook een proces-verbaal van de zitting, wanneer de bestuursrechter naar aanleiding van een verzoek van een partij dat beslist dan wel een hogerberoepsrechter daarom verzoekt (art. 8:61 lid 3 Awb). Het is, mede vanwege de daarmee gepaard gaande werklast, de praktijk dat niet altijd processen-verbaal worden opgemaakt. Veelal wordt volstaan met de aantekeningen van de zitting. Dat is volgens de wetgever meer van deze tijd.⁹² Aangezien bij een zitting wordt toegestaan dat de griffier (slechts) aantekeningen maakt en die zo nodig aan partijen ter beschikking stelt, betekent dit dat de Awb ook toestaat dat de griffier van de vooronderzoekscomparitie slechts aantekeningen en geen proces-verbaal maakt.⁹³

Deze aantekeningen vervullen een belangrijke functie binnen de procedure. De bestuursrechter kan namelijk uit deze aantekeningen afleiden wat de omvang van het geschil is, of er een achterliggend geschil bestaat, de partij op de hoogte is van de bewijslast, de partij binnen een bepaalde termijn nadere bewijsstukken over wil leggen en wat de door partijen gewenste procedure is.⁹⁴ De bestuursrechter neemt indachtig hetgeen partijen tijdens de vooronderzoekscomparitie hebben opgemerkt de noodzakelijke procesbeslissingen. Op die manier bieden de aantekeningen de basis voor de procesbeslissingen van de bestuursrechter. Net als bij het onderzoek ter plaatse door de griffier, maken deze aantekeningen deel uit van het procesdossier (art. 8:51 lid 3 Awb).⁹⁵

Zware variant

De vooronderzoeker krijgt de bevoegdheid om in beperkte mate procesbeslissingen te nemen. Deze bevoegdheden moeten in de Awb worden opgenomen. Zoals hierboven beschreven, vervullen de aantekeningen daarbij een belangrijke functie. Voor de transparantie en ter verduidelijking van de status van deze aantekeningen, lijkt een bepaling in de Awb aangewezen.

3.2.5 De onderwerpen die tijdens de vooronderzoekscomparitie kunnen worden besproken⁹⁶

Tijdens de vooronderzoekscomparitie kan een veelheid aan onderwerpen de revue passeren. Van belang is dat de vooronderzoekscomparitie een zodanige inhoud

91 De verslaglegging vervangt immers de hiervoor al genoemde 'griffiersbrieven', zie Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 4, p. 4

92 Kamerstukken II 2009/10, 32450, nr. 3, p. 52 en 61.

93 Naast de mogelijkheden die art. 8:36e Awb biedt.

94 Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 3, p. 5-6.

95 Kamerstukken II 1992/93, 22495, nr. 10, p. 41.

96 Voor zowel de lichte variant als de zware variant zijn de onderwerpen hetzelfde. In deze paragraaf is daarom geen onderscheid gemaakt tussen beide varianten.

heeft, dat deze bijdraagt aan de door partijen ervaren procedurele rechtvaardigheid. Zoals besproken in hoofdstuk 1 betekent dit dat er in ieder geval duidelijkheid gecreëerd moeten worden over de belangrijkste twistpunten, de bewijslastverdeling en de verdere procedure. De wetgever heeft in het kader van de finale geschilbeslechting gewezen op de mogelijkheid van een mondeling contact met partijen over deze onderwerpen.⁹⁷ Deze verwijzing is voor ons reden om te concluderen dat de te bespreken onderwerpen van het vooronderzoek 2.0 binnen de Awb passen. Daarnaast is het goed denkbaar dat op de vooronderzoekscomparitie ook wordt gesproken over alternatieve oplossingen. Niet alle partijen zijn immers geholpen met een uitspraak.⁹⁸

3.3 In hoeverre staat de Awb in de weg aan het vooronderzoek 2.0?

Wij vermoeden dat niet iedere lezer direct enthousiast is geworden van ons voorstel voor het vooronderzoek 2.0. Mogelijk zien die lezers zelfs (juridische) belemmeringen. Wij brengen hier echter in herinnering dat in de lichte variant de vooronderzoekscomparitie geen zitting is, de griffier geen procesbeslissingen neemt en de eindverantwoordelijkheid bij de bestuursrechter blijft. Daarmee zijn volgens ons de meeste belemmeringen ondervangen. Hierna gaan we in op een aantal van die mogelijke belemmeringen. Daarbij staan we ook stil bij de vraag in hoeverre de Awb moet worden aangepast voor de zware variant.

3.3.1 Openbaarheid van de vooronderzoekscomparitie⁹⁹

In de Awb is, in lijn met artikel 121 Grondwet, bepaald dat een zitting in beginsel openbaar is (art. 8:62 lid 1 Awb).¹⁰⁰ Met de term ‘terrechtzittingen’ wordt in de Grondwet bedoeld de zittingen van de gerechten die tot de rechterlijke macht behoren.¹⁰¹

De vooronderzoekscomparitie is geen zitting als bedoeld in afdeling 8.2.5 Awb. Het gaat slechts om een onderzoeksactiviteit van de griffier bestaande uit een mondeling contactmoment met partijen. De vooronderzoekscomparitie vervangt de niet-openbare griffiersbrief of het niet-openbare telefoongesprek met een van de partijen. Tijdens de vooronderzoekscomparitie worden geen procesbeslissingen genomen en er vindt ook geen (voorlopige) beoordeling van het beroep plaats. De openbaarheidseisen die de Awb stelt aan zittingen, staan daarmee niet in de weg aan het houden van een vooronderzoekscomparitie.

Wij denken dat het vooronderzoek 2.0 bijdraagt aan de transparantie en openbaarheid van het vooronderzoek, in elk geval voor partijen. In de huidige praktijk stuurt een onbekende griffier brieven of houdt deze telefoongesprekken. Deze

97 Vgl. Kamerstukken I 2012/13, 32450, C, p. 5-6 waarin de wetgever deze onderwerpen ook noemt.

98 Zie over de effectiviteit daarvan Marseille 2012, p. 20-22.

99 Dit aspect ziet niet op degene die de vooronderzoekscomparitie leidt. Vandaar dat geen onderscheid is gemaakt tussen de varianten.

100 Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3, p. 139. Het doel van de openbaarheid is onder meer dat het mogelijk is het werk van rechters te controleren, zie Kamerstukken II 2014/15, 34059, nr. 6, p. 36.

101 Kamerstukken II 1979/80, 16162, nr. 3-4, p. 21.

onderzoekshandelingen zijn zoals gezegd niet openbaar.¹⁰² Met name bij de telefoongesprekken zoals die nu gevoerd (kunnen) worden zijn niet alle partijen op de hoogte van wat er exact is besproken. Bij de vooronderzoekscomparitie zijn alle partijen betrokken en zij weten daardoor wat inhoudelijk is besproken. Daarnaast worden zij in de uitnodiging van de vooronderzoekscomparitie en genomen procesbeslissingen gewezen op de verantwoordelijke bestuursrechter en de naam van de griffier.¹⁰³ In zoverre draagt het vooronderzoek 2.0 bij aan de transparantie van het vooronderzoek.

3.3.2 Wraking

Lichte variant

Men kan zich afvragen of de griffier moet kunnen worden gewraakt. Wraking is bedoeld als waarborg tegen inbreuken op de onpartijdigheid en tegen de schijn van partijdigheid van de rechter.¹⁰⁴ Het middel van wraking is dan ook gericht tot de rechters die de zaak behandelen (art. 8:15 Awb). Gelet hierop kan een griffier op dit moment niet worden gewraakt.¹⁰⁵ Het gaat er echter om of het ontbreken van een wrakingsregeling voor de griffier een belemmering vormt voor de nieuwe rol en de werkzaamheden die de griffier in deze variant moet uitvoeren. Wij menen van niet. Als de rol van de griffier in de vooronderzoekscomparitie wordt afgezet tegen de hiervoor genoemde ratio van wraking, leidt dit namelijk niet tot de conclusie dat de griffier moet kunnen worden gewraakt. De griffier neemt immers geen (proces)beslissingen, behandelt en beoordeelt niet het (hoger) beroep en de eindverantwoordelijkheid blijft bij de bestuursrechter. Het is en blijft de bestuursrechter die bepaalt hoe het vooronderzoek wordt vormgegeven, die de procesbeslissingen neemt, die het onderzoek ter zitting leidt waar de inhoudelijke behandeling van de zaak plaatsvindt en die de uitspraak doet. Uiteraard kan het voorkomen dat een partij zich onheus bejegend voelt door de desbetreffende griffier tijdens de vooronderzoekscomparitie. Dat kan ook nu het geval zijn bij een telefoongesprek met de griffier of door de toon van een griffiersbrief. Net als nu het geval is, lijkt ons de klachtenregeling¹⁰⁶ hiervoor een voldoende waarborg te bieden.

We onderkennen hierbij evenwel het spanningsveld waarin de griffier zich zal begeven wanneer de bewijspositie van partijen wordt besproken. Een partij kan al snel het gevoel krijgen dat de griffier een oordeel geeft over de bewijspositie. Het is daarom denkbaar dat deze partij in dat geval de griffier zal willen wraken. Wij willen hierbij wijzen op een aantal aspecten van het vooronderzoek 2.0. Allereerst zal de griffier ervoor moeten zorgen (en dus moeten zijn onderlegd en getraind¹⁰⁷) dat hij geen oordeel geeft over de bewijspositie, dan wel een partij daartoe het

¹⁰² Zie ook Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 3, p. 5 en Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 4, p. 4 voor kritische opmerkingen van de wetgever over deze praktijk. Zie ook Koenraad & Verbeek 2014, p. 54-70.

¹⁰³ Vgl. de noot van Koenraad en Verbeek in AB 2020/306, punt 6.

¹⁰⁴ Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3, p. 111-115 en Kamerstukken II 1998/99, 26523, nr. 3, p. 9-10.

¹⁰⁵ Zie ABRvS 9 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:779, r.o. 5.

¹⁰⁶ Te raadplegen via de volgende link: www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Contact/U-heeft-een-klacht. Zie ook Holvast 2014, p. 25-26.

¹⁰⁷ Wij wijzen in dit kader ook op de omstandigheid dat de griffier als gerechtsambtenaar de eed of belofte heeft afgelegd. Zie ook Holvast 2014, p. 30 en Soeharno 2013.

gevoel geeft. Wij menen dat de griffier niets meer kan doen dan een partij wijzen op de (onduidelijkheid van de) bewijspositie die volgt uit bestaande rechtspraak of de wet. De griffier moet hierover niet in discussie gaan. De griffier kan enkel aangeven dat de desbetreffende bewijspositie al eens aan bod is gekomen in een bepaalde uitspraak, uit de wet volgt of hierover nog veel onduidelijkheid bestaat. Bovendien zal de griffier moeten benadrukken dat het aan de bestuursrechter is, ook los van wat uit de bestaande rechtspraak en wet kan worden afgeleid, om de bewijspositie vast te stellen en het bewijs te waarderen.

Verder willen we nog wijzen op het aspect dat de griffier in het vooronderzoek 2.0 juridisch gezien geen beslissingen kan nemen. Ook nu kan het al voorkomen dat een partij het gevoel krijgt dat een griffier een beslissing neemt. Dit is bijvoorbeeld het geval als de griffier in een telefoongesprek de partij op een juridisch aspect wijst of in een brief naar een uitspraak verwijst. Nog duidelijker komt dit naar voren als de bestuursrechter de griffier opdraagt een onderzoek ter plaatse in te stellen en een partij bij dit onderzoek door de griffier het gevoel krijgt dat deze partijdig is. Het ontbreken van een wrakingsregeling hiervoor heeft, voor zover ons bekend, niet tot problemen geleid. Zoals gezegd kan de partij een klacht indienen, maar de partij kan ook de bestuursrechter wraken onder wiens verantwoordelijkheid de griffier heeft gehandeld. In zoverre verschilt deze situatie niet van de situatie in ons voorstel.

Zware variant

De vooronderzoeker krijgt in deze variant eigen bevoegdheden en verantwoordelijkheden. Met die bevoegdheden kan de vooronderzoeker direct invloed uitoefenen op de procedure en daarmee ook indirect op de uitkomst van de zaak. Met het oog hierop kan worden betoogd dat een vooronderzoeker moet kunnen worden gewraakt. In dat geval behoeft Afdeling 8.1.4. Awb aanpassing.¹⁰⁸

3.3.3 Bewijslastverdeling en de tiendagentermijn

Lichte variant

Verder is het de vraag of het aan de orde stellen van de bewijspositie en het afspreken van termijnen voor het indienen van nader bewijs tijdens de onderzoekscomparitie in strijd is met de Awb.

Wij menen dat het aan de orde stellen van de bewijspositie in het vooronderzoek niet in strijd is met enige bepaling in de Awb. De Awb kent immers geen bepaling die dit verbiedt. Bovendien is het juist de bedoeling van de wetgever dat in een vroeg stadium van de beroepsprocedure tijdens een mondeling contact met par-

¹⁰⁸ Zie is dit verband ook CCJE 2019, par. 55 en aanbeveling 11. Het is overigens ook denkbaar dat een wrakingsregeling voor de vooronderzoeker niet noodzakelijk is. De vooronderzoeker kan weliswaar invloed uitoefenen op de wijze waarop de procedure verloopt, maar hij is uiteindelijk niet betrokken bij de inhoudelijke beoordeling van het geschil. De invloed van de vooronderzoeker is dus in feite beperkt. Om die reden denken wij dat een wrakingsregeling eigenlijk niet noodzakelijk is en ook in deze variant kan worden volstaan met een klachtenregeling. Om tegemoet te komen aan eventuele bezwaren over de positie van de vooronderzoeker, stellen wij echter voorlopig een aparte wrakingsregeling voor de vooronderzoeker voor.

tijen de bewijslastverdeling aan de orde komt.¹⁰⁹ Zoals uit paragraaf 3.2.1 volgt, biedt de Awb hiervoor zelfs aanknopingspunten (art. 8:41a Awb).

Tijdens de vooronderzoekscomparitie is het mogelijk dat partijen afspraken maken over het indienen van nader bewijs.¹¹⁰ De griffier neemt deze afspraak in de verslaglegging op. Het is echter aan de bestuursrechter om te bepalen hoe het vooronderzoek wordt vormgegeven en welke processuele handelingen binnen welke termijn moeten worden verricht.¹¹¹ Wij verwachten dat de bestuursrechter deze afspraak zal volgen en een procesbeslissing neemt conform deze afspraak, tenzij de bestuursrechter aanleiding ziet hiervan af te wijken.¹¹² Het nemen van een dergelijke procesbeslissing door de bestuursrechter komt er met name op neer dat de bestuursrechter termijnen bepaalt waarbinnen een partij nadere bewijsstukken overlegt en binnen welke termijn de andere partij hierop kan reageren. Uit een onderzoek naar de mening van Nederlanders over de kwaliteit en innovatie van de rechtspraak volgt dat er veel draagvlak is voor het stellen van termijnen en het handhaven van deze termijnen tijdens een procedure.¹¹³ Het vooronderzoek 2.0 draagt hieraan bij en dat is ook in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever. Het is volgens de wetgever immers de bedoeling dat de bestuursrechter maatwerk biedt over het verloop van het vooronderzoek en dat hij voor zover nodig termijnen stelt.¹¹⁴

Het is echter de vraag hoe deze afspraken en de daaropvolgende procesbeslissingen zich verhouden tot de tiendagentermijn (art. 8:58 lid 1 Awb). Stel dat een partij buiten de afgesproken termijn maar wel uiterlijk tien dagen voor de zitting stukken overlegt, mag de bestuursrechter deze stukken dan weigeren? Wij betogen dat de bestuursrechter kan beslissen dat deze stukken buiten de beoordeling blijven. Hierbij is van belang dat de bestuursrechter een procesbeslissing heeft genomen en een partij daardoor in beginsel is gebonden aan deze termijn.¹¹⁵ Ook nu is het al mogelijk dat de bestuursrechter een termijn stelt die afwijkt van de tiendagentermijn.¹¹⁶ In zoverre is het vooronderzoek 2.0 niet in strijd met de Awb. De bestuursrechter zal echter gelet op de tiendagentermijn zeer terughoudend moeten zijn met het buiten de beoordeling laten van stukken. Net als nu zal de bestuursrechter daarbij moeten beoordelen of sprake is van strijd met de goede procesorde.¹¹⁷ Hierbij kan de bestuursrechter betrekken dat de partij eerder akkoord is gegaan met deze niet gehaalde termijn. Hoewel een partij zich niet heeft gehouden aan een eerdere

¹⁰⁹ Kamerstukken I 2012/13, 32450, C, p. 5-6.

¹¹⁰ De griffier wijst een partij bijvoorbeeld op vaste rechtspraak van een hogerberoepsrechter waaruit volgt dat de aanvrager een bepaalde aanspraak aannemelijk moet maken. De partij trekt hieruit de conclusie dat hiervoor bewijs moet worden geleverd en dat dit bewijs nog niet is overgelegd. Deze partij kan dan in overleg met de andere partij afspreken dat binnen een bepaalde termijn alsnog bewijs wordt overgelegd en dat de andere partij daarna een termijn krijgt hierop te reageren. De griffier legt deze afspraak in de aantekeningen vast.

¹¹¹ Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3, p. 127-128.

¹¹² Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het geval dat door de afspraak het processuele evenwicht tussen partijen zal worden verstoord of het verloop van de procedure zal worden gefrustreerd (bijvoorbeeld de redelijke termijn).

¹¹³ Kamerstukken II 2014/15, 34059, nr. 6, p. 1.

¹¹⁴ Kamerstukken II 2014/15, 34059, nr. 3, p. 1 en 24 in relatie tot Kamerstukken I 2015/16, 34059, D, p. 2 en Kamerstukken I 2015/16, 34059, I, p. 25.

¹¹⁵ Vgl. Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3, p. 127-128.

¹¹⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32450, nr. 3, p. 50.

¹¹⁷ Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3, p. 137-138 en Kamerstukken II 2014/15, 34059, nr. 3, p. 26.

afpraak, vermoeden wij dat hier niet snel sprake van zal zijn. Wij wijzen hierbij nogmaals op de bedoeling van het vooronderzoek 2.o. Doordat op de vooronderzoekscomparitie is stilgestaan bij de bewijspositie van partijen en partijen daarna de gelegenheid hebben gekregen (nader) bewijs in het geding te brengen, heeft dit bijgedragen aan de procedurele rechtvaardigheid. Bovendien vermoeden wij dat in veel gevallen partijen zich aan de afspraken houden, waardoor de bestuursrechter en de andere partij(en) niet vlak voor de zitting worden overvallen door nieuwe stukken.¹¹⁸

Zware variant

De vooronderzoeker kan een procesbeslissing nemen in de vorm van het stellen van een termijn voor het nader indienen van stukken. De Awb biedt hiervoor geen grondslag en in zoverre is sprake van een belemmering voor dit aspect van de zware variant. De Awb zal hierop moeten worden aangepast.

3.3.4 Recht op een zitting¹¹⁹

Iedere rechtzoekende heeft in beginsel recht op een zitting bij een rechter. Dit recht volgt niet expliciet uit de Awb, maar uit artikel 6 Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het verdedigingsbeginsel.¹²⁰ Dit recht vormt geen enkele belemmering voor het vooronderzoek 2.o. Wij benadrukken dat na de vooronderzoekscomparitie (uiteindelijk) altijd een onderzoek ter zitting zal volgen, tenzij een partij toestemming geeft uitspraak te doen zonder zitting (art. 8:57 Awb). Ook in het vooronderzoek 2.o heeft de rechtzoekende dit recht en het vooronderzoek 2.o doet daaraan op geen enkele manier af. Als de partijen te kennen geven geen behoefte te hebben aan de vooronderzoekscomparitie, dan geldt de verplichting om deze te houden niet. Deze partij zal dan gelijk op de zitting bij de bestuursrechter komen, tenzij de bestuursrechter een andere procesbeslissing neemt (bijvoorbeeld via art. 8:54 Awb).

3.3.5 Beperkte rol griffier in de Awb¹²¹

De Awb kent aan de griffier slechts in beperkte mate taken toe. Het is de vraag of de griffier zonder wettelijke duidelijkheid een rol kan spelen zoals omschreven in de lichte variant. Wij beantwoorden die vraag bevestigend. Het eerste argument

¹¹⁸ Bij veel procespartijen 'verdwijnt het dossier in de kast' nadat de zaak aanhangig is gemaakt en de beroepsgronden zijn ingediend. Pas als de zaak op zitting wordt gepland, wordt het dossier weer 'uit de kast gehaald'. Dan worden eventueel nieuwe stukken en bewijsmiddelen in het geding gebracht. Juist door in het begin van de procedure tijdens de vooronderzoekscomparitie hier aandacht aan te besteden, wordt hierin verandering gebracht. Wij vermoeden dat er daardoor in minder gevallen vlak voor de zitting nog (omvangrijke) stukken in het geding worden gebracht.

¹¹⁹ Dit geldt voor zowel de lichte als de zware variant, zodat in deze paragraaf geen onderscheid is gemaakt.

¹²⁰ Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 3, p. 13, Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 6, p. 17-18 en Kamerstukken II 2008/09, 31352, nr. 8, p. 28.

¹²¹ Dit aspect ziet volledig op de lichte variant en speelt geen rol bij de zware variant. De vooronderzoeker zal namelijk eerst in de Awb moeten worden geïntroduceerd.

daarvoor heeft te maken met de huidige praktijk. Binnen de bestuursrechtelijke rechtscolleges is sprake van een situatie waarin een groot deel van de feitelijke werkzaamheden van de bestuursrechter onder diens verantwoordelijkheid wordt uitgevoerd door gerechtsambtenaren.¹²² Dat geldt ook voor het verrichten van onderzoeksactiviteiten in het vooronderzoek. Weliswaar bepaalt de bestuursrechter welke onderzoeksactiviteiten worden verricht, maar het is veelal de gerechtsambtenaar die deze feitelijk uitvoert.¹²³ De Awb biedt voor deze praktijk geen directe of indirecte aanknopingspunten. Waarom zou de Awb dan wel in de weg staan aan een griffier die een vooronderzoekscomparitie leidt?

Het tweede argument is gelegen in de bevoegdheid van de bestuursrechter een griffier op te dragen een onderzoek ter plaatse in te stellen (art. 8:51 lid 1 Awb).¹²⁴ De rol van de griffier tijdens een dergelijk onderzoek ter plaatse gaat verder dan slechts een administratieve. Sterker nog: de rol die een griffier heeft tijdens een onderzoek ter plaatse is sterk vergelijkbaar met de rol die een griffier heeft tijdens een vooronderzoekscomparitie in de lichte variant. In beide gevallen verricht de griffier een onderzoeksactiviteit. De griffier is daartoe in de meeste gevallen goed uitgerust. In de praktijk komt dat veelal neer op het hebben gevolgd van een rechtenopleiding aan een universiteit in combinatie met behoorlijke werkervaring in het bestuursrecht.¹²⁵ De gerechtsambtenaar die hierbij dus de rol van griffier uitoefent, is niet slechts een administratief medewerker.¹²⁶

Tot slot merken wij op dat de omstandigheid dat de griffier slechts zeer beperkt wordt genoemd in de Awb, op zichzelf gezien geen belemmering vormt voor de rol van de griffier zoals omschreven in de lichte variant. Ook de bode heeft een rol in het bestuursprocesrecht, namelijk bij het uitroepen van het onderzoek ter zitting. In de Awb, noch in de Wet RO wordt de bode genoemd, laat staan dat in deze wetten is opgenomen dat de bode taken uitvoert. Het ontbreken hiervan vormt geen belemmering voor de rol die de bode in de procedure heeft. Ook hieruit volgt dat het ontbreken van een wettelijke regeling voor een dergelijke feitelijke rol, geen belemmering hoeft te vormen.

3.4 Conclusie en aanpassing Awb

Wij concluderen dat de vooronderzoekscomparitie van de lichte variant binnen de bepalingen van de Awb past. De grondslag hiervoor kan worden gevonden in de bevoegdheden van de bestuursrechter in het vooronderzoek en in artikel 8:41a Awb. Dit voorstel is, zoals hierboven betoogd, verder in overeenstemming met de

122 Vgl. Van Os van den Abeelen 2011 en Holvast 2017a.

123 Bijvoorbeeld de gerechtsambtenaar constateert in het vooronderzoek dat bepaalde inlichtingen noodzakelijk zijn voor de beoordeling van het (hoger) beroep. De gerechtsambtenaar stelt aan de bestuursrechter voor deze inlichtingen bij een partij in te winnen. De bestuursrechter bestudeert dit voorstel en beslist dat deze inlichtingen inderdaad moeten worden ingewonnen. Vervolgens stelt de gerechtsambtenaar hierover een griffierbrief op en verzendt deze naar de partij.

124 Zie hierover ook de voorganger van art. 8:51 lid 1 Awb, namelijk art. 104 Beroepswet (oud) en Kamerstukken II 1992/93, 22495, nr. 10, p. 41.

125 Zie hierover ook de functie-eisen in de vacatures voor juridisch medewerker/gerechtsjurist bij de Rechtspraak de volgende link: www.werkenbijderechtspraak.nl/vacatures/?fwp_opleidingsniveau=wo.

126 Zie hierover Kamerstukken II 2013/14, 33771, nr. 8, p. 8.

bedoeling van de wetgever en de doelstellingen van het bestuursprocesrecht. Op het eerste gezicht kan een aantal mogelijke belemmeringen worden opgeworpen. Bij nadere bestudering van het vooronderzoek 2.0, deze mogelijke belemmeringen en de huidige praktijk, zijn dit echter geen juridische beletselen voor een experiment met de lichte variant op dit moment.

Als uit een evaluatie blijkt dat de lichte variant succesvol is, geven wij de wetgever in overweging de vooronderzoekscomparitie in de Awb op te nemen. Van oudsher heeft de griffier namelijk slechts een administratieve functie. In het vooronderzoek 2.0 heeft de griffier ook een naar buiten gerichte juridisch-inhoudelijke functie. Die functie past dus niet bij de oorspronkelijke rol van de griffier. Reeds hierom zijn wij van mening dat voor ons voorstel een aparte functionaris moet worden geïntroduceerd: de zware variant.

Daar komt bij dat het optreden en de beslissingen van deze functionaris (directe) gevolgen kunnen hebben voor het verdere verloop van de procedure en daarmee ook (in)direct voor de inhoudelijke uitkomst van het geschil. Die gevolgen rechtvaardigen een wettelijke regeling voor deze functionaris, met een eigen verantwoordelijkheid en zelfstandige bevoegdheden. Hierdoor is voor partijen duidelijk wat de positie en de bevoegdheden van deze functionaris zijn. Bovendien kan er dan een wrakingsregeling voor deze functionaris in het leven worden geroepen. Daarnaast krijgen de procesbeslissingen van deze functionaris hierdoor een heldere status, waardoor ook duidelijk wordt in hoeverre de bestuursrechter is gebonden aan deze procesbeslissingen. Ten slotte geldt dat deze functionaris feitelijk een aantal taken van de bestuursrechter overneemt. Hierdoor is het des te belangrijker dat in de Awb wordt geregeld wat de verhouding is tussen deze functionaris en de bestuursrechter.

Verder verdient de vooronderzoekscomparitie op zichzelf gezien ook een plaats in de Awb. Dit heeft enerzijds te maken met het legaliteitsvereiste, namelijk dat een wettelijke basis helderheid over de juridische status verschaft.¹²⁷ Anderzijds wordt met een centrale regeling voorkomen dat ieder rechtscollege een eigen uitvoering geeft aan de vooronderzoekscomparitie. Een wettelijke basis borgt daarom een uniforme regeling. In deze wettelijke regeling kunnen bepalingen worden opgenomen over de verplichting, de vorm, de inhoud en de gevolgen van de vooronderzoekscomparitie.

Met andere woorden, als het vooronderzoek 2.0 (de lichte variant) een succes blijkt, moet dit volgens ons goed in de Awb geregeld worden en zou ook een 'zware' variant ingevoerd moeten worden. In paragraaf 4 doen wij een voorzet voor een mogelijke regeling voor de zware variant.

¹²⁷ Vergelijk de argumenten van de wetgever bij de invoering van de bestuurlijke lus: *Kamerstukken II 2007/08*, 31352, nr. 3, p. 5, *Kamerstukken II 2007/08*, 31352, nr. 4, p. 4, *Kamerstukken II 2008/09*, 31352, nr. 8, p. 7-8 en *Kamerstukken I 2008/09*, 31352, C, p. 1-2.

4 De zware variant opgenomen in de Awb

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk doen wij een voorstel voor een wettelijke regeling voor de zware variant van het vooronderzoek 2.0. Over de inhoud daarvan hebben we in paragraaf 2 en 3 al grotendeels geschreven, zodat we op deze plaats de door ons voorgestelde bepalingen van een korte aanvullende toelichting voorzien.

4.2 Wettelijke regeling in de Awb voor de zware variant

De kern van de zware variant van het vooronderzoek 2.0 dient te worden opgenomen in de Awb. Artikel 8:12 komt daarom als volgt te luiden:

Artikel 8:12 Awb¹²⁸

1. De bestuursrechter kan aan een rechter-commissaris opdragen het vooronderzoek of een gedeelte daarvan te verrichten. Indien de bestuursrechter hiervan geen gebruik maakt, draagt de bestuursrechter de vooronderzoeker op een vooronderzoekscomparitie te houden. De bestuursrechter kan in afwijking hiervan een vooronderzoekscomparitie houden.
2. De vooronderzoeker houdt binnen twee weken na ontvangst van de op de zaak betrekking hebbende stukken als bedoeld in artikel 8:42, eerste lid, dan wel artikel 8:107, tweede lid een vooronderzoekscomparitie.
3. De vooronderzoeker heeft de leiding van de vooronderzoekscomparitie.
4. De vooronderzoeker houdt aantekeningen van het verhandelde tijdens de vooronderzoekscomparitie.
5. De vooronderzoekscomparitie kan plaatsvinden door middel van een tweezijdig elektronisch communicatiemiddel. Indien de vooronderzoekscomparitie plaatsvindt door middel van een tweezijdig elektronisch communicatiemiddel, dan wordt daarvan een geluidsopname gemaakt.
6. De vooronderzoeker kan de vooronderzoekscomparitie schorsen.

¹²⁸ Overigens onderkennen wij dat er ook een andere route bestaat: het benoemen van geschikte gerechtsauditeurs tot rechter-plaatsvervanger in het betreffende gerecht, waarna de gerechtsbesturen intern besluiten dat deze rechters-plaatsvervangers (uitsluitend) in de hoedanigheid van rechter-commissaris (art. 8:12 Awb) belast worden met het houden van vooronderzoekscomparities. Deze route heeft niet onze voorkeur. Niet alleen vinden wij dat procedureregels kenbaar en duidelijk (lees: wettelijk) moeten zijn vastgelegd, ook vinden wij dat deze route gerechtsbesturen te veel ruimte geeft hiervan af te wijken en eigenhandig procedureregels te bepalen.

7. Indien bij de schorsing geen tijdstip van de nadere vooronderzoekscomparitie is bepaald, bepaalt de vooronderzoeker dit zo spoedig mogelijk. De griffier doet zo spoedig mogelijk mededeling aan partijen van het tijdstip van de nadere vooronderzoekscomparitie.
8. In de gevallen waarin schorsing van de vooronderzoekscomparitie heeft plaatsgevonden, wordt de zaak op de nadere vooronderzoekscomparitie hervat in de stand waarin zij zich bevond.
9. Tijdens de vooronderzoekscomparitie bespreekt de vooronderzoeker met partijen in ieder geval (de omvang van) het geschil, de gewenste procedure en de bewijspositie van partijen.
10. De vooronderzoeker neemt na de vooronderzoekscomparitie een beslissing over de toepassing van afdeling 8.2.3, artikel 8:43, eerste lid, artikel 8:50, eerste lid, dan wel artikel 8:51, eerste lid, de termijn waarbinnen een partij de gelegenheid krijgt stukken over te leggen of de behandeling van de zaak wordt aangehouden in verband met het beproeven van een minnelijke oplossing. Deze beslissing wordt schriftelijk aan partijen kenbaar gemaakt.
11. De bestuursrechter kan in de gevallen als bedoeld in artikel 8:54 of in bijzondere gevallen afzien van het bepaalde in het eerste lid, tweede volzin.
12. Partijen kunnen totdat het onderzoek is gesloten de bestuursrechter gemotiveerd verzoeken een beslissing als bedoeld in het tiende lid te herroepen.

Toelichting

Dit artikel bevat de kernbepalingen voor de zware variant van de vooronderzoekscomparitie. Met het eerste lid van dit artikel wordt de vooronderzoeker als aparte functionaris in het leven geroepen en vastgesteld dat deze enkel een rol heeft in het vooronderzoek.¹²⁹ Met het oog op de bijzondere en onafhankelijke positie van de vooronderzoeker én de gevolgen die diens handelingen met zich kunnen brengen, is het wenselijk dat de vooronderzoeker een rechterlijk ambtenaar is.

Aangezien de vooronderzoeker de zaak niet inhoudelijk beoordeelt en geen uitspraak doet, is deze geen bestuursrechter, maar een rechterlijk ambtenaar die niet met rechtspraak is belast als bedoeld in de Wet RO. In de eerste plaats kan gedacht worden aan de (senior-) gerechtsauditeurs (art. 1 aanhef en onder b sub 8 Wet RO) zoals die werkzaam zijn bij de Centrale Raad van Beroep (CRvB) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb).¹³⁰

De laatste volzin van het eerste lid regelt dat de bestuursrechter ook zelf de vooronderzoekscomparitie kan houden, bijvoorbeeld in het geval dat hij andere aanhangige zaken van dezelfde partijen in behandeling heeft.

Het tweede lid maakt duidelijk dat de vooronderzoekcomparitie wordt gehouden nadat de op de zaak betrekking hebbende stukken zijn ontvangen, waarmee

129 Om de vooronderzoeker ook in zaken waarbij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State als hoogste bestuursrechter optreedt te introduceren is een wijziging nodig van de Wet op de raad van de State: in art. 30a lid 6 Wet op de Raad van State wordt na 'griffier' ingevoegd: of de vooronderzoeker.

130 Een gerechtsauditeur behoort tot de rechterlijke macht en wordt – net als een rechter – benoemd door de Koning. Gesteld kan worden dat een opleiding, waarin ook aandacht is voor zittingsvaardigheden, moet worden gevolgd om als vooronderzoeker te kunnen werken. Hiermee wordt de juridische kwaliteit van de vooronderzoeker geborgd.

ook duidelijk is dat de beroepsgronden zijn ingediend. De vooronderzoeker moet daarvan immers kennis hebben genomen om de taken ‘inventarisatie’ en ‘bewijspositie’ uit te kunnen voeren.

Aan de vooronderzoekscomparitie kunnen alle partijen (tegelijkertijd) deelnemen, zo volgt uit het vijfde en negende lid. Dit zijn de indiener van het (hoger) beroep, het bestuursorgaan dan wel de verwerende burgerpartij en de derde-belanghebbende die als partij deelneemt aan het geding. Het is van groot belang dat niet alleen de gemachtigde van een partij deelneemt aan de vooronderzoekscomparitie, maar ook de procespartij die het (hoger) beroep heeft ingediend. Veelal zal dat een burgerpartij zijn, maar het is denkbaar dat ook de persoon die het meest inhoudelijk bij de zaak is betrokken geweest in de primaire fase aan de vooronderzoekscomparitie kan deelnemen. Weliswaar zal veelal een gemachtigde juridische bijstand verlenen waarmee in belangrijke mate invloed wordt uitgeoefend op de inhoud en de omvang van het geding, maar de particuliere partij is en blijft de ‘eigenaar van het geschil’. Deze partij weet immers als beste wat hij met de procedure wil bereiken en wat voor hem of haar het (achterliggende) geschil is.

Het vijfde lid regelt ook dat de vooronderzoeker de vorm van de vooronderzoekscomparitie kan bepalen. Een laagdrempelige vorm heeft de voorkeur, waarbij eventueel door de partij kenbaar gemaakte wensen, gelet op de mogelijkheden, zo veel mogelijk worden gehonoreerd. De vooronderzoekscomparitie heeft immers grotendeels het doel om de procedurele rechtvaardigheid die partijen ervaren te verbeteren. Met het oog op de aanwezigheid van partijen en de tijd die het kost om naar de gerechtsgebouwen te komen, ligt het het meest voor de hand om de vooronderzoekscomparitie op afstand te houden met gebruikmaking van alternatieve (digitale) middelen. Uit de formulering van de eerste volzin van het vijfde lid volgt dat dit mogelijk is. Om tegemoet te komen aan de beperkte openbaarheid van de vooronderzoekscomparitie op afstand, wordt een geluidsopname gemaakt zodat ook een derde via de geluidsopname kennis kan nemen van wat tijdens de vooronderzoekscomparitie is gezegd.

Een partij heeft ingevolge het twaalfde lid de mogelijkheid een door de vooronderzoeker conform het tiende lid genomen procesbeslissing bij de bestuursrechter ter discussie te stellen.

Het gaat hierbij om de verhouding tussen de bestuursrechter en de vooronderzoeker. Zoals al eerder gezegd bestaat voor wat betreft de vooronderzoekscomparitie tussen beiden geen gezagsverhouding. De vooronderzoeker verricht op eigen verantwoordelijkheid de hem toekomende wettelijke taken. Het kan echter voorkomen dat een partij het oneens is met een door de vooronderzoeker genomen procesbeslissing. We denken bijvoorbeeld aan de situatie dat de vooronderzoeker de wensen van een partij tijdens de vooronderzoekscomparitie (op basis waarvan een procesbeslissing is genomen) verkeerd heeft begrepen of een partij wegens nieuwe of veranderde omstandigheden terugkomt op een door hem tijdens de vooronderzoekscomparitie uitgesproken wens. In die gevallen kan de partij totdat het onderzoek is gesloten de bestuursrechter gemotiveerd verzoeken de procesbeslissing van de vooronderzoeker te herroepen. De bestuursrechter kan dit verzoek met een nieuwe procesbeslissing honoreren, als hij van oordeel is dat dit bijdraagt aan de behandeling van de zaak, ter finale beslechting van het geschil of in verband met de door de partijen ervaren procedurele rechtvaardigheid. Met ‘de finale beslech-

ting van het geschil' wordt ook bedoeld dat de bestuursrechter moet voorkomen dat een partij een zodanige verlenging van termijnen probeert te bewerkstelligen dat niet langer sprake is van een voortvarende behandeling van de zaak. Hierin zit dus ook een proceseconomisch aspect.

Onze verwachting is niet dat deze situatie zich snel zal voordoen. Verwacht wordt dat de vooronderzoeker in beginsel aansluiting zoekt bij de wensen van partijen. Mocht toch een gemotiveerd verzoek worden ingediend, dan moet het doel van de vooronderzoekscomparitie niet uit het oog worden verloren. Vandaar dat de bestuursrechter een dergelijk gemotiveerd verzoek al snel zal honoreren.

De bestuursrechter is ook bevoegd ambtshalve de procesbeslissingen van de vooronderzoeker te herroepen. Weliswaar heeft de vooronderzoeker een eigen bevoegdheid en verantwoordelijkheid, maar dat betekent niet dat de bestuursrechter zich altijd zal kunnen verenigen met de door de vooronderzoeker genomen procesbeslissingen. Het kan namelijk voorkomen dat een eerder door de vooronderzoeker genomen procesbeslissing volgens de bestuursrechter aan een juiste afdoening van de zaak in de weg staat. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als zich na de vooronderzoekscomparitie omstandigheden voordoen, waardoor de eerdere procesbeslissing van de vooronderzoeker niet langer gewenst is en partijen dit niet onderkennen. In een dergelijk geval moet de bestuursrechter op deze procesbeslissingen kunnen terugkomen. De bestuursrechter zal echter niet lichtvaardig deze bevoegdheid moeten aanwenden.¹³¹ Het doel van de vooronderzoekscomparitie is immers de verbetering van de door partijen ervaren procedurele rechtvaardigheid. De vooronderzoeker zal daarom proberen aan te sluiten bij de wensen en mogelijkheden van partijen. De vooronderzoekscomparitie zou zinledig worden als de bestuursrechter in veel gevallen in strijd met wat partijen wensen, procesbeslissingen herroept. Daar komt bij dat door de vooronderzoeker genomen procesbeslissingen slechts zien op procedurele aspecten waarvan we verwachten dat die weinig gevolgen hebben voor de wijze waarop de bestuursrechter de zaak zal behandelen.¹³² Deze zijn immers niet zodanig van aard dat de bestuursrechter bijvoorbeeld geconfronteerd wordt met de plicht tot het benoemen van een deskundige of het oproepen van getuigen dan wel tot het doen van een uitspraak zonder zitting. Die laatste bevoegdheden zijn zo ingrijpend dat deze te allen tijde een beslissing van de bestuursrechter behoeven. Los hiervan behoudt de bestuursrechter de bevoegdheid om na afloop van de vooronderzoekscomparitie aanvullende procesbeslissingen te nemen over de zaken die eerst toekwamen aan de vooronderzoeker.

Aangezien de vooronderzoeker in de zware variant van de vooronderzoekscomparitie eigen verantwoordelijkheden en bevoegdheden toekomen, is het noodzakelijk dat hij of zij deze onafhankelijk en onpartijdig uitvoert. Mocht toch de schijn worden gewekt dat van een onpartijdige of onafhankelijke vooronderzoeks-

¹³¹ Zie in dit verband ook Koenraad en Verbeek in AB 2020/306, punt 4.

¹³² Weliswaar raakt de bewijspositie een belangrijk inhoudelijk aspect van het geschil tussen partijen, maar daarop heeft de vooronderzoeker slechts beperkte invloed. De bewijspositie van partijen volgt immers uit de wet of rechtspraak. De vooronderzoeker bepaalt deze dus niet en geeft daartoe ook geen bewijsopdrachten. Daartoe is slechts de bestuursrechter bevoegd. Als de partijen zich laten bijstaan door rechtsbijstandverleners, dan kunnen deze ook al aan de partijen voorhouden wat hun bewijsposities zijn. In zoverre verandert er dus niets door deze handelwijze van de vooronderzoeker.

comparitie geen sprake is, dan kan een partij verzoeken om de wraking van de vooronderzoeker. De redenen voor dat verzoek zijn gelijk aan de redenen waarom een bestuursrechter kan worden gewraakt. De vooronderzoeker moet zich om dezelfde redenen als op grond waarop zijn wraking kan worden verzocht ook uit eigen beweging kunnen verschonen.

Het is om deze redenen dat in afdeling 8.1.4. Awb de volgende wijzigingen plaatsvinden:

- In artikel 8:15 wordt na ‘behandelen’ ingevoegd: en de vooronderzoeker die de vooronderzoekscomparitie houdt als bedoeld in artikel 8:12, eerste lid.
- In artikel 8:16, tweede lid, wordt na ‘onderzoek ter zitting’ ingevoegd: of de vooronderzoekscomparitie.
- In artikel 8:16, vierde lid, wordt na ‘rechter’ ingevoegd: of vooronderzoeker.
- In artikel 8:16, vijfde lid, wordt na ‘verzoek ter zitting’ ingevoegd: of tijdens de vooronderzoekscomparitie en na ‘onderzoek ter zitting’ of de vooronderzoekscomparitie.
- In artikel 8:17 wordt na ‘rechter’ ingevoegd: of vooronderzoeker.
- In artikel 8:19, eerste lid, wordt na ‘behandelen’ ingevoegd: en de vooronderzoeker die de vooronderzoekscomparitie houdt als bedoeld in artikel 8:12, eerste lid;
- In artikel 8:19, tweede lid, wordt na ‘onderzoek ter zitting’ ingevoegd: of de vooronderzoekscomparitie.
- In artikel 8:19, derde lid, wordt na ‘verzoek ter zitting’ ingevoegd: of tijdens de vooronderzoekscomparitie en na ‘onderzoek ter zitting’ of de vooronderzoekscomparitie.

De behandeling van een verzoek om wraking of verschoning van de vooronderzoeker verloopt anders dan de behandeling van een verzoek om wraking van de bestuursrechter. Daarom worden na artikel 8:18 en na artikel 8:20 twee artikelen ingevoegd, luidende:

Artikel 8:18a Awb

1. Het verzoek om wraking van de vooronderzoeker wordt zo spoedig mogelijk ter zitting behandeld door een enkelvoudige kamer. De bestuursrechter kan bepalen dat het verzoek door een meervoudige kamer wordt behandeld.
2. De verzoeker en de vooronderzoeker wiens wraking is verzocht, worden in de gelegenheid gesteld te worden gehoord. De bestuursrechter kan ambtshalve of op verzoek van de verzoeker of de vooronderzoeker wiens wraking is verzocht, bepalen dat zij niet in elkaars aanwezigheid zullen worden gehoord.
3. Artikel 8:18, derde lid, vierde lid en vijfde lid, zijn van overeenkomstige toepassing.

Artikel 8:20a Awb

1. Het verzoek om verschoning van de vooronderzoeker wordt zo spoedig mogelijk behandeld door een enkelvoudige kamer.
2. Artikel 8:20, tweede lid en derde lid, zijn van overeenkomstige toepassing.

Toelichting

De belangrijkste (en enige) wijziging ten opzichte van de ‘reguliere’ wrakingsprocedure en verschoningsprocedure is dat het verzoek wordt behandeld door

een enkelvoudige kamer in plaats van een meervoudige. Wij zien daartoe aanleiding, omdat de bevoegdheden van de vooronderzoeker – zoals eerder genoemd – beperkte invloed hebben op de uitkomst van de procedure. Daar komt bij dat de vooronderzoeker de zaak niet inhoudelijk behandelt. De beperkte rol van deze functionaris rechtvaardigt daarom dat het verzoek in beginsel door een enkelvoudige kamer kan worden behandeld. In de meeste gevallen zal één bestuursrechter voldoende in staat zijn om het verzoek om wraking te beoordelen. In een bijzonder geval kan de bestuursrechter er daarentegen voor kiezen om het verzoek door een meervoudige kamer te laten behandelen.

Daarnaast brengen wij in herinnering dat een procespartij de bestuursrechter kan verzoeken de door de vooronderzoeker genomen procesbeslissingen te herroepen. Daarmee zal in veel gevallen worden voorkomen dat partijen de mogelijkheid om te verzoeken om wraking verwarren met een rechtsmiddel tegen een procesbeslissing.

Naast de Awb zal ook de bijlage bij het Besluit proceskosten bestuursrecht aanpassing behoeven. Onder A, onderdeel A1, onder het kopje ‘beroep en hoger beroep’ zal worden ingevoegd: 2. vooronderzoekscomparitie, 0,5 punt.¹³³ De nummers 2 t/m 16 worden gewijzigd in de nummers 3 t/m 17.

¹³³ Het gaat er in dit preadvies niet om hoe zwaar de vooronderzoekscomparitie meeweegt, maar meer dat onderkend wordt dat de vooronderzoekscomparitie tijd in beslag neemt en dat deze daarom in de proceskostenvergoeding zijn weerklink moet krijgen.

5 Afsluiting: maak het vooronderzoek meer relevant!

Procespartijen ervaren meer procedurele rechtvaardigheid wanneer in de procedure meer aandacht wordt besteed aan het (achterliggende) geschil en de bewijspositie van partijen en wanneer zij meer worden betrokken bij de voortgang van de procedure. De ervaren procedurele rechtvaardigheid is een essentieel onderdeel van de rechtsbescherming. Het is daarom van groot belang dat daaraan en aan de hiervoor genoemde aspecten meer aandacht wordt besteed in de bestuursrechtelijke procedure. Wij adviseren in dat licht het vooronderzoek 2.o, inclusief een in beginsel verplichte vooronderzoekscomparitie, in te voeren. Tijdens deze vooronderzoekscomparitie worden de hiervoor genoemde punten aan de orde gesteld. Vanwege doelmatigheidsredenen, de beperkte beschikbare tijd van de bestuursrechter en het tekort aan rechters, adviseren wij een andere functionaris de vooronderzoekscomparitie te laten houden. Dat kan ook, gelet op de inhoud en doelstellingen.

Volgens ons zal er eerst geëxperimenteerd moeten worden met de lichte variant van het vooronderzoek 2.o. Als dat experiment succesvol blijkt, geven wij de wetgever in overweging deze lichte variant een formele basis in de wet te geven en daarnaast ook een ‘zware’ variant in te voeren.

In de lichte variant geeft de bestuursrechter de griffier de opdracht een vooronderzoekscomparitie te houden. De vooronderzoekscomparitie is een onderzoeksactiviteit van de bestuursrechter die door de griffier onder de verantwoordelijkheid en in opdracht van (en na eventuele voorbespreking met) de bestuursrechter wordt uitgevoerd. De bestuursrechter blijft leidend en eindverantwoordelijk. De griffier neemt geen procesbeslissingen en beoordeelt het geschil niet. Deze vooronderzoekscomparitie is feitelijk gezien een mondeling contact tussen de griffier en partijen. Hierbij doet de griffier onderzoek naar en bespreekt met partijen – kort gezegd – de omvang van het geschil, de bewijsposities en het door partijen gewenste verdere verloop van de procedure. De vooronderzoekscomparitie kan plaatsvinden in de vorm van een fysieke bijeenkomst in het gerechtsgebouw, maar ook op afstand met gebruikmaking van alternatieve (digitale) middelen. De griffier maakt aantekeningen van wat tijdens de vooronderzoekscomparitie door partijen is gezegd. Op basis van deze aantekeningen kan de bestuursrechter de noodzakelijke procesbeslissingen nemen. Deze beslissingen worden aan partijen bekendgemaakt.

De lichte variant past binnen de huidige bepalingen van de Awb. De grondslag kan worden gevonden in de bestaande bevoegdheden van de bestuursrechter in

het vooronderzoek en in artikel 8:41a Awb. Het vooronderzoek 2.0 komt tegemoet aan de bedoeling van de wetgever en de doelstellingen van het bestuursprocesrecht. Op het eerste gezicht kan een aantal mogelijke belemmeringen worden opgeworpen, maar bij nadere bestudering van het vooronderzoek 2.0, deze mogelijke belemmeringen en de huidige praktijk zien wij daarin op dit moment geen juridische beletselen voor een experiment met de lichte variant.

Als uit een evaluatie blijkt dat de lichte variant succesvol is, wordt de wetgever in overweging gegeven de zware variant in de Awb op te nemen. Van oudsher heeft de griffier namelijk slechts een administratieve functie. In ons voorstel krijgt de griffier echter ook een juridisch-inhoudelijke functie. Die functie pas dus niet bij de oorspronkelijke rol van de griffier. Reeds hierom zijn wij van mening dat voor ons voorstel een aparte functionaris moet worden geïntroduceerd: de vooronderzoeker.

In de zware variant is de vooronderzoekscomparitie een onderzoeksactiviteit van de hiervoor genoemde nieuw te introduceren functionaris: de vooronderzoeker. De vooronderzoeker is verder net als in de lichte variant in beginsel verplicht in iedere zaak een vooronderzoekscomparitie te verrichten. De vooronderzoeker handelt onder eigen verantwoordelijkheid en beschikt daarom over eigen bevoegdheden en verantwoordelijkheden. De vorm en de inhoud van de vooronderzoekscomparitie zijn voor het overige gelijk aan de lichte variant. De vooronderzoeker kan echter in beperkte mate procesbeslissingen nemen. Deze procesbeslissingen zijn bindend voor partijen, maar kunnen door de bestuursrechter die de zaak behandelt worden aangetast.

De mogelijke gevolgen van het optreden en de beslissingen van de vooronderzoeker, de duidelijkheid van diens positie, diens bevoegdheden en status, rechtvaardigen een wettelijke regeling. Gelet daarop geven wij de wetgever in overweging de vooronderzoeker een wettelijke basis in de Awb te geven. Bovendien kan er dan een wrakingsregeling in het leven worden geroepen en bepaald worden hoe de vooronderzoeker zich verhoudt tot de bestuursrechter. Verder verdient de vooronderzoekscomparitie op zichzelf gezien ook een plaats in de Awb. Dit heeft enerzijds te maken met het legaliteitsvereiste, namelijk dat een wettelijke basis helderheid over de juridische status verschaft die ervoor zorgt dat partijen weten wat ze te wachten staat. Anderzijds wordt met een centrale regeling voorkomen dat ieder rechtscollège een eigen uitvoering geeft aan de vooronderzoekscomparitie. In deze wettelijke regeling kunnen bepalingen worden opgenomen over de verplichting, de vorm, de inhoud en de gevolgen van de vooronderzoekscomparitie.

Geraadpleegde literatuur

Barkhuysen 2006

Barkhuysen e.a., *Feitenvaststelling in beroep (derde evaluatie Awb)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Van den Berge 2020a

L. van den Berge, 'Responsief bestuursrecht', in: L. van den Berge, M.F. Vermaat, M. Lurks, N.A. van Renssen & S. van Heulekom-Verhage, *Maatwerk in het bestuursrecht* (VAR-reeks 164), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 7-61.

Van den Berge 2020b

L. van den Berge, 'Nawoord', *NTB* 2020/132, p. 301-306.

Boekema

I.M. Boekema, 'De keuze voor hoger beroep: wat is het effect van procedurele en distributieve rechtvaardigheid?', *NTB* 2015/38, p. 290-297.

Bovend'Eert 2013

P.P.T. Bovend'Eert, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2013.

Van Breda e.a. 2020

J.H. van Breda, A.M.L. Jansen & M.J.H.M. Verhoeven, 'De coronazaaksbehandeling (CZB)', *NJB* 2020/1809, p. 2037-2043.

CCJE 2019

Opinion no. 22 on the role of judicial assistants, Consultative Council of European Judges 2019.

Damen 2006

L.J.A. Damen, 'De bestuursrechter. Van materiële waarheidsvinder naar marginaal toetsende achteroverleuner?', in: N.J.M. Kwakman (red.), *Partijautonomie of materiële waarheid?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Van Ettekoven 2001

B.J. van Ettekoven, 'Alternatieven voor de bestuursrechter', in: B.J. van Ettekoven, M.A. Pach & I.C. van der Vlies, *Alternatieven van en voor de bestuursrechter* (VAR-reeks 126), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 7-97.

Van Ettekoven & Marseille 2017

B.J. van Ettekoven & A.T. Marseille, 'Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?', in: L.M. Coenraad, P. Ingelse, B.J. van Ettekoven, A.T. Marseille, J.H. Crijns & R.S.B. Kool, *Afscheid van de klassieke procedure?* (Handelingen NJV 147), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 139-263.

Grootelaar 2018

H.A.M. Grootelaar, *Interacting with Procedural Justice in Courts, Omgaan met procedurele rechtvaardigheid in rechtbanken* (diss. Utrecht), Amsterdam: Off Page 2018.

Grootelaar & Van den Bos 2016

H.A.M. Grootelaar & K. van den Bos, 'Naar meer ervaren legitimiteit van de Nederlandse rechtspraak', in: R. Ortlep, F. Groothuijse, J. Kiewiet & R. Nehmelman (red.), *De rechter onder vuur*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016, p. 275-298.

Grootelaar & Van den Bos 2019

H.A.M. Grootelaar & K. van den Bos, 'De Awb vanuit een procedurele rechtvaardigheidsperspectief: hulpmiddel, hinderpaal of handvat?', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 579-587.

Hartendorp 2020

R.C. Hartendorp, *Naar m(е)er rechtspraak?* (oratie Leiden), Universiteit Leiden 2020.

Holvast 2014

N.L. Holvast, 'Considering the consequences of increased reliance on judicial assistants: A study on Dutch courts', *International Journal of the Legal Profession* 2014, afl. 1, p. 39-59.

Holvast 2016

N.L. Holvast, 'The power of the judicial assistant/law clerks: looking behind the scene at courts in de United States, Engeland and Wales, and The Netherlands', *International Journal for Court administration* 2016, afl. 7, p. 10-28.

Holvast 2017a

N.L. Holvast, 'Wie neemt daadwerkelijk de beslissingen binnen de rechtbanken?', *NJB* 2017/1798, p. 2379-2385.

Holvast 2017b

N.L. Holvast, *In the shadow of the judge: The involvement of judicial assistants in Dutch district courts*, Den Haag: Eleven International Publishing 2017.

Holvast 2018

N.L. Holvast, 'De betrokkenheid van juridisch medewerkers in de strafrecht-spraak: administratieve ondersteuners of invloedrijke adviseurs?', *TPWS* 2018/39, p. 94-98.

De Jong 2015

K.A.W.M. de Jong, *Snel, eenvoudig en onkostbaar: Over continuïteit en verandering in de aard en de inrichting van het bestuursprocesrecht in de periode 1815 tot 2015* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Jue 2013

R.J. Jue, 'Weg uit de ivoren toren', *NJB* 2013/2303, afl. 39.

Jue & Van Wees 2010

R.J. Jue & M.E. van Wees, 'Op zoek naar een concept van effectieve bestuursrecht-spraak', *Trema* 2010, afl. 1, p. 454-456.

Koenraad 2018

L.M. Koenraad, 'Experimenteren met bestuursprocesrecht', *Gst.* 2018/88, p. 466-469.

Koenraad 2020

L.M. Koenraad, 'Voor en na de zitting', *NTB* 2020/3, p. 19-24.

Koenraad & Stam 2020

L.M. Koenraad & R.C. Stam, *Module Algemeen Bestuursrecht*, commentaar op art. 1:4 Awb.

Koenraad & Verbeek 2014

L.M. Koenraad & J.L. Verbeek, 'Een brief van de rechter', *JBplus* 2014, p. 54-70.

Lind & Tyler 1988

E.A. Lind & T.R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Springer 1988.

Mallan 2014

A. Mallan, *Lekenbescherming in het bestuursprocesrecht* (diss. Tilburg), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014.

Marseille 2010a

A.T. Marseille, *Comparitie en regie in de bestuursrechtspraak*, Groningen: Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde RUG 2010.

Marseille 2010b

A.T. Marseille, 'Comparitie en regie als panacee voor het bestuursrechtelijke be-roep', *Trema* 2010, afl. 3, p. 92-101.

Marseille 2012

A.T. Marseille, *Voor- en nazorg door de bestuursrechter* (oratie Tilburg), Tilburg Univer-sity 2012.

Marseille e.a. 2015a

A.T. Marseille, B.W.N. de Waard & P. Laskewitz, 'De Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht in de praktijk', *NJB* 2015/1482, p. 2006-2014.

Marseille e.a. 2015b

A.T. Marseille e.a., *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2015.

Marseille 2016

A.T. Marseille, 'De bestuursrechter moet meer van zijn kennis met partijen delen', *NTB* 2016/7, p. 53-55.

Marseille e.a. 2018

A.T. Marseille, W. Swinkels & H.M. de Jong, 'Professionele standaarden en de praktijk van de zitting bij de bestuursrechter', *NTB* 2018/73, p. 468-476.

Marseille & Nihot 2013

A.T. Marseille & P. Nihot, 'Regie in de rechtspraak: de bestuursrechter', *Rechtstreeks* 2013, afl. 1, p. 38-47.

Marseille & Wever 2019

A.T. Marseille & M. Wever, 'Snelheid, maatwerk en finaliteit in bestuursrechtelijke procedures bij de rechtbank', *NJB* 2019/2552, p. 3080-3090.

Nihot 2010

P.K. Nihot, 'Differentiatie in zaaksbehandeling. De bestuursrechtelijke comparitie', *Trema* 2010, afl. 1, p. 457-459.

Opdebeek & De Somer 2019

I. Opdebeek & S. de Somer, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen* (2^e druk), Antwerpen: Intersentia 2019.

Van Os van den Abeelen 2011

T.J.P. van Os van den Abeelen, 'Het paard en de wagen', *Trema* 2011, afl. 6, p. 227-230.

Pach 2001

M.A. Pach, 'Mediation in het bestuursrecht. Het kan, het mag en het werkt', in: B.J. van Ettekoven, M.A. Pach & I.C. van der Vlies, *Alternatieven van en voor de bestuursrechter* (VAR-reeks 126), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 99-143.

Pennarts 1993

H. Pennarts, 'De comparitie in het bestuursrecht', *NTB* 1993, afl. 10, p. 305-310.

Peters 2020

J.A.F. Peters, 'Maatwerk vereist maatwerk', *NTB* 2020/131, p. 294-300.

De Poorter & De Graaf 2011

J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011.

Praagman & Doornbos 2012

S. Praagman & N. Doornbos, 'De "vierde macht" binnen de gerechten', *Trema* 2012, afl. 2, p. 42-46.

Scheltema 2019

M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24, p. 246-253.

Schlössels 2009

R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer?', in: R.J.N. Schlössels, Y.E. Schuurmans, R.J. Koopman & D.A. Verburg, *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (VAR-reeks 142), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 11-116.

Schlössels 2015

R.J.N. Schlössels, 'Hoor en wederhoor bij de bestuursrechter', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht (De Waard-bundel)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 233-250.

Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019

R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. 2. Rechtsbescherming, Overheidsaansprakelijkheid (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Schreuder-Vlasblom 2017

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schueler 2006

B.J. Schueler e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter (derde evaluatie Awb)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Soeharno 2013

J.E. Soeharno, *De waarde van de eed (oratie Amsterdam UvA)*, Amsterdam: Vossiuspers 2013.

Storm 2020

J.R. Storm, *Lexplicatie*, commentaar op de Regeling zelfstandige bevoegdheid verpleegkundig specialisten, 2020.

Thibaut & Walker 1975

J. Thibaut & L. Walker, *Procedural Justice: A Psychological Analysis*, Hillsdale: Lawrence Erlbaum Associates 1975.

Tyler 1990

T.R. Tyler, *Why People Obey the Law*, New Haven: Yale University Press 1990.

Verburg 2019

D.A. Verburg, *Bestuursrechtspraak in balans. Bejegening, beslechting en bewijs* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2019.

Verkruisen & Doornbos

Y. Verkruisen & N. Doornbos, 'De rechter als regisseur', *Recht der Werkelijkheid* 2014 (35), afl. 1, p. 59-83.

Parlementaire geschiedenis

Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 3
Kamerstukken II 2014/15, 34059, nr. 6
Kamerstukken II 2014/15, 34059, nr. 3
Kamerstukken II 2013/14, 33771, nr. 8
Kamerstukken II 2010/11, 32450, nr. 8
Kamerstukken II 2010/11, 32450, nr. 7
Kamerstukken II 2009/10, 32450, nr. 3
Kamerstukken II 2008/09, 31352, nr. 8
Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 6
Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 4
Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 3
Kamerstukken II 2000/01, 27181, nr. 6
Kamerstukken II 1999/2000, 27181, nr. 3
Kamerstukken II 1998/99, 26523, nr. 3
Kamerstukken II 1992/93, 22495, nr. 10
Kamerstukken II 1992/93, 22495, nr. 6
Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3
Kamerstukken II 1991/92, 22495, A
Kamerstukken II 1979/80, 16162, nr. 3
Kamerstukken II 1979/80, 16162, nr. 4
Kamerstukken II 1953/54, 3349, nr. 2

Kamerstukken I 2015/16, 34059, I
Kamerstukken I 2015/16, 34059, D
Kamerstukken I 2014/15, 31352, E
Kamerstukken I 2012/13, 32450, C
Kamerstukken I 2008/09, 31352, C
Kamerstukken I 2001/02, 27181, nr. 55a
Kamerstukken I 1993/94, 22495, nr. 53a

De bestuursrechtelijke rechter-commissaris

Mr. C.H.R. Mattheussens*

1	Inleiding	55
1.1	Aanleiding preadvies	55
1.2	Onderzoeksdoel	57
1.3	Afbakening	57
1.4	Opzet van het preadvies	58
2	De bestuursrechtelijke rechter-commissaris bij grote toezichtzaken	61
2.1	De onderzoeksbevoegdheden van ACM, AFM en DNB	61
2.2	De rol van de rechter-commissaris	64
2.2.1	Bevoegdheden van de rechter-commissaris bij de beslissing om over te gaan tot een bedrijfsbezoek	64
2.2.2	Bevoegdheden van de rechter-commissaris bij een vordering tot inzage van zakelijke gegevens en bescheiden	69
2.2.3	Bevoegdheden van de rechter-commissaris bij het horen van medewerkers of andere voor het onderzoek relevante personen	73
2.3	Procedurele aspecten van de introductie van de rechter-commissaris	77
2.4	Conclusie	79
3	De bestuursrechtelijke rechter-commissaris in bijstandszaken	81
3.1	Onderzoeksbevoegdheden in bijstandszaken	81
3.2	De rol van de rechter-commissaris	84
3.2.1	Bevoegdheden van de rechter-commissaris bij het huisbezoek	85
3.2.2	Bevoegdheden van de rechter-commissaris bij heimelijke waarnemingen	89
3.3	Procedurele aspecten	93
3.4	Conclusie	95
4	Eindconclusie	97
	Geraadpleegde literatuur	99

* Charlotte Mattheussens is werkzaam bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Dit preadvies, waarvan de (inhoudelijke) tekst is afgerond op 1 november 2020, is geschreven op persoonlijke titel. Het advies bevat dus alleen persoonlijke opvattingen. De auteur wil graag Hans Aerts, Barbera Bastain, Ron Stam en Hans Verbeek bedanken voor hun waardevolle commentaar en suggesties.

I Inleiding

1.1 Aanleiding preadvies

Het bestuursrecht kenmerkt zich door een bonte verzameling aan bijzondere wetten en één algemene wet, de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Al deze wetten kennen aan natuurlijke personen en rechtspersonen niet alleen rechten toe, maar leggen aan hen ook verplichtingen op. Om na te gaan of aan die verplichtingen wordt voldaan, is het van belang dat er toezicht, of anders gezegd controle, is. Deze taak ligt onder andere bij toezichthouders. De Awb bepaalt dat een toezichthouder een persoon is die bij of krachtens een wettelijk voorschrift belast is met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.¹ Voor het effectief houden van toezicht kent de Awb in titel 5.2 aan toezichthouders enkele algemene bevoegdheden toe, die voor een deel in dit preadvies nog aan de orde komen. Op grond van bijzondere wetten kunnen deze bevoegdheden worden ingeperkt of juist worden aangevuld.² Ook andere personen, niet zijnde toezichthouders in de zin van de Awb (hierna: toezicht-ambtenaren), kunnen controleren of bepaalde wetten juist worden nageleefd. Zij ontleen hun bevoegdheden hiervoor aan bijzondere wetten. De bevoegdheden die toezichthouders of -ambtenaren kunnen inzetten voor het houden van toezicht, kunnen zij ook gebruiken voor het verzamelen van feiten die ten grondslag kunnen worden gelegd aan bestuursrechtelijke sancties. Omdat de bevoegdheden van toezichthouders en -ambtenaren betreffende het toezicht op de naleving dus verder reiken dan enkel toezicht of controle, zal vanaf nu gesproken worden over ‘onderzoeksbevoegdheden’.

Onderzoeksbevoegdheden lijken voorzichtig steeds meer een onderwerp van discussie te zijn.³ De focus ligt hierbij voornamelijk op de intensiteit ervan. Het is niet vreemd dat hieraan steeds meer aandacht wordt besteed, aangezien de inzet van onderzoeksbevoegdheden tegenwoordig behoorlijk ingrijpend kan zijn voor natuurlijke personen en rechtspersonen. Toezichthouders en -ambtenaren deinen er soms immers niet voor terug om bijvoorbeeld (onaangekondigde) huis- of bedrijfsbezoeken af te leggen, heimelijke waarnemingen te verrichten (al dan niet met behulp van technische hulpmiddelen), grote hoeveelheden zakelijke gegevens

1 Art. 5:11 Awb.

2 Zie art. 5:14 Awb.

3 Zie bijvoorbeeld de noot van T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik bij de uitspraak van de CRvB van 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, AB 2016/329; Jansen 2017; Van der Grinten & Wijmans 2019; Venderbos 2019.

en bescheiden te vorderen of *mystery guests* in te zetten.⁴ Ook in de jurisprudentie is zichtbaar dat onderzoeksbevoegdheden steeds vaker onderwerp van geschil zijn. Een vraag die vaak aan de orde is, is of met de inzet van een bepaalde onderzoeksbevoegdheid een inbreuk op een grondrecht is gemaakt.⁵

Het is wat mij betreft goed dat er kritischer naar onderzoeksbevoegdheden wordt gekeken. Naast het feit dat de inzet hiervan (zeer) ingrijpend kan zijn en zelfs kan leiden tot een inbreuk op een grondrecht, kan de informatie die met behulp van de bevoegdheden wordt verkregen ook worden gebruikt voor bijvoorbeeld het opleggen van hoge bestuurlijke boetes, lasten onder dwangsom, hoge naheffingen en het intrekken van uitkeringen. Verkregen informatie kan daarnaast worden uitgewisseld met andere (overheids)instanties dan wel andere landen en in bepaalde gevallen ook worden gebruikt in strafrechtelijke onderzoeken. Bovendien is het, gelet op de snel digitaliserende maatschappij, denkbaar dat aan toezichthouders en -ambtenaren in de toekomst meer, mogelijk nog ingrijpendere, onderzoeksbevoegdheden worden toegekend.

Juist omdat de inzet van onderzoeksbevoegdheden (zeer) ingrijpend kan zijn en grote gevolgen kan hebben voor natuurlijke personen en rechtspersonen, is het belangrijk dat het rechtsbeschermingsniveau passend is. Op dit moment kan de inzet van onderzoeksbevoegdheden – uitzonderingen daargelaten – alleen achteraf worden getoetst.⁶ Gelet op hetgeen de inzet van onderzoeksbevoegdheden teweeg kan brengen, rijst de vraag of het voor de rechtsbescherming van natuurlijke personen en rechtspersonen in bepaalde gevallen niet beter is dat een onafhankelijke derde toezicht houdt op de inzet van deze bevoegdheden, zoals dat bijvoorbeeld in het strafrecht soms ook het geval is.⁷ Dit geldt temeer als men in aanmerking neemt dat de inzet van onderzoeksbevoegdheden in het bestuursrecht niet aan een strikte normering is onderworpen, wat maakt dat toezichthouders of -ambtenaren bij de initiële toepassing van onderzoeksbevoegdheden veel vrijheid hebben.

4 Jansen 2017, p. 86-89 en p. 93-94; Venderbos 2019, p. 2; zie ter illustratie bijvoorbeeld CBB 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:326; CBB 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191 en CRvB 2 juni 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1160.

5 Zie bijvoorbeeld CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947; HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286; CBB 7 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:177.

6 Ten aanzien van de uitzonderingen valt te denken aan art. 51 lid 1 Mw. Op grond van art. 50 lid 1 Mw zijn toezichthouders van de ACM bevoegd om woningen zonder toestemming van de bewoner te doorzoeken. Dit is een zeer ingrijpende bevoegdheid. Deze bevoegdheid mag krachtens art. 51 lid 1 Mw niet worden uitgeoefend zonder een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken bij de rechtbank Rotterdam. In zoverre is er dus sprake van rechtsbescherming vooraf. Als de rechter-commissaris immers weigert een machtiging af te geven, zal de ACM de bevoegdheid niet mogen uitoefenen.

7 Het strafrecht kent de figuur van de rechter-commissaris. Deze rechter-commissaris heeft onder andere tot taak om toe te zien op de rechtmatigheid van de inzet van bepaalde bevoegdheden (Corstens 2018, p. 381 en Kamerstukken II 2009/10, 32177, nr. 3, p. 10). Voor de inzet van bepaalde, vergaande, dwangmiddelen moet de officier van justitie een machtiging van de rechter-commissaris hebben. Ter illustratie kan worden gewezen op het opnemen van vertrouwelijke communicatie met een technisch hulpmiddel (art. 126l Wetboek van Strafvordering (Sv)). Voordat een officier van justitie een bevel tot het opnemen van vertrouwelijke communicatie kan doen, dient hij hiertoe een machtiging van de rechter-commissaris te hebben.

In het bestuursrecht zou men als onafhankelijke derde kunnen denken aan de introductie van een rechter-commissaris. Deze figuur is op verschillende manieren inzetbaar en omdat hij een magistraat is, is zijn onafhankelijkheid gewaarborgd.

1.2 Onderzoeksdoel

In dit preadvies onderzoek ik of de introductie van een bestuursrechtelijke rechter-commissaris bij de inzet van onderzoeksbevoegdheden inderdaad wenselijk kan zijn voor de rechtsbescherming van natuurlijke personen en rechtspersonen in het bestuursrecht. Deze bestuursrechtelijke rechter-commissaris zal vanaf nu worden aangeduid als ‘rechter-commissaris’.

1.3 Afbakening

Bij dit onderzoek kijk ik hoe de rechter-commissaris een rol kan spelen bij de manier waarop onderzoeksbevoegdheden worden ingezet gedurende de besluitvormingsfase, of anders gezegd: gedurende de onderzoeksfase van een te nemen besluit. Ik zal hierbij geen aandacht besteden aan de samenloop tussen bestuursrechtelijk toezicht en (strafrechtelijke) opsporing. In dit advies gaat het namelijk om de vraag hoe er meer waarborgen voor de rechtsbescherming in het kader van de ingrijpendheid van onderzoeksbevoegdheden kunnen worden ingebouwd in het huidige systeem. De vraag of dit ook zou moeten omdat bijvoorbeeld sprake is van een *criminal charge* speelt geen rol.

Ook zal ik niet voor alle onderzoeksbevoegdheden die men in het bestuursrecht kent, nagaan of de introductie van een rechter-commissaris wenselijk is. Aangezien de intensiteit van de inzet hiervan namelijk kan verschillen, zal de introductie van deze figuur naar mijn idee niet in alle gevallen even noodzakelijk, en daardoor niet even wenselijk zijn. In dit preadvies ligt de focus daarom op onderzoeksbevoegdheden die dusdanig ingrijpend zijn dat het een meerwaarde kan hebben deze bevoegdheden te onderwerpen aan een controle door een rechter-commissaris. Dergelijke bevoegdheden worden vanaf nu aangeduid als ‘vergaande onderzoeksbevoegdheden’. Wat hier precies onder moet worden verstaan is lastig aan te geven, maar te denken valt in ieder geval aan bevoegdheden die een (al dan niet gerechtvaardigde) inbreuk kunnen maken op een grondrecht of op een andere manier zeer ingrijpend kunnen zijn voor natuurlijke personen en rechtspersonen.

In welke bestuursrechtelijke rechtsgebieden wordt dan gebruikgemaakt van vergaande onderzoeksbevoegdheden, en waar kan de introductie van een rechter-commissaris dus wenselijk zijn? Dit zal per rechtsgebied bekeken moeten worden. Dit preadvies leent zich er vanwege zijn beperkte omvang echter niet voor om dit voor alle bestuursrechtelijke rechtsgebieden na te gaan. Daarom ga ik alleen in op de wenselijkheid van een rechter-commissaris in twee rechtsgebieden, of beter gezegd twee specifieke soorten categorieën van zaken, te weten grote toezichtzaken van de Autoriteit Consument en Markt (ACM), de Autoriteit Financiële

Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank (DNB) en zaken waarin een vermoeden van bijstandsfraude een rol speelt (hierna: bijstandszaken). Met grote toezichtzaken bedoel ik zaken waarin voornoemde toezichthouders van plan zijn om gebruik te maken van hun bevoegdheid om bij een onderneming een *onaangekondigd* bedrijfsbezoek (hierna: bedrijfsbezoek) af te leggen om op zoek te gaan naar informatie die vermoedens van een overtreding kunnen staven. Het gaat hier dus uitdrukkelijk niet om (al dan niet aangekondigde) bedrijfsbezoeken die worden afgelegd in het kader van reguliere controles. Bij bijstandszaken gaat het in dit advies om zaken waarin het bestuursorgaan dat zich bezighoudt met uitkeringen op grond van de Participatiewet (Pw), vermoedt dat een persoon aan wie op grond van deze wet een bijstandsuitkering is toegekend de inlichtingenplicht schendt (hierna: bijstandsfraude), en om dat vermoeden te controleren een *onaangekondigd* huisbezoek (hierna: huisbezoek) aflegt of heimelijke waarnemingen verricht. De reden voor de afbakening naar deze twee categorieën zaken is erin gelegen dat de zojuist genoemde onderzoeksbevoegdheden te kwalificeren zijn als vergaande onderzoeksbevoegdheden. De inzet van deze bevoegdheden wordt door betrokkenen over het algemeen namelijk als (zeer) ingrijpend ervaren en bovendien is soms de vraag aan de orde of het in artikel 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) vervatte recht op privacy is geschonden.⁸ Als men vervolgens kijkt naar de rechtsbescherming dan kan, zoals later in dit advies zal blijken, geconcludeerd worden dat die nog versterkt kan worden. Genoeg reden dus om te bezien of de rechter-commissaris hierbij een rol kan spelen!

Tot slot, om verwarring te voorkomen: de rechter-commissaris die in dit preadvies de hoofdrol speelt, is een andere rechter-commissaris dan die van artikel 8:12 Awb. Dit artikel bepaalt dat de bestuursrechter aan een rechter-commissaris kan opdragen het vooronderzoek of een gedeelte daarvan te verrichten. Uit de tekst van artikel 8:12 Awb valt al op te maken dat deze rechter-commissaris kan worden ingezet tijdens het vooronderzoek in eerste aanleg of hoger beroep. Hij speelt dus geen rol bij de inzet van onderzoeksbevoegdheden gedurende de besluitvormingsfase, zoals de rechter-commissaris over wie dit preadvies gaat wel zal doen.

1.4 Opzet van het preadvies

Gelet op de beperkte omvang van dit preadvies val ik direct met de deur in huis. In paragraaf 2 onderzoek ik namelijk al gelijk op wat voor manier een rechter-commissaris een rol kan spelen bij grote toezichtzaken, met als doel bezien of de introductie van een rechter-commissaris wenselijk is. In paragraaf 3 doe ik

8 Art. 8 lid 1 EVRM bepaalt dat eenieder het recht heeft op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Het tweede lid bepaalt dat geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

ditzelfde voor bijstandszaken.⁹ Paragraaf 4 bevat een conclusie van mijn bevindingen. Aan het begin van elke paragraaf wordt nader aangegeven wat er in de paragraaf exact aan de orde komt.

9 Om meer informatie te verkrijgen over de gang van zaken in de praktijk en om na te gaan waar eventuele behoeftes aangaande de rechter-commissaris liggen, heb ik gesprekken gevoerd met advocaten, een hoogleraar, een persoon die werkzaam is bij een Nederlandse gemeente en medewerkers van ACM, AFM en DNB. Op het moment van interviewen was geen van deze personen betrokken bij zaken waarbij ik, vanuit mijn rol als jurist bij het CBB, betrokken was.

2 De bestuursrechtelijke rechter-commissaris bij grote toezichtzaken

Om te kunnen bezien of de introductie van een rechter-commissaris wenselijk is voor de rechtsbescherming van natuurlijke personen en rechtspersonen bij de inzet van vergaande onderzoeksbevoegdheden in grote toezichtzaken van ACM, AFM en DNB, is het allereerst van belang om na te gaan over welke (vergaande) onderzoeksbevoegdheden zij in dit soort zaken beschikken (par. 2.1).¹⁰ Vervolgens besteed ik aandacht aan de knelpunten bij de inzet van deze bevoegdheden, om daarna uit te werken op welke manieren de rechter-commissaris deze knelpunten zou kunnen verhelpen, hoe dit bijdraagt aan de rechtsbescherming en ten aanzien van welke aspecten eventuele kritische noten te verwachten zijn (par. 2.2). Voorts besteed ik aandacht aan de procedurele aspecten van de introductie van de rechter-commissaris (par. 2.3). Deze paragraaf eindigt met een korte conclusie (par. 2.4).

2.1 De onderzoeksbevoegdheden van ACM, AFM en DNB

ACM, AFM en DNB zijn onafhankelijke toezichthouders voor een aantal specifieke sectoren.¹¹ De ACM houdt onder meer toezicht op de mededinging, op sectorspecifieke markten zoals post en op het consumentenrecht.¹² De AFM oefent onder meer gedragstoezicht uit op financiële markten en DNB heeft tot taak het houden van prudentieel toezicht en integriteitstoezicht op financiële markten.¹³

Om hun toezichtstaak goed uit te kunnen oefenen, beschikken ACM, AFM en DNB over verschillende onderzoeksbevoegdheden. Op grond van titel 5.2 van de Awb mogen zij onder andere elke plaats betreden (met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner), inlichtingen vorderen en inzage

¹⁰ In de regel oefenen medewerkers van ACM, AFM en DNB onderzoeksbevoegdheden uit. Deze medewerkers zijn toezichthouders in de zin van art. 5:11 Awb. In dit preadvies zal ik echter steeds spreken van ACM, AFM en DNB of 'de toezichthouders' wanneer ik de medewerkers van ACM, AFM en DNB bedoel.

¹¹ ACM, AFM en DNB zijn (zelfstandige) bestuursorganen in de zin van art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb. Zij zijn dus niet als zodanig toezichthouders in de zin van art. 5:11 Awb. Omdat ACM, AFM en DNB in de praktijk echter meestal worden aangeduid als toezichthouders, zal ik deze term gebruiken om hen aan te duiden als ik ze niet bij naam noem.

¹² Kamerstukken II 2011/12, 33186, nr. 3, p. 2; zie ook www.acm.nl.

¹³ AFM: art. 1:25 Wft; zie ook www.afm.nl; DNB: art. 1:24 Wft (prudentieel toezicht) en bijvoorbeeld art. 1d lid 1 onder a Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) (integriteitstoezicht); zie ook www.dnb.nl.

vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden.¹⁴ Bijzondere wetten kennen aan de toezichthouders nog andere onderzoeksbevoegdheden toe. Zo kan de ACM op grond van de Instellingswet ACM bijvoorbeeld bedrijfsruimten en voorwerpen verzegelen.¹⁵ ACM, AFM en DNB mogen slechts gebruikmaken van voornoemde onderzoeksbevoegdheden voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van hun taak nodig is.¹⁶ Als de toezichthouders gebruikmaken van hun bevoegdheden, zijn de betrokkenen jegens wie zij deze uitoefenen verplicht om mee te werken. Voor deze medewerkingsplicht is een uitzondering gemaakt voor ‘zij die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding’.¹⁷ Als een onderneming of natuurlijk persoon de medewerkingsplicht schendt, kan hiervoor een boete worden opgelegd.¹⁸ Medewerking ook kan worden afgedwongen met een last onder dwangsom.¹⁹

Over het algemeen maken ACM, AFM en DNB het meest gebruik van de bevoegdheden die aan hen toekomen op grond van titel 5.2 van de Awb. Omdat dit een vrij standaardpakket aan bevoegdheden betreft waarover elke toezichthouder in de zin van de Awb in beginsel beschikt, kan gemakkelijk de indruk ontstaan dat de inzet van deze bevoegdheden door ACM, AFM en DNB niet zo ingrijpend is. Wie echter een blik op de praktijk werpt, kan een andere mening zijn toegedaan, met name bij grote toezichtzaken. Zoals gezegd gaat het bij grote toezichtzaken in dit advies om zaken waar ACM, AFM en DNB – kortgezegd – een onaangekondigd bedrijfsbezoek afleggen.²⁰ Of hiertoe wordt overgegaan, wordt intern beslist. Als de toezichthouders besluiten een bedrijfsbezoek af te leggen, zullen zij over het algemeen met het nodige aantal werknemers bij een onderneming voor de deur staan. Zij dienen hierbij de reden van hun komst aan te geven. Ook moeten zij specificeren waarnaar zij onderzoek willen doen. Met andere woorden: zij moeten de reikwijdte van hun onderzoek kenbaar maken. Eenmaal binnen kunnen de toezichthouders gebruikmaken van andere aan hen toekomende onderzoeksbevoegdheden. In de regel maken de toezichthouders in elk geval gebruik van hun bevoegdheid om inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden van de onderneming.²¹ Belang-

14 Op volgorde van benoeming: art. 5:15 Awb, art. 5:16 Awb en art. 5:17 Awb. De ACM kan in het kader van het mededingingsrecht, meer specifiek bij onderzoeken naar een schending van art. 101 en 102 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU), binnenkort ook (soortgelijke) bevoegdheden ontlenen aan Richtlijn (EU) 2019/1.

15 De ACM mag dit doen voor zover dit voor de uitoefening van haar bevoegdheid om inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden redelijkerwijs noodzakelijk is. Zie art. 12b lid 1 Instellingswet ACM.

16 Art. 5:13 Awb. In deze norm ligt concreet besloten dat toezichthouders bij de uitoefening van hun bevoegdheden niet verder mogen gaan dan noodzakelijk is en dat de uitoefening van de bevoegdheden op de voor de betrokkene minst belastende manier moet geschieden.

17 Art. 5:20 Awb. Ondernemingen die onder het toezicht van bijvoorbeeld AFM of DNB staan, werken omwille van de (informele) relatie die zij met de toezichthouder hebben vaak al mee. Dat neemt niet weg dat als zij niet meewerken, zij gewezen kunnen worden op de medewerkingsplicht.

18 Zie bijvoorbeeld art. 1:80 aanhef en onder d Wft en art. 12m lid 1 aanhef en onder c Instellingswet ACM.

19 Art. 1:79 lid 1 aanhef en onder d Wft; art. 12m lid 3 Instellingswet ACM. Vrij recent is er overigens een wetsvoorstel ingediend waarin (onder andere) de mogelijkheid om bij het niet naleven van art. 5:20 Awb een last onder dwangsom op te leggen in de Awb wordt opgenomen (*Kamerstukken II 2018/19, 35256*).

20 Op grond van art. 5:15 Awb.

21 Op grond van art. 5:17 Awb.

rijk om op te merken is dat ACM, AFM en DNB in dit kader niet bevoegd zijn om zelfstandig kasten en lades open te trekken. Dit valt namelijk onder de noemer ‘doorzoeken’ in plaats van ‘betreden’.²² De toezichthouders moeten aan medewerkers van de onderneming vragen of zij de gewenste gegevens kunnen verstrekken. De uitoefening van deze bevoegdheid, die binnen de reikwijdte van het onderzoek moet plaatsvinden, kan ver reiken. ACM, AFM en DNB kunnen op grond van hun bevoegdheid om inzage te vorderen bijvoorbeeld de gehele administratie van een onderneming vorderen, inzien en kopiëren als zij dit nodig achten voor het onderzoek. Dit geldt ook voor allerlei andere documenten die informatie bevatten over de onderneming. Daar waar het gaat om digitaal opgeslagen zakelijke gegevens en bescheiden kunnen de toezichthouders, wederom binnen de reikwijdte van het onderzoek, onder meer volledige harde schijven kopiëren, waardoor zij bijvoorbeeld inzage kunnen krijgen in e-mailboxen van bestuurders of andere werknemers van de onderneming waar het bedrijfsbezoek plaatsvindt. Als het niet lukt om alle (fysieke en digitale) zakelijke gegevens en bescheiden ter plaatse te kopiëren, mogen de toezichthouders de gegevens en bescheiden voor een korte tijd meenemen, hetgeen tijdelijk consequenties kan hebben voor de bedrijfsvoering van de onderneming in kwestie.²³ Tijdens een bedrijfsbezoek blijft het vaak echter niet bij het voorgaande. Meestal horen de toezichthouders ook medewerkers van de onderneming die het object van het onderzoek is.²⁴ Dit kunnen bestuurders zijn, maar ook andere werknemers.

Een glimp van hoe het bovenstaande uitpakt in de praktijk valt te lezen in de jurisprudentie:

‘De ACM is op grond van de artikelen 5:15 en 5:17 Algemene wet bestuursrecht (Awb) bevoegd in het kader van haar toezichthoudende taken zogenaamde bedrijfsbezoeken te brengen. Daarbij is de ACM bevoegd plaatsen te betreden, inzage te vorderen in zakelijke gegevens en bescheiden en daar kopieën van te maken. (...) Tijdens het bedrijfsbezoek heeft de ACM kopieën van analoge documenten gemaakt, ongeveer 342 GB aan digitale data gekopieerd en 24 back up tapes (over de periode 2012-2016) van de systemen van [appellante] meegenomen. Tevens heeft de ACM één persoon, een ex-werknemer van [appellante], gehoord.’²⁵

‘Op (...) heeft de AFM een onaangekondigd onderzoek bij [Venootschap A] verricht. Het onderzoek richtte zich op de dienstverlening, informatieverstrekking, het beloningsbeleid en de vraag of de bedrijfsvoering van [Venootschap A] integer en beheerst was. De AFM heeft gesprekken gevoerd met verschillende medewerkers en andere bij de activiteiten van [Venootschap A] betrokken personen. Daarnaast heeft de AFM schriftelijke en digitale bescheiden opgevraagd.’²⁶

22 Kamerstukken II 1993/94, 23700, nr. 3, p. 143. Dat toezichthouders, althans de AFM, zich van dit uitgangspunt bewust zijn, blijkt uit CBB 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:326, r.o. 1.6.

23 Art. 5:17 lid 3 Awb.

24 Op grond van art. 5:16 Awb.

25 Hof Den Haag 12 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:470, r.o. 2.4 en 2.9.

26 Rb. Rotterdam 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8228, r.o. 5.

‘Op (...) heeft DNB een onaangekondigd onderzoek ter plaatse verricht. Tijdens het onderzoek heeft DNB een aantal stukken en bescheiden meegenomen, waaronder versnipperde papieren die zijn aangetroffen in een shredder.’²⁷

2.2 De rol van de rechter-commissaris

Uit de vorige paragraaf blijkt hoe ACM, AFM en DNB hun onderzoeksbevoegdheden bij een bedrijfsbezoek op een behoorlijk indringende wijze kunnen inzetten. Vanzelfsprekend kan dit voor ondernemingen en hun medewerkers zeer ingrijpend zijn. In zoverre is dan ook sprake van vergaande onderzoeksbevoegdheden. Als men vervolgens kijkt naar het niveau van rechtsbescherming, dan valt daar – zoals hieronder duidelijk zal worden – nog winst te behalen. De introductie van een rechter-commissaris kan ervoor zorgen dat de rechtsbescherming wordt geoptimaliseerd. In deze paragraaf geef ik voorbeelden van manieren hoe dit vormgegeven kan worden. Belicht zal worden de rol die de rechter-commissaris kan spelen bij de beslissing om over te gaan tot een bedrijfsbezoek (par. 2.2.1), bij het vorderen van inzage van zakelijke gegevens en bescheiden (par. 2.2.2) en bij het horen van medewerkers of andere voor het onderzoek relevante personen (par. 2.2.3). Voordat ik daaraan toe kom, zal ik, zoals gezegd, eerst aangeven waar mijns inziens de knelpunten zitten bij deze (vergaande) onderzoeksbevoegdheden van de toezichthouders. Nadat ik vervolgens de rol van de rechter-commissaris heb uitgewerkt, zal ik aangeven waarin nu precies de toegevoegde waarde van deze rol is gelegen. Ook besteed ik aandacht aan aspecten van de bevoegdheden van de rechter-commissaris die vatbaar zijn voor kritiek.

2.2.1 Bevoegdheden van de rechter-commissaris bij de beslissing om over te gaan tot een bedrijfsbezoek

Knelpunten bij de beslissing om over te gaan tot een bedrijfsbezoek

Zoals in de vorige paragraaf al is aangegeven, beslissen ACM, AFM en DNB intern of zij overgaan tot het afleggen van een bedrijfsbezoek. Deze toezichthouders hebben hiervoor hun eigen werkwijzen, waarbij zij allen waarborgen hebben ingebouwd om deze beslissing zo zorgvuldig mogelijk te kunnen nemen.²⁸ Voorop staat dat het een goede zaak is dat de toezichthouders zorgvuldig bekijken of het afleggen van een bedrijfsbezoek noodzakelijk is.²⁹ Dat neemt echter niet weg dat

²⁷ CbB 25 juni 2019, ECLI:NL:CBB:2019:243, r.o. 1.3.

²⁸ Omwille van de privacy van de toezichthouders treed ik niet in detail over deze werkwijzen. In elk geval dienen de toezichthouders acht te slaan op art. 5:13 Awb (zie voetnoot 16).

²⁹ Uitgaande van de jurisprudentie blijkt immers dat aan toezichthouders ruimte toekomt als het gaat om de inzet van onderzoeksbevoegdheden, waaronder het betreden van plaatsen. Zie in dit kader bijvoorbeeld CbB 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:326, r.o. 4.4: ‘Het College overweegt dat AFM en de bij haar werkzame toezichthouders teneinde adequaat toezicht te kunnen uitoefenen op de naleving van de bij en krachtens de Wft gestelde regels, beschikken over verschillende bevoegdheden die zij steeds en spontaan kunnen uitoefenen. Daartoe is niet een daaraan voorafgaand en redengevend feit, signaal, grond of vermoeden vereist.’ Niettemin zal over het algemeen bij onaangekondigde bedrijfsbezoeken gekeken worden of sprake is geweest van een redelijke grond. Met andere woorden: waren er aanwijzingen die een onaangekondigd bedrijfs-

het hier gaat om een interne check. In zekere zin kan men zeggen dat de slager zijn eigen vlees keurt. Dit hoeft niet altijd direct problematisch te zijn, maar als men in acht neemt dat de toezichthouders hun onderzoeksbevoegdheden tijdens een bedrijfsbezoek op een voor betrokkenen behoorlijk indringende manier kunnen combineren (zie de aangehaalde jurisprudentie in de voorgaande paragraaf) en een dergelijk bezoek schadelijk kan zijn voor het imago van de bezochte onderneming met alle gevolgen van dien, dan knelt het toch wel dat deze ingrijpende beslissing uitsluitend door de toezichthouder wordt genomen.

Inrichting van de bevoegdheid van de rechter-commissaris

Bovengenoemd knelpunt kan worden verholpen door de rechter-commissaris vooraf te laten toetsen of een bedrijfsbezoek plaats kan hebben.³⁰ Dit houdt in dat de rechter-commissaris een machtiging zal moeten verlenen aan de toezichthouder om een bedrijfsbezoek af te leggen. Een dergelijk verlofstelsel is niet uniek. In verschillende Europese landen bestaat zo'n stelsel namelijk al, in elk geval in het mededingingsrecht. In België zijn de personeelsleden van de Belgische mededingingsautoriteit in het kader van een onderzoek naar mededingingsbeperkende afspraken bijvoorbeeld alleen bevoegd om bedrijfsbezoeken af te leggen als zij hiervoor een voorafgaande machtiging hebben van een onderzoeksrechter in de Nederlandstalige/Franstalige rechtbank van eerste aanleg in Brussel.³¹ In Duitsland is een 'Durchsuchungsbefehl' van de lokale rechtbank nodig als de Duitse mededingingsautoriteit wil overgaan tot een bedrijfsbezoek.³² Ook de medewerkers van de Franse mededingingsautoriteit hebben een voorafgaande rechterlijke machtiging nodig als zij langs willen gaan bij een onderneming omdat zij vermoeden dat het mededingingsrecht wordt overtreden en zij vergaande onderzoeksbevoegdheden willen inzetten.³³

Hoe moet dit verlofstelsel in grote toezichtzaken (in Nederland) eruit komen te zien? Hierover valt natuurlijk te discussiëren, maar de bevoegdheid van de rechter-commissaris tot het geven van verlof voor een bedrijfsbezoek zou kunnen inhouden dat hij, voordat hij een machtiging geeft voor een bedrijfsbezoek, moet afwegen of de reden waarom de ACM, de AFM of DNB een bedrijfsbezoek wil afleggen dit middel rechtvaardigt. In dit kader moet de rechter-commissaris bezien of de toezichthouder zijn beweegredenen voldoende heeft onderbouwd, of met het bedrijfsbezoek het gewenste effect kan worden behaald en of dit effect ook via minder belastende middelen kan worden bewerkstelligd. Als de rechter-commissaris toestemming geeft voor een bedrijfsbezoek, moet hij dit op schrift zetten. Vervolgens kan de toezichthouder, met de machtiging op zak, overgaan tot het bezoek. Dit kan ofwel gebeuren op de manier zoals dat vandaag de dag ook gebeurt, ofwel met inachtneming van andere waarborgen die in de onderstaande

bezoek rechtvaardigden (Cbb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:326, r.o. 4.5; Hof Den Haag 12 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:470, r.o. 4.15 en daar aangehaalde jurisprudentie).

³⁰ Zie in dit kader ook Barkhuysen 2002; Geursen 2010; Slotboom 2012.

³¹ Art. IV.40, par. 3 (Belgisch) Wetboek Economisch recht; Richtsnoeren van de Belgische Mededingingsautoriteit betreffende de huiszoekingsprocedure, p. 1; zie ook de informatiepagina over kartels op www.bma-abc.be/nl/kartels.

³² Bundeskartellamt 2016, p. 7 en 24.

³³ Art. L450-4 Code de commerce; ECN 2012, p. 10.

paragrafen worden voorgesteld. Het lijkt mij niet nodig dat een onderneming, nadat het bedrijfsbezoek heeft plaatsgevonden, via een apart traject bezwaar kan maken tegen de verleende machtiging. Dit zou enkel tot extra 'gedoe' leiden. Ondernemingen moeten de machtiging van de rechter-commissaris wel in (hoger) beroep aan de orde kunnen stellen. Dat ondernemingen niet eerder kunnen opkomen tegen een beslissing van de rechter-commissaris doet wat mij betreft niet af aan de rechtsbescherming. Integendeel, er is enkel sprake van extra rechtsbescherming ten opzichte van het huidige systeem. Er wordt nu immers al vooraf door een rechter getoetst of het bedrijfsbezoek plaats mag vinden en achteraf kan deze toets gewoon aan de orde worden gesteld in eerste aanleg (en hoger beroep).³⁴

Als de rechter-commissaris van oordeel is dat een bedrijfsbezoek niet op zijn plaats is, dan moet hij dit oordeel zorgvuldig onderbouwen en kenbaar maken aan de betreffende toezichthouder. Die kan vervolgens in dit oordeel berusten of juist meer aanwijzingen verzamelen om de zaak nogmaals voor te leggen aan de rechter-commissaris. Omwille van de effectiviteit van het onderzoek en het feit dat toezichthouders een zaak opnieuw kunnen voorleggen aan de rechter-commissaris, lijkt het mij niet nodig dat een toezichthouder bezwaar kan maken tegen de beslissing van de rechter-commissaris om geen machtiging af te geven voor het bedrijfsbezoek.

Hierboven is steeds uitgegaan van een schriftelijke machtiging. Het is ook denkbaar dat er situaties zijn waarbij de schriftelijke toestemming van een rechter-commissaris niet kan worden afgewacht. Het zou in het kader van de rechtsbescherming niet wenselijk zijn om het vereiste van de voorafgaande machtiging dan direct over boord te gooien. In dit soort situaties is het denkbaar dat de toezichthouder telefonisch contact moet opnemen met de rechter-commissaris en dat deze aan de hand van de informatie die hij op dat moment van de toezichthouder krijgt zijn beslissing moet nemen. Deze beslissing zal hij dan uiteraard zo snel mogelijk op schrift moeten stellen en aan de toezichthouder moeten toesturen.

Een klein schepje erbovenop

Het introduceren van een verlofstelsel is één manier om de rechtsbescherming voor ondernemingen bij een bedrijfsbezoek beter te waarborgen. Men kan er ook voor kiezen om deze bescherming tot een nog hoger niveau te tillen door de rechter-commissaris een rol te laten spelen tijdens het bedrijfsbezoek. Hoewel er tijdens een bedrijfsbezoek over het algemeen advocaten van de onderneming aanwezig zijn, is er geen onafhankelijke derde aanwezig die waakt over het verloop van het bezoek en die direct kan ingrijpen als er iets mis dreigt te gaan.³⁵ Voor de rechtsbescherming zou het echter wenselijk kunnen zijn dat dit wel het geval

34 Mocht een en ander niet uitmonden in een procedure bij de rechtbank, dan zou een onderneming bij de civiele rechter kunnen opkomen tegen de machtiging van de rechter-commissaris indien zij vindt dat deze ten onrechte is verleend. Men zou, indien dat wenselijk wordt geacht, ook een apart bestuursrechtelijk traject kunnen creëren, in de vorm van bijvoorbeeld een verzoekschrift-procedure.

35 Op het moment dat de toezichthouder onverwachts bij een onderneming voor de deur staat, wordt de onderneming in de gelegenheid gesteld om contact op te nemen met haar advocaat/advocaten. Deze advocaten mogen vervolgens aanwezig zijn tijdens het bedrijfsbezoek.

is. Uit de jurisprudentie blijkt immers dat toezichthouders hun boekje weleens te buiten gaan.³⁶ Nu wil ik hiermee absoluut niet betogen dat toezichthouders voortdurend de grenzen van hun bevoegdheden overschrijden, maar het zou wenselijk zijn dat als zij dit doen, zij direct (en zonder discussie) tot de orde kunnen worden geroepen. In dit kader zou men er daarom voor kunnen kiezen om, naast het introduceren van het verlostelsel, aan de rechter-commissaris ook bevoegdheden toe kennen die hem in staat stellen het verloop van het bezoek te bewaken. Het lijkt mij, met inachtneming van het huidige systeem, wenselijk dat de rechter-commissaris dan alleen kan waken over de formele aspecten van een bedrijfsbezoek zoals: laat de toezichthouder zijn verkregen machtiging zien, wordt de onderneming in staat gesteld om zijn advocaat in te lichten, trekt de toezichthouder niet zelf een lade open enzovoort.

Het is ook mogelijk om de rechter-commissaris de leiding te geven over het gehele bedrijfsbezoek. Dit zou dan inhouden dat de rechter-commissaris waakt over 'het procesverloop', maar ook dat hij inhoudelijke beslissingen neemt, bijvoorbeeld over welke stukken wel en niet gekopieerd mogen worden. Voor rechtspersonen zou dit de meeste bescherming bieden. Een dergelijke introductie van de rechter-commissaris zou dan wel tot gevolg hebben dat de huidige manier van het afleggen van een bedrijfsbezoek flink op de schop moet. Omdat ik mij, zoals hieronder zal blijken, in dit preadvies met name richt op hoe de inzet van de rechter-commissaris de rechtsbescherming met relatief kleine aanpassingen kan versterken, werk ik dit idee niet verder uit.

Toegevoegde waarde voor de rechtsbescherming

De toegevoegde waarde van een rechter-commissaris bij het geven van toestemming voor een bedrijfsbezoek is met name gelegen in het feit dat een onafhankelijk figuur, die niet eerder bij de zaak betrokken is geweest, kijkt naar de noodzaak van dit (zware) middel. Dit waarborgt de objectiviteit van de uiteindelijke beslissing om een bedrijfsbezoek af te leggen, wat de rechtsbescherming van de onderneming dient. Verder kan de inzet van een rechter-commissaris, zonder afbreuk te doen aan de manier waarop toezichthouders vandaag de dag beslissen om over te gaan tot een bedrijfsbezoek, ervoor zorgen dat toezichthouders de noodzaak tot het afleggen van een bedrijfsbezoek zorgvuldiger overdenken. Zij moeten immers een externe partij overtuigen. Daarnaast kunnen ook de toezichthouders baat hebben bij een rechterlijke machtiging, omdat deze machtiging de autoriteit van de beslissing om het bedrijfsbezoek af te leggen, vergroot.

De toegevoegde waarde van het toekennen van bevoegdheden aan de rechter-commissaris tijdens het bedrijfsbezoek, waarbij ik het dan heb over de eerste variant die ik in dit kader heb geschetst, zit hem erin dat het verloop van het bezoek beter gewaarborgd kan worden dan nu het geval is. Als toezichthouders gedurende het bedrijfsbezoek bepaalde formele grenzen overschrijden, dan kan de rechter-commissaris immers direct ingrijpen. Dit is niet alleen wenselijk voor onder-

³⁶ Een voorbeeld is de uitspraak van het CbB van 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:326. Uit deze uitspraak blijkt dat een toezichthouder tijdens een bedrijfsbezoek zelfstandig dossiers uit kasten heeft gepakt, lades heeft geopend en prullenbakken en papierbakken heeft onderzocht.

nemingen, maar ook voor toezichthouders. Door het direct ingrijpen kan worden voorkomen dat zij op een onrechtmatige manier bewijsmateriaal verzamelen, wat de kans kleiner maakt dat dit bewijs in een later stadium moet worden uitgesloten.

Punten die vatbaar zijn voor kritiek

Lang niet iedereen zal de hiervoor geschetste rollen van de rechter-commissaris zien zitten. Mogelijk vragen mensen zich af voor welk probleem ik nu precies een oplossing heb voorgesteld. Noch het EVRM, noch andere regelgeving vereist immers een voorafgaande rechterlijke machtiging bij het afleggen van een bedrijfsbezoek dan wel toezicht tijdens een dergelijk bezoek.³⁷ Bovendien leidt de huidige gang van zaken bij bedrijfsbezoeken doorgaans niet tot enorm veel problemen. Rechterlijke procedures over het verloop hiervan zijn er bijvoorbeeld niet aan de lopende band. Ook is het zo dat eventuele problemen gewoon aangekaart kunnen worden bij de kortgedingrechter of de bestuursrechter in de procedure in eerste aanleg dan wel hoger beroep. Kortom, waar maak ik me druk om? Verder kan men zich afvragen of de introductie van een rechter-commissaris niet tot vertraging van het onderzoek leidt en of de vrijheid van toezichthouders om een plaats te betreden dan wel bevoegdheden uit te oefenen tijdens een bedrijfsbezoek niet te veel wordt ingeperkt.

Ten aanzien van de vraag waar ik me druk om maak: waar het mij om te doen is, is dat we hier te maken hebben met een vergaande onderzoeksbevoegdheid van toezichthouders (het onaangekondigd binnentreden), in welk kader zij nog meer vergaande onderzoeksbevoegdheden kunnen inzetten en waarbij in een vroeg stadium nauwelijks sprake is van onafhankelijk toezicht. Met andere woorden: sterke *checks and balances* ontbreken, terwijl er wel een inbreuk op het privacyrecht van een onderneming wordt gemaakt. Daarnaast is het zo dat ook de rechten van bijvoorbeeld de werknemers van de onderneming kunnen worden geschaad. Zij zijn gedurende een bedrijfsbezoek immers verplicht om hun medewerking te verlenen.³⁸ Daarbij komt ook nog dat een bedrijfsbezoek zeer schadelijk kan zijn voor

37 Hoewel het algemeen bekend is dat het huisrecht een grote mate van bescherming geniet op grond van art. 8 EVRM, is het wellicht minder bekend dat deze bescherming zich ook uitstrekt tot bedrijfsruimten van rechtspersonen (zie EHRM 16 april 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0416JUD003797197 (*Colas Est e.a./Frankrijk*); zie ook Barkhuysen e.a. 2014, p. 41-44 en De Vries 2015). Dit brengt met zich dat een (onaangekondigd) bedrijfsbezoek met voldoende waarborgen omkleed moet zijn. Het EHRM geeft er de voorkeur aan dat aan een dergelijk bezoek een rechterlijke machtiging ten grondslag ligt. Indien een machtiging op grond van het nationale recht niet is vereist, dient sprake te zijn van een effectieve rechterlijke controle achteraf (zie EHRM 2 oktober 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:1002JUD00009711 (*Delta Pekarny/Tsjechische Republiek*). De rechter moet achteraf kunnen toetsen of het bedrijfsbezoek met inachtneming van de nodige waarborgen is afgelegd. Dat in elk geval de ACM geen voorafgaande rechterlijke machtiging nodig heeft bij het afleggen van een bedrijfsbezoek, is recent bevestigd door het gerechtshof Den Haag. In een mededingingszaak heeft het gerechtshof namelijk geoordeeld dat het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging bij een bedrijfsbezoek door de ACM geen schending van grondrechten oplevert, omdat het Nederlandse recht wel andere adequate en effectieve waarborgen biedt tegen misbruik en willekeur, onder meer in de vorm van de mogelijkheid van rechterlijke controle achteraf in een kort geding procedure (zie Hof Den Haag 12 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:470; zie voor eerste aanleg Rb. Den Haag 10 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12722; zie in dit kader ook Veenbrink 2016, waarin de toezicht- en onderzoeksbevoegdheden van de Europese Commissie onder de loep worden genomen. Deze bevoegdheden lijken erg op de bevoegdheden van de ACM).

38 Tenzij de toezichthouders de cautie hebben verleend.

het imago van een onderneming, vooral als na afronding van het onderzoek blijkt dat er toch geen overtreding heeft plaatsgevonden. De naam van de onderneming is dan tot op zekere hoogte al besmet, iets wat achteraf niet dan wel moeilijk ongedaan kan worden gemaakt. Alleen al deze aspecten rechtvaardigen wat mij betreft de komst van een stelsel dat in een eerder stadium, dus voordat het bedrijfsbezoek daadwerkelijk plaatsvindt, voorziet in extra rechtsbescherming voor ondernemingen (en natuurlijke personen), ook al is dit op grond van het EVRM of andere regelgeving niet direct vereist. Het invoeren van een verlofstel kan hierin op een (vrij) eenvoudige manier voorzien. Als men nog een stapje verder wil gaan, dan kan dit ook zonder al te veel ‘gedoe’ door de rechter-commissaris bijvoorbeeld te laten waken over de formele aspecten van het bedrijfsbezoek.

Ik ben mij ervan bewust dat een en ander tot wat vertraging in het onderzoek van de toezichthouder kan leiden. Mijns inziens zal deze vertraging echter niet dusdanig groot zijn dat daarmee alle zojuist genoemde argumenten die pleiten voor extra rechtsbescherming van tafel kunnen worden geveegd. Voor wat betreft de machtiging van de rechter-commissaris geldt namelijk dat bedrijfsbezoeken niet alledaags zijn. De rechter-commissaris zal waarschijnlijk niet overspoeld worden met verzoeken van ACM, AFM of DNB om een bedrijfsbezoek af te leggen. Dit maakt dat de rechter-commissaris op korte termijn naar de zaak zou moeten kunnen kijken en dus snel kan bepalen of hij een machtiging verleent voor een bedrijfsbezoek. Ten aanzien van eventuele bevoegdheden tijdens een bedrijfsbezoek geldt dat de rechter-commissaris ad hoc moet beslissen. Een ernstige vertraging van het onderzoek ligt dan ook niet in de lijn der verwachting.

Wat betreft de vrijheid van de toezichthouders om hun bevoegdheden uit te kunnen oefenen: men moet in acht nemen dat de introductie van een rechter-commissaris niet alle macht bij de toezichthouder wegkaapt, in elk geval niet bij de zojuist gedane voorstellen. Natuurlijk kan de toezichthouder geen bedrijfsbezoek afleggen als de rechter-commissaris hiervoor geen toestemming geeft. Dit is echter een maatregel die de rechtsbescherming ten goede komt. Daarnaast kan een toezichthouder indien de rechter-commissaris geen machtiging verleent, zich na het verzamelen van extra aanwijzingen eenvoudig opnieuw tot de rechter-commissaris wenden. Een ‘nee’ hoeft niet altijd een ‘nee’ te blijven. Verder is het zo dat als de rechter-commissaris groen licht geeft, de toezichthouder vervolgens gewoon zijn bevoegdheden kan uitoefenen, zij het dat de rechter-commissaris mogelijk een extra oogje in het zeil houdt om te bezien of het bezoek wel volgens de formele regels verloopt.

2.2.2 Bevoegdheden van de rechter-commissaris bij een vordering tot inzage van zakelijke gegevens en bescheiden

Knelpunten bij de vordering tot inzage van zakelijke gegevens en bescheiden

Bij een vordering tot inzage van zakelijke gegevens en bescheiden kunnen ACM, AFM en DNB op verschillende documenten stuiten, waarbij zij steeds moeten nagaan of zij deze daadwerkelijk mogen inzien. Het gaat dan bijvoorbeeld om documenten die niet-zakelijke gegevens bevatten of documenten die vertrouwde

lijke communicatie met een advocaat bevatten en die volgens een onderneming dus onder het *legal privilege* vallen.³⁹ In deze paragraaf ligt de focus op deze laatste categorie documenten. De reden hiervoor is dat het voor ondernemingen van (groot soms zelfs fundamenteel) belang kan zijn dat deze stukken niet door de toezichthouder worden ingezien of in het onderzoeksdossier belanden. De noodzaak voor extra rechtsbescherming is hier in de regel groter dan bij niet-zakelijke gegevens.

ACM, AFM en DNB hebben zelf al waarborgen getroffen om te voorkomen dat zij stukken met vertrouwelijke communicatie inzien dan wel dat deze stukken in het onderzoeksdossier belanden. De procedure hiervoor is in een notendop de volgende.⁴⁰ In de regel kan een onderneming aangeven welke stukken volgens haar vertrouwelijke correspondentie bevatten. Vervolgens oordeelt een medewerker van de toezichthouder die niet bij het verdere onderzoek is betrokken of de documenten inderdaad onder het *legal privilege* vallen. Op het moment dat deze medewerker beslist dat bepaalde stukken hier niet onder vallen, geeft hij dit door aan de onderneming.⁴¹ Als die het niet eens is met deze beslissing kan zij dit gemotiveerd aangeven. De stukken worden dan nogmaals, al dan niet door een andere medewerker die niet bij het onderzoek is betrokken, bekeken. Als de onderneming het niet eens is met het oordeel dat hieruit volgt, kan zij zich wenden tot de civiele rechter. Als bepaalde stukken wel onder het *legal privilege* vallen, mag de toezichthouder deze stukken niet inzien.

Wat mijns inziens knelt, is dat het in eerste instantie de toezichthouder is die beslist of 'legal privilege stukken' al dan niet mogen worden ingezien. Men moet scherp voor ogen hebben dat vrije correspondentie met advocaten een groot goed is, dat eigenlijk met de grootst mogelijke rechtsbescherming moet worden omkleed.⁴² De vraag rijst dan ook of de bescherming van dit soort stukken niet een ander soort toets verdient. Is het niet beter om de beoordeling van stukken die volgens de onderneming vertrouwelijke correspondentie bevatten met haar advocaat uit de sfeer van de toezichthouder te trekken? Hiervoor is overigens al eerder gepleit, zo valt op te maken uit reacties op consultaties van werkwijzen van de ACM en haar voorganger, de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa).⁴³

39 Ik gebruik voor deze laatste categorie stukken verschillende benamingen, waaronder *legal privilege* stukken, stukken met vertrouwelijke correspondentie of stukken met een vermeend geprivilegieerd karakter.

40 De procedures van ACM, AFM en DNB kunnen in detail van elkaar verschillen. Het is om deze reden dat ik speciale benamingen weglaat. Voor een gedetailleerder overzicht van de procedures verwijs ik naar de ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014; de ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014; de Werkwijze AFM inzien en kopiëren van digitale gegevens 2020; de DNB Werkwijze inzien en kopiëren van digitale gegevens 2020. Hoewel deze werkwijzen zien op digitale gegevens is de kern gelijk voor papieren documenten die tijdens een bedrijfsbezoek als relevant worden aangemerkt.

41 In de tussentijd worden de stukken nog buiten het onderzoek gehouden en niet ingezien door andere werknemers van de toezichthouder die belast zijn met het inhoudelijke onderzoek.

42 Zie ook *Gerecht 17 september 2007, ECLI:EU:T:2007:287 (Akzo Nobel/Commissie)*.

43 Ontvangen reacties tijdens de consultatie van de concept-Werkwijze NMa analoog en digitaal onderzoeken, p. 6; Reacties Consultatie Werkwijzen ACM 2013, p. 12.

Inrichting van de bevoegdheid van de rechter-commissaris

De rechter-commissaris zou ingezet kunnen worden om bovengenoemd knelpunt te verhelpen. Zijn rol kan erin gelegen zijn te beoordelen of stukken die volgens een onderneming vertrouwelijke correspondentie met haar advocaat bevatten, daadwerkelijk onder het legal privilege vallen. Dit betekent dat de rechter-commissaris beslist of een toezichthouder toegang krijgt tot deze stukken en ze dus kan inzien.

De rechter-commissaris zou deze bevoegdheid wat mij betreft op twee manieren kunnen uitoefenen. De minst vergaande manier ziet op een beoordeling van vermeende geprivilegieerde stukken door de rechter-commissaris op het kantoor van de toezichthouder. Bij deze optie blijft de procedure wat betreft het verzamelen van de stukken en de manier waarop ondernemingen kunnen aangeven of stukken vertrouwelijke communicatie met haar advocaat bevatten zoals deze nu is, maar zal het de rechter-commissaris zijn die beslist of de stukken onder het legal privilege vallen. Aangezien de procedure verder niet verandert en alle stukken worden meegenomen naar het kantoor van de toezichthouder, zal de rechter-commissaris zijn beoordeling daar moeten uitvoeren. Als hij van oordeel is dat stukken vertrouwelijke correspondentie bevatten en dus onder het legal privilege vallen, dan ligt het voor de hand dat hij deze stukken teruggeeft aan de onderneming of vernietigt (als sprake is van een kopie). Als hij vindt dat de stukken niet onder het legal privilege vallen, dan dient de rechter-commissaris de stukken ter beschikking te stellen aan de toezichthouder. Echter, gelet op het feit dat het voor ondernemingen serieuw schadelijk kan zijn als een toezichthouder vanwege een fout van de rechter-commissaris toegang krijgt tot deze stukken, is het wat mij betreft wenselijk dat ondernemingen kunnen opkomen tegen de beslissing van de rechter-commissaris dat bepaalde stukken geen geprivilegieerd karakter hebben. Het lijkt mij goed dat deze stukken dan – met een nadere motivering – nogmaals voorgelegd kunnen worden aan de rechter-commissaris. Het is ook denkbaar dat ondernemingen in dit geval een kort geding of voorlopige voorziening kunnen starten, afhankelijk van hoe de beslissing van de rechter-commissaris wordt gekwalificeerd.

De rechter-commissaris zou ook een verdergaande rol kunnen spelen bij de beoordeling van stukken die volgens de onderneming vertrouwelijke correspondentie bevatten. Het is namelijk ook mogelijk om dit gedeelte van het onderzoek helemaal in de handen van de rechter-commissaris te leggen. Dit zou kunnen inhouden dat de rechter-commissaris aanwezig is bij het bedrijfsbezoek waar hij ter plekke kan beslissen of bepaalde stukken onder het legal privilege vallen of niet. Bij deze bevoegdheid van de rechter-commissaris is het aan ondernemingen om aan te geven of bepaalde stukken vertrouwelijke correspondentie bevatten. Als de rechter-commissaris de stukken om wat voor reden dan ook niet direct kan beoordelen, dan moet de rechter-commissaris (of de toezichthouder) er zorg voor dragen dat deze stukken apart worden gelegd, zodat ze later meegenomen kunnen worden. Bij deze optie is het omwille van de volledige scheiding wenselijk dat de stukken niet meer bij de toezichthouder worden bewaard maar op een andere locatie. Vervolgens dient de rechter-commissaris te beoordelen of de documenten inderdaad kunnen worden aangemerkt als vertrouwelijk en dus buiten het bereik van de toezichthouder moeten blijven. Indien de rechter-commissaris van oordeel is dat dit het geval is, dan ligt het ook hier voor de hand dat hij de stukken

teruggeeft aan de onderneming of vernietigt. Als hij echter vindt dat de stukken geen geprivilegieerd karakter hebben, dan zal de rechter-commissaris de stukken ter beschikking moeten stellen aan de toezichthouder. Ook hier geldt dat er wat mij betreft een rechtsgang open moet staan tegen deze beslissingen van de rechter-commissaris. De stukken zouden, net zoals hierboven is geopperd, met een nadere motivering nogmaals voorgelegd kunnen worden aan de rechter-commissaris of ondernemingen zouden een kort geding of voorlopige voorziening kunnen starten.

Toegevoegde waarde voor de rechtsbescherming

De toegevoegde waarde lijkt bij deze voorgestelde bevoegdheid van de rechter-commissaris voor zich te spreken. Door de inzet van een rechter-commissaris bij de beoordeling van stukken die volgens een onderneming vertrouwelijke correspondentie met haar advocaat bevatten, is de rechtsbescherming hierbij optimaal gewaarborgd. Het risico dat de toezichthouder hierin per ongeluk toch inzage krijgt (met alle gevolgen van dien voor de onderneming of in voorkomend geval natuurlijke personen), wordt, zonder af te doen aan de integriteit van de toezichthouder, geminimaliseerd. Juist door het gevoelige karakter van dit soort stukken, is dit erg belangrijk.

Punten die vatbaar zijn voor kritiek

De hierboven beschreven manieren voor het beoordelen van vermeende geprivilegieerde stukken kunnen als overbodig worden ervaren. Op dit moment hebben de toezichthouders immers zelf al waarborgen getroffen die voldoen aan de eisen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).⁴⁴ Daarnaast lijkt de beoordeling van dit soort stukken in de praktijk niet veel problemen op te leveren. De vraag die daarom kan rijzen is wederom: wat is het probleem?

Het 'probleem' is reeds geschetst: vrije communicatie met advocaten is een groot goed waar men echt niet lichtzinnig mee om moet gaan.⁴⁵ Cliënten moeten alles met hun advocaat kunnen bespreken, ook het al dan niet begaan van een overtreding. Het is voor ondernemingen gevaarlijk als dergelijke communicatie in handen van de toezichthouder belandt. Dit brengt met zich dat de rechtsbescherming

⁴⁴ Volgens het EHRM moeten er voor ondernemingen namelijk manieren zijn om te voorkomen dat toezichthouders inzage krijgen in vermeende geprivilegieerde stukken, bijvoorbeeld door ondernemingen de mogelijkheid te bieden om aan te geven welke stukken een geprivilegieerd karakter hebben en om verzoeken te kunnen doen om deze documenten terug te krijgen (zie EHRM 21 maart 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0321DEC003393112 (Janssen Cilag/Frankrijk)). Het Gerecht van het HvJ EU (het Gerecht) heeft zich in de zaak *Akzo Nobel* ook uitgebreid uitgelaten over de omgang met stukken die onder het legal privilege vallen, waarin het Gerecht onder andere oordeelde dat de bescherming uit hoofde van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en cliënten tevens impliceert dat de Commissie, wanneer zij haar beschikking tot afwijzing van een verzoek daartoe eenmaal heeft vastgesteld, pas kennis mag nemen van de inhoud van de betrokken documenten nadat zij de betrokken onderneming de mogelijkheid heeft gegeven naar behoren beroep in te stellen bij het Gerecht. In dit verband moet de Commissie wachten totdat de termijn voor het instellen van beroep tegen haar afwijzende beschikking is verstreken alvorens kennis te nemen van de inhoud van deze documenten (zie Gerecht 17 september 2007, ECLI:EU:T:2007:287 (*Akzo Nobel/Commissie*)).

⁴⁵ Ik wil hiermee overigens niet betogen dat toezichthouders lichtzinnig omgaan met deze bevoegdheid. Integendeel, het is toe te juichen dat de toezichthouders op dit moment voorzien in waarborgen.

voor vermeende geprivilegieerde stukken optimaal moet zijn. Dat is mijns inziens nu niet het geval. Daarbij maakt het mij niet uit dat er in de praktijk weinig ‘gedoe’ is rondom de beoordeling van deze stukken.

Een ander punt van kritiek kan zijn dat deze procedure inefficiënt is of tot vertragingen leidt. Inefficiëntie of een vertraging van het onderzoek zijn wat mij betreft in dit geval geen steekhoudende argumenten om de extra rechtsbescherming niet te bieden. Als al sprake is van een vertraging van het onderzoek dan zal deze vermoedelijk niet van zodanige aard zijn dat het als problematisch kan worden gekwalificeerd. Ditzelfde geldt voor inefficiëntie.

2.2.3 Bevoegdheden van de rechter-commissaris bij het horen van medewerkers of andere voor het onderzoek relevante personen⁴⁶

Knelpunten bij het horen van medewerkers of andere personen

In het kader van hun inlichtingenbevoegdheid kunnen ACM, AFM en DNB zoals gezegd medewerkers of andere voor het onderzoek relevante personen horen om meer informatie over bepaalde aspecten van de onderneming te verkrijgen. Hetgeen door deze personen wordt gezegd, kan als bewijs worden gebruikt.

Personen die door ACM, AFM of DNB worden verhoord, zijn verplicht om hieraan mee te werken.⁴⁷ Dat een toezichthouder personen kan dwingen om een verhoor te ondergaan is op zijn minst bijzonder te noemen, zeker als men een vergelijking trekt met het strafrecht. In het strafrecht kunnen mensen die geen verdachte zijn alleen door een rechter gedwongen worden om een verklaring af te leggen.⁴⁸ In het bestuursrecht zijn de personen die (vroeg) in de besluitvormingsfase worden verhoord in beginsel ook geen verdachte. Waarom genieten zij dan niet dezelfde mate van rechtsbescherming als niet-verdachte personen in het strafrecht? Hun positie verschilt immers niet wezenlijk van de positie van niet-verdachte personen in het strafrecht. Het idee dat zij door een toezichthouder toch verplicht kunnen worden om mee te werken aan een verhoor blijft dan ook knagen.

In het kader van het horen van personen is het wat mij betreft ook van belang dat ondernemingen gedurende de besluitvormingsfase voldoende gelegenheid moeten hebben om personen à decharge te (laten) horen door de toezichthouder.⁴⁹ ACM, AFM en DNB kunnen door de inzet van hun onderzoeksbevoegdheden

⁴⁶ In deze paragraaf gebruik ik de termen horen, verhoren en gehoord worden. Hoewel deze termen in elk geval gevoelsmatig een ander gevoel op kunnen roepen, bedoel ik met deze termen in alle gevallen hetzelfde, namelijk de situatie dat een toezichthouder in de toezichtfase vragen stelt aan een medewerker/medewerkers van een onderneming of aan andere voor het onderzoek relevante personen.

⁴⁷ Tenzij de cautie is gegeven. Of een toezichthouder een persoon mag verplichten een verhoor te ondergaan, in die zin dat een persoon in een verhoorsetting wordt bevraagd, is in 2013 betwist door D.R. Doorenbos (zie Doorenbos 2013). Naar mijn weten is deze vraag tot op heden nog niet op deze directe manier beantwoord. Naar mijn idee wordt daar thans wel van uitgegaan, gelet op de medewerkingsplicht van art. 5:20 Awb. In deze paragraaf ga ik hier ook van uit.

⁴⁸ Doorenbos 2013, p. 232-233; Corstens 2018, p. 337.

⁴⁹ Dit geldt ook voor natuurlijke personen in het kader van feitelijk leidinggeven.

immers veel informatie verkrijgen en gaan zich vervolgens een bepaald beeld van de situatie vormen. Het is niet vreemd dat een onderneming daar in een vroeg stadium iets tegenin wil brengen. Het horen van personen kan hieraan bijdragen. Op dit moment kunnen ondernemingen een verzoek om personen in de besluitvormingsfase te (laten) horen niet voorleggen aan een onafhankelijke derde. Zij zijn volledig afhankelijk van de bereidwilligheid van de toezichthouder. Dat het de toezichthouder is die beslist of personen die mogelijk ontlastende verklaringen kunnen afleggen worden gehoord, kan door een onderneming als onwenselijk worden ervaren. Deze onderneming kan immers het gevoel hebben dat de toezichthouder haar in het vizier heeft, terwijl zij juist vindt dat bepaalde personen kunnen verklaren dat er niets aan de hand is.

Een ander knellend aspect aan het horen van personen is dat na een verhoor in de regel een gespreksverslag wordt opgemaakt dat ACM, AFM en DNB als bewijs kunnen gebruiken. Als de toezichthouders een dergelijk verslag als bewijs willen gebruiken, zal dit verslag over het algemeen ter ondertekening worden voorgelegd aan de personen die zijn verhoord.⁵⁰ Voor het opmaken van dit verslag gelden geen concrete standaarden. Bij het voorleggen van het gespreksverslag kunnen betrokkenen in de regel aangeven of zij nog opmerkingen hebben, die de toezichthouder zal meenemen in zijn besluitvorming. Een en ander neemt niet weg dat er over de inhoud van een gespreksverslag gemakkelijk discussie kan ontstaan in die zin dat de betrokkenen kunnen aangeven dat zij bepaalde dingen niet op de weergegeven manier hebben gezegd. Dit kan zorgen voor onduidelijkheid over wat er wel is gezegd, wat door betrokkenen als onprettig kan worden ervaren. Toegegeven moet worden dat toezichthouders soms het heft in eigen handen nemen om dit soort discussies te voorkomen door gesprekken op te nemen. In de gevallen waarin zij dit niet doen, kan de discussie echter wel oplaaien.

Inrichting van de bevoegdheid van de rechter-commissaris

De rechter-commissaris kan een rol spelen bij het verhelpen van de drie bovengenoemde knelpunten. Als oplossing voor het eerste knelpunt is het denkbaar dat aan de rechter-commissaris de exclusieve bevoegdheid toekomt om medewerkers of andere voor het onderzoek relevante personen te horen, net als in het strafrecht. De rechter-commissaris zou deze bevoegdheid op vordering van ACM, AFM of DNB ofwel tijdens een bedrijfsbezoek kunnen uitoefenen, of hij zou de te verhooren personen kunnen 'oproepen' om voor een verhoor te verschijnen. Omdat het daadwerkelijke verhoren nu uit de sfeer van de toezichthouders wordt getrokken, kan men denken dat hiermee een belangrijk middel om informatie te verkrijgen bij de toezichthouders wordt weggehaald. Dit is niet het geval als aan de toezichthouders de mogelijkheid toekomt om een lijst met punten en/of vragen aan te leveren die tijdens het verhoor de revue moeten passeren. Bovendien kan aan de toezichthouders het recht worden toegekend om aanwezig te zijn bij het verhoor en indien nodig ook (aanvullende) vragen te stellen. Van het verhoor dient een verslag te wor-

⁵⁰ Voor de goede orde: dit betreft geen verplichting. ACM, AFM en DNB zijn dus niet verplicht om dit te doen. Verder geldt dat als de toezichthouders wel een gespreksverslag voorleggen aan de betrokkene, deze persoon dit verslag niet verplicht hoeft te ondertekenen.

den gemaakt.⁵¹ Voor de rechtsbescherming zou het wat mij betreft goed zijn als dit verslag na afloop van het verhoor met de betrokken partijen wordt besproken, zodat iedereen akkoord is met de inhoud ervan, hetgeen zij vervolgens bevestigen met een handtekening. Met deze gang van zaken wordt overigens ook direct het derde knelpunt verholpen.

In het kader van het tweede knelpunt, te weten de ‘verzoeken à decharge-problematiek’, kan de rechter-commissaris een rol spelen, in die zin dat aan hem de bevoegdheid kan worden toegekend om te beslissen op verzoeken van een onderneming of natuurlijk persoon om bepaalde personen te horen. Hierbij lijkt het mij, in het kader van de autonomie van ACM, AFM en DNB, van belang dat zij het verzoek als eerste beoordelen. Pas als zij weigeren bepaalde personen op verzoek van een onderneming of een natuurlijk persoon te horen, kan de onderneming of natuurlijk persoon zich wenden tot de rechter-commissaris. Deze kan dan beslissen of er toch een verhoor, wat hij zelf afneemt, moet plaatsvinden. Hoe zou deze bevoegdheid er meer concreet uit kunnen zien? Een optie is dat de rechter-commissaris bij het beoordelen van het verzoek de standpunten van beide partijen ontvangt. Op basis hiervan moet hij vervolgens beslissen of het horen van de persoon/personen in kwestie van toegevoegde waarde is voor het onderzoek. Deze bevoegdheid van de rechter-commissaris zou van toepassing kunnen zijn bij verzoeken die gedaan worden gedurende het onderzoek, maar ook in de fase na ontvangst van een voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie. Na de ontvangst van een dergelijk voornemen weet een natuurlijk persoon of een onderneming immers waarvan hij/zij wordt verdacht en welke feiten hieraan ten grondslag liggen. Als een onderneming of natuurlijk persoon het vervolgens nodig vindt dat bepaalde personen gehoord worden, omdat zij gestelde feiten mogelijk kunnen weerleggen, en de toezichthouder wil dit niet doen, dan zou de onderneming of natuurlijk persoon in kwestie zich tot de rechter-commissaris kunnen wenden. Ten aanzien van ‘verzoeken à decharge’ is het vermoedelijk niet nodig dat er een mogelijkheid gecreëerd moet worden om op te komen tegen een afwijzing van het verzoek door de rechter-commissaris. Een onderneming kan in een later stadium immers de zittingsrechter nog verzoeken om getuigen te horen.

Toegevoegde waarde voor de rechtsbescherming

De toegevoegde waarde van de rechter-commissaris bij een beoordeling van verzoeken om personen te laten horen is gelegen in het feit dat de beoordeling van het verzoek, zonder af te doen aan de integriteit van de toezichthouder, objectiever plaatsvindt. De rechter-commissaris staat immers neutraal in de zaak.

De toegevoegde waarde van de betrokkenheid van een rechter-commissaris bij het afnemen van (gedwongen) verhoren is erin gelegen dat de gehele setting meer beschermd kan aanvoelen voor de te verhoren personen en ook meer past bij hun positie: niet-verdachte personen. Zij kunnen ten overstaan van een onafhankelijke en objectieve derde, zonder al te veel druk van de toezichthouder, hun verklaring

⁵¹ De rechter-commissaris hoeft een dergelijk verslag niet zelf op te maken. Een griffier zou tijdens het gesprek kunnen meeschrijven.

afleggen.⁵² Naast het feit dat dit gevoelsmatig prettiger kan zijn, kan het mijns inziens ook leiden tot een meer open gesprek en kan het het risico op ‘sturende vragen’ verkleinen.⁵³ Bovendien kan deze bevoegdheid van de rechter-commissaris ‘gedoe’ rondom afgelegde verklaringen voorkomen. Het gespreksverslag wordt immers met de betrokkenen besproken en er moet worden getekend voor akkoord. Dit versterkt ook nog eens de gebruikswaarde van verklaringen, wat voor ACM, AFM en DNB dan weer een voordeel kan zijn.

Punten die vatbaar zijn voor kritiek

De bevoegdheid van de rechter-commissaris om de leiding te hebben bij verhoren kan mogelijk worden gezien als een aantasting van de autonomie van de toezichthouders. Tot op zekere hoogte is dit ook zo, aangezien zij verhoren nu niet meer zelf kunnen afnemen. Zij staan echter niet compleet buiten spel, in elk geval niet in de hierboven voorgestelde opties. ACM, AFM en DNB bepalen immers nog steeds wie er verhoord moet worden, zij kunnen bij het verhoor aanwezig zijn en mogelijk, indien dat wenselijk wordt geacht, zelfs vragen stellen. Daarnaast moet men in het achterhoofd houden dat met deze introductie van de rechter-commissaris de positie van (onschuldige) derden wordt versterkt. Aan hen wordt de rechtsbescherming toegekend waar zij, mijns inziens, recht op hebben. Dit wezenlijke punt rechtvaardigt wat mij betreft een klein verlies in ‘macht’ van de toezichthouders.

Een punt van kritiek bij de beoordeling van ‘verzoeken à decharge’ kan voorts zijn dat de huidige gang van zaken (de toezichthouders beslissen) niet in strijd is met het geldende recht. Er is geen wettelijke bepaling of ongeschreven rechtsregel die dit verbiedt.⁵⁴ Daarnaast bestaat er voor ondernemingen en natuurlijke personen de mogelijkheid om hun zienswijze naar voren te brengen (schriftelijk dan wel mondeling). Hier kunnen zij ook verklaringen van derden overleggen dan wel derden meenemen om een verklaring af te leggen. In zoverre kan gesteld worden dat ondernemingen en natuurlijke personen voldoende mogelijkheden hebben om bewijs à decharge te leveren. Mijns inziens maakt het feit dat een bepaalde gang van zaken niet in strijd is met het geldende recht, niet dat de rechtsbescherming niet toch versterkt kan worden. Dat ondernemingen of natuurlijke personen in hun zienswijze of bij een hoorzitting ook bewijs à decharge kunnen leveren, maakt wat mij betreft ook niet dat hen de mogelijkheid moet worden ontnomen om dit in een eerder stadium al te kunnen doen ten overstaan van een onafhankelijke derde. Dit

52 In het strafrecht is dit ook een reden waarom getuigen door een rechter worden gehoord (Corstens 2018, p. 405).

53 Zie in dit kader ook ‘Betere waarheidsvinding bij kartelonderzoek ACM? Verruim het recht van verdachten om getuigen te horen!’, via www.maverick-law.com. Zie bijvoorbeeld ook Rb. Rotterdam 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8228, r.o. 8.1.

54 Het Nederlandse recht dan wel het Unierecht verplichten dit naar mijn weten niet. Sterker nog, in mededingingszaken is al uitgemaakt dat in elk geval de Europese Commissie gedurende haar eigen onderzoeken niet verplicht is om verzoeken om bepaalde personen te horen in te willigen (zie HvJ EG 7 januari 2004, ECLI:EU:C:2004:6 (*Aalborg Portland e.a./Commissie*), r.o. 200; Beumer 2016, p. 318-319). Een verplichting tot het horen van personen à decharge bestaat voor de Commissie alleen wanneer deze persoon zelf een voldoende belang aannemelijk maakt en expliciet om een getuigenverhoor verzoekt (Gerecht 20 maart 2002, ECLI:EU:T:2002:70 (*HFB Holding/Commissie*), r.o. 381; Beumer 2016, p. 319). Aangezien de procedures bij bedrijfsbezoeken van ACM, AFM en DNB overeenkomen met die van de Europese Commissie, is het aannemelijk dat het Europees recht geen belemmering vormt voor de huidige, Nederlandse, gang van zaken.

geldt temeer als ondernemingen of natuurlijke personen het gevoel hebben dat zij daarmee een eventueel sanctievoornemen kunnen voorkomen.

2.3 Procedurele aspecten van de introductie van de rechter-commissaris

In de hierboven uitgewerkte voorbeelden van manieren waarop de rechter-commissaris een rol zou kunnen spelen bij de inzet van vergaande onderzoeksbevoegdheden door ACM, AFM en DNB in grote toezichtzaken is vooral aandacht besteed aan de materiële kant van het verhaal. Een andere prangende vraag is hoe dit alles procedureel moet worden geregeld. Daarover gaat deze paragraaf. In deze paragraaf doe ik een voorstel hoe een en ander geïmplementeerd zou kunnen worden in wetten.

Omdat de intensiteit van vergaande onderzoeksbevoegdheden per bestuursrechtelijk rechtsgebied kan verschillen en daarmee ook de inzet van een rechter-commissaris niet altijd wenselijk is, ligt het mijns inziens voor de hand om bepalingen die gaan over de inzet van de rechter-commissaris in bijzondere wetten op te nemen.⁵⁵ In het kader van grote toezichtzaken kunnen er bijvoorbeeld relevante bepalingen worden opgenomen in de Mededingingswet (Mw), de Instellingswet ACM of in de Wet op het financieel toezicht (Wft). Hoe dit er precies uit moet komen te zien, is moeilijk te zeggen. Er moet namelijk met zoveel aspecten rekening worden gehouden, dat ik niet alles kan overzien. Voor de opties die in paragraaf 2.2 zijn uitgewerkt, meer specifiek voor de introductie van de rechter-commissaris zoals omschreven in paragraaf 2.2.1, is het in elk geval denkbaar dat inspiratie wordt gevonden in artikel 50 en 51 Mw. In de Mededingingswet, de Instellingswet ACM of in de Wet op het financieel toezicht kan bijvoorbeeld een artikel worden opgenomen met als titel 'bedrijfsbezoek'. In het eerste lid van dit artikel kan worden aangegeven dat de toezichthouders op grond van artikel 5:15 Awb een bedrijfsbezoek kunnen afleggen. Het tweede lid van dit artikel kan bepalen dat hiervoor een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris nodig is. In de overige leden kunnen eisen worden gesteld aan de machtiging die moet worden verleend. Wat moet er bijvoorbeeld in de machtiging staan? Te denken valt aan de naam van de rechter-commissaris die de machtiging heeft verleend, de grondslag hiervoor, aan wie de machtiging is verleend en hoe lang deze geldig is. Dit kan allemaal worden opgenomen in één artikellid. Een ander lid kan dan weer aangeven op welke manier een machtiging moet worden verleend in situaties waarin een schriftelijke machtiging niet kan worden afgewacht (ervan uitgaande dat een schriftelijke machtiging de standaard zal zijn) en of de machtiging nog kan worden aangepast.

55 Ik ben mij ervan bewust dat dit een breuk is met de trend om alles zo veel mogelijk centraal in de Awb te regelen. Als men toch iets wil regelen in de Awb, kan ik mij indenken dat er een artikel in titel 5.2 Awb komt te staan dat bepaalt dat toezichthouders voor de inzet van hun onderzoeksbevoegdheden in sommige gevallen toestemming nodig hebben van de rechter-commissaris. Om een overzicht te geven in welke gevallen dit moet, zou een bijlage opgenomen kunnen worden in de Awb waarin wordt verwezen naar de artikelen in bijzondere wetten waarin deze verplichting staat uitgewerkt. Men kan er ook aan denken om direct te verwijzen naar specifieke artikelen waarin de inzet van de rechter-commissaris is geregeld.

Het lijkt mij ook goed dat wordt aangegeven wat de consequentie voor ACM, AFM of DNB is als zij ten onrechte niet om de vereiste toestemming hebben verzocht. Gedacht kan daarbij worden aan bewijsuitsluiting.

Als men ervoor zou kiezen om aan de rechter-commissaris ook nog bevoegdheden tijdens het bedrijfsbezoek toe te kennen, dan kunnen hiervoor aparte artikelen worden gemaakt. Ik neem als voorbeeld de introductie van de rechter-commissaris bij de beoordeling van stukken die volgens een onderneming vertrouwelijke correspondentie met haar advocaat bevatten, waarbij ik uitga van de meest vergaande beschreven optie. In het eerste lid van het artikel dat hierover zal gaan, kan de koppeling met het bedrijfsbezoek worden gemaakt, waarna vervolgens wordt aangegeven dat de rechter-commissaris bevoegd is om te oordelen over stukken met een vermeend geprivilegieerd karakter. In het tweede lid van dit artikel kan worden aangegeven hoe de rechter-commissaris uitoefening aan deze bevoegdheid kan geven. Het artikellid kan bijvoorbeeld aangeven dat een onderneming aan de rechter-commissaris kenbaar moet maken welke stukken volgens haar een vertrouwelijk karakter hebben en dat de rechter-commissaris deze stukken vervolgens apart moet houden. In leden die daarop volgen, kan worden aangegeven waar de rechter-commissaris deze stukken moet beoordelen, binnen welke termijn dit moet geschieden, wat de procedure voor een eventuele bezwaar- of beroepsmogelijkheid is, enzovoort.

Omdat aan de rechter-commissaris best wat verantwoordelijkheden kunnen worden toegekend in zeer specifieke rechtsgebieden, lijkt het mij wenselijk dat de rechter-commissaris een gespecialiseerd figuur is, in die zin dat hij veel kennis moet hebben over de rechtsgebieden en markten waarop de ACM, AFM en DNB toezicht houden. Alleen dan kan de rechter-commissaris zijn rol optimaal uitvoeren. Bovendien kan er dan ook meer waarde worden gehecht aan zijn oordeel. Dit verhoogt de toegevoegde waarde van een rechter-commissaris.

Dan resteren nog praktische vragen als: wie kan rechter-commissaris worden, binnen welke rechtbank/rechtbanken moet deze figuur plaatshebben en mag de rechter-commissaris nog een rol spelen in de bodemprocedure? Over deze vragen kan wat mij betreft gediscussieerd worden. Het is bijvoorbeeld mogelijk om huidige rechters te benoemen tot rechter-commissaris. Zij vervullen dan als het ware een dubbelrol. Het is ook denkbaar dat er vacatures worden uitgezet voor de functie van rechter-commissaris, waarbij men dan eerst een specifieke opleiding dient te volgen. Deze rechter-commissaris voert dan enkel de taken uit die bij zijn functie passen. Deze variant kan met name wenselijk zijn als de rechter-commissaris een meer stabiele figuur wordt. Hij kan dan rechter-commissaris zijn op verschillende gebieden.

Wat betreft de bodemprocedure lijkt het mij niet per se wenselijk dat de rechter-commissaris hierbij betrokken kan zijn. Hoewel de rechter-commissaris in elk geval in de door mij voorgestelde manieren waarop hij betrokken kan zijn bij grote toezichtzaken geen echte inhoudelijke betrokkenheid heeft bij de zaak, zal hij op den duur natuurlijk wel een en ander weten. Als hij vervolgens een rol kan spelen in de bodemprocedure, kan dit de schijn van vooringenomenheid in de hand werken,

hetgeen iets is wat men absoluut niet moet willen. In dit kader is het dan misschien ook het beste als de rechter-commissaris geen plaats heeft in de rechtbank waar grote toezichtzaken worden behandeld, in dit geval de rechtbank Rotterdam. Waar de rechter-commissaris dan wel moet komen te zitten, is een vraag waarover de meningen zullen verschillen. Gelet op het feit dat de toezichthouders niet bij de vleet bedrijfsbezoeken afleggen, lijkt het mij in elk geval voldoende als één of twee rechtbanken een rechter-commissaris met deze specialiteit in huis hebben.

2.4 Conclusie

Uit deze paragraaf is mijns inziens gebleken dat ACM, AFM en DNB hun (vergaande) onderzoeksbevoegdheden bij grote toezichtzaken op een ingrijpende manier kunnen inzetten. Ik heb uiteengezet dat er op het gebied van rechtsbescherming voor ondernemingen en natuurlijke personen bij de inzet van deze bevoegdheden nog winst kan worden behaald. De introductie van een rechter-commissaris kan hierbij helpen. Hiertoe heb ik gezien welke bevoegdheden aan de rechter-commissaris kunnen worden toegekend. Men kan ervoor kiezen de rechter-commissaris uit te rusten met slechts een van deze bevoegdheden of met meerdere. Gelet op het feit dat het rechtsbeschermingsniveau voor ondernemingen en natuurlijke personen met alle bevoegdheden extra wordt gewaarborgd, is het mijns inziens wenselijk om de rechter-commissaris een rol te laten spelen in grote toezichtzaken van ACM, AFM en DNB. Hoe een en ander precies in de wet moet worden geregeld, moet op een later moment worden gezien. In paragraaf 2.3 heb ik een aantal voorstellen gedaan. Mogelijk kan daar inspiratie uit worden geput.

3 De bestuursrechtelijke rechter-commissaris in bijstandszaken

Om te kunnen bezien of de introductie van een rechter-commissaris ook wenselijk is voor de rechtsbescherming van natuurlijke personen in bijstandszaken, is het van belang om na te gaan welke (vergaande) onderzoeksbevoegdheden in dit soort zaken kunnen worden ingezet. Dit doe ik in paragraaf 3.1.⁵⁶ De focus zal hier liggen op de bevoegdheid om een huisbezoek af te leggen en om heimelijke waarnemingen te verrichten, al dan niet met een technisch hulpmiddel. Vervolgens zal ik, net als in paragraaf 2, aandacht besteden aan de knelpunten bij de inzet van deze bevoegdheden, om daarna uit te werken op welke manieren de rechter-commissaris deze knelpunten zou kunnen verhelpen, op welke manieren dit bijdraagt aan de rechtsbescherming en ten aanzien van welke aspecten eventuele kritische noten te verwachten zijn (par. 3.2). Verder besteed ik aandacht aan de procedurele aspecten van de introductie van de rechter-commissaris (par. 3.3). Dit hoofdstuk eindigt met een korte conclusie (par. 3.4).

In deze paragraaf zal worden gesproken over ‘belanghebbende(n)’. Hiermee bedoel ik personen die bijstand wenselijk aan te vragen of die reeds een recht op bijstand hebben. Hoewel het in dit preadvies alleen gaat om situaties waarin belanghebbenden al een bijstandsuitkering hebben, besteed ik in het kader van het geven van achtergrondinformatie ook aandacht aan de aanvraag van een bijstandsuitkering.⁵⁷ Uit de context zal steeds blijken hoe het begrip ‘belanghebbende(n)’ moet worden geïnterpreteerd.

3.1 Onderzoeksbevoegdheden in bijstandszaken

In Nederland hebben personen die niet in de (noodzakelijke) kosten van hun bestaan kunnen voorzien recht op bijstand.⁵⁸ Dit recht wordt sinds 1 januari 2015 geregeld in de Participatiewet.⁵⁹ Het college van burgemeester en wethouders

⁵⁶ In deze paragraaf zal enkel worden gesproken over natuurlijke personen.

⁵⁷ Ter herinnering: in dit advies gaat het in het kader van bijstandszaken om zaken waarin een bestuursorgaan, dat zich bezighoudt met uitkeringen op grond van de Pw, vermoedt dat een persoon aan wie op grond van deze wet een bijstandsuitkering is toegekend de inlichtingenplicht schendt (ik noem dit bijstandsfraude), en om dat vermoeden te controleren een onaangekondigd huisbezoek aflegt of heimelijke waarnemingen verricht.

⁵⁸ Art. 20 lid 3 Grondwet; art. 11 lid 1 Pw.

⁵⁹ Stb. 2014, 270 en Stb. 2014, 271. Voorheen werd een en ander geregeld in de Wet werk en bijstand.

(hierna: het college) is verantwoordelijk voor de uitvoering van deze wet.⁶⁰ Het recht op bijstand ontstaat op het moment dat: i) de belanghebbende valt onder de werkingssfeer van de Participatiewet; ii) hij/zij onvoldoende middelen heeft om in de noodzakelijke kosten van het bestaan te voorzien en iii) er geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn.⁶¹ Bijstand wordt in beginsel ‘om niet’ verleend.⁶² Dit betekent dat belanghebbenden hun verkregen bijstand niet hoeven terug te betalen, tenzij blijkt dat dit ten onrechte is verleend.

Op belanghebbenden rust een inlichtingenplicht, wat inhoudt dat zij gehouden zijn om onverwijld mededeling te doen van alle feiten en omstandigheden waarvan hen redelijkerwijs duidelijk moet zijn dat zij van invloed kunnen zijn op hun recht op bijstand.⁶³ Deze inlichtingenplicht geldt zowel voor het verstrekken van gegevens bij het doen van een aanvraag om bijstand alsook gedurende de periode dat een belanghebbende bijstand ontvangt. Zoals uit de inleiding al is gebleken en zojuist weer is herhaald, ziet dit hoofdstuk op situaties waarin belanghebbenden al een recht op bijstand hebben. Het college moet alert zijn op schendingen van de inlichtingenplicht (in dit advies, zoals gezegd, nader te noemen: bijstandsfraude) en actief monitoren of belanghebbenden nog recht hebben op bijstand. Het college beschikt hiertoe over een algemene bevoegdheid op grond waarvan het een onderzoek kan instellen naar de juistheid en volledigheid van verstrekte gegevens en indien nodig naar andere gegevens die noodzakelijk zijn voor de verlening dan wel de voortzetting van bijstand.⁶⁴ In de praktijk wordt deze bevoegdheid uitgeoefend door ambtenaren die werkzaam zijn bij het college. Als deze ambtenaren zijn aangewezen als toezichthouder, dan kunnen zij bovendien gebruikmaken van de onderzoeksbevoegdheden uit titel 5.2 van de Awb.⁶⁵ Sommigen zijn daarnaast bijzonder opsporingsambtenaar (vaak ‘sociaal rechercheur’ genoemd).⁶⁶ Zij kunnen gebruikmaken van aan hen toekomende bestuursrechtelijke onderzoeksbevoegdheden, maar zijn ook bevoegd om opsporingsbevoegdheden in te zetten. In welke hoedanigheid ambtenaren onderzoeken uitvoeren, is afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval. Om verwarring te voorkomen zal ik vanaf nu alleen spreken over ‘het college’.

In de regel verricht het college onderzoek naar bijstandsfraude op grond van zijn algemene onderzoeksbevoegdheid. Op basis van deze ruim geformuleerde bevoegdheid kan een onderzoek naar bijstandsfraude op verschillende manieren plaatsvinden. Het college kan onder meer een internetonderzoek verrichten, dossieronderzoek doen, bij derden gegevens opvragen van de belanghebbende(n)

60 Art. 43 lid 1 jo. art. 1 aanhef en onder b Pw; zie ook Eiselin 2020, p. 17 e.v. In de praktijk kan de uitvoering ook in handen liggen van gemeentelijke (sociale) diensten van werk en inkomen of een daartoe opgericht samenwerkingsverband (Klosse 2018, p. 12-13).

61 Klosse 2018, p. 15 e.v.

62 Art. 48 lid 1 Pw.

63 Art. 17 lid 1 Pw. Op grond van het tweede lid van art. 17 Pw geldt dat er voor belanghebbenden ook sprake is van een medewerkingsplicht. Belanghebbenden moeten het college desgevraagd de medewerking verlenen die redelijkerwijs nodig is voor de uitvoering van de Participatiewet.

64 Art. 53a lid 6 Pw.

65 Het college kan toezichthouders aanwijzen op grond van art. 76a Pw. Zie ook CRvB 12 juli 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR2211 en CRvB 19 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4473.

66 Rozendaal 2018, p. 178.

(zoals inkomstgegevens, nutsgegevens of gegevens van Marktplaats), (heimelijke) waarnemingen verrichten, huisbezoeken afleggen en een buurtonderzoek doen.⁶⁷ Meestal is voor de uitoefening van deze bevoegdheden geen specifiek voorafgaand signaal, grond of vermoeden vereist.⁶⁸ Het college mag ze spontaan uitoefenen tegenover elke belanghebbende.

Van hoe een en ander werkt in de praktijk kunnen weer glimpen worden opgevangen in de jurisprudentie:

‘Naar aanleiding van twee anonieme tips, (...) die onder andere inhielden dat appellanten in gestolen goederen zouden handelen, heeft de sociale recherche van de gemeente [woonplaats] een onderzoek ingesteld naar de rechtmatigheid van de aan appellanten verstrekte bijstand. In dat kader heeft appellant op 18 maart 2016 onder andere afschriften overgelegd van een rekening bij de ING-bank op zijn naam over de periode vanaf 28 december 2015. Omdat deze bankafschriften onregelmatigheden vertoonden heeft de sociale recherche deze ook bij de ING-bank opgevraagd. Bij vergelijking bleken op de door appellant overgelegde bankafschriften twee overschrijvingen van appellant naar zijn zoon en een overschrijving van € 17,50 naar Marktplaats BV te ontbreken. De sociale recherche heeft informatie bij Marktplaats ingewonnen en appellant op (...) gehoord.’⁶⁹

‘Naar aanleiding van een anonieme melding (...) dat appellante weer zou samenwonen met X heeft de Sociale Recherche (...) een onderzoek ingesteld naar de rechtmatigheid van de aan appellante verleende bijstand. Tijdens dit onderzoek kwamen nog anonieme meldingen van dezelfde strekking binnen (...). Het onderzoek bestond onder meer uit het raadplegen van Suwinet, het opvragen van gegevens bij gemeente C, huisbezoeken op 10 november 2016 en 8 februari 2017 aan de woning op het uitkeringsadres, waarnemingen in de buurt van het uitkeringsadres in de periode van 6 januari 2017 tot en met 8 februari 2017, onderzoek op internet, een buurtonderzoek en een gehoor van appellante (...).’⁷⁰

Hieronder ga ik nader in op de bevoegdheid tot het afleggen van een huisbezoek en het verrichten van (heimelijke) waarnemingen, omdat deze bevoegdheden wat mij betreft het meest vergaand zijn en zich in zoverre dus lenen voor een onderzoek naar de vraag of het wenselijk is dat een rechter-commissaris bij de inzet hiervan een rol gaat spelen.⁷¹

67 Bij het opvragen van bepaalde gegevens geldt dat derden verplicht zijn om inlichtingen te verstrekken. Zo voorziet art. 63 Pw bijvoorbeeld in een inlichtingenverplichting voor werkgevers. Art. 64 Pw doet hetzelfde voor allerlei instanties.

68 CRvB 29 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1092. Voor een huisbezoek is wel een specifiek signaal vereist. Daarover volgt later meer.

69 CRvB 5 november 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3513, r.o. 1.2.

70 CRvB 31 maart 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:834, r.o. 1.3.

71 Zoals aangegeven in de inleiding gaat het bij huisbezoeken om *onaangekondigde* huisbezoeken. Verder geldt, voor alle duidelijkheid, dat ik er hieronder van uitga dat de uitoefening van deze onderzoeksbevoegdheden steeds haar grondslag vindt in de algemene onderzoeksbevoegdheid van het college.

Het huisbezoek

Een huisbezoek is een effectief middel om de daadwerkelijke woon- en leefsituatie van een belanghebbende vast te stellen. Het college kan door middel van een huisbezoek redelijk eenvoudig nagaan of verstrekte gegevens nog steeds correct zijn, en dus of mogelijk sprake is van bijstandsfraude.⁷² Het college kan een huisbezoek afleggen als hiervoor een redelijke grond bestaat. Hiervan is sprake als vóór of uiterlijk bij aanvang van het huisbezoek duidelijk is dát en op grond van welke concrete objectieve feiten en omstandigheden redelijkerwijs kan worden getwijfeld aan de juistheid of volledigheid van de door de betrokkene verstrekte gegevens, voor zover deze van belang zijn voor het vaststellen van het recht op bijstand, en deze gegevens niet op een andere effectieve en voor de betrokkene minder belastende wijze kunnen worden geverifieerd. Het college beslist of een dergelijke grond bestaat. Daarnaast geldt dat het college alleen met toestemming van de belanghebbende diens woning kan betreden. Deze toestemming moet vrijwillig zijn verleend, op basis van het ‘*informed consent*’. Dit houdt in dat de toestemming moet berusten op volledige en juiste informatie over de reden en het doel van het huisbezoek én de gevolgen die het weigeren van toestemming heeft voor de verlening van de bijstand.⁷³ Bij een vermoeden van bijstandsfraude kan het niet geven van toestemming leiden tot bijvoorbeeld het opschorten van de uitkering.⁷⁴ Om geen twijfel te laten bestaan over de vraag of toestemming is gegeven, laat het college de belanghebbende meestal een formulier ondertekenen. Eenmaal binnen mag er enkel zoekend worden rondgekeken. Net als bij bedrijfsbezoeken mogen er dus geen kasten, lades enzovoort worden opengetrokken. Dit mag overigens wel als (ook) daarvoor toestemming is gegeven door de belanghebbende.⁷⁵

Heimelijke waarnemingen

Om te bezien of sprake is van bijstandsfraude is het college ook bevoegd om heimelijke waarnemingen te verrichten. Men spreekt over heimelijke waarnemingen omdat de belanghebbende die in de gaten wordt gehouden hier geen weet van heeft. Het college kan bijvoorbeeld bij een huis posten om de opgegeven woon-situatie te verifiëren. Hiertoe kan het een paar keer per dag, meerdere keren per week langs het huis van de belanghebbende rijden en dit huis enige tijd observeren. Daarbij kan het college ook gebruikmaken van technische hulpmiddelen. Hierop wordt later uitgebreider ingegaan. Over het al dan niet verrichten van heimelijke waarnemingen en het eventuele gebruik van technische hulpmiddelen hierbij beslist het college, met inachtneming van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

3.2 De rol van de rechter-commissaris

Uit paragraaf 3.1 blijkt dat het college over verschillende onderzoeksbevoegdheden beschikt om na te gaan of sprake is van bijstandsfraude. Met name de bevoegd-

72 De Boer, Heesen & Ros 2020, p. 317.

73 CRvB 9 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2224; CRvB 28 juli 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1659.

74 CRvB 18 oktober 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4998.

75 CRvB 19 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4473.

heid om huisbezoeken af te leggen en heimelijke waarnemingen te verrichten zijn vergaand. Het *informed consent* en algemene beginselen daargelaten, lijkt er in de besluitvormingsfase weinig oog te zijn voor de rechtsbescherming van natuurlijke personen bij de inzet van deze twee onderzoeksbevoegdheden. Hieronder bekijk ik daarom of een rechter-commissaris voor extra rechtsbescherming kan zorgen. Dit doe ik eerst voor het huisbezoek (par. 3.2.1) en daarna voor het verrichten van heimelijke waarnemingen, al dan niet met het gebruik van technische hulpmiddelen (par. 3.2.2). Net als bij paragraaf 2 zal ik hierbij eerst ingaan op de knelpunten van deze onderzoeksbevoegdheden. Vervolgens ga ik in op de bevoegdheden die aan de rechter-commissaris zouden kunnen worden toegekend om deze knelpunten te verhelpen en wat de toegevoegde waarde hiervan is. Ook besteed ik weer aandacht aan mogelijke punten van kritiek bij de omschreven bevoegdheden van de rechter-commissaris.

3.2.1 Bevoegdheden van de rechter-commissaris bij het huisbezoek

Knelpunten bij het huisbezoek

Het afleggen van huisbezoeken gaat over het algemeen gepaard met de vraag of dit een schending van artikel 8 EVRM oplevert. Het is vaste (bijstands)jurisprudentie dat als een belanghebbende vrijwillig toestemming heeft verleend op basis van het *informed consent*, er geen sprake is van een schending van dit artikel.⁷⁶ Een pijnpunt hierbij is wat mij betreft de ‘vrijwilligheid’ van de toestemming. Daarbij is het volgende kader van belang: huisbezoeken vinden bij een vermoeden van bijstandsfraude in de regel onaangekondigd plaats. Aan de waarschijnlijk overrompelde belanghebbende wordt medegedeeld dat het weigeren van het huisbezoek negatieve gevolgen kan hebben voor de bijstandsuitkering. Als een belanghebbende hiermee wordt geconfronteerd en de ambtenaren die het huisbezoek gaan uitvoeren staan klaar om de woning binnen te treden, dan is het niet aannemelijk dat je als belanghebbende daadwerkelijk het huisbezoek weigert.⁷⁷ Ik vermoed dat veel belanghebbenden, zij het tegen hun zin, de ambtenaren binnen zullen laten omwille van de druk die zij ervaren. Dit doet de vraag rijzen of er eigenlijk wel gesproken kan worden van vrijwillige toestemming.⁷⁸

Daarnaast betreft de beslissing om een huisbezoek af te leggen een *interne* beslissing. De vraag is of dit wel zo wenselijk is, gelet op het feit dat er een grondrecht in het geding is.

Inrichting van de bevoegdheid van de rechter-commissaris

De rechter-commissaris kan een rol spelen bij het verhelpen van deze knelpunten. Men zou namelijk aan de rechter-commissaris een bevoegdheid kunnen toekennen die ziet op het geven van een machtiging om een huisbezoek af te leggen. In zekere zin lijkt deze bevoegdheid op de eerder voorgestelde bevoegdheid van de rechter-commissaris om een machtiging af te geven voor een bedrijfsbezoek.

⁷⁶ CRvB 31 maart 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:834.

⁷⁷ Ik schets hier slechts één scenario van hoe een en ander kan verlopen.

⁷⁸ Zie ook CRvB 9 juni 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1189, m.nt. H.W.M. Nacinovic en M.W. Venderbos.

Hoe zou deze bevoegdheid in het kader van huisbezoeken ingericht kunnen worden? Voorop staat dat het college, wanneer het een vermoeden heeft dat sprake is van bijstandsfraude en het een huisbezoek wil afleggen, de rechter-commissaris gemotiveerd verzoekt hiervoor een machtiging af te geven. De rechter-commissaris gaat vervolgens na of het vermoeden van bijstandsfraude gegrond is, of het afleggen van een huisbezoek in verhouding staat tot het beoogde doel en of het college andere mogelijkheden heeft om aan de gewenste informatie te komen. Met andere woorden: de rechter-commissaris moet ook bezien of er geen lichter middel ingezet kan worden. Als de rechter-commissaris van oordeel is dat een huisbezoek niet gerechtvaardigd is, dan kan het college in dit oordeel, dat deugdelijk gemotiveerd moet zijn, berusten of het zal meer informatie moeten verzamelen en de zaak nogmaals moeten voorleggen aan de rechter-commissaris. Omwille van de effectiviteit (er worden in Nederland naar ik begrijp jaarlijks het nodige aantal huisbezoeken afgelegd) en het feit dat het college een zaak redelijk gemakkelijk opnieuw kan voorleggen aan de rechter-commissaris, lijkt het mij niet nodig dat het college op een bepaalde manier bezwaar kan maken tegen de weigering van de rechter-commissaris om een machtiging af te geven voor het huisbezoek.

Als de rechter-commissaris van oordeel is dat een huisbezoek wel op zijn plaats is en hij verlof verleent, kan het college het huisbezoek afleggen op de manier zoals dat vandaag de dag gebeurt. Het lijkt mij niet nodig (of wenselijk) dat een belanghebbende na het huisbezoek, via een apart traject, kan opkomen tegen de beslissing van de rechter-commissaris om een machtiging af te geven. Dit zou net als bij bedrijfsbezoeken mogelijk tot 'gedoe' kunnen leiden. Een belanghebbende kan tegen de beslissing van de rechter-commissaris wel opkomen in eerste aanleg of, mocht het zover komen, hoger beroep.⁷⁹

De toestemming van de rechter-commissaris voor het afleggen van een huisbezoek heeft vermoedelijk gevolgen voor de vormgeving van de huidige gang van zaken. Als de rechter-commissaris toestemming verleent, kan het vereiste van het *informed consent* mijns inziens namelijk vervallen. Dat heeft dan immers weinig toegevoegde waarde, aangezien het college op basis van de machtiging al de woning van de belanghebbende mag betreden. Het lijkt mij daarom, althans op de manier waarop ik de rol van de rechter-commissaris voor mij zie, onoverkomelijk dat de toestemming van de rechter-commissaris in de plaats zal treden van de toestemming van de belanghebbende. Een belanghebbende kan een huisbezoek dan niet meer weigeren.

Een schepje erbovenop

Eenmaal binnen kan de procedure van huisbezoeken ofwel blijven zoals deze nu is, ofwel kiest men ervoor om aan de rechter-commissaris nog bevoegdheden toe te kennen die hem in staat stellen te waken over bijvoorbeeld de formele aspecten

79 In de gevallen dat een en ander niet uitmondt in een rechterlijke procedure en een belanghebbende wil toch opkomen tegen de machtiging van de rechter-commissaris, dan zou hij naar de civiele rechter kunnen stappen. Indien het wenselijk wordt geacht, kan er eventueel ook een apart bestuursrechtelijk traject worden opgezet, in de vorm van bijvoorbeeld een verzoekschrift-procedure.

van het huisbezoek. Bij deze tweede optie is het, gelet op de frequentie waarmee huisbezoeken (in het kader van bijstandsfraude) plaatsvinden, waarschijnlijk niet haalbaar dat de rechter-commissaris steeds fysiek aanwezig is. Dat neemt niet weg dat er bij incidenten telefonisch contact kan worden gezocht met de verantwoordelijke rechter-commissaris. Dit betekent wel dat een belanghebbende hierover aan de voordeur duidelijk moet worden geïnformeerd. Waarover zou de rechter-commissaris dan kunnen waken? Te denken valt aan de grens tussen zoekend rondkijken en doorzoeken. Dat dit wel eens mis gaat, blijkt uit de jurisprudentie:⁸⁰

‘Uit het verslag van het huisbezoek en de daarbij gevoegde foto’s blijkt dat in ieder geval de deuren van de koelkast, de vriezer en een keukenkastje zijn geopend. Van het openen van laden is niet gebleken. Uit het verslag van het huisbezoek blijkt niet dat appellante die kastdeuren zelf heeft geopend of dat zij daartoe toestemming heeft verleend, zodat het ervoor moet worden gehouden dat de opsporingsambtenaar, dan wel de inspecteur, dat zelf en zonder toestemming heeft gedaan.’⁸¹

Indien een dergelijke onregelmatigheid zich dreigt voor te doen of er ontstaan discussies over de vraag of sprake is van een onregelmatigheid, dan kan, op verzoek van de belanghebbende, contact worden gezocht met de rechter-commissaris. Die zal dan moeten beslissen of het college daadwerkelijk zijn boekje te buiten is gegaan dan wel dreigt te gaan. Indien dit het geval is, kan hij het college sommeren hieraan een einde te maken of de actie niet uit te voeren.

Net als bij het bedrijfsbezoek kan men ook overwegen om het huisbezoek plaats te laten vinden onder de absolute verantwoordelijkheid van de rechter-commissaris. Dit zou echter, net als bij bedrijfsbezoeken, een grote verandering in de huidige manier van het afleggen van huisbezoeken teweegbrengen. Omdat ik mij in dit preadvies met name richt op hoe de inzet van de rechter-commissaris de huidige procedure met relatief kleine aanpassingen van extra rechtsbescherming kan voorzien, werk ik dit idee niet verder uit.

Toegevoegde waarde voor de rechtsbescherming

Het verlenen van toestemming door een rechter-commissaris bij het huisbezoek kan het rechtsbeschermingsniveau voor een belanghebbende verhogen. Omdat een rechter-commissaris dient na te gaan of het vermoeden van het college dat sprake is van bijstandsfraude terecht is én of het middel niet verder gaat dan noodzakelijk, kan een belanghebbende ervan uitgaan dat een huisbezoek met daadwerkelijk gegronde redenen wordt afgelegd. Bovendien bevordert de toestemming van een rechter-commissaris de objectiviteit van de beslissing tot het afleggen van een huisbezoek, hetgeen in het licht van het beschermen van de privacy wenselijk is. Daarnaast kan de introductie van de rechter-commissaris ervoor zorgen dat het college, zonder af te doen aan de manier waarop het op dit moment beslist tot het afleggen van een huisbezoek, extra zorgvuldig met deze zware onderzoeksbe-

80 Met dit voorbeeld wil ik absoluut niet bepleiten dat het college op dit moment te pas en te onpas de grenzen van deze bevoegdheid overschrijft. Integendeel, de zorgvuldigheid waarmee het college te werk gaat moet niet in twijfel worden getrokken.

81 CRvB 19 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4473, r.o. 5.5.13.

voegdheid omgaat. Het vragen om een machtiging verhoogt immers de drempel om gebruik te maken van de bevoegdheid. Voor het college kent deze voorafgaande toestemming ook een voordeel. Omdat het college naar binnen mag op grond van de machtiging, zullen eventuele discussies of sprake is van een *informed consent* verdwijnen. Dit brengt met zich dat de risico's op nadelige gevolgen die uit het ontbreken van het *informed consent* kunnen voortvloeien ook verdwijnen.

Als men aan de rechter-commissaris ook nog de bevoegdheid toekent dat hij moet waken over formele aspecten van het huisbezoek, dan is het verloop van het bezoek beter gewaarborgd dan nu het geval is. Weliswaar zal de rechter-commissaris niet (altijd) fysiek aanwezig kunnen zijn, maar bij (dreigende) onregelmatigheden kan er wel een beroep op hem worden gedaan en kan hij hierover zijn oordeel geven. Dit kan maken dat het college, zonder af te doen aan de zorgvuldigheid waarmee het thans huisbezoeken aflegt, extra oplet of het bepaalde grenzen niet overschrijdt. Dit is niet alleen prettig voor belanghebbenden, maar ook voor het college zelf. Het verkleint namelijk de kans dat verkregen bewijs in een later stadium moet worden uitgesloten, omdat het op een onrechtmatige manier is verkregen.

Punten die vatbaar zijn voor kritiek

Het *informed consent* vervangen door een machtiging van de rechter-commissaris kan een gevoelig punt zijn. Dit kan namelijk de vraag doen rijzen of de bevoegdheid tot het afleggen van een huisbezoek niet ingrijpender wordt dan die nu al is. Daar waar er eerst nog toestemming van een belanghebbende moest zijn om diens woning te betreden, is die toestemming nu niet meer nodig en is de belanghebbende als het ware overgeleverd aan het oordeel van de rechter-commissaris. Tot op zekere hoogte kan inderdaad worden gesteld dat de procedure wordt verzwaard. Daartegenover staat dat men niet moet vergeten dat er op dit moment vraagtekens gezet kunnen worden bij de vrijwilligheid van de toestemming voor het afleggen van een huisbezoek, terwijl die vrijwillige toestemming onderdeel is van hét kernvereiste bij de huidige toets of sprake is van een schending van artikel 8 EVRM. Het is allesbehalve wenselijk dat deze vrijwilligheid in twijfel kan worden getrokken. Als men de huidige situatie vanuit dit oogpunt bekijkt, kan het voor de rechtsbescherming beter zijn om de rechter-commissaris toestemming te laten geven.

Men kan zich ook afvragen of toestemming van de rechter-commissaris voor het afleggen van een huisbezoek wel past in het systeem van de Participatiewet. Bij het verlenen van bijstand speelt de inlichtingenplicht immers een grote rol. Is het niet gerechtvaardigd dat het college, dat geld 'om niet' verleent aan belanghebbenden, alles in werking moet kunnen stellen om te zien of zij zich aan de regels houden, en dus ook zonder al te veel 'gedoe' vooraf en met toestemming van belanghebbenden een huisbezoek moet kunnen afleggen? Ik denk dat het afleggen van een huisbezoek in het systeem van de Participatiewet moet kunnen, maar men moet zich serieus afvragen of dit, uitgaande van de niet bepaald vrijwillige toestemming van belanghebbenden, ten koste moet gaan van een eerbiediging van het huisrecht, dat een grondrecht is. Hiermee moet niet lichtzinnig worden omgegaan. Bovendien wordt met een voorafgaande machtiging ruimte gelaten om huisbezoeken af te leggen. Er moet alleen eerst objectief worden getoetst op rechtmatigheid.

Een ander punt dat kan worden ingebracht is of het wel werkbaar is dat een rechter-commissaris voor alle huisbezoeken een machtiging moet afgeven. Er worden per jaar immers de nodige huisbezoeken afgelegd. Een voorafgaande machtiging van een rechter-commissaris zal dan ook gelijk staan aan veel werk voor deze magistraat, maar ook voor de colleges van de Nederlandse gemeentes. Ik moet toegeven dat de haalbaarheid een lastig punt is, zeker als het gaat om de werklast voor de rechter-commissaris. Gelet op de werkdruk die rechters op dit moment ervaren, is het niet ondenkbaar dat de rechterscapaciteit moet worden uitgebreid. Een van de simpelste manieren om een verlofstelsel te realiseren is wellicht het creëren van een speciaal team van rechters-commissarissen, zoals dat in het strafrecht ook het geval is. Dit team kan dan de machtigingen voor huisbezoeken afgeven. Het zal dus ongetwijfeld wat voeten in de aarde hebben om deze bevoegdheid van de rechter-commissaris te laten werken, maar naar mijn idee zal het de rechtsbescherming wel ten goede komen, hetgeen zeker wat (extra) inspanningen waard is.

3.2.2 Bevoegdheden van de rechter-commissaris bij heimelijke waarnemingen

Knelpunten bij heimelijke waarnemingen

Dat de bevoegdheid om heimelijke waarnemingen te verrichten vergaand is, behoeft geen nadere toelichting. Het is dan ook niet vreemd om te denken dat deze bevoegdheid aan bepaalde waarborgen is onderworpen. Op een interne toets of het noodzakelijk en proportioneel is om gebruik te maken van deze bevoegdheid na, wordt echter slechts achteraf getoetst of de inbreuk op artikel 8 EVRM gerechtvaardigd is.⁸² Gelet op de ingrijpendheid van dit middel, is het wat mij betreft kwalijk dat er vooraf niet door een onafhankelijke derde wordt getoetst of het college gebruik mag maken van dit middel. Dit geldt temeer als men nagaat dat het verrichten van heimelijke waarnemingen soms kan overgaan in stelselmatige observatie.⁸³ Uit jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) volgt dat stelselmatige observatie in elk geval op dit moment niet is toegestaan, omdat daarvoor een toereikende wettelijke grondslag ontbreekt. Waar de grens ligt tussen het gerechtvaardigd verrichten van heimelijke waarnemingen en stelselmatige observatie is niet bepaald duidelijk. Ter illustratie: het doen van circa 43 kennelijk kortdurende waarnemingen op 28 dagen kwalificeerde niet als stelselmatige observatie.⁸⁴ Hetzelfde gold voor waarnemingen die verricht waren gedurende drie maanden, in de ochtend en soms ook middag, op 48 dagen en het verrich-

82. Uitgangspunt is dat art. 8 EVRM bij de inzet van deze onderzoeksbevoegdheid wordt geschonden, waardoor bezien moet worden of deze schending gerechtvaardigd is. Daarbij wordt getoetst of de waarnemingen berustten op een toereikende wettelijke grondslag als bedoeld in het tweede lid van art. 8 EVRM, of sprake was van een van de in het tweede lid genoemde doelen en of was voldaan aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit (CRvB 2 april 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1223).

83. Van stelselmatige observatie is sprake als er een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van het leven van een belanghebbende kan worden verkregen.

84. CRvB 21 april 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:991. Volgens de CRvB waren de waarnemingen vooral gericht op de aanwezigheid van de auto van persoon X en op de voordeur van de woning van de belanghebbende.

ten van ongeveer 80, kortdurende, waarnemingen in een periode van totaal ruim negen weken.⁸⁵ Het verrichten van 97 waarnemingen gedurende een periode van ruim vijf maanden, op ruim 60 dagen, waarbij soms uren achtereen werd geobserveerd (en gevolgd), werd door de CRvB wel gekwalificeerd als stelselmatige observatie.⁸⁶ Dat er geen duidelijke grenzen zijn tussen het gerechtvaardigd verrichten van heimelijke waarnemingen en stelselmatige observatie is geen goede zaak, waarbij het misschien nog het meest kwalijk is dat niet wettelijk geregeld is wanneer sprake is van stelselmatige observatie. Als men namelijk een blik werpt op het strafrecht, dan ziet men dat deze vorm van observatie wel geregeld is. Waar zijn deze waarborgen in het bestuursrecht? Daarnaast geldt dat, gesteld dat er een artikel over stelselmatige observatie zou komen dan wel over het ‘enkel’ verrichten van heimelijke waarnemingen, er nog steeds geen objectieve derde is die beoordeelt of deze zware middelen daadwerkelijk mogen worden ingezet. Zoals gezegd beslist het college op dit moment immers zelf of het heimelijke waarnemingen verricht.

Dan is er nog een ander aandachtspunt als het gaat om het verrichten van heimelijke waarnemingen, te weten het gebruik van technische hulpmiddelen hierbij. Op dit moment bepaalt het college zelf of het hiervan gebruikmaakt. Het college moet hierover wel goed nadenken, aangezien de CRvB zich al meerdere keren heeft uitgelaten over de toelaatbaarheid van ondersteunende middelen. Meer specifiek ging het dan om het gebruik van een camera en de inzet van een peilbaken.⁸⁷ De CRvB heeft deze hulpmiddelen niet toelaatbaar geacht wegens het ontbreken van een nauwkeurige wettelijke basis die voldoet aan de eisen van het EHRM.⁸⁸ Verder hechtte de CRvB eraan dat niet is geregeld op welke wijze en door wie toestemming wordt verleend voor het inzetten van dergelijke middelen, waardoor adequate en effectieve rechtswaarborgen tegen een willekeurige inmenging in het privéleven ontbreken, terwijl de inzet van voornoemde middelen bij langdurig en intensief gebruik wel geschikt zijn om min of meer een compleet beeld te krijgen van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van een belanghebbende. De CRvB hechtte er ook waarde aan dat in het strafrecht, wanneer men een dergelijk beeld van iemands leven wil verkrijgen, waarborgen gelden die in het bestuursrecht ontbreken.⁸⁹ Al met al kan worden gezegd dat het grote knelpunt van het gebruik van

85 Op genoemde volgorde: CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947. Het betrof in deze zaak waarnemingen die uitsluitend waren gericht op de aanwezigheid van een bestelbus in de omgeving van de woning van de belanghebbenden; CRvB 22 januari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:338. Het betrof hier waarnemingen vanaf een openbare ruimte, die niet waren gericht op de persoon van de belanghebbende, maar op de toegangsdeur van zijn woning en de aanwezigheid van een auto.

86 CRvB 15 augustus 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2807. Bij de observatie werd ook gebruikgemaakt van een digitale camera. Er waren vier sociaal onderzoekers bij deze waarnemingen betrokken.

87 Peilbaken: CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947; Camera: CRvB 13 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3479 of het eerder aangehaalde CRvB 15 augustus 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2807.

88 Noch de algemene onderzoeksbevoegdheid van het college, noch titel 5.2 Awb volstaat. Daarin wordt namelijk niet bepaald onder welke voorwaarden een technisch hulpmiddel mag worden gebruikt. Hierdoor is de inzet van zo'n middel niet voorzienbaar voor de belanghebbende.

89 In het kader van het gebruik van het peilbaken: ‘Verder is van belang dat artikel 53a, negende lid, van de WWB geen adequate en effectieve waarborgen bevat ter bescherming tegen willekeurige inmenging in het privéleven, aangezien niet is geregeld op welke wijze en door wie toestemming wordt verleend voor het inzetten van dit middel. Dit klemte te meer nu het gebruik van een peilbaken een ingrijpend opsporingsmiddel is, daar dit middel, bij langdurig en intensief gebruik,

technische hulpmiddelen hem zit in het ontbreken van enige (objectieve) vorm van bescherming vooraf. Voor de toekomst is dat zorgelijk omdat het college vermoedelijk nog wel zal gaan experimenteren met bepaalde technische hulpmiddelen, gelet op wat er tegenwoordig op dit gebied allemaal mogelijk is.

Inrichting van de bevoegdheid van de rechter-commissaris

Aangezien er op dit moment waarborgen ontbreken voor het verrichten van heimelijke waarnemingen (zonder het gebruik van een technisch hulpmiddel), ligt het voor de hand dat de rechter-commissaris deze leemte kan vullen.⁹⁰ Hij kan dit doen door het verlenen van een machtiging voor het verrichten van dit soort waarnemingen. Zo wordt ook het knelpunt van de interne beslissing weggenomen. Een en ander betekent echter niet dat men eraan kan ontkomen deze bevoegdheid van het college wettelijk te regelen. Er moet wat mij betreft namelijk geregeld worden vanaf welk moment het college zich tot de rechter-commissaris moet wenden voor de machtiging. Waar dit moment moet komen te liggen is erg lastig te zeggen. Bepalend zou kunnen zijn het kader waarin de waarnemingen plaatsvinden (wat dan bijvoorbeeld bijstandsfraude kan zijn, zoals het gaat om een misdrijf in het strafrecht). Te denken valt ook aan een tijdslimiet (bijvoorbeeld na twee weken observeren) of een grens aan het aantal ‘vrijelijk’ te verrichten waarnemingen. Bij het bepalen van het criterium kan in elk geval de grens tussen het ‘enkel’ verrichten van heimelijke waarnemingen en stelselmatige observatie in acht worden genomen.

Als er een criterium is bepaald, hieraan is voldaan en de rechter-commissaris het verzoek tot het verrichten van heimelijke waarnemingen ontvangt, kan hij vervolgens toetsen of er voldoende grond is om de belanghebbende (nog langer) in de gaten te houden, of dit ook noodzakelijk is en of er mogelijk een lichter middel voorhanden is. Ook zou hij kunnen nagaan of er restricties moeten worden aangebracht bij het (verder) verrichten van waarnemingen. Als de rechter-commissaris zijn toestemming (schriftelijk) verleent, dan kan het college de waarnemingen verrichten dan wel hiermee doorgaan (al dan niet met opgelegde restricties). Het lijkt mij niet nodig of wenselijk dat een belanghebbende, nadat hem is medegedeeld dat er heimelijke waarnemingen zijn verricht, via een apart traject kan opkomen tegen de machtiging van de rechter-commissaris. Dit zou alleen tot ‘gedoe’ leiden. Een belanghebbende moet wel in eerste aanleg (of hoger beroep) kunnen opkomen tegen de machtiging van de rechter-commissaris als hij/zij van mening is dat deze ten onrechte is verleend.⁹¹ Als de rechter-commissaris van oordeel is dat het (langer) verrichten van heimelijke waarnemingen niet tot de mogelijkheden behoort,

in beginsel geschikt is om een min of meer compleet beeld te verkrijgen van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van de betrokkene. Deze waarborgen zijn ten aanzien van de in de artikelen 126g en 126o van het Wetboek van Strafvordering omschreven stelselmatige observatie, waarmee het peilbaken als opsporingsmiddel overeenkomsten vertoont, geregeld in die zin dat dit opsporingsmiddel slechts met voorafgaande toestemming van de officier van justitie mag worden ingezet.’

90 Onder het verrichten van heimelijke waarnemingen versta ik voor dit gedeelte ook stelselmatige observatie.

91 Wederom geldt dat als een en ander niet tot een procedure voor de rechter leidt, een belanghebbende terug kan vallen op de civiele rechter. Indien wenselijk kan er ook een apart bestuursrechtelijk traject worden gecreëerd.

dan zal hij dit gemotiveerd aan het college moeten meedelen. Het lijkt mij niet noodzakelijk dat er een mogelijkheid wordt gecreëerd voor het college om bezwaar te maken tegen de weigering van de rechter-commissaris om toestemming te verlenen. Het oordeel van de rechter-commissaris moet leidend zijn. Het college zou wel meer aanwijzingen kunnen verzamelen en het verzoek nogmaals aan de rechter-commissaris kunnen voorleggen.

Wat betreft het verrichten van heimelijke waarnemingen met behulp van technische hulpmiddelen kan de rol van de rechter-commissaris net als bij ‘gewone’ heimelijke waarnemingen worden gevonden in het verlenen van een (schriftelijke) machtiging hiervoor. Omdat de rechtspraak het gebruik van een aantal van dit soort middelen op dit moment niet toelaatbaar acht wegens het ontbreken van een wettelijke grondslag, zal de wetgever daarvoor eerst het kader moeten geven, inclusief het vereiste van de rechterlijke machtiging. Voor het afgeven van deze machtiging zal de rechter-commissaris, in het licht van alle omstandigheden van het geval, moeten bezien of de inzet van een technisch hulpmiddel bij het verrichten van heimelijke waarnemingen noodzakelijk is. Als dat het geval is, kan het middel worden ingezet. Als de rechter-commissaris van oordeel is dat het gebruik van een technisch hulpmiddel niet op zijn plaats is, dan zal het gebruik hiervan achterwege moeten worden gelaten. Wat betreft eventuele mogelijkheden om tegen de beslissing van de rechter-commissaris op te komen, geldt hetzelfde als wat hierboven is genoemd bij het verrichten van heimelijke waarnemingen zonder het gebruik van technische hulpmiddelen.

Toegevoegde waarde voor de rechtsbescherming

De toegevoegde waarde van een preventieve toets door de rechter-commissaris bij het verrichten van heimelijke waarnemingen, al dan niet met het gebruik van technische hulpmiddelen, is erin gelegen dat er vooraf, door een onafhankelijke derde, wordt getoetst of de bevoegdheid rechtmatig kan worden ingezet. Voor de rechtsbescherming is dit wenselijk, omdat de kans dat er een ongerechtvaardigde inbreuk wordt gemaakt op een grondrecht wordt verkleind, wat voor het college weer het voordeel oplevert dat het risico dat een rechter bewijst dat met de waarnemingen is verkregen, achteraf als onrechtmatig verkregen bestempelt, wordt beperkt. Daarnaast kan de inzet van een rechter-commissaris er ook voor zorgen dat het college de noodzaak tot het verrichten van heimelijke waarnemingen zorgvuldiger overdenkt. Het moet immers een externe partij overtuigen.

In het kader van de grens tussen observeren en stelselmatig observeren heeft de introductie van de rechter-commissaris, althans op de manier zoals ik die geschetst heb, ook nog de meerwaarde dat discussies over de vraag wanneer deze grens wordt overschreden, mogelijk verdwijnen. Bij wet kunnen hiervoor immers grenzen worden gesteld.

Punten die vatbaar zijn voor kritiek

Ten aanzien van de voorafgaande machtiging bij het verrichten van heimelijke waarnemingen zonder het gebruik van een technisch hulpmiddel is het denkbaar dat men zich afvraagt of een preventieve toets niet afdoet aan de slagkracht van deze onderzoeksbevoegdheid. Mogelijk zal een preventieve toets door de rechter-commissaris voor wat vertraging zorgen, maar de extra bescherming van de

privacy rechtvaardigt mijns inziens een eventuele vertraging. Bovendien is het niet de bedoeling dat het college lang moet wachten op de reactie van de rechter-commissaris. Het systeem moet zo worden ingericht dat er snel op een verzoek van het college kan worden besloten. Dit geldt ook voor het verlenen van toestemming voor het gebruik van een technisch hulpmiddel. Van een drastische afname in slagkracht lijkt dan ook geen sprake te zijn.

3.3 Procedurele aspecten

Hierboven is uitgewerkt op welke manieren de rechter-commissaris het rechtsbeschermingsniveau in bijstandszaken waarin sprake is van een vermoeden van bijstandsfraude voor natuurlijke personen kan verhogen, meer specifiek in de gevallen waarin wordt overgegaan tot het afleggen van een huisbezoek of wanneer er heimelijke waarnemingen worden verricht, al dan niet met het gebruik van een technisch hulpmiddel. Een en ander moet natuurlijk ook procedureel worden geregeld. In deze paragraaf ga ik dieper in op dit aspect.

Net als bij grote toezichtzaken lijkt het mij het meest wenselijk dat de inzet van een rechter-commissaris in bijstandszaken bij bijzondere wet wordt geregeld. In dit geval zouden de procedurele aspecten kunnen worden opgenomen in de Participatiewet, in afzonderlijke artikelen met als titels 'huisbezoek' en 'heimelijke waarnemingen'.⁹² Hoe er verder invulling kan worden gegeven aan deze artikelen, werk ik hieronder uit.

Huisbezoeken

In het artikel over huisbezoeken kan het eerste lid bepalen dat het college bevoegd is om zonder toestemming van de belanghebbende diens woning te betreden, voor zover dat noodzakelijk is voor het op grond van artikel 53a lid 6 Pw ingestelde onderzoek. Het tweede lid kan bepalen dat voor een binnentreding als bedoeld in het eerste lid, een voorafgaande machtiging is vereist van de rechter-commissaris. Ook dient er een lid te worden opgenomen over de inhoudelijke vereisten van de machtiging. Hierin kan bijvoorbeeld worden opgenomen dat het een schriftelijke machtiging moet betreffen, dat kenbaar moet zijn wie de machtiging heeft verleend, aan wie de machtiging is verleend, de wettelijke bepaling waarop het binnentreden berust, het doel van het onderzoek, de dagtekening en geldigheidsduur van de machtiging.

Net als bij grote toezichtzaken moet ook worden gezien binnen welke rechtbank(en) de rechter-commissaris gehuisvest moet zijn. Gelet op de hoeveelheid huisbezoeken die jaarlijks worden afgelegd, ligt het voor de hand dat er in alle

⁹² Ook hier geldt weer dat als men (ook) een bepaling wil opnemen in de Awb, het denkbaar is dat er een artikel in titel 5.2 Awb wordt opgenomen waarin staat dat men voor het gebruik van bepaalde bevoegdheden toestemming nodig heeft van de rechter-commissaris. Om een overzicht te geven in welke gevallen dit moet, zou een bijlage opgenomen kunnen worden in de Awb waarin wordt verwezen naar de artikelen in bijzondere wetten waarin deze verplichting geldt. Aandachtspunt is hier wel dat huisbezoeken en heimelijke waarnemingen niet altijd geschieden door toezichthouders, waardoor een artikel in titel 5.2 Awb lastig kan worden.

rechtbanken een aantal rechters-commissarissen moeten worden aangesteld, die zich onder meer bezighouden met het verlenen van toestemming voor huisbezoeken. Het is wenselijk dat deze rechters-commissarissen goed thuis zijn in het bijstandsrecht. Op deze manier kunnen beslissingen vermoedelijk snel worden genomen. Een oordeel van een rechter-commissaris die goed thuis is in het bijstandsrecht kan bovendien de waarde van het oordeel over het huisbezoek vergroten.

Heimelijke waarneming, al dan niet met gebruik van een technisch hulpmiddel

Het eerste lid van het artikel over heimelijke waarnemingen kan bepalen dat het college bevoegd is om heimelijk waarnemingen te verrichten, ingeval het dit voor de uitoefening van zijn bevoegdheid onder artikel 53a lid 6 Pw noodzakelijk acht. In het tweede lid kan vervolgens worden aangegeven wanneer hierbij de toestemming van de rechter-commissaris is vereist. De artikelleden die volgen, kunnen aandacht besteden aan de inhoudelijke vereisten van de machtiging. Hierin kan worden opgenomen dat het moet gaan om een schriftelijke machtiging en dat kenbaar moet zijn wie de machtiging heeft verleend, aan wie de machtiging is verleend, de wettelijke bepaling waarop het heimelijke waarnemen berust, het doel hiervan, eventuele restricties, de dagtekening en geldigheidsduur van de machtiging. Net als bij huisbezoeken rijst in dit kader de vraag welke rechter-commissaris deze machtiging moet verlenen. Ook hier is het denkbaar dat er in alle rechtbanken een aantal rechters-commissarissen worden aangesteld die thuis zijn in het bijstandsrecht. Dit kunnen de rechters-commissarissen zijn die tevens beoordelen of het college een huisbezoek mag afleggen.

Voor de inzet van technische hulpmiddelen bij het heimelijk waarnemen kan een apart artikel worden gemaakt, of dit gedeelte kan worden ondergebracht in het artikel met de titel 'heimelijke waarnemingen'. In dit artikel kan worden opgenomen dat het college bevoegd is om bij het verrichten van heimelijke waarnemingen technische hulpmiddelen te gebruiken. Het tweede lid kan vervolgens aangeven dat hiervoor de toestemming van een rechter-commissaris nodig is. Het derde lid zou een limitatieve lijst kunnen bevatten ten aanzien van welke soort hulpmiddelen deze toestemming nodig is. Gelet op de snel digitaliserende maatschappij, waardoor er vermoedelijk steeds nieuwe middelen op de markt komen, zal deze lijst bij tijd en wijle moeten worden aangepast. Het vierde lid kan, net als bij heimelijke waarnemingen, aangeven welke inhoudelijke eisen er gelden voor de machtiging van de rechter-commissaris.

Kijkend naar hoe een en ander in het strafrecht is verankerd, is het wenselijk dat er, en dit geldt overigens ook voor huisbezoeken, ook een artikellid wordt gewijd aan het verlenen van toestemming door de rechter-commissaris in situaties waarin een schriftelijk oordeel niet kan worden afgewacht, of de machtiging nog kan worden aangepast en mogelijk ook wat de consequenties zijn voor het college als het verzuimt om een verzoek tot een machtiging in te dienen. Dit is een aspect dat overigens ook in de jurisprudentie kan worden ontwikkeld. De meest logische consequentie is dan bewijsuitsluiting.

Tot slot rijst nog de vraag of de rechter-commissaris die een oordeel heeft gegeven over ofwel een huisbezoek ofwel de mogelijkheid tot het verrichten van heimelijke waarnemingen betrokken mag zijn bij de bodemprocedure. Om dezelfde reden als weergegeven bij grote toezichtzaken lijkt mij dit niet wenselijk. Doordat de rechter-commissaris al eerder betrokken is geweest bij de zaak, kan de schijn worden gewekt dat hij vooringenomen is. Dit is iets wat men niet moet willen.

3.4 Conclusie

In deze paragraaf heb ik een tweetal vergaande onderzoeksbevoegdheden van het college in bijstandszaken waarin sprake is van een vermoeden van bijstandsfraude uitgelicht. Gebleken is dat er bij deze bevoegdheden op het vlak van de rechtsbescherming nog verbeterpunten liggen. Net als bij paragraaf 2 heb ik een aantal voorstellen gedaan op welke manier een rechter-commissaris een rol kan spelen bij het bevorderen van deze rechtsbescherming. Meer specifiek heb ik gekeken naar de manier waarop dit kan bij het afleggen van een huisbezoek en het verrichten van heimelijke waarnemingen, al dan niet met het gebruik van een technisch hulpmiddel. Hieruit is gebleken dat de introductie van een rechter-commissaris bij de inzet van deze onderzoeksbevoegdheden een toegevoegde waarde kan hebben, waardoor deze introductie wenselijk kan worden geacht. Dat neemt niet weg dat een dergelijke introductie op bezwaren kan stuiten omdat het huidige systeem, in elk geval in de door mij gedane voorstellen, ietwat op de schop zal moeten. In paragraaf 3.3 heb ik uiteengezet hoe een en ander mogelijk kan worden bewerkstelligd.

4 Eindconclusie

In dit preadvies heb ik gekeken naar de wenselijkheid van de introductie van een rechter-commissaris voor de rechtsbescherming van natuurlijke personen en rechtspersonen bij de inzet van vergaande onderzoeksbevoegdheden. Meer specifiek heb ik dit bezien voor grote toezichtzaken van ACM, AFM en DNB en voor bijstandszaken waarin sprake is van een vermoeden van bijstandsfraude.

Bij de grote toezichtzaken heb ik een aantal vergaande onderzoeksbevoegdheden onder de loep genomen die tijdens onaangekondigde bedrijfsbezoeken vaak worden gebruikt. Ik heb ingezoomd op het nemen van de beslissing om tot een bedrijfsbezoek over te gaan, de omgang met vermeende geprivilegieerde stukken en de gang van zaken bij het horen van medewerkers van de onderneming en andere voor het onderzoek relevante personen. Gekeken is naar hoe de toezichthouders in de praktijk gebruikmaken van deze bevoegdheden, wat de knelpunten hierbij zijn en hoe de rechter-commissaris een rol zou kunnen spelen bij het verhelpen van deze knelpunten. Gebleken is dat de rechter-commissaris op een relatief eenvoudige manier de knelpunten zou kunnen verhelpen, wat de rechtsbescherming van ondernemingen en natuurlijke personen ten goede komt. De rol van de rechter-commissaris kan gelegen zijn in het verlenen van een machtiging om voornoemde onderzoeksbevoegdheden uit te oefenen dan wel een deel van die bevoegdheden zelf uit te oefenen.

Ten aanzien van de bijstandszaken heb ik de bevoegdheid van het college om onaangekondigd huisbezoeken af te leggen en heimelijke waarnemingen te verrichten nader bekeken. Ik heb bezien hoe het college in de praktijk gebruikmaakt van deze vergaande onderzoeksbevoegdheden en wat de knelpunten daarbij zijn. Ook hier heb ik vervolgens onderzocht of de rechter-commissaris deze knelpunten kan verhelpen. Gebleken is dat de rol van de rechter-commissaris gelegen kan zijn in het verlenen van verlof voor het afleggen van een huisbezoek of het verrichten van heimelijke waarnemingen. Weliswaar moeten er dan wat aanpassingen plaatsvinden in het systeem, maar omdat de introductie van de rechter-commissaris het rechtsbeschermingsniveau daadwerkelijk kan verhogen, lijkt het mij de aanpassing waard.

De toegevoegde waarde van de introductie van de rechter-commissaris zit hem er bij beide categorieën zaken voornamelijk in dat er al vroeg een (objectief) oordeel over de rechtmatigheid van de inzet van vergaande onderzoeksbevoegdheden kan worden verkregen. Op deze manier kan worden voorkomen dat deze zware bevoegdheden onrechtmatig worden ingezet en dat de (grond)rechten van rechtspersonen en natuurlijke personen ten onrechte worden geschonden met alle gevol-

gen van dien. Het kan 'leed' voorkomen. Dat een dergelijk oordeel niet is vereist op grond van enige wettelijke bepaling, maakt wat mij betreft niet uit. Waar het om gaat, is dat de rechtsbescherming van natuurlijke personen en rechtspersonen beter wordt gediend.

Al met al kan wat mij betreft dan ook worden gezegd dat de introductie van de rechter-commissaris in het bestuursrecht, in elk geval in de zojuist genoemde typen zaken, wenselijk is voor de rechtsbescherming van natuurlijke personen en rechtspersonen. Natuurlijk zijn er punten in dit advies die vatbaar zijn voor kritiek. Dit is echter goed, omdat de discussie dan kan plaatsvinden en men daadwerkelijk de voor- en nadelen kan afwegen, wat hopelijk resulteert in een experiment dat ziet op de daadwerkelijke introductie van de rechter-commissaris. Dit kan zijn in een van de twee typen zaken die ik heb voorgesteld, maar natuurlijk ook in andere soorten zaken waarin gebruik wordt gemaakt van vergaande onderzoeksbevoegdheden. Ik heb hier namelijk slechts twee typen zaken nader bekeken, maar er zijn nog meer rechtsgebieden dan wel categorieën zaken waarin vergelijkbare vergaande onderzoeksbevoegdheden worden ingezet.

Het is ook denkbaar dat men de komst van een rechter-commissaris op dit moment niet wenselijk acht of niet in de huidige systemen vindt passen. Wat ik met dit advies dan hopelijk wel heb bereikt, is dat het idee van een rechter-commissaris in het bestuursrecht blijft hangen. Gelet op de digitaliserende maatschappij is het namelijk denkbaar dat men in de toekomst gebruik gaat maken van nog meer vergaande onderzoeksbevoegdheden.⁹³ Misschien dat men de introductie van een bestuursrechtelijke rechter-commissaris dan wenselijker of gepaster vindt.

93 Om maar een voorbeeld te noemen in het kader van grote toezichtzaken: de Franse mededingingsautoriteit heeft een nieuwe bevoegdheid verkregen om mededingingsbeperkende praktijken te onderzoeken. Zij kan een rechterlijke instantie verzoeken om het telefoon- en dataverkeer van telecomoperatoren in te zien. Indien er aanwijzingen bestaan voor een overtreding en de toegang tot telefoon- en dataverkeer noodzakelijk is voor het onderzoek, dan kan de rechterlijke instantie toestemming verlenen (Pannekoek, Geursen & Simons 2020). Mogelijk krijgen ACM, AFM en DNB in de toekomst ook een dergelijke bevoegdheid. Omdat het hier wederom gaat om zeer privacygevoelige gegevens, lijkt de introductie van een rechter-commissaris hier geen slecht idee.

Geraadpleegde literatuur

Barkhuysen 2002

T. Barkhuysen, 'Het betreden van bedrijfsruimten aan banden gelegd op grond van art. 8 EVRM?', *NTB* 2002, afl. 8, p. 236-241.

Barkhuysen e.a. 2014

T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbepkend overheidsingrijpen. Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2014.

Beumer 2016

A.E. Beumer, *De publieke handavingsprocedures van het mededingingsrecht in het licht van de mensenrechten*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

De Boer, Heesen & Ros 2020

J. de Boer, W. Heesen & R. Ros, *De bijstand in praktijk*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Corstens 2018

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Doorenbos 2013

D.R. Doorenbos, 'Kan een toezichthouder u verplichten een verhoor te ondergaan?', in: D. Busch & M.P. Nieuwe Weme (red.), *Christels koers. Liber amicorum Prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol*, Deventer: Kluwer 2013.

ECN 2012

European Competition Network, 'Investigative powers report' (report), ec.europa.eu, versie oktober 2012.

Eiselin 2020

W.F.A. Eiselin, *Tekst en toelichting Participatiewet. Zoals deze luidt op 1 januari 2020*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2020.

Geursen 2010

W.W. Geursen, 'Inbreuken op art. 8 EVRM: rechterlijke toetsing vóóraf, uitsluiting van bewijs en schadevergoeding', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010, afl. 6, p. 131-134.

Van der Grinten & Wijmans 2019

J. van der Grinten & J. Wijmans, 'Toezicht onder de Awb', in: T. Barkhuysen e.a., *25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid. Bundel ter gelegenheid van het congres te Den Haag op 8 februari 2019, georganiseerd door Radboud Universiteit, Universiteit Leiden en Rijksuniversiteit Groningen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Jansen 2017

O.J.D.M.L. Jansen, 'Koudwatervrees in een bananenkoninkrijk? Over de toekomstbestendigheid van titel 5.2 Awb', *JBplus* 2017, afl. 0, p. 83-106.

Klosse 2018

S. Klosse, 'De Participatiewet: een eerste indruk', in: A. Eleveld (red.), *De Participatiewet (Monografieën Sociaal Recht nr. 73)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Pannekoek, Geursen & Simons 2020

M. Pannekoek, W.W. Geursen & D. Simons, 'Franse mededingingsautoriteit kan via rechter toegang krijgen tot telefoon- en dataverkeer van telecomoperatoren', *MP* 2020, afl. 1.

Roosendaal 2018

W. Roosendaal, 'Opsporing van bijstandsfraude en het recht op privacy', in: A. Eleveld (red.), *De Participatiewet (Monografieën Sociaal Recht nr. 73)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Slotboom 2012

M.M. Slotboom, 'De NMa staat voor de deur. Maar waar is haar rechterlijke machtiging?', *M&M* 2012, afl. 3, p. 110-116.

Veenbrink 2016

J.M. Veenbrink, 'De grote boze wolf aan de deur: een verhaal over de Commissie, haar inspectiebevoegdheden en het huisrecht', *SEW* 2016, afl. 6, p. 240-250.

Venderbos 2019

M.W. Venderbos, 'Normering van bestuurlijk toezichts- en controleonderzoek', *JBplus* 2019, afl. 1, p. 2-33.

De Vries 2015

Y. de Vries, 'De onderzoeksbevoegdheden van de Commissie scherpgesteld', *NtEr* 2015, afl. 3, p. 63-71.

Reacties op consultaties

Ontvangen reacties tijdens de consultatie van de concept-Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren

Ontvangen reacties tijdens de consultatie van de concept Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren, www.acm.nl.

Werkwijzen

ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014
ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014 (Werkwijze ACM), www.acm.nl, versie februari 2014.

ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014
ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens (Werkwijze ACM), www.acm.nl, versie februari 2014.

Bundeskartellamt 2016
Bundeskartellamt, 'Effective cartel prosecution. Benefits for the economy and consumers' (Brochure), bundeskartellamt.de, versie december 2016.

DNB Werkwijze inzien en kopiëren van digitale gegevens
DNB Werkwijze inzien en kopiëren van digitale gegevens (Werkwijze DNB), www.toezicht.dnb.nl, versie juni 2020.

Richtsnoeren van de Belgische Mededingingsautoriteit betreffende de huiszoekingsprocedure
Richtsnoeren van de Belgische Mededingingsautoriteit betreffende de huiszoekingsprocedure, www.bma-abc.be, versie december 2013.

Werkwijze AFM inzien en kopiëren van digitale gegevens 2020
Werkwijze AFM inzien en kopiëren van digitale gegevens (digitale werkwijze AFM), www.wetten.overheid.nl, versie geldend vanaf 10 maart 2020.

Jurisprudentie

EHRM 16 april 2002 ECLI:CE:ECHR:2002:0416JUD003797197
EHRM 2 oktober 2014 ECLI:CE:ECHR:2014:1002JUD000009711
EHRM 21 maart 2017 ECLI:CE:ECHR:2017:0321DEC003393112

HvJ EG 7 januari 2004, C-204/00 P, ECLI:EU:C:2004:6

Gerecht 20 maart 2002, T-9/99, ECLI:EU:T:2002:70
Gerecht 17 september 2007, T-125/03, ECLI:EU:T:2007:287

HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286

CRvB 12 juli 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR2211
CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947
CRvB 29 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1092
CRvB 13 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3479
CRvB 18 oktober 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4998

CRvB 15 augustus 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2807
CRvB 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:326
CRvB 19 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4473
CRvB 22 januari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:338
CRvB 2 april 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1223
CRvB 21 april 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:991
CRvB 9 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2224
CRvB 5 november 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3513
CRvB 31 maart 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:834
CRvB 2 juni 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1160
CRvB 9 juni 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1189
CRvB 28 juli 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1659

CBb 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191
CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:326
CBb 7 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:177
CBb 25 juni 2019, ECLI:NL:CBB:2019:243

Hof Den Haag 12 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:470

Rb. Den Haag 10 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12722
Rb. Rotterdam 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8228

Kamerstukken

Kamerstukken II 1993/94, 23700, nr. 3
Kamerstukken II 2009/10, 32177, nr. 3
Kamerstukken II 2011/12, 33186, nr. 3
Kamerstukken II 2018/19, 35256

Daar is het laatste woord nog niet over gezegd

Een onderzoek naar de mogelijkheid van een prejudiciële procedure in het bestuursrecht

Mr. C.A. Blankenstein*

1	Inleiding	105
2	De prejudiciële procedure in het algemeen	109
2.1	Omschrijving en toepassingsbereik	109
2.2	Beoogde voordelen	110
2.3	Mogelijke nadelen	111
2.4	Tussenconclusie	113
3	De prejudiciële procedure in het civiele recht	115
3.1	Achtergrond	115
3.2	De regeling op hoofdlijnen	115
3.3	Succesfactoren	120
3.4	Nadelen?	122
3.5	Tussenconclusie	124
4	Naar een prejudiciële procedure in het bestuursrecht?	127
4.1	Behoefte in het bestuursrecht	127
4.2	Toepassingsbereik	130
4.3	Prejudiciële vragen in de bestuurlijke fase	131
4.4	Prejudiciële grote kamer	134
4.5	Samenloop met de <i>amicus curiae</i> en de conclusie advocaat-generaal	135
4.6	Tussenconclusie	139
5	Afronding	141
	Geraadpleegde literatuur	143

* Cato Blankenstein was tijdens het schrijven van dit preadvies werkzaam als jurist bij de kennisunit van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Dit preadvies is geschreven op persoonlijke titel. De auteur dankt André Verburg, Eric Daalder en haar collega's van de kennisunit (Michiel Tjepkema, Louise van Heusden, Arjen van Driel Kluit, Ramona Grimbergen en Jan Roelfsema) voor hun commentaar en suggesties. Verder veel dank aan Lotte Bouwman voor haar redactionele bijdrage.

I Inleiding

De primaire doelstelling van het bestuursprocesrecht is het bieden van individuele rechtsbescherming. De bestuursrechter heeft de taak om het aan hem voorgelegde geschil te beslechten, zo veel mogelijk finaal. De rechter heeft met het oog op die taak de beschikking over rechterlijke bevoegdheden zoals de bestuurlijke lus, de mogelijkheid om zelf in de zaak te voorzien of de rechtsgevolgen in stand te laten. Van deze bevoegdheden wordt steeds vaker gebruikgemaakt. De laatste jaren is er echter ook steeds meer aandacht voor de rechtsvormende taak van de bestuursrechter en het bovenindividuele perspectief in de rechterlijke procedure.¹ Met het oog op deze rechtsvormende taak van de bestuursrechter werden eerder al in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) het instellen van een grote kamer en het vragen van een conclusie aan de advocaat-generaal mogelijk gemaakt. Ook werd succesvol geëxperimenteerd met de figuur van de *amicus curiae* (de meedenker).² Dit instrument is inmiddels in de Awb opgenomen.³ In dit rijtje van instrumenten ter bevordering van de rechtsontwikkeling past ook de prejudiciële procedure. In zo'n procedure kan een lagere⁴ rechter in een zaak die bij hem aanhangig is een belangrijke rechtsvraag stellen aan de hoogste rechter. Vaak gaat het om rechtsvragen waarvan de beantwoording een zaak overstijgend belang dient, bijvoorbeeld omdat de rechtsvraag in veel vergelijkbare zaken speelt. Met het antwoord op de rechtsvraag (de prejudiciële beslissing) kan de vragende rechter de zaak (of zaken) vervolgens afdoen. Over de prejudiciële procedure gaat dit preadvies.

De meeste juristen zullen de prejudiciële procedure kennen uit het Unierecht, maar het instrument bestaat ook al op nationaal niveau. De Hoge Raad heeft inmiddels ruime ervaring met het beantwoorden van prejudiciële vragen sinds de invoering van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in 2012. Die wet schiep de mogelijkheid voor de civiele rechter om een rechtsvraag die speelt in zaken over massavorderingen of talrijke feitelijk vergelijkbare zaken prejudicieel aan de Hoge Raad voor te leggen. In 2016 kreeg ook de belastingrechter die bevoegdheid. Recent is bij wet de mogelijkheid geschapen dat ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) ervaring met het instrument zal opdoen. Binnen het kader van de Tijdelijke wet Groningen heeft de rechtbank Noord-Nederland de bevoegdheid gekregen om prejudiciële vragen te stellen aan de Afdeling. Ook in het strafrecht bestaat het voornemen om een prejudiciële procedure in te voeren.

1 Met name De Poorter heeft aandacht gevraagd voor deze taak. Bijvoorbeeld: De Poorter 2013; De Poorter 2018, p. 870-872.

2 De Poorter, Van Heusden & De Lange 2018.

3 Stb. 2020, 416.

4 Wie die lagere rechter is, hangt af van de prejudiciële procedure die het betreft. In de civiele procedure zijn dat de rechtbank en de hoven. In het belastingrecht is dat alleen de rechtbank.

Daarmee zal eerst bij wijze van pilot worden geëxperimenteerd.⁵ Tot slot kunnen de hoogste rechters uit de tien landen (waaronder Nederland) die Protocol 16 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) hebben geratificeerd ook prejudiciële vragen stellen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

Tegen deze achtergrond is het interessant om te onderzoeken of ook tot invoering van een prejudiciële procedure in het bestuursrecht⁶ zou kunnen worden overgegaan. Centraal in dit preadvies staat daarom de vraag: *Bestaat er behoefte om in het bestuursrecht een regeling voor een prejudiciële procedure in te voeren en zo ja, hoe moet die regeling er dan uitzien?*

In paragraaf 2 zal ik eerst een globale omschrijving geven van wat een prejudiciële procedure inhoudt. Aan de hand van bestaande regelingen in het Nederlandse recht, het Franse recht, het Unierecht en Protocol 16 bij het EVRM zal ik laten zien voor welke typen gevallen de procedure kan worden aangewend. Verder leg ik uit wat de beoogde voordelen van de inzet van de prejudiciële procedure zijn en van welke factoren het afhangt of die voordelen optimaal worden verwezenlijkt. Ik bespreek ook de mogelijke nadelige effecten van de prejudiciële procedure.

In paragraaf 3 zal ik dieper ingaan op de prejudiciële procedure in het civiele recht. Die procedure bestaat in het Nederlandse recht het langst en is de inspiratie geweest voor de procedures in het belastingrecht, de Tijdelijke wet Groningen en het voorstel tot invoering in het strafrecht. Mocht het tot een prejudiciële procedure in het bestuursrecht komen, dan zal daarvoor de civiele regeling ongetwijfeld ook de blauwdruk zijn. Ik geef een uiteenzetting van de civiele regeling op hoofdlijnen. Vervolgens bespreek ik de ervaringen met de procedure aan de hand van de evaluatie van de regeling in 2016. Uit die evaluatie blijkt dat de civiele regeling erg succesvol is. Ik bespreek de belangrijkste succesfactoren. Verder ga ik in op de vraag in hoeverre de potentiële nadelen van de prejudiciële procedure zich in het civiele recht hebben verwezenlijkt.

In paragraaf 4 bespreek ik in hoeverre in het bestuursrecht een behoefte bestaat aan een prejudiciële procedure. Vervolgens probeer ik af te bakenen voor welke type bestuursrechtelijke zaken de procedure zich het beste zou kunnen lenen. Ik bezie verder of het gebruik van het instrument kan worden geoptimaliseerd door de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen al in de bestuurlijke fase open te stellen en hoe dat, met inzet van de voorzieningenrechter, zou kunnen worden vormgegeven. Verder ga ik in op de vraag wie de prejudiciële vragen zal moeten beantwoorden en hoe, met inzet van een prejudiciële grote kamer, de rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters kan worden bevorderd en de reikwijdte van de prejudiciële beslissing kan worden vergroot. Tot slot ga ik in op

5 Het wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Strafvordering ter bevordering van innovatie van verschillende onderwerpen in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (Innovatiewet Strafvordering) voorziet daarin. Het wetsvoorstel en de memorie van toelichting zijn te raadplegen op www.internetconsultatie.nl/innovatiewet.

6 Spreek ik in dit preadvies van bestuursrecht, dan bedoel ik het bestuursrecht met uitzondering van het belastingrecht.

de samenloop van de prejudiciële procedure met andere rechtsvormende instrumenten, te weten de *amicus curiae* en de conclusie van de advocaat-generaal. Kunnen deze drie instrumenten elkaar completeren, of zitten ze elkaar misschien ook in de weg?

De afronding van het preadvies volgt in paragraaf 5.

2 De prejudiciële procedure in het algemeen

2.1 Omschrijving en toepassingsbereik

Het instrument van de prejudiciële procedure biedt aan lagere rechters de bevoegdheid een rechtsvraag te stellen aan de hoogste rechter. Met het antwoord op de vraag kan de lagere rechter de zaak vervolgens afdoen. De procedure wordt doorgaans gebruikt als een instrument om een rechtsvraag *spoedig(er)* beantwoord te krijgen. De procedure fungeert daarmee dus als alternatief op de normale route waarbij eerdere rechterlijke instanties moeten worden doorlopen voordat men toegang tot de hoogste rechter heeft. De prejudiciële procedure in het Unierecht vormt daarop een uitzondering.⁷

Afwijken van de normale route is slechts in bepaalde gevallen gerechtvaardigd. Welke gevallen dat zijn, kan verschillen per regeling. Het is interessant om te bezien welke toepassingscriteria in de bestaande regelingen worden gehanteerd. Enerzijds omdat daarmee inzicht wordt geboden in de rol en het nut van het instrument (voor welke situaties is het bedoeld?) en anderzijds omdat het illustreert dat er behoorlijk wat diversiteit bestaat in deze criteria. Zo is voor het stellen van prejudiciële vragen in het Nederlandse civiele recht en in de Tijdelijke wet Groningen vereist dat de rechtsvraag (potentieel) in een groot aantal zaken speelt.⁸ Dit criterium geldt blijkens de parlementaire geschiedenis ook in het belastingrecht, al is het in de fiscale prejudiciële regeling niet wettelijk vastgelegd.⁹ Ook de Franse prejudiciële procedure kent de eis dat de rechtsvraag in meerdere zaken moet spelen. Daarnaast eist de Franse procedure dat het gaat om een nieuwe kwestie (*une question de droit nouvelle*), bijvoorbeeld over toepassing van een nieuw wetsartikel of een vraag die nog niet eerder is beantwoord.¹⁰ Daar bovenop moet de vraag ook nog *omstreden* zijn, dat wil zeggen dat de rechtsvraag in redelijkheid aanleiding kan geven tot verschillende antwoorden door de lagere rechters. Prejudiciële vragen aan het EHRM moeten betrekking hebben op *questions of principle relating to the*

7 Doorprocederen tot aan het Hof van Justitie EU behoort niet tot de mogelijkheden, zodat de prejudiciële procedure daar juist de gebruikelijke (en enige) route is om van het Hof een antwoord op een rechtsvraag over de uitleg van het gemeenschapsrecht te verkrijgen.

8 Dit criterium wordt wisselend omschreven. Zie nader par. 3 voor een omschrijving van de twee categorieën (a en b) van gevallen waarin prejudiciële vragen mogen worden gesteld. Deze categorieën zijn in iets andere bewoordingen ook opgenomen in de Tijdelijke wet Groningen.

9 Kamerstukken II 2015/16, 34305, nr. 3, p. 53.

10 De Franse prejudiciële procedure kan dus niet worden aangewend om de *Cour de Cassation* te bewegen om 'om te gaan'; Tjittes & Meijer 2009, p. 165.

rights and freedoms,¹¹ principiële kwesties dus.¹² In het strafrecht zal als criterium gaan gelden dat aan beantwoording van de vraag een ‘bijzonder gewicht’ kan worden toegekend, gelet op het met de vraag gemoeide ‘zaaksoverstijgende belang’.¹³

Hoewel het toepassingsbereik van de prejudiciële procedure dus per regeling kan verschillen, is wel duidelijk dat de procedure een instrument is dat eerder bij uitzondering dan als regel moet worden aangewend.¹⁴ Er moeten grotere of meerdere belangen bij beantwoording van de rechtsvraag bestaan dan alleen het belang dat partijen in de concrete zaak bij de beantwoording hebben.

2.2 Beoogde voordelen

Met een prejudiciële procedure kan dus worden bereikt dat een belangrijke rechtsvraag spoedig(er) wordt beantwoord. De belangrijkste voordelen daarvan zijn het bevorderen van de *rechtsontwikkeling*, de *rechtseenheid* en de *rechtszekerheid*. Wanneer de hoogste rechter namelijk een antwoord geeft op een rechtsvraag die voor meer (toekomstige) zaken van belang is, dan draagt dat bij aan de rechtsontwikkeling. Niet alleen de vragende rechter, maar ook andere rechters die met dezelfde rechtsvraag zitten, kunnen met de prejudiciële beslissing hun zaak afdoen. Daarmee is ook de rechtseenheid gediend, want hoe spoediger het definitieve antwoord op de rechtsvraag wordt gegeven, hoe kleiner het risico is dat meerdere lagere rechters uiteenlopende antwoorden geven. Tot slot draagt een spoedige beantwoording van een prejudiciële vraag ook bij aan het bevorderen van de rechtszekerheid, omdat onduidelijkheid over het definitieve antwoord op de rechtsvraag voor justitabelen sneller wordt weggenomen.

Een bijkomend voordeel van de prejudiciële procedure kan zijn dat het instellen of voortzetten van procedures wordt voorkomen. Partijen zien in zo’n geval gelet op het antwoord op de rechtsvraag af van het indienen van een rechtsmiddel of trekken hun al ingediende rechtsmiddel in. Maar dat voordeel gaat alleen op wanneer enkel het antwoord op de rechtsvraag partijen verdeeld houdt, en er niet ook andere redenen zijn die partijen aanleiding geven voor het instellen of voortzetten van een procedure. Specifiek voor zaken over schadevergoeding kan de prejudiciële procedure als voordeel hebben dat een tijdige beantwoording van de rechtsvragen de bereidheid van de schadeveroorzaker om over een collectieve schikking te praten kan vergroten, of dat het antwoord richtinggevend kan zijn voor partijen die al over een schikking onderhandelen. Het meenemen van het antwoord op de

11 Art. 1 lid 1 Protocol 16 bij het EVRM.

12 Het Protocol legt niet nader uit wat daaronder moet worden verstaan, maar mogelijk moet aanknoping worden gezocht bij de criteria voor verwijzing naar de Grote kamer (een ‘ernstige vraag betreffende de interpretatie of toepassing van het Verdrag’ of een ‘ernstige kwestie van algemeen belang’ aldus Vandamme 2019, p. 447.

13 Voorgesteld art. 553a lid 1 Wetboek van Strafvordering (Sv).

14 Ook hier neemt de prejudiciële procedure van het Unierecht weer een uitzonderingspositie in. Het stellen van prejudiciële vragen is verplicht, tenzij is voldaan aan de zogenoemde CILFIT-criteria; HvJ EU 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335.

rechtsvraag in de schikking kan de kwaliteit en de acceptatie van de schikking vergroten. Gedupeerden zullen zich vaker aan de schikking houden.¹⁵

De mate waarin de inzet van de prejudiciële procedure bijdraagt aan de rechtsontwikkeling, de rechtseenheid en de rechtsonzekerheid, is afhankelijk van een aantal factoren. In de eerste plaats is dat het stadium waarin de prejudiciële vragen worden gesteld. Is duidelijk dat in een zaak een belangrijke rechtsvraag speelt, dan is het beter dat die zo vroeg mogelijk wordt gesteld (liever door de rechtbank dan door het gerechtshof). Daarnaast is van belang dat de prejudiciële vragen voortvarend worden beantwoord. Als laatste is van belang de mate van toegankelijkheid van de gebruikelijke route naar de hoogste rechter wanneer men de rechtsvraag via die gang beantwoord zou proberen te krijgen. Een prejudiciële procedure heeft een grote meerwaarde ten opzichte van een rechtsgang naar de hoogste instantie die zeer tijdrovend en kostbaar is. Die meerwaarde is veel kleiner wanneer doorprocederen tot aan die hoogste rechter met niet al te kostbare middelen en binnen een niet al te lange tijd mogelijk is. De situatie kan zich voordoen dat de gang naar die hoogste rechter zo kostbaar en tijdrovend is, dat partijen in bepaalde typen zaken die route vrijwel nooit bewandelen, bijvoorbeeld omdat de kosten van de procedure niet opwegen tegen de hoogte van de vordering. Zo kan het gebeuren dat rechtsontwikkeling op bepaalde terreinen vaak niet plaatsvindt omdat de belangrijke rechtsvragen, die zich (ook) op die terreinen voordoen, onbeantwoord blijven. Het is in die gevallen dat de meerwaarde van een prejudiciële procedure misschien het grootst is, omdat in dat geval de beantwoording van rechtsvragen door de hoogste rechter wordt bewerkstelligd die anders niet zou hebben plaatsgevonden.

2.3 Mogelijke nadelen

In potentie kan de inzet van de prejudiciële procedure ook nadelig uitpakken. Die nadelen kunnen zich in de eerste plaats voordoen in de concrete zaak waarin prejudiciële vragen worden gesteld. De partijen in die zaak krijgen te maken met een ‘tussenprocedure’ die leidt tot vertraging en mogelijk ook complicering van de behandeling van hun zaak. Sommige partijen hebben wellicht geen enkele behoefte aan het stellen van prejudiciële vragen in hun zaak. Vertraging van procedures kan zich ook voordoen bij de hoogste rechter die de prejudiciële vragen met voortvarendheid dient te beantwoorden. Om de prejudiciële vragen snel te kunnen beantwoorden, zal aan de beantwoording wellicht prioriteit moeten worden gegeven waardoor de afdoening van andere zaken die bij de hoogste rechter op de plank liggen op zich moet laten wachten.¹⁶

Als nadeel van de prejudiciële procedure wordt daarnaast genoemd dat beantwoording van rechtsvragen in een vroeg stadium van de procedure ongelukkig uit kan pakken omdat in die fase de feiten van de zaak onvoldoende vaststaan. Het gaat

¹⁵ Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 3.

¹⁶ Dit probleem doet zich natuurlijk niet voor wanneer ten behoeve van het beantwoorden van prejudiciële vragen bij de hoogste rechter ook de benodigde rechters en (juridische) ondersteuning worden aangetrokken zodat die taak niet tot een werklastverzwaring leidt.

bij de prejudiciële procedure weliswaar om de beantwoording van rechtsvragen, maar die beantwoording vindt niet plaats in een vacuüm. Vaak is enige feitelijke context noodzakelijk. Als die context bij de prejudiciële vraag onvoldoende wordt geboden, maakt dat een zinvolle beantwoording moeilijk.¹⁷ Ook kan de situatie zich voordoen dat de feiten na de prejudiciële beslissing anders komen of blijken te liggen, waardoor het antwoord op de rechtsvraag niet langer relevant is voor de zaak of zaken.

Daarnaast wordt tegen toepassing van een prejudiciële procedure ingebracht dat in bepaalde gevallen de rechtsontwikkeling wordt tegengewerkt juist omdat de prejudiciële vraag in een vroeg stadium wordt gesteld.¹⁸ Met de prejudiciële procedure wordt beoogd tot een spoedige beantwoording van een belangrijke rechtsvraag te komen, waarmee tevens wordt voorkomen dat lagere rechters uiteenlopende beslissingen nemen over aan hen voorgelegde rechtsvragen. Het ontbreken van die rechtspraak, en de eventuele discussie daarover in de literatuur, kan ook als een gemis worden ervaren. Is die rechtspraak er namelijk wel, dan kan de hoogste rechter die verschillende visies en oplossingsrichtingen bij zijn beantwoording betrekken en hoeft hij de rechtsvraag niet in een juridisch vacuüm te beantwoorden.

Tot slot kan als nadeel van een prejudiciële procedure worden gewezen op het gevaar dat de prejudiciële beslissing onttaardt in ‘pseudowetgeving’.¹⁹ Bij de prejudiciële procedure gaat het vaak om een rechtsvraag die voor een groot aantal gevallen (potentieel) relevant is. Komt die rechtsvraag via de reguliere route in een concrete zaak bij de hoogste rechter te liggen, dan wordt de rechtsvraag in het licht van die zaak beantwoord en bestaat de mogelijkheid om bij volgende, vergelijkbare zaken een eerder gedane uitspraak te bezien in het licht van de bijzonderheden van het geval waarin de uitspraak is gedaan. Bij de prejudiciële procedure ligt dit anders. Daar wordt een rechtsvraag beantwoord met het oog op afdoening van een groot aantal zaken. Die zaken liggen bij de prejudiciële rechter niet voor, terwijl daar wel over wordt ‘geoordeeld’, althans er wordt nu een antwoord gegeven op de prejudiciële vraag dat evident gevolgen gaat hebben voor die andere zaken. Er is in dit verband ook wel gewezen op het verbod in artikel 12 Wet algemene bepalingen: ‘Geen regter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn.’²⁰ Het gevaar bestaat dat de prejudiciële beslissing een verordonnerend karakter krijgt.

17 Van Kampen & Giesen 2013, p. 9. Ook de Afdeling advisering van de Raad van State uitte zich over onder meer dit punt kritisch: *Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 4, p. 3-4.*

18 Zo dachten enkele feitenrechters voorafgaand aan de invoering van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, aldus Van Kampen & Giesen 2013, p. 9. Zie ook Niessen 2016.

19 Dit kritiekpunt komt van de Afdeling advisering van de Raad van State, die op het voorstel tot invoering van een prejudiciële procedure in het civiele recht een negatief advies gaf: *Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 4.*

20 Giesen e.a. 2016, p. 36, voetnoot 50.

2.4 Tussenconclusie

De prejudiciële procedure is een instrument dat bedoeld is om rechtsvragen met een zaaksoverstijgend belang (vaak een rechtsvraag die in meerdere zaken speelt) spoedig beantwoord te krijgen door de hoogste rechter. Het instrument biedt daarmee een alternatief voor de route waarbij tot aan die hoogste rechter moet worden doorgeprocedeerd om de rechtsvraag op die manier definitief beantwoord te krijgen. De voordelen van een prejudiciële procedure kunnen worden samengevat als: het bevorderen van de rechtsontwikkeling, de rechtseenheid en de rechtszekerheid. Een bijkomend voordeel van de prejudiciële procedure is dat het instellen of voortzetten van procedures kan worden voorkomen. In welke mate de voordelen van het instrument zich voordoen is afhankelijk van het stadium waarin de prejudiciële vragen worden gesteld, de voortvarendheid waarmee de vragen worden beantwoord en de toegankelijkheid van de gebruikelijke route naar de hoogste rechter. De meerwaarde van de prejudiciële procedure is het grootst wanneer het bewandelen van die route door bijvoorbeeld de duur en de kosten effectief onmogelijk is en bepaalde rechtsvragen om die reden niet beantwoord worden. De prejudiciële procedure kan deze leemte in de rechtsontwikkeling dan opvullen.

Potentiële nadelen van de prejudiciële procedure zijn dat de zaak waarin prejudiciële vragen worden gesteld, vertraging oploopt en mogelijk complexer wordt. Partijen in die zaak hebben daar niet altijd behoefte aan. Daarnaast kan vertraging optreden in andere zaken bij de hoogste rechter omdat aan de prejudiciële beantwoording prioriteit wordt gegeven. Een ander nadeel ligt in het mogelijk ontbreken van een duidelijk (en definitief vastgesteld) feitencomplex op het moment dat prejudiciële vragen worden gesteld, waardoor een zinvolle beantwoording wordt bemoeilijkt. Een ander potentieel nadeel is het ontbreken van lagere rechtspraak die de hoogste rechter kan helpen bij zijn beantwoording. Tot slot zou in de beantwoording van de rechtsvraag het gevaar van ‘pseudowetgeving’ op de loer liggen.

In de volgende paragraaf bespreek ik de prejudiciële procedure in het civiele recht. Daarbij zal ik ook, aan de hand van de evaluatie van de wettelijke regeling, ingaan op de vraag in hoeverre de hiervoor genoemde voordelen van de procedure zich daar hebben verwezenlijkt en in hoeverre de potentiële nadelen zich voordoen.

3 De prejudiciële procedure in het civiele recht

3.1 Achtergrond

Sinds 2012 kunnen, zoals gezegd, in het civiele recht prejudiciële vragen worden gesteld aan de Hoge Raad. De invoering van de prejudiciële procedure in het civiele recht volgde op het rapport ‘Versterking van de cassatierechtspraak’ van de Commissie Normstellende rol Hoge Raad, de commissie-Hammerstein.²¹ Een belangrijke constatering in dat rapport was dat er bepaalde soorten zaken zijn waarin belangrijke rechtsvragen spelen die de Hoge Raad niet of niet tijdig bereiken. Daarbij speelde een rol dat de cassatieprocedure tijdrovend en kostbaar is. Een van de aanbevelingen om dat probleem op te lossen was om de mogelijkheid tot het invoeren van een prejudiciële procedure, met name in de civiele kamer, te onderzoeken. Langs de weg van een prejudiciële procedure zouden die zaken, althans de rechtsvragen die daarin spelen, dan toch en tijdig(er) aan de Hoge Raad kunnen worden voorgelegd. Daarmee zou de prejudiciële procedure bijdragen aan de rechtsontwikkeling, de rechtseenheid en de rechtszekerheid. De aanbeveling uit het rapport werd overgenomen en op 1 juli 2012 trad de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in werking.

3.2 De regeling op hoofdlijnen

Hoe is de prejudiciële procedure in het civiele recht nu precies vormgegeven? Daarover gaat deze paragraaf. Ik bespreek achtereenvolgens voor welke type vragen de procedure is bedoeld; de bevoegdheid van de lagere rechter; procedurele eisen aan de vraagstelling; de weigeringsmogelijkheden van de Hoge Raad; inhoudelijke aspecten van de beantwoording; de bindende werking van de antwoorden en de kosten van de procedure.

De regeling voor de prejudiciële procedure in het civiele recht is neergelegd in vier artikelen (art. 392-395 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)). De rechter²² kan in de procedure op verzoek van een partij of ambtshalve de Hoge Raad

²¹ Hammerstein e.a. 2008.

²² Aan vrijwel iedere feitenrechter komt de bevoegdheid toe om prejudiciële vragen te stellen, zo ook de kortgedingrechter. Alleen de rechter bij wie een verzoek op grond van art. 7:907 Burgerlijk Wetboek (BW) (procedure tot verbindendverklaring van een WCAM-schikking (Wet collectieve afwikkeling massaschade)) aanhangig is, heeft niet de bevoegdheid prejudiciële vragen te stellen.

een rechtsvraag stellen ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing. Vereist is dat het antwoord op deze vraag nodig is om op de vordering of het verzoek te beslissen en rechtstreeks van belang is voor:

- a. een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen (kortgezegd: *massavorderingen*), of
- b. de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet (kortgezegd: *talrijke feitelijk vergelijkbare zaken*).

Volgens de memorie van toelichting moet bij de a-categorie gedacht worden aan meerdere vorderingen die voortkomen uit dezelfde feitelijke oorzaak, bijvoorbeeld een (milieu)ram্প waarbij veel mensen worden getroffen.²³ Oorspronkelijk was het idee om de prejudiciële procedure alleen voor massavorderingen open te stellen. Er bestond echter twijfel of de beperking tot massavorderingen wel tot voldoende zaken zou leiden om ervaring met de procedure op te doen. Daarom werd aanbevolen om de procedure ook open te stellen voor zaken waarin dezelfde rechtsvraag speelt en waarin de feiten op elkaar lijken, maar waarin die feiten niet noodzakelijkerwijs dezelfde oorzaak hebben. Zodoende zou er genoeg ‘oefenstof’ worden geboden om met de prejudiciële procedure te leren werken. Dit heeft geleid tot toevoeging van de b-categorie. Die categorie is niet beperkt tot vorderingen of geschillen die uit dezelfde (schade)oorzaak voortvloeien. In de memorie van toelichting wordt de uitleg van nieuwe wetgeving als voorbeeld genoemd van een geval dat binnen het bereik van de b-categorie valt.²⁴ Wanneer precies sprake is van ‘talrijke’ feitelijk vergelijkbare zaken blijkt niet uit de wettekst en evenmin uit de parlementaire geschiedenis. In de memorie van toelichting staat dat omstandigheden die voor de invulling van het begrip ‘talrijk’ van belang kunnen zijn, niet alleen het aantal uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen zijn, maar bijvoorbeeld ook de omvang van de vorderingen en de maatschappelijke onrust. De voorwaarde dat het antwoord rechtstreeks van belang is voor andere feitelijk vergelijkbare geschillen, veronderstelt overigens niet dat ter zake van de feitelijke vergelijkbare zaken al procedures aanhangig zijn gemaakt.²⁵ Het mag dus gaan om potentiële, toekomstige zaken. Dat is ook logisch, omdat de prejudiciële procedure immers mede bedoeld is om andere procedures overbodig te maken.²⁶ De Hoge Raad lijkt het voldoende te vinden als de vragende rechter aannemelijk maakt dat een bepaalde rechtsvraag aanleiding kan geven tot meer geschillen.²⁷

In het vereiste dat het antwoord nodig is om op de vordering of het verzoek te beslissen, ligt besloten dat *geen hypothetische vragen* mogen worden gesteld. Maar als de noodzaak tot beantwoording na het stellen van de vraag komt te ontval- len (er is bijvoorbeeld inmiddels een schikking getroffen), dan kan de Hoge Raad

23 Kamerstukken II 2010/II, 32612, nr. 3, p. 4.

24 Kamerstukken II 2010/II, 32612, nr. 3, p. 4.

25 Kamerstukken II 2010/II, 32612, nr. 3, p. 13.

26 Zo ook Streefkerk 2015, p. 252.

27 Van der Wiel e.a. 2019, nr. 413.

beslissen de vraag toch te beantwoorden ‘indien hem dat geraden voorkomt’, bijvoorbeeld wanneer het antwoord voor andere zaken van belang blijft.²⁸

De lagere rechter is niet verplicht om prejudiciële vragen te stellen. Als een partij verzoekt om prejudiciële vragen te stellen, dan kan de rechter weigeren. Het stellen van prejudiciële vragen is een discretionaire bevoegdheid die ruimte laat voor een belangenafweging. Uit de memorie van toelichting komt naar voren dat het aan de rechter is om bijvoorbeeld het zaaksoverstijgende belang bij het stellen van een vraag af te wegen tegen het belang van partijen om ongehinderd voort te procederen.²⁹ Ook kan meespelen in hoeverre het verzoek om prejudiciële vragen te stellen, onderbouwd is. In de praktijk vindt vaak voorafgaand aan de formele vraagstelling overleg plaats tussen rechtbanken en hoven om zo de wenselijkheid en mogelijkheid van het stellen van een prejudiciële vraag te bekijken. In zulke overlegstructuren kan ook aan het licht komen dat tegenstrijdige uitspraken worden gewezen, wat de behoefte aan een prejudiciële vraag zal versterken.³⁰

Partijen moeten over het voornemen om prejudiciële vragen te stellen en over de formulering daarvan worden gehoord.³¹ De prejudiciële vragen dienen bij uitspraak te worden gesteld. Daarin moeten ook een uiteenzetting van het onderwerp van het geschil, de door de rechter vastgestelde feiten en de standpunten van partijen worden opgenomen. Ook moet de vragende rechter daarin motiveren waarom is voldaan aan de a- of b-categorie.

Nadat de uitspraak met de prejudiciële vraag of vragen naar de Hoge Raad is gestuurd, moet de vragende rechter de zaak aanhouden in afwachting van de beantwoording. De zaak blijft in de tussentijd aanhangig bij de vragende rechter.³² In andere lopende procedures waarvoor het antwoord op de prejudiciële vraag (mogelijk) ook van belang is, mag de rechter de zaak aanhouden, maar daartoe is hij niet verplicht. De rechter dient daarover een afweging te maken, waarbij de wens van partijen, die daarover ook moeten worden gehoord, een rol kan spelen.³³

Na ontvangst van de vragen door de Hoge Raad wordt daarvan mededeling op de website van de Hoge Raad gedaan.³⁴ De Hoge Raad heeft de bevoegdheid om aanstonds af te zien van beantwoording wanneer de vraag zich niet leent voor beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing of de vraag van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen.³⁵ Volgens de memorie van toelichting heeft de Hoge Raad op dit punt ‘maximale vrijheid’.³⁶ Redenen om van beantwoording af te zien zijn bijvoorbeeld dat:

28 Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 20-21.

29 Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 14.

30 Giesen e.a. 2016, p. 127.

31 De wet verbindt echter geen consequenties aan het schenden van deze voorschriften.

32 Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 15.

33 Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 15-16.

34 Die mededeling blijft staan tot ongeveer zes maanden nadat de vraag in een prejudiciële uitspraak is beantwoord.

35 Art. 393 lid 1 en lid 8 Rv; art. 3.3.6.1 Procesreglement HR.

36 Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 11.

- een nog niet behandeld verweer eventueel nog kan slagen waardoor beantwoording niet nodig (meer) is;³⁷
- er inmiddels een schikking is bereikt;³⁸
- er onvoldoende feiten zijn vastgesteld of te veel feiten worden betwist;³⁹
- het antwoord kan worden afgeleid uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad (een *acte éclairé*) of waarin over het antwoord (anderszins) redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan (een *acte clair*);⁴⁰
- de vraag van belang is voor een te gering aantal vorderingsrechten of geschillen;⁴¹
- de vraag al aan de orde is in een aanhangige cassatieprocedure;⁴²
- geen sprake is van een geval in de a- of b-categorie;⁴³
- beantwoording de taak van de Hoge Raad te buiten gaat;⁴⁴
- de vragende rechter de procedure om tot de vraagstelling te komen niet correct heeft gevolgd.⁴⁵

De procureur-generaal brengt over het voornemen om van beantwoording af te zien een advies uit.⁴⁶ De beslissing om de vraag niet te beantwoorden hoeft de Hoge Raad niet te motiveren, maar in de praktijk gebeurt dat wel, omdat daarmee voor de feitenrechters duidelijkheid ontstaat over de ‘weigeringsgronden’ die de Hoge Raad hanteert.

Neemt de Hoge Raad de prejudiciële vraag in behandeling, dan mogen partijen binnen een termijn van zes weken schriftelijke opmerkingen maken. De Hoge Raad kan ook *derden* gelegenheid bieden schriftelijke opmerkingen te maken.⁴⁷ De inbreng van derden kan de Hoge Raad een zo compleet mogelijk beeld geven van de maatschappelijke context van het geschil. Bovendien kunnen bepaalde derden ook een rechtstreeks belang hebben bij de prejudiciële beslissing.⁴⁸ De Hoge Raad kan eventueel ook een zitting houden waarop mondeling opmerkingen kunnen worden gemaakt. Nadat de termijn voor het geven van schriftelijke en/of mondelinge opmerkingen is verstreken, neemt de procureur-generaal een conclusie.⁴⁹

37 In HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614, NJ 2013/321 (*Van der Geest/Butin Bik q.q. en Duymel*) was er een nog niet behandeld verweer dat wellicht zou kunnen slagen, waardoor beantwoording van de prejudiciële vraag niet nodig werd geacht.

38 HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2017, NJ 2016/393 (*Massar/ DAS*) en HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834, NJ 2017/22 (*Synthon/Astellas*).

39 Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 11.

40 HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, NJ 2013/353 (*Van der Meer q.q./Pieper*) en HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1218, NJ 2019/55 (*Ameco/X*).

41 HR 16 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:345, NJ 2018/156 (*SSC/KLM c.s.*).

42 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:591, NJ 2019/163 (*X/Rabobank*).

43 HR 16 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:345, NJ 2018/156 (*SSC/KLM c.s.*).

44 Kamerstukken I 2011/12, 32612, C, p. 6-7.

45 In HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, NJ 2016/108, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Duinzicht/Tacq*), had de vragende rechter partijen niet gehoord over het voornemen om prejudiciële vragen te stellen. De Hoge Raad ging echter desondanks over tot beantwoording.

46 De Groot 2016. Het advies wordt niet aan partijen gestuurd en zij kunnen daarop dus ook niet reageren.

47 In het Procesreglement staat dat derden bij brief door de griffier kunnen worden uitgenodigd, maar de Hoge Raad kan ook een ‘open uitnodiging’ op de website of in een dagblad plaatsen; zie art. 3.3.8.1 en 3.3.8.2 Procesreglement HR.

48 Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 17.

49 De Hoge Raad stelt daartoe een datum vast, zie art. 3.3.13.1 Procesreglement HR.

Alleen partijen, niet de eventuele derden, krijgen gelegenheid om op de conclusie te reageren.⁵⁰

De Hoge Raad kan prejudiciële vragen die aan hem worden gesteld herformuleren.⁵¹ Bij de totstandkoming van de regeling heeft de Hoge Raad zelf voor deze bevoegdheid gepleit. Hij wees er daarbij op dat het stellen van goede vragen niet altijd eenvoudig is, vooral niet voor de rechter die daar niet veelvuldig mee te maken krijgt. Door herformulering zou het mogelijk worden een adequater antwoord te geven op een rechtsvraag die ook in talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken beantwoording behoeft.⁵² Partijen en derden kunnen in hun schriftelijke opmerkingen in de procedure aansturen op herformulering van de vraag.⁵³ Soms herformuleert de Hoge Raad de vraag niet, maar legt hij deze anders uit.⁵⁴ De wetgever heeft het aan de Hoge Raad overgelaten om te beoordelen of het na herformulering noodzakelijk is om partijen, derden en de procureur-generaal in de gelegenheid te stellen zich over de nieuw geformuleerde vraag uit te laten.⁵⁵

In de eerste prejudiciële beslissing (*Rabobank/Donselaar*) heeft de Hoge Raad als uitgangspunt uiteengezet dat hij zich niet gebonden acht aan de feitenvaststelling door de vragende rechter, maar dat hij in beginsel wel uit zal gaan van die feiten.⁵⁶ Prejudiciële vragen kunnen immers worden gesteld voordat de relevante feiten definitief zijn vastgesteld en daarbij komt dat in de prejudiciële procedure partijen en derden opmerkingen kunnen maken die de feiten ook weer in een ander licht zetten. Volgens de Hoge Raad komt hem daarom – met name waar het gaat om vragen die tot zogenoemde gemengde beslissingen (zie hierna) leiden – in een prejudiciële procedure wat de feiten betreft een grotere beoordelingsvrijheid toe dan in cassatie.

De prejudiciële vragen die aan de Hoge Raad worden gesteld, hoeven geen zuivere rechtsvragen te zijn, maar kunnen ook een gemengd karakter hebben. Dat wil zeggen dat ook feitelijke aspecten onderdeel uitmaken van de rechtsvraag. Het antwoord van de Hoge Raad op een gemengde rechtsvraag zal een zogenoemde *gemengde beslissing* inhouden.⁵⁷ Zulke beslissingen geven invulling aan open normen zoals de redelijkheid en billijkheid, de in het maatschappelijk verkeer betaamende zorgvuldigheid of de dringende reden die noodzakelijk is voor een ontslag op staande voet.⁵⁸ De Hoge Raad zal in zulke gevallen omstandigheden of feitelijke gezichtspunten aanwijzen die de rechter bij zijn beoordeling in aanmer-

50 Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 19-20. Zie ook art. 3.3.13.3 Procesreglement HR.

51 Art. 393 lid 7 Rv.

52 Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 20.

53 Zie bijv. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, NJ 2016/108, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Duinzigt/Tacq*); Concl. A-G Hammerstein voor HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011, NJ 2015/465, m.nt. S.F.M. Wortmann.

54 Vgl. HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3197, r.o. 3.3, NJ 2016/171, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Achmea/Demnati*).

55 Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 20.

56 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, r.o. 3.1, NJ 2013/123, m.nt. H.J. Snijders (*Rabobank/Donselaar c.s.*).

57 Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 8-9. Zie over gemengde beslissingen nader Frenk 2011, p. 115 e.v.

58 Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 10.

king moet nemen.⁵⁹ De Hoge Raad heeft ook wel eens volstaan met het geven van ‘hoofddlijnen’, omdat zich in de praktijk allerlei ‘feitelijke variaties’ kunnen voordoen die relevant zijn voor de beantwoording van deze vraag.⁶⁰

Het antwoord van de Hoge Raad in de prejudiciële beslissing is bindend voor de vragende rechter en partijen. Desondanks kan de uitspraak van de vragende rechter toch anders komen te luiden dan men op basis van de prejudiciële beslissing zou verwachten. Indien na de prejudiciële procedure de zaak wordt voortgezet, kunnen de feiten immers anders blijken of komen te liggen dan waar de Hoge Raad zijn antwoord op heeft gebaseerd. Het antwoord op de prejudiciële vraag is dan niet zozeer minder bindend, dan wel minder *relevant* voor de zaak in kwestie.⁶¹ Voor andere zaken waarvoor beantwoording van de vraag ook van belang was, heeft de prejudiciële beslissing *precedentwerking*.

Voor de prejudiciële procedure hoeft geen griffierecht te worden betaald. Het is immers de vragende rechter die de procedure start.⁶² Wel kunnen in de procedure kosten worden gemaakt voor het maken van schriftelijke opmerkingen en een eventuele schriftelijke of mondelinge toelichting. Voor de procedure bij de Hoge Raad zijn partijen verplicht een cassatieadvocaat in te schakelen, althans als zij aan die procedure willen deelnemen. Die proceskosten worden door de Hoge Raad begroot in de prejudiciële beslissing. De feitenrechter kan vervolgens in de proceskostenvergoeding waartoe een partij wordt veroordeeld ook deze kosten die door de wederpartij zijn gemaakt opnemen.⁶³ De Hoge Raad kan beslissen om geen kosten te begroten, gelet op de ‘aard van de procedure’.⁶⁴ De kosten die derden maken in de procedure komen niet voor vergoeding in aanmerking.

3.3 Succesfactoren

De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad is geëvalueerd in 2016.⁶⁵ De voornaamste conclusie van het evaluatierapport is dat de wet een onverdeeld succes is gebleken.⁶⁶ De regeling wordt regelmatig gebruikt, misschien zelfs wel meer dan werd verwacht. De regeling lijkt ook voldoende bekend te zijn bij het relevante publiek. Dat blijkt uit het feit dat niet alleen rechters erover nadenken om vragen te stellen maar ook civiele procespartijen die de regeling regelmatig betrekken bij hun processtrategie. De regeling zelf is bovendien eenvoudig van aard en opzet en daarom voldoende toegankelijk. Processuele problemen bij de inzet en het gebruik ervan doen zich volgens het evaluatierapport niet of nauwelijks voor. Verder wordt de wet door alle betrokken gebruikers verwelkomd, niet in de laatste plaats door

59 Een klassiek voorbeeld van een gemengde beslissing is HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136 (*Kelderluik*).

60 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*Telefoonabonnementen II*).

61 Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 21-22.

62 Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 22.

63 Art. 394 lid 2 jo. art. 393 lid 3 en 4 Rv; Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 21.

64 HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1273, NJ 2017/303.

65 Giesen e.a. 2016.

66 De conclusies van het onderzoek zijn samengevat in hoofdstuk 5 van het evaluatierapport. Zie voor een bondige weergave van de conclusies ook Giesen & Ortlep 2017, par. 1.3.

de Hoge Raad en het Parket. Wat maakt de civiele prejudiciële procedure nu in de praktijk zo succesvol?

Volgens het rapport hebben de welwillendheid van de Hoge Raad bij beantwoording van de prejudiciële vragen en de snelheid die daarbij is betracht in belangrijke mate bijgedragen aan het succes van de regeling. Prejudiciële vragen worden met voorrang behandeld en beantwoording volgt binnen ongeveer zes maanden. Als de vraag zich niet voor beantwoording leent, volgt dat oordeel al na enkele weken.⁶⁷ Daarnaast past de Hoge Raad omwille van de toegankelijkheid van de regeling geen strikte ontvankelijkheidstoets toe. Over de vraag of is voldaan aan de a- of b-categorie wordt niet moeilijk gedaan. Redenen daarvoor zijn dat men aanneemt dat de vragende rechters het beste zicht hebben op hoe vaak een rechtsvraag voorkomt of kan voorkomen. Daarnaast speelt mee dat de Hoge Raad niet te snel 'opvoedend' te werk wil gaan. Een handelswijze zoals van de Franse *Cour de Cassation* waarbij rechters 'op hun kop krijgen' wanneer ze een vraag durven te stellen die al beantwoord blijkt te zijn, is nadrukkelijk niet de bedoeling. Daarnaast is de Hoge Raad ruimhartig in de beantwoording. Zelfs wanneer de vragen 'gebrekking' zijn geformuleerd, is de Hoge Raad bereid deze te beantwoorden.⁶⁸

In het evaluatierapport wordt ook de conclusie getrokken dat de prejudiciële procedure beantwoordt aan de eigen doelstelling. Het instrument draagt bij aan de rechtsontwikkeling, en daarmee de rechtseenheid en rechtszekerheid. De onderzoekers stellen in algemene zin vast dat het merendeel van de prejudiciële beslissingen een rechtsvormende bijdrage levert. Weliswaar zijn de uitkomsten van de zaken van wisselend belang, maar alle uitspraken voegen iets toe aan de stand van het (civiele) recht en er zitten zeker een paar standaarduitspraken tussen. Andere antwoorden zijn daarnaast maatschappelijk van groot belang. Gelet hierop is het nut van de wettelijke regeling eigenlijk al gegeven.⁶⁹ Verder gaat het geregeld om zaken die zonder de prejudiciële procedure wellicht helemaal niet, of in ieder geval pas veel later, bij de Hoge Raad terecht zouden zijn gekomen. Dat eerste ('helemaal niet') geldt voor de vragen die door de kantonrechter zijn gesteld.

Ook de geïnterviewde 'gebruikers' van het instrument (procespartijen, vragende rechters, Hoge Raad, Parket) beschouwen de prejudiciële procedure van toegevoegde waarde voor de rechtsvorming. Naast het feit dat de procedure leidt tot een spoedigere beantwoording van een rechtsvraag noemen zij nog twee omstandigheden. Ten eerste is de Hoge Raad in een prejudiciële procedure geen cassatierechter, waardoor hij meer vrijheid heeft om al naar gelang hij dat nodig vindt te voorzien in bepaalde rechtsvormende antwoorden. Hij is niet gebonden aan specifieke oordelen van een rechtbank of hof en daartegen gerichte cassatiemiddelen. In een prejudiciële procedure zouden rechtsvragen dan ook in een 'zuiver(der) vorm' kunnen worden voorgelegd aan de Hoge Raad. De rechtsvragen zijn 'ont-

67 Giesen e.a. 2016, p. 96.

68 Giesen e.a. 2016, p. 94 verwijst naar Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7614, r.o. 5.3.7 (verval loonaanspraak bij arbeidsongeschiktheid), waarin de rechter verwijst naar de 'onder r.o. 5.3.1 t/m 5.3.6 geduide rechtsvraag' in plaats van zelf een vraag te formuleren.

69 Giesen e.a. 2016, p. 107-108.

daan van de ruis' die bij de normale cassatieprocedures meestal wel aanwezig is. In de tweede plaats zou de prejudiciële procedure van toegevoegde waarde zijn voor de rechtsvorming, omdat de Hoge Raad in een prejudiciële procedure niet kan 'duiken'. Daarmee wordt bedoeld dat de Hoge Raad in (reguliere) cassatieprocedures rechtsvragen die met het oog op de rechtsvorming van belang zijn, maar die in de ogen van de Hoge Raad in de specifieke procedure (nog) niet rijp zijn voor beantwoording, onbeantwoord laat door op andere gronden het cassatieberoep te honoreren of te verwerpen. In een prejudiciële vraagprocedure kan men, als de vraag eenmaal ontvankelijk wordt geacht, niet aanstonds van beantwoording afzien.⁷⁰

Of de prejudiciële procedure heeft geleid tot minder procedures blijft in het evaluatierapport in het midden. Bij de poging om de vraag te beantwoorden of er minder zaken zijn aangebracht door de prejudiciële antwoorden in een besliste zaak en of er andere, vergelijkbare zaken eerder door feitenrechters zijn afgewikkeld, bleek het vrijwel onmogelijk om vaste aanknopingspunten te vinden. Het effect wordt wel verondersteld aanwezig te zijn, maar een nauwkeurige inschatting kan moeilijk worden gegeven.⁷¹

3.4 Nadelen?

In het evaluatierapport wordt ook aandacht gevraagd voor enkele specifieke kritiekpunten.⁷² Het gaat dan in de eerste plaats om het gevaar dat te veel (overbodige) vragen worden gesteld, waardoor de regeling als gevolg van de te hoge werklust aan zijn eigen succes ten onder zou gaan. Andere kritiekpunten hebben betrekking op het kostenaspect van de verplichte cassatieadvocaat in de procedure bij de Hoge Raad en het niet-openbare karakter van het vooroverleg dat feitenrechters kunnen houden voorafgaand aan het stellen van prejudiciële vragen. In zijn algemeenheid wordt over de kritiekpunten bij de regeling in het rapport geconcludeerd dat deze van onderschikt belang zijn en het nut en de wenselijkheid van het instrument als zodanig niet aantasten. Hoe zit het verder met de mogelijke nadelen van de prejudiciële procedure die in paragraaf 2.3 zijn besproken? Ter herinnering, dat waren: vertraging in de zaak in kwestie bij de lagere rechter en in de reguliere zaken bij de hoogste rechter; de beantwoording vindt plaats op basis van nog niet definitief vastgestelde feiten; prejudiciële vragen zitten de rechtsontwikkeling van onderaf in de weg; het gevaar van pseudowetgeving. Hoe scoort de civiele prejudiciële procedure in de praktijk op deze aspecten?

De prejudiciële procedure leidt uiteraard tot vertraging van de procedure in de zaak waarin de vragen worden gesteld. Dat kan ook niet anders wanneer een tussenprocedure wordt ingevoerd. Maar omdat de beantwoording al na ongeveer een halfjaar volgt, is die vertraging te overzien. Met het formuleren van de vragen door de lagere rechter, en het horen van partijen daaromtrent, is ook enige tijd gemoeid, maar de vertraging die daaruit volgt, is eveneens te overzien. Of (de prioritering

70 Giesen e.a. 2016, p. 144-145.

71 Giesen e.a. 2016, p. 151 e.v.

72 Giesen e.a. 2016, p. 164 e.v.

van) de prejudiciële procedure tot vertraging leidt voor de cassatiepraktijk bij de Hoge Raad is moeilijk te zeggen. Vooralsnog lijkt dat niet het geval te zijn, omdat de werklast van het beantwoorden van prejudiciële vragen met ongeveer tien stuks per jaar te overzien is. Zou dat aantal aanzienlijk toenemen dan kan de reguliere cassatiepraktijk onder druk komen te staan, althans wanneer de Hoge Raad zijn soepele ontvankelijkheidstoets blijft hanteren en aan het beantwoorden van prejudiciële vragen prioriteit wenst te blijven geven. De regeling biedt de Hoge Raad echter flexibiliteit op dit punt en hij zou, in het uiterste geval, hogere drempels voor het stellen van prejudiciële vragen kunnen opwerpen, bijvoorbeeld door strenger te toetsen of de rechtsvraag in talrijke andere zaken speelt, of door vaker gebruik te maken van zijn bevoegdheid om beantwoording te weigeren omdat de vraag van onvoldoende gewicht is. De Hoge Raad bewaakt zodoende dus zelf de balans tussen reguliere cassatiepraktijk enerzijds en de prejudiciële vragenpraktijk anderzijds. Op dit punt hebben ook de feitenrechters een belangrijke poortwachtersfunctie. Op hen ligt een verantwoordelijkheid om de Hoge Raad niet te ‘overspoelen’ met vragen.

Voor het mogelijke probleem van de nog niet definitief vastgestelde feiten op het moment dat prejudiciële vragen worden gesteld, heeft de Hoge Raad een praktische oplossing gekozen. Hij acht zich niet gebonden aan de feitenvaststelling van de vragende rechter maar gaat daar in beginsel wel van uit. Op die manier bestaat er enige houvast. Bij de totstandkoming van de wet werd ook door de wetgever al onderkend dat het in wezen inherent is aan een *prejudiciële* procedure dat de feiten alleen nog voorlopig vaststaan.⁷³ Problematisch wordt het wanneer de feiten na beantwoording zo anders komen of blijken te liggen dat het prejudiciële antwoord voor de zaak in kwestie relevantie verliest. Op dit punt bestaat opnieuw een verantwoordelijkheid voor de feitenrechters. Die doen er verstandig aan geen prejudiciële vragen te stellen in zaken waarin de feiten nog te zeer onduidelijk zijn. De Hoge Raad pleegt in de situaties dat de feiten in de individuele gevallen te zeer uiteen kunnen lopen een gemengde beslissing (of beantwoording op hoofdlijnen) te geven.⁷⁴ Overigens doet het probleem van de nog niet definitief vastgestelde feiten zich veel minder voor wanneer een meer zuivere rechtsvraag aan de Hoge Raad wordt voorgelegd, waarbij de feiten van de zaak er voor de beantwoording van die vraag niet zo toe doen.

Hoe zit het met het nadeel dat de prejudiciële procedure rechtsontwikkeling van onderaf in de weg zou zitten? Het evaluatierapport spreekt van *discoursontwikkeling* als rechtsvormingsinstrument. De vraag is hoe de prejudiciële vraagprocedure zich verhoudt tot dit mechanisme van rechtsvorming. Een voordeel van de prejudiciële procedure is dat, indien er een ‘*clash of opinions*’ is of dreigt tussen rechtbanken en/of hoven, de Hoge Raad snel een knoop kan doorhakken. Ook rechters onderschrijven dit voordeel van de prejudiciële procedure. Bij tegenstrijdige uitspraken zou de feitenrechter dan ook ‘niet een te grote broek moeten aantrekken (aldus een rechter)’ door zelf te beslissen, maar juist prejudiciële vragen moeten stellen. In bepaalde gevallen zou het wellicht wenselijker kunnen zijn om eerst een bepaalde

73 Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 7-9.

74 Bijvoorbeeld in HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (Telefoonabonnementen II).

mate van rechtsvorming bij de rechtbanken en hoven te laten plaatsvinden, alvorens een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad wordt voorgelegd, bijvoorbeeld in het geval van rechtsvragen waarop vele verschillende antwoorden mogelijk zijn, vervolgvragen kunnen rijzen of de praktische implicaties van mogelijke antwoorden voor de rechtspraktijk nog niet duidelijk zijn.⁷⁵ Waar bij de andere hiervoor besproken potentiële nadelen geldt dat die zich niet of nauwelijks voordoen in de civiele regeling, geldt voor de discoursontwikkeling wel degelijk dat de inzet van de prejudiciële procedure daaraan afbreuk kan doen. Het is daarom van belang dat de vragende rechters en de Hoge Raad verstandig met de inzet van het instrument omgaan. De civiele regeling biedt daarvoor de ruimte. In de eerste plaats omdat de rechtbanken en hoven *bevoegd* zijn om prejudiciële vragen te stellen, maar daartoe niet verplicht zijn. Het is aan de feitenrechter om een afweging te maken over de wenselijkheid van het stellen van een prejudiciële vraag. Daarbij kunnen het gebrek aan discoursontwikkeling over een omstreden kwestie en het gebrek aan inzicht over de mogelijke implicaties van de rechtsvraag legitieme redenen zijn om van het stellen van de vraag (voorlopig) af te zien. Ik zie ook niet in waarom de Hoge Raad diezelfde redenen niet zou gebruiken om een dergelijke rechtsvraag, wanneer die wel wordt gesteld, terughoudender of beperkter te beantwoorden.

Tot slot het bezwaar dat de prejudiciële procedure het gevaar in zich draagt dat de beantwoording tot pseudowetgeving leidt. Bij de totstandkoming van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad werd dit punt ook al geadresseerd door de wetgever. Die merkte wat mij betreft terecht op dat van pseudowetgeving of een verordonnerend karakter van de prejudiciële beslissing geen sprake hoeft te zijn. De prejudiciële procedure verlangt van de Hoge Raad meer een rechtsvraag-gerelateerde dan een zaakgerelateerde opstelling. In een prejudiciële procedure dient daarom met meer afstand van individuele feiten en omstandigheden tot een beantwoording te worden gekomen, wil het antwoord ook betekenis hebben voor andere feitelijk vergelijkbare zaken. Het antwoord is geen specifieke uitspraak over een concreet individueel geschil, maar een antwoord dat, uitgaande van gemeenschappelijke (of soortgelijke) feiten, richtinggevend is voor een veelheid aan zaken die gegrond zijn op deze feiten. De beantwoording zal dan eerder bestaan uit de formulering van algemenere, richtinggevende uitgangspunten die bij de afwikkeling van deze zaken behulpzaam kunnen zijn. Bij die afwikkeling is er dan alle ruimte om rekening te houden met de bijzonderheden van het geval.⁷⁶ Zolang die ruimte er is, zie ik niet dat de prejudiciële beslissing het karakter van pseudowetgeving zou dragen.

3.5 Tussenconclusie

De prejudiciële procedure in het civiele recht werd in 2012 ingevoerd met het oog op het versterken van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad. Met de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad is beoogd te voorzien in de behoefte aan een spoedige beantwoording van rechtsvragen met een zaaksoverstijgend belang die

⁷⁵ Giesen e.a. 2016, p. 148 e.v.

⁷⁶ Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 4, p. 5-6.

anderszins niet of niet tijdig bij de Hoge Raad kwamen, met name vanwege de duur en de kosten van de cassatieprocedure. In de regeling is ervoor gekozen om de procedure van toepassing te laten zijn op (a) massavorderingen of (b) talrijke feitelijk vergelijkbare zaken. Daarnaast moet het gaan om een rechtsvraag, in meer of minder zuivere vorm en moet de beantwoording noodzakelijk zijn voor afdoening van de zaak (geen hypothetische vragen).

Uit de evaluatie van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad blijkt dat de regeling zelf vanwege aard en eenvoud erg toegankelijk is en nauwelijks tot processuele problemen leidt. Maar belangrijker nog voor het succes van het instrument is de toepassing die daaraan door de belangrijkste spelers wordt gegeven. Omdat de regeling geen *verplichting* is voor de feitenrechters om prejudiciële omvragen te stellen maar hun de *bevoegdheid* daartoe biedt, is het in de eerste plaats aan hen om in voorkomende gevallen een afweging te maken over de wenselijkheid van het stellen van een vraag. De Hoge Raad op zijn beurt heeft ruime vrijheid om de beantwoording van prejudiciële vragen (aanstonds) te weigeren, maar heeft ook de vrijheid genomen om juist niet al te strikte ontvankelijkheidseisen te stellen aan de prejudiciële vragen die worden gesteld. Het is met name de welwillende opstelling van de Hoge Raad geweest en de voortvarendheid van de beantwoording die de civiele prejudiciële procedure volgens het evaluatierapport tot een succes hebben gemaakt. Uit dat rapport blijkt ook dat de beoogde voordelen van het instrument, het bevorderen van de rechtsontwikkeling, de rechtseenheid en de rechtszekerheid zich hebben verwezenlijkt. Opvallend is verder de constatering in het evaluatierapport dat de prejudiciële procedure de rechtsvorming ook bevordert door de wijze waarop de vragen aan de Hoge Raad worden voorgelegd: zuiverder en ontdaan van de 'ruis' die zich in de normale cassatieprocedure voordoet. De potentiële nadelen van de prejudiciële procedure doen zich bij de civiele regeling niet of nauwelijks voor of kunnen door een verstandige inzet van het instrument worden ondervangen.

In de inleiding gaf ik al aan dat de civiele prejudiciële regeling als blauwdruk is gebruikt in het belastingrecht en de Tijdelijke wet Groningen. Mocht het aankomen op een prejudiciële procedure in het bestuursrecht, dan ligt het voor de hand dat de civiele regeling ook daar als blauwdruk zal dienen. Dat lijkt mij gelet op het succes van de regeling ook zeer wenselijk. Bepaalde aspecten van de prejudiciële procedure in het bestuursrecht eisen echter een andere benadering. Die aspecten bespreek ik de volgende paragraaf.

4 Naar een prejudiciële procedure in het bestuursrecht?

4.1 Behoeft in het bestuursrecht

In de vorige paragrafen heb ik uiteengezet dat de prejudiciële procedure een instrument is ter bevordering van de rechtsontwikkeling en daarmee ook de rechtszekerheid en rechtseenheid. Door het spoediger beantwoorden van een belangrijke rechtsvraag kunnen procedures worden voorkomen. Het behoeft geen pleidooi dat er ook in het bestuursrecht op die aspecten nog winst te behalen valt. De vraag is in hoeverre de prejudiciële procedure daarvoor een geschikt instrument is.

In de paragrafen 2 en 3 omschreef ik dat de mate waarin de prejudiciële procedure bijdraagt aan de rechtsontwikkeling, de rechtseenheid en de rechtszekerheid afhankelijk is van het stadium waarin de prejudiciële vragen worden gesteld, de voortvarendheid van de beantwoording en de toegankelijkheid en snelheid van de reguliere route naar de hoogste rechter om een rechtsvraag via die weg beantwoord te krijgen. De civiele prejudiciële procedure heeft een grote meerwaarde omdat prejudiciële vragen in een vroeg stadium kunnen worden gesteld, de beantwoording relatief snel volgt en de reguliere route naar de Hoge Raad via het instellen van cassatie daarentegen tijdrovend en duur is. Verder bleek uit het evaluatierapport van de civiele regeling dat de prejudiciële procedure ook een bijdrage kan leveren aan de rechtsvorming door de wijze waarop de rechtsvraag wordt voorgelegd ('ontdaan van ruis') en de wijze waarop binnen de prejudiciële procedure de Hoge Raad de vragen beantwoordt (geschikt voor afdoening van een groot aantal gevallen).

Hoeveel spoediger zou een antwoord op een prejudiciële vraag kunnen komen vergeleken met de gewone rechtsgang via hoger beroep naar de hoogste bestuursrechters? In het bestuursrecht wordt in bijna alle gevallen slechts in maximaal twee rechterlijke instanties geprocedeerd. Daarmee is er maar één stadium, namelijk in de procedure bij de rechtbank, waarin prejudiciële vragen kunnen worden gesteld. De route naar de hoogste bestuursrechter is dus om die reden al korter dan in het civiele recht, omdat niet eerst nog bij een tweede instantie (gerechtshof) hoeft te worden geprocedeerd voordat men bij de hoogste bestuursrechter aan mag kloppen. Hoe zit het met de duur van de hogerberoepsprocedure? Die loopt uiteen voor de verschillende colleges. Volgens de jaarverslagen kende de CRvB in 2019 een gemiddelde doorlooptijd van 80 weken, het CBB van 49 weken en de Afdeling van

34 weken in de Algemene Kamer en elf weken in de Vreemdelingenkamer.⁷⁷ Zou het de hoogste bestuursrechters lukken om een prejudiciële vraag in ongeveer zes maanden te beantwoorden, dan is er dus zeker wel winst te behalen. Overigens moet bij dit aspect ook betrokken worden dat de doorlooptijd bij de rechtbank ook iets toeneemt omdat prejudiciële vragen moeten worden geformuleerd en partijen daarover moeten worden gehoord. Verder hoeft de beantwoording van een prejudiciële vraag niet te betekenen dat daarmee de zaak ook definitief is afgedaan. Partijen hebben, nadat de rechtbank met inachtneming van de prejudiciële beslissing uitspraak heeft gedaan, alsnog de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen. Er bestaat dus een risico op stapeling van procedures, waardoor de uiteindelijk doorlooptijd langer wordt. Maar in die hogerberoepsprocedure staat het antwoord op de rechtsvraag niet meer ter discussie. Bij de doorlooptijden die ik hierboven noemde, moet bovendien bedacht worden dat het gaat om gemiddelden. Juist in zaken waarin principiële geschilpunten blijken te zitten, schieten de hoogste rechters soms ver over die gemiddelden heen. De kans is groot dat als een hoogste rechter er van meet af aan alert op is dat in een zaak een principiële rechtsvraag schuilt, prioritering en dus een kortere doorlooptijd gaat lukken. En daarop is de kans weer groter wanneer een zaak via een prejudiciële vraag binnenkomt dan via een reguliere zaak.

Zijn er in het bestuursrecht daarnaast ook terreinen waarin nauwelijks hoger beroep wordt ingesteld en belangrijke rechtsvragen daarom nooit worden beantwoord, zodat de prejudiciële procedure op die terreinen in een leemte zou kunnen voorzien? Ongetwijfeld, al is het in algemene zin wel zo dat in het bestuursrecht opvallend vaak hoger beroep wordt ingesteld.⁷⁸

Anders dan bij het instellen van cassatie in het civiele recht speelt het kostenaspect van hoger beroep in het bestuursrecht geen heel grote rol. De verplichting van een (cassatie)advocaat bestaat in het bestuursrecht niet en de griffierechtarieven zijn lager. Desalniettemin kunnen die kosten – met name bij geringe financiële belangen – en de duur van de procedure maken dat van hoger beroep wordt afgezien.⁷⁹ Over de vraag of dat over de linie van een heel deelgebied van het bestuursrecht gebeurt, zijn mij geen onderzoeksgegevens bekend.

Behalve dat een prejudiciële procedure de beantwoording van een belangrijke rechtsvraag kan bespoedigen, is er nog een reden dat het instrument volgens mij in een behoefte voorziet. Het feit dat een zaak in hoger beroep wordt behandeld, wil namelijk nog niet zeggen dat een rechtsvraag in die zaak ook daadwerkelijk wordt beantwoord, laat staan dat het antwoord ook bruikbaar is voor de afdoening van andere vergelijkbare zaken. De reden daarvoor is dat de gewone hogerberoepsprocedure bij de bestuursrechter beperkingen kent als het gaat om het uitvoe-

77 En 48 weken in de (voormalige) Ruimtelijke-Ordeningskamer (thans ondergebracht in de Omgevingskamer), maar aangezien dit geen hogerberoepszaken zijn, laat ik dit buiten beschouwing.

78 Boekema 2015.

79 De duur van de procedure kan een rol spelen bij besluiten die op een gegeven moment 'uitwerken', vaak nadat een verzoek om voorlopige voorzieningen hangende bezwaar of beroep is afgevoerd. Te denken valt aan huisverboden, de weigering van een evenementenvergunning voor een bepaalde (feest)dag, of de sluiting van een café voor twee weken.

nen van een *rechtsvormende* taak, die bestaat uit het beantwoorden van belangrijke, zaak overstijgende rechtsvragen. In de eerste plaats omdat het geschil gewoonweg niet altijd (meer) gaat over die rechtsvraag. Partijen kunnen zich bij het oordeel van de rechtbank over de rechtsvraag hebben neergelegd. Soms hebben partijen ook niet goed in de gaten dat het antwoord op de rechtsvraag bepalend is voor hun zaak, met name wanneer die partijen zonder juridisch geschoolde procesvertegenwoordiging procederen. Kan de hoogste bestuursrechter dan ‘over de hoofden’ van partijen toch de rechtsvraag onderdeel uit laten maken van het hoger beroep? Dat is problematisch omdat de rechter dan wellicht buiten de omvang van het geding treedt.⁸⁰ Wat nu als partijen de rechtsvraag (althans het antwoord van de rechtbank op die vraag) wel onderdeel maken van hun hoger beroep? Ook dan hoeft de hoogste bestuursrechter de vraag niet altijd te beantwoorden, bijvoorbeeld omdat dat voor de beslechting van het geschil niet nodig is. Het is immers goed mogelijk dat de zaak op andere gronden kan worden afgedaan. Met name in het omgevingsrecht, waar appellanten soms tientallen gronden aanvoeren, is de kans fors aanwezig dat het hoger beroep ook op andere gronden kan of zelfs moet worden afgedaan. Die casuïstische manier van afdoen zou men kunnen omschrijven als ‘duiken’, maar dat is het niet. In zo’n geval doet de hoogste bestuursrechter gewoon wat de primaire taak van iedere bestuursrechter is: individuele geschilbeslechting. Dat is zeker het geval wanneer de zaak wordt afgedaan op de geschilpunten waar het partijen in de kern om gaat en dat zijn niet altijd de juridische kwesties. Veel geschillen gaan, ook in hoger beroep, gewoon over de feiten. Tot slot, wat nu als partijen de rechtsvraag wel onderdeel maken van hun hoger beroep en de hoogste bestuursrechter niet aan beantwoording van die vraag ontkomt? Wordt die vraag dan in een hogerberoepsprocedure ook op zo’n wijze beantwoord dat de beantwoording tevens zinvol is voor de afdoening van andere zaken? Met name in het geval van een gemengde beslissing⁸¹ hoeft dat niet zo te zijn. De hoogste bestuursrechter mag zo’n rechtsvraag nog altijd in het licht van de feiten van die zaak beantwoorden, terwijl de rechtspraak wellicht zit te wachten op een antwoord dat rekening houdt met uiteenlopende feiten en bij de afwikkeling van meerdere zaken behulpzaam kan zijn.

Samengevat kan de prejudiciële procedure in het bestuursrecht erin voorzien dat de beantwoording van belangrijke rechtsvragen door de hoogste bestuursrechters wordt bespoedigd. Bovendien is de prejudiciële procedure meer dan de hogerberoepsprocedure toegerust op het optimaal vervullen van de rechtsvormende taak van de bestuursrechter, waarmee ook de rechtszekerheid en rechtseenheid worden bevorderd.

80 Weliswaar vult de bestuursrechter de rechtsgronden aan (art. 8:69 lid 2 Awb), maar dat doet hij binnen de grenzen van het geding zoals partijen dat bepalen (art. 8:69 lid 1 Awb).

81 Vergelijk par. 3.2. Het gaat dan om een rechtsvraag waarvan de beantwoording sterk afhangt van de feitelijke context.

4.2 Toepassingsbereik

Zoals ik eerder omschreef in paragraaf 2.1 kent iedere prejudiciële procedure toepassingscriteria voor de gevallen waarin het stellen van prejudiciële vragen gerechtvaardigd is. Er moet bij het stellen van een prejudiciële vraag een zaaksoverstijgend belang spelen. Vrijwel altijd wordt ten minste vereist dat de rechtsvraag in meerdere zaken speelt. In welke gevallen zou het stellen van prejudiciële vragen in het bestuursrecht gerechtvaardigd kunnen zijn?

In de eerste plaats kan gedacht worden aan de gevallen waarin ook in het civiele recht de meeste prejudiciële vragen worden gesteld, te weten de gevallen in de b-categorie: de rechtsvraag speelt in ‘talrijke feitelijk vergelijkbare zaken’. Te denken valt aan de situatie dat (in een kort tijdsbestek) massaal individuele, met elkaar samenhangende conflicten ontstaan. De oorzaak hiervan kan een feitelijk gebeurtenis zijn, neem bijvoorbeeld de uitbraak van een dierziekte waardoor veel schadeclaims ontstaan. De aanleiding kan ook de wijziging van regelgeving of beleid zijn.⁸² De geschillen hangen vanwege de gemeenschappelijke oorzaak of aanleiding met elkaar samen. De kans is dan ook groot dat wanneer er een belangrijke rechtsvraag in één zaak rijst, die vraag ook in de andere (toekomstige) zaken speelt. Daarnaast kent het bestuursrecht de situatie dat burgers massaal tegen één en hetzelfde besluit procederen, omdat dat besluit (potentieel) vele belanghebbenden raakt. Veel van dat soort besluiten komen voor in het omgevingsrecht, waarin één besluit al snel een grote kring van belanghebbenden treft. Denk bijvoorbeeld aan besluiten over de aanleg van een weg of de uitbreiding van een luchthaven.⁸³ Het feit dat veel belanghebbenden door dat besluit getroffen worden, wil uiteraard nog niet zeggen dat het stellen van prejudiciële vragen altijd zinvol is. Waar het in zulke gevallen ook om moet gaan is dat die vele belanghebbenden belang hebben bij (spoedige) beantwoording van *dezelfde* rechtsvraag.⁸⁴

In de situaties hierboven bestaat het zaaksoverstijgende belang bij het stellen van prejudiciële vragen eruit dat vele individuele beroepen (al dan niet gericht tegen hetzelfde besluit) kunnen worden afgedaan met het antwoord op de prejudiciële vraag. Het zaaksoverstijgende belang bestaat dus in wezen uit een optelsom van die individuele belangen. Maar een zaaksoverstijgend belang kan mijns inziens ook aanwezig zijn wanneer *algemene* belangen gediend zijn bij een spoedige afronding van de rechterlijke procedure. Te denken valt aan (grote) ruimtelijke projecten waarbij het van belang is dat snel duidelijkheid wordt verkregen of het project doorgang kan vinden, zoals bij grootschalige woningbouw, de bouw van een ziekenhuis of projecten die een bijdrage leveren aan het halen van de klimaatdoelstel-

82 Zie hierover nader Schuurmans 2013.

83 Voor een zinvolle inzet van de prejudiciële procedure moet het dan wel gaan om besluiten waartegen hoger beroep openstaat. Voor sommige besluiten omtrent dit soort projecten (bestemmingsplannen, inpassingsplannen, tracébesluiten), is wettelijk geregeld dat beroep in eerste en enige aanleg openstaat bij de Afdeling.

84 Er zijn (omgevingsrechtelijke) besluiten waartegen weliswaar veel beroepen worden ingesteld, maar waarbij die beroepen materieel weinig met elkaar te maken hebben.

lingen.⁸⁵ Hoewel de prejudiciële procedure een tussenfase bij de rechtbank inlast, en de procedure wordt verlengd, kan het stellen van prejudiciële vragen in sommige gevallen desondanks wenselijk zijn. Ik denk dan aan rechtsvragen waarvan het zeer van belang is dat het antwoord daarop zo vroeg mogelijk in de procedure komt, omdat de voortgang of uitvoering van het project er volledig van afhangt. Daarbij valt te denken aan vragen over bepaalde milieuwetgeving (bijvoorbeeld regels over de toename van stikstofdepositie) die, wanneer van toepassing, kan maken dat een project niet op de gekozen locatie kan worden gerealiseerd. Bestuursorganen, maar ook (particuliere) initiatiefnemers van dit soort projecten, willen vermoedelijk zo vroeg mogelijk in de procedure weten waar ze aan toe zijn met dit soort kwesties, om te voorkomen dat kostbare investeringen (soms betaald met gemeenschapsgeld) voor niets worden gedaan. Gaat het bijvoorbeeld om een ontwikkeling die er hoe dan ook moet komen, zoals een ziekenhuis, dan is die snelheid waarmee duidelijk wordt dat het op de gekozen locatie niet kan, ook gunstig omdat de initiatiefnemers zo snel mogelijk hun tijd, geld en aandacht kunnen besteden aan een andere locatie.

Samengevat kan het zaaksoverstijgende belang bij het stellen van prejudiciële vragen in het bestuursrecht er wat mij betreft niet alleen uit bestaan dat veel, feitelijk vergelijkbare (toekomstige) zaken met het antwoord op de prejudiciële vraag kunnen worden afgedaan, maar ook dat in één zaak over een besluit waarmee grote, algemene belangen zijn gemoeid, zo snel mogelijk uitsluitel wordt gegeven over kwesties die de rechtmatigheid van dat besluit in de kern raken en daarmee mogelijk de uitvoering van het besluit onmogelijk maken.

4.3 Prejudiciële vragen in de bestuurlijke fase

In paragraaf 4.1 heb ik besproken in hoeverre het antwoord op een rechtsvraag door het stellen van een prejudiciële vraag sneller kan worden gegeven dan wanneer de rechtbank zelf antwoord geeft, partijen in hoger beroep gaan en de hoogste bestuursrechter de vraag in die aanhangige hogerberoepszaak beantwoordt. Een aanwijzing dat die tijdwinst niet zo groot zal zijn als in het civiele recht, is dat er in het bestuursrecht niet in drie, maar maximaal in twee instanties wordt geprocedeerd.

Kenmerkend voor het bestuursrecht is echter dat het (juridische) geschil al vóór de gang naar de rechter kan ontstaan, namelijk in de bestuurlijke fase wanneer belanghebbenden een bezwaarschrift indienen tegen een primair besluit. De prejudiciële procedure zou nog beter kunnen worden benut, als al in die fase prejudiciële vragen zouden kunnen worden gesteld. Daaraan kunnen niet alleen burgers, maar misschien ook juist bestuursorganen een behoefte hebben. Bestuursorganen kunnen het antwoord op de rechtsvraag immers gebruiken bij het afdoen van talloze bezwaren. De legitimiteit van de besluitvorming wordt daarmee boven-

85 Overigens zijn voor veel van dit soort besluiten al wettelijke maatregelen getroffen om de procedure te verkorten (door toepassing van de Crisis- en herstelwet en het uitsluiten van hoger beroep bijvoorbeeld).

dien vergroot en in potentie wordt het instellen van beroepsprocedures door veel belanghebbenden voorkomen. Alle reden dus om te onderzoeken hoe het stellen van prejudiciële vragen in de bestuurlijke fase zou kunnen worden vormgegeven.

Een eerste vraag die dan rijst, is: wie mag de prejudiciële vragen stellen? Eén gedachte is dat de bevoegdheid om prejudiciële vragen te stellen ook aan bestuursorganen wordt gegeven. Hieraan kleven echter belangrijke bezwaren.⁸⁶ In de eerste plaats kan worden betwijfeld of bestuursorganen altijd over voldoende expertise beschikken om een belangrijke rechtsvraag op de juiste manier te formuleren.⁸⁷ Daarnaast kan worden gewezen op de poortwachtersfunctie die rechtbanken in de prejudiciële procedure vervullen. Wanneer de bevoegdheid zou worden toegekend aan bestuursorganen bestaat het gevaar dat te snel en te vaak prejudiciële vragen worden gesteld. Tot slot zou dit betekenen dat één partij wel erg veel invloed heeft op de wijze waarop het geschil aan de prejudiciële rechter wordt voorgelegd.⁸⁸ Mijns inziens moet de bevoegdheid om prejudiciële vragen te stellen voorbehouden blijven aan de rechter, juist vanwege zijn expertise en de poortwachtersfunctie die hij vervult. Een belanghebbende of het bestuursorgaan zou dus aan de rechter moeten verzoeken om prejudiciële vragen te stellen (zij kunnen een voorzet doen in de formulering daarvan), en die rechter beslist uiteindelijk of het stellen van prejudiciële vragen gerechtvaardigd is.

Welke rechter moet dat dan zijn? Ik zie hiervoor een rol weggelegd voor de voorzieningenrechter. De toegang tot de voorzieningenrechter is laagdrempelig en de procedure is kortdurend en dat maakt deze procedure zeer geschikt om een verzoek tot het stellen van prejudiciële vragen aan de rechter voor te leggen. Bovendien is de voorzieningenrechter nu al de bevoegde rechter om bepaalde beslissingen (voorlopige voorzieningen) te nemen hangende de bezwaarprocedure. Die 'gewone' voorlopigevoorzieningenprocedure komt hierna nog aan de orde. Aanvullend op die procedure zou ik willen pleiten voor een specifieke procedure bij de voorzieningenrechter gericht op het beantwoord krijgen van bepaalde rechtsvragen die spelen in de bestuurlijke fase. Die procedure zou er dan als volgt uitzien. Bij de voorzieningenrechter kan een verzoek worden gedaan om prejudiciële vragen te stellen aan de hoogste bestuursrechter wanneer beantwoording van die vraag nodig is om op het bezwaar te beslissen en er een zaakoverstijgend belang bij beantwoording de bestaat. Zo'n verzoek kan door een bestuursorgaan, maar ook door een belanghebbende bij het primaire besluit worden gedaan. De voorzieningenrechter beoordeelt of het stellen van prejudiciële vragen in de bestuurlijke fase daadwerkelijk gerechtvaardigd is. De voorzieningenrechter vervult hier dus de poortwachtersfunctie. De voorzieningenrechter is ook degene die de prejudiciële vragen formuleert. Besluit de voorzieningenrechter tot het stellen van prejudiciële vragen, dan doet hij dat in wezen ten dienste van de besluitvorming door het bestuursorgaan. Het is namelijk het bestuursorgaan dat de prejudi-

86 Zie hierover nader Barkhuysen & Schuurmans 2013, p. 736-739.

87 Bij de totstandkoming van de civiele regeling dacht de Hoge Raad dat het zinvol formuleren van prejudiciële vragen zelfs voor sommige *rechters* geen sinecure zou zijn. Vandaar dat hij pleitte voor een bevoegdheid tot herformulering; Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 20.

88 Barkhuysen & Schuurmans 2013, p. 739.

ciële beslissing vervolgens bij zijn besluitvorming (de beslissing op bezwaar) moet betrekken. De voorzieningenprocedure is met het stellen van de vragen (bij uitspraak gericht tot de relevante hoogste bestuursrechter) ten einde gekomen. Het bestuursorgaan hoeft dus niet te wachten op een (richtinggevende) uitspraak van de voorzieningenrechter, maar gaat direct aan de slag met de beantwoording van de prejudiciële vraag door de hoogste bestuursrechter. Gaat het om een rechtsvraag die van belang is voor de afdoening van veel, vergelijkbare bezwaren waarop het bestuursorgaan moet beslissen, dan zou er ook een regeling moeten zijn die het bestuursorgaan in staat stelt om die andere bezwaren in afwachting van de prejudiciële beslissing aan te houden.

Dit voorstel staat los van de mogelijkheid voor de voorzieningenrechter om in de ‘gewone’ voorlopigevoorzieningenprocedure, op verzoek of ambtshalve, een prejudiciële vraag te stellen. In de gewone voorlopigevoorzieningenprocedure kan de bezwaarmaker bij de voorzieningenrechter, in afwachting van de beslissing op bezwaar, verzoeken om een voorlopige voorziening als daartoe een spoedeisend belang bestaat.⁸⁹ Vaak bestaat de voorziening uit de schorsing van de inwerkingtreding van het besluit. In het civiele recht is het een aantal keer voorgekomen dat de kortgedingrechter prejudiciële vragen stelde aan de Hoge Raad.⁹⁰ Die mogelijkheid zou er wat mij betreft in het bestuursrecht ook moeten zijn, maar kent wel belangrijke beperkingen ten opzichte van mijn voorstel. Het stellen van prejudiciële vragen door de voorzieningenrechter is namelijk dan niet ten dienste van de besluitvorming door het bestuursorgaan, maar ten dienste van zichzelf. Hij heeft het antwoord nodig om uitspraak te doen. Bovendien kent de gewone voorlopigevoorzieningenprocedure de beperking dat alleen de *bezwaarmaker*, en niet tevens het bestuursorgaan, om een voorlopige voorziening kan verzoeken én er bovendien een spoedeisend belang bij het treffen van die voorziening moet bestaan. Dat laatste is niet altijd het geval. Voor sommige besluiten, neem bijvoorbeeld de weigering om een vergunning te verlenen, heeft het geen enkele zin om te verzoeken om schorsing.

Met het bieden van de mogelijkheid aan bestuursorganen en belanghebbenden om hangende bezwaar bij de voorzieningenrechter een verzoek te doen om het stellen van prejudiciële vragen aan de hoogste bestuursrechters wordt de prejudiciële procedure ook een instrument om in de bestuurlijke fase talloze vergelijkbare bezwaren af te doen en de legitimiteit van de besluitvorming te vergroten. Procedures bij de rechtbank kunnen daarmee worden voorkomen.

⁸⁹ Art. 8:81 Awb.

⁹⁰ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, NJ 2013/123, m.nt. H.J. Snijders (*Rabobank/Donselaar c.s.*); HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, NJ 2014/455, m.nt. H.B. Krans (*Molenbeek/Begeer c.s.*); HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901, NJ 2014/428 (*Massar/DAS*), met vervolg in HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2017, NJ 2016/393 (*Massar/DAS*); HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3197, NJ 2016/171, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Achmea/Demnati*); HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1087, NJ 2018/56, m.nt. H.J. Snijders, JBPt 2016/62, m.nt. E. Loesberg (*Wieland/GIA c.s.*); HR 13 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2068, NJ 2017/242, m.nt. A.H. Klip (*NVSA c.s./Staat*); HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190, m.nt. Th.M. de Boer (*MSI/Gabon c.s.*).

4.4 Prejudiciële grote kamer

Een prejudiciële procedure draagt bij aan de rechtseenheid door de spoedige beantwoording van een rechtsvraag. Daarmee kan worden voorkomen dat lagere rechters uiteenlopende uitspraken doen. Maar in het bestuursrecht bestaat nog een andere vorm van rechtseenheid, te weten die tussen de hoogste bestuursrechters. De situatie kan zich voordoen dat een prejudiciële vraag betrekking heeft op een bestuursrechtelijk vraagstuk waarmee alle bestuursrechtelijke colleges te maken (kunnen) hebben. Daarbij valt met name te denken aan procesrechtelijke vraagstukken, of vragen over de reikwijdte van bepaalde begrippen. Doet zo'n vraag zich voor in de gewone (hoger)beroepsprocedure bij een van deze colleges, dan kan sinds 2013 met het oog op de *rechtseenheid* of de *rechtsontwikkeling*, de zaak worden verwezen naar een zogenoemde grote kamer (art. 8:10a lid 4 Awb). Er wordt dan vanuit de Afdeling, de CRvB of het CBB een kamer samengesteld met leden uit de andere colleges, die als plaatsvervanger werkzaam zijn bij het college waarbij de zaak aanhangig is. Een uitspraak gedaan door een grote kamer maakt aan de rechtspraktijk duidelijk dat de uitspraak door alle colleges wordt onderschreven en richtinggevend is. Met het oog op het bevorderen van de rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters lijkt het mij essentieel dat de regeling voor de prejudiciële procedure in het bestuursrecht ook de mogelijkheid zou omvatten tot het instellen van een *prejudiciële grote kamer*, waarvan leden van de verschillende bestuursrechtelijke colleges deel uit kunnen maken. Het instellen van een grote kamer (vijf leden) in een prejudiciële procedure met toepassing van artikel 8:10a Awb is volgens mij niet mogelijk, omdat die bepaling gaat over 'aanhangige' zaken en een rechtsvraag die ter beantwoording voorligt bij de hoogste rechter niet als een aanhangige zaak wordt beschouwd.⁹¹ Er zou dus moeten worden voorzien in een specifieke wettelijke grondslag voor de prejudiciële grote kamer. Met een prejudiciële grote kamer waaraan leden van de Afdeling, de CRvB en het CBB kunnen deelnemen, kan het bereik van de prejudiciële beslissing worden vergroot tot zaken die bij de andere colleges aanhangig (kunnen) zijn en wordt de rechtseenheid daarmee bevorderd.

Hoe zit het met de deelname van de Hoge Raad aan de prejudiciële grote kamer? Voor de gewone grote kamer geldt dat de Hoge Raad daarbij niet direct betrokken is. Hij neemt echter wel indirect deel doordat leden van de Hoge Raad als staatsraad in buitengewone dienst in de Afdeling kunnen worden benoemd en langs die lijn kunnen worden ingezet als lid van een grote kamer. Vooralsnog is het niet mogelijk dat in een bij de Hoge Raad aanhangige zaak een grote kamer wordt samengesteld, waaraan leden van de andere colleges deelnemen. De Wet amicus

⁹¹ In zowel de civiele als de fiscale prejudiciële procedure wordt aangenomen dat de zaak gedurende de hele prejudiciële procedure *aanhangig* blijft bij de vragende rechter. Die blijft bijvoorbeeld ook bevoegd tot het treffen van voorlopige voorzieningen. Zie aangaande de civiele regeling: Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 15. Aangaande de fiscale regeling merk ik op dat in art. 27ga lid 5 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) staat dat de beslissing om een vraag ter beantwoording aan de Hoge Raad voor te leggen, de behandeling van de zaak (bij de rechtbank) schorst totdat een afschrift van de beslissing van de Hoge Raad is ontvangen. Ook hieruit blijkt dat de zaak zelf *aanhangig* blijft bij de vragende rechter.

curiae en kruisbenoemingen brengt daar verandering in.⁹² Deelname van zowel leden van de civiele kamer van de Hoge Raad als leden van de hoogste bestuursrechters in een prejudiciële grote kamer zou met name nuttig zijn wanneer het gaat om vraagstukken op het terrein van het schadevergoedingsrecht. Daar delen de civiele rechter en de bestuursrechter immers hun competentie. Dat die gedeelde competentie tot procesrechtelijk ingewikkelde situaties kan leiden, blijkt wel uit de Tijdelijke wet Groningen. Die wet maakt het mogelijk dat claims wegens aardbevingsschade in Groningen naast civielrechtelijk ook bestuursrechtelijk kunnen worden afgewikkeld. Een benadeelde kan een civielrechtelijke claim tegen de veroorzaker van de schade indienen (deze weg bestond al), maar ook een aanvraag doen om schadevergoeding bij het Instituut Mijnbouwschade Groningen (IMG). Zo'n aanvraag resulteert dan in een besluit waartegen beroep bij de bestuursrechter (rechtbank Noord-Nederland), en hoger beroep bij de Afdeling, kan worden ingesteld. Er bestaan dus twee formele wegen, over materieel dezelfde kwestie (dezelfde schade en schadeoorzaak). En ook *prejudicieel* bestaan er twee wegen. Op grond van artikel 392 Rv kunnen prejudiciële vragen worden gesteld aan de Hoge Raad. In de Tijdelijke Wet Groningen is, min of meer naar analogie van de civiele regeling, voorzien in een prejudiciële procedure waarbij prejudiciële vragen aan de Afdeling kunnen worden gesteld.⁹³

Ingewikkeld kan het worden wanneer de rechtbank (sector civiel recht of bestuursrecht) te maken krijgt met een rechtsvraag die niet zuiver civielrechtelijk en ook niet zuiver bestuursrechtelijk van aard is. Het zou de beantwoording van de gestelde vragen onnodig vertragen als de hoogste rechter aan wie een vraag is gesteld die niet (volledig) op zijn terrein ligt, die vraag (deels) niet-ontvankelijk zou moeten verklaren, en de rechtbank die vraag vervolgens (in zoverre) opnieuw zou moeten stellen aan de andere hoogste rechter.⁹⁴ Samenwerking tussen de Afdeling en Hoge Raad als prejudiciële rechters is dus zeer wenselijk, maar helaas naar huidig recht alleen nog maar mogelijk in een meervoudige kamer, omdat een wettelijke grondslag voor een prejudiciële grote kamer vooralsnog ontbreekt. Wellicht dat de wetgever hier nog even aan wil sleutelen. Zo kan er dan binnen het kader van de Tijdelijke wet Groningen alvast worden geëxperimenteerd met het instrument van de prejudiciële grote kamer.

4.5 Samenloop met de *amicus curiae* en de conclusie advocaat-generaal

In de inleiding merkte ik al op dat de prejudiciële procedure past in een rijtje rechtsvormende instrumenten waar ook de inzet van de *amicus curiae* en het vragen

⁹² Stb. 2020, 416.

⁹³ De Tijdelijke wet Groningen kent een a- en b-categorie vergelijkbaar aan de civiele regeling. Prejudiciële vragen kunnen worden gesteld wanneer het antwoord op de rechtsvraag van belang is (a) voor een veelheid aan aanvragen die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen, of (b) voor beoordeling van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende beroepen, waarin dezelfde vraag zich voordoet.

⁹⁴ Dit probleem is ook gesignaleerd door de president van de Hoge Raad en de voorzitter van de ABRvS in een gezamenlijke reactie naar aanleiding van het wetsvoorstel. De gezamenlijke reactie is te raadplegen op www.raadvanstate.nl/publicaties/consultaties/wetsvoorstel-versterking-groningen/gezamenlijke-reactie-van-de-hoge-raad-en/.

van een conclusie aan de advocaat-generaal in passen. Aan het slot van dit preadvies bespreek ik de mogelijkheid van samenloop van deze instrumenten. Kunnen de *amicus curiae* en de conclusie van de advocaat-generaal de prejudiciële procedure completeren of zitten ze elkaar misschien juist in de weg?

Het instrument van de *amicus curiae* maakt het mogelijk dat derden (anderen dan partijen) de gelegenheid krijgen om inbreng te leveren op de zaak. De meerwaarde van het instrument van de *amicus curiae* in een prejudiciële procedure is dat derden die niet betrokken zijn bij de zaak waarin de prejudiciële vragen worden gesteld, maar mogelijk wel bij een zaak waarin dezelfde rechtsvraag speelt, aan de procedure kunnen deelnemen. Zij kunnen een rechtstreeks belang hebben bij de beantwoording van de rechtsvraag. Daarnaast kunnen derden ook inzicht geven in de maatschappelijke implicaties van een prejudiciële beslissing. De prejudiciële procedures in het civiele recht, in het belastingrecht en in de Tijdelijke wet Groningen kennen allemaal deze figuur.⁹⁵ In het procesreglement van de Hoge Raad staat dat derden de gelegenheid kunnen krijgen schriftelijke (nooit mondelinge) opmerkingen te maken binnen een termijn van vier weken.⁹⁶ De Hoge Raad kan specifieke personen of instellingen uitnodigen, of een algemene uitnodiging uit doen gaan.⁹⁷ In de praktijk wordt het aan derden overgelaten om zelf alert te zijn op het aanhangig zijn van een relevante prejudiciële vraag door raadpleging van de website waarop alle vragen worden gepubliceerd en een verzoek te doen om schriftelijke opmerkingen te maken.⁹⁸ Een enkele keer wordt een derde gericht uitgenodigd.⁹⁹ Het is nog niet voorgekomen dat de Hoge Raad een algemene uitnodiging tot het maken van schriftelijke opmerkingen heeft doen uitgaan. De derden die tot nu toe verzoeken hebben gedaan om schriftelijke opmerkingen in een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad te mogen maken, zijn veelal belangenorganisaties of bedrijven.¹⁰⁰

De Afdeling, CRvB en CBB hebben nog nauwelijks ervaring met de *amicus curiae*. In drie zaken bij de Afdeling werden bij wijze van experiment derden uitgenodigd om inbreng te leveren in een zaak.¹⁰¹ De Wet *Amicus curiae* en kruisbenoemingen¹⁰² voorziet in een wettelijke grondslag voor het instrument in het bestuursrecht in de gewone beroeps-/cassatieprocedure in hoogste instantie bij ABRvS, CRvB, CBB en HR belastingkamer. De wet voorziet in de mogelijkheid om speci-

95 Art. 393 lid 2 Rv en art. 27gc lid 2 AWR luiden: 'De Hoge Raad kan bepalen dat ook anderen dan partijen binnen een daartoe te bepalen termijn in de gelegenheid worden gesteld om schriftelijke opmerkingen te maken. De aankondiging hiervan geschiedt op een door de Hoge Raad te bepalen wijze.' Art. 17 lid 2 Tijdelijke wet Groningen luidt: 'De Afdeling bestuursrechtspraak kan bepalen dat ook anderen dan partijen binnen een daartoe te bepalen termijn in de gelegenheid worden gesteld om schriftelijke opmerkingen te maken. De aankondiging hiervan geschiedt op een door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State te bepalen wijze.'

96 Art. 3.3.8.1 (civiel) en 5.1.8.1 (fiscaal) Procesreglement HR.

97 Art. 3.3.8.2 (civiel) en 5.1.8.2. (fiscaal) Procesreglement HR.

98 Van der Wiel e.a. 2019, nr. 436.

99 Zo blijkt uit de conclusie van de A-G van 9 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:158 (Staat der Nederlanden uitgenodigd).

100 De Groot 2016.

101 De resultaten van dit experiment zijn neergelegd in De Poorter, Van Heusden & De Lange 2018.

102 Stb. 2020, 416.

fieke derden uit te nodigen of om een algemene uitnodiging uit te laten gaan.¹⁰³ De Poorter e.a. wijzen op de mogelijk nadelige gevolgen voor de werklust en de doorlooptijden van de inzet van het instrument. Een algemene uitnodiging kan in potentie een stortvloed aan reacties opleveren die de doorlooptijden in potentie erg kunnen verlengen.¹⁰⁴ Dat kan in een prejudiciële procedure eens te meer nadelig zijn, omdat een kerndoelstelling van de inzet van dat instrument is, om spoedig antwoord op een belangrijke rechtsvraag te krijgen. De praktische werkwijze van de Hoge Raad om *amici* zelf een verzoek tot inbreng te laten indienen alvorens ze in de gelegenheid worden gesteld schriftelijke opmerkingen te maken, is in het licht van die doelstelling zo gek nog niet. Het verklaart ook waarom de Hoge Raad tot op heden nooit een algemene uitnodiging heeft doen uitgaan. Overigens is in de civiele prejudiciële procedure procesvertegenwoordiging door een cassatieadvocaat verplicht, ook voor de *amici*. Daarin zit dus al een zekere zeeffunctie die een stortvloed aan (onbruikbare) reacties van *amici* beperkt. In het belastingrecht kan de Hoge Raad bij een algemene uitnodiging eisen stellen aan de personen en organisaties die opmerkingen kunnen indienen en aan de vorm, inhoud en omvang van die opmerkingen.¹⁰⁵ Ook dat biedt een filter.

Na invoering van de *amicus curiae* in het bestuursrecht zullen de ervaringen moeten worden afgewacht. Ik acht het goed voorstelbaar dat het instrument in een bestuursrechtelijke prejudiciële procedure, als die eenmaal wordt ingevoerd, anders wordt aangewend dan in de gewone (hoger)beroeps-/cassatieprocedure. In ieder geval zullen de hoogste bestuursrechters bij de afweging om de *amicus curiae* in te zetten (en wat daarbij het uitnodigingsbeleid moet zijn) in een prejudiciële procedure moeten betrekken dat er mogelijk al veel zaken bij bestuursorganen of rechtbanken (aangehouden) op de plank liggen die een voortvarende beantwoording verlangen. Een algemene uitnodiging ligt dan minder voor de hand. In een prejudiciële procedure waarbij beantwoording van een rechtsvraag vooral van belang is voor een veelheid aan potentiële (dus toekomstige) zaken¹⁰⁶ zijn de mogelijkheden ruimer. Ook acht ik denkbaar, en wat mij betreft wenselijk, dat in de

¹⁰³ Het wetsvoorstel voorziet in een nieuw art. 8:12b Awb, dat luidt:

1. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven kunnen in zaken die bij hun college in behandeling zijn bij een meervoudige of grote kamer, anderen dan partijen in de gelegenheid stellen binnen een door het college te bepalen termijn schriftelijke opmerkingen te maken.
2. De aankondiging hiervan geschiedt op een door het college te bepalen wijze.
3. Van het voornemen om toepassing te geven aan het eerste lid doet het college mededeling aan partijen. Het college kan partijen in de gelegenheid stellen om hun wensen omtrent dat voornemen binnen een door hem te bepalen termijn schriftelijk aan hem kenbaar te maken.
4. Partijen kunnen binnen vier weken na de dag van verzending aan hen van de schriftelijke opmerkingen schriftelijk hun zienswijze met betrekking tot die opmerkingen naar voren brengen. Het college kan deze termijn verlengen.
5. Het college kan degenen die schriftelijke opmerkingen hebben gemaakt, uitnodigen ter zitting te verschijnen teneinde over hun opmerkingen te worden gehoord.
6. Indien het college toepassing geeft aan het vijfde lid, wordt daarvan aan partijen mededeling gedaan in de uitnodiging, bedoeld in artikel 8:56.'

¹⁰⁴ De Poorter, Van Heusden & De Lange 2018, p. 16.

¹⁰⁵ Art. 5.1.8.2 Procesreglement HR.

¹⁰⁶ Denk aan een rechtsvraag over de uitleg van begrippen in nieuwe wetgeving, zoals straks de Omgevingswet.

bestuursrechtelijke prejudiciële procedure met het oog op de voortvarende beantwoording een filter zoals in de fiscale regeling zou worden opgenomen.

Met het vragen van een conclusie aan de advocaat-generaal hebben de Afdeling, de CRvB en het CBB meer ervaring opgedaan dan met de *amicus curiae*. De conclusie van de advocaat-generaal is tot op de heden door de colleges vooral aangegrepen om te worden voorgelicht over belangrijke bestuursrechtelijke leerstukken, zoals de overschrijding van de redelijke termijn,¹⁰⁷ het belanghebbendenbegrip,¹⁰⁸ de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften¹⁰⁹ en het vertrouwensbeginsel.¹¹⁰ De conclusies tot nu toe hebben altijd een behoorlijke omvang gehad. De termijn voor het geven van een conclusie is zes weken (na de zitting). Daaraan gaan echter niet alleen maanden aan inhoudelijke voorbereiding vooraf, maar ook een uitvoerig selectieproces. Meestal is de gang van zaken zo dat eerst een inventarisatie is gemaakt van de onderwerpen die voor het vragen van een conclusie prioriteit hebben. Inspiratie voor de onderwerpen wordt gevonden in de eigen jurisprudentie van de colleges, jurisprudentie van de rechtbanken en commentaren in de wetenschap. Daarna wordt binnen de zaken die aan het college (in hoger beroep) worden voorgelegd, gezocht naar een geschikte zaak. Het selectieproces vergt een diepgaande bestudering van dossiers. Een zaak wordt bijvoorbeeld geschikt bevonden als de belangrijkste rechtsvragen binnen het leerstuk ook daadwerkelijk in die zaak rijzen en beantwoording nodig is om de zaak af te doen. Geen conclusie wordt gevraagd louter met het oog op hypothetische vragen. Ook het belang van partijen kan worden meegenomen in de afweging om al dan niet een conclusie te vragen. Een enkele keer is het voorgekomen dat een zaak pas na de zitting geschikt werd bevonden, en daarna om een conclusie werd gevraagd, hetgeen illustreert dat het selectieproces niet altijd vlekkeloos verloopt. Als een zaak eenmaal geschikt is bevonden, dient te worden nagedacht over de vragen die aan de advocaat-generaal worden gesteld en de formulering daarvan. De vragen die aan de advocaat-generaal worden voorgelegd gaan vergezeld van een feitenrelaas in de zaak. Al met al heeft het vragen van een conclusie in de (hoger)beroepsprocedure veel voeten in de aarde.

De ervaringen met de bestuursrechtelijke conclusie tot nu toe doen vermoeden dat het vragen van een conclusie in een prejudiciële procedure de doorlooptijd van die procedure mogelijk behoorlijk zal verlengen. Die vrees heb ik echter niet. Volgens mij zal het vragen van een conclusie in een prejudiciële procedure namelijk veel efficiënter plaatsvinden dan in de gewone (hoger)beroepsprocedure bij de colleges. In een prejudiciële procedure heeft immers bij de lagere rechter al de belangrijkste selectie plaatsgevonden. De tussenuitspraak waarbij de vragen worden gesteld bevat al een uiteenzetting van het onderwerp van het geschil, de door de rechter vastgestelde feiten en de standpunten van partijen.¹¹¹ De vragen zijn ook al geformuleerd en ook is duidelijk waarvoor de beantwoording van belang is en dat

107 Concl. A-G Widdershoven 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1586.

108 Concl. A-G Widdershoven 7 november 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3474.

109 Concl. A-G Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

110 Concl. A-G Wattel 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:896.

111 Dat is althans een vereiste in het civiele en belastingrecht en de Tijdelijke wet Groningen.

geen sprake is van hypothetische kwesties. Bij binnenkomst van de prejudiciële vragen is dus veel sneller inzichtelijk of sprake is van rechtsvraag waarvoor het vragen van een conclusie wenselijk is. Kortom, vertragende factoren bij het vragen van een conclusie in de (hoger)beroepsprocedure (onderwerpselectie, dossierbestudering, zaakselectie, formuleren vragen) doen zich in de prejudiciële procedure bij de hoogste bestuursrechter niet voor. De prejudiciële procedure is daarom beter toegerust op het vragen van een bestuursrechtelijke conclusie. Een prejudiciële vraag zal vermoedelijk ook niet strekken tot belichting van een compleet leerstuk. Ik verwacht in de prejudiciële procedure dan ook geen lijvige conclusies zoals we tot nu toe hebben gezien, maar juist veel bondigere conclusies (meer vergelijkbaar met de conclusies in het civiele recht). Anders dan bij de *amicus curiae* hoeft de conclusie in een prejudiciële procedure niet per definitie tot werklastverzwaring te leiden en zijn de doorlooptijden ook in zoverre niet in gevaar. De voorzet voor de beantwoording van de prejudiciële vragen in de conclusie kan de prejudiciële rechter immers juist veel werk uit handen nemen. Dat neemt niet weg dat het vragen van een conclusie in een prejudiciële procedure alsnog de doorlooptijd van die procedure enigszins kan verlengen (partijen moeten ook enige termijn krijgen op om de conclusie te reageren), maar ik schat die verlenging beperkt in. De prejudiciële procedure en de bestuursrechtelijke conclusie completeren elkaar dus uitstekend.

4.6 Tussenconclusie

In deze paragraaf heb ik geprobeerd antwoord te geven op de vraag of de prejudiciële procedure ook in het bestuursrecht in een behoefte kan voorzien. Die behoefte is er wat mij betreft zeker. Met de prejudiciële procedure kunnen ook in het bestuursrecht de rechtsvorming, de rechtszekerheid en de rechtseenheid worden bevorderd. Niet alleen omdat belangrijke rechtsvragen spoediger door de hoogste bestuursrechter kunnen worden beantwoord, maar ook omdat de prejudiciële procedure beter is toegerust om rechtsvragen te beantwoorden waarbij een zaakoverstijgend belang gediend is. Er kan sprake zijn van een zaakoverstijgend belang bij beantwoording van een rechtsvraag wanneer die rechtsvraag zich in potentie in veel feitelijk vergelijkbare zaken voordoet. Daarnaast kan het zaakoverstijgende belang ook zijn dat in één zaak over een besluit waarbij grote, algemene belangen zijn gediend, zo snel mogelijk uitsluitel wordt gegeven over kwesties die de rechtmatigheid van dat besluit in de kern raken en daarmee mogelijk uitvoering van het besluit onmogelijk maken. Omdat in het bestuursrecht in bijna alle gevallen slechts in maximaal twee rechterlijke instanties kan worden geprocedeerd, is de tijdwinst die met het stellen van een prejudiciële vraag hangende de procedure bij de rechtbank, kan worden behaald in potentie niet zo groot als in het civiele recht, waar in drie instanties kan worden geprocedeerd. Toch is de inzet van het instrument ook in het bestuursrecht nuttig, omdat de prejudiciële procedure meer dan de hogerberoepsprocedure is toegerust op het optimaal vervullen van de rechtsvormende taak van de bestuursrechter, waarmee ook de rechtszekerheid en rechtseenheid worden bevorderd. Om de meerwaarde van de prejudiciële procedure verder te vergroten zou het wenselijk zijn als het stellen van prejudiciële vragen ook in de bestuurlijke fase mogelijk zou worden gemaakt. Dat zou zo kunnen worden vormgegeven dat hangende de bezwaarfase belanghebben-

den of het bestuursorgaan de voorzieningenrechter kunnen verzoeken een prejudiciële vraag te stellen aan de hoogste bestuursrechter. Dat komt de kwaliteit en de legitimiteit van de besluitvorming ten goede. Omdat het bestuursorgaan met het antwoord op de rechtsvraag veel vergelijkbare bezwaren die op dat moment voorliggen, kan afdoen, kunnen procedures worden voorkomen. Ik heb verder voorgesteld tot invoering van een prejudiciële grote kamer. Daarin zouden niet alleen leden van de bestuursrechtelijke colleges moeten kunnen deelnemen, maar ook leden van de civiele kamer van de Hoge Raad, met name wanneer het gaat om rechtsvragen op het terrein van het schadevergoedingsrecht. In de Tijdelijke wet Groningen is dit helaas (nog) niet geregeld. Tot slot heb ik bezien in hoeverre andere rechtsvormende instrumenten, de *amicus curiae* en de bestuursrechtelijke conclusie, in de prejudiciële procedure zouden kunnen worden toegepast. Met het oog op een voortvarende behandeling moet met de inzet van de *amicus curiae* terughoudend worden omgegaan. De conclusie van de advocaat-generaal is echter bij uitstek een instrument dat optimaal kan worden ingezet in de prejudiciële procedure. Verdragende factoren bij het vragen van een conclusie in de (hoger)beroepsprocedure (onderwerpselectie, dossierbestudering, zaakselectie, formuleren vragen) doen zich in de prejudiciële procedure niet voor. De prejudiciële procedure is daarom beter toegerust op het vragen van een bestuursrechtelijke conclusie. Om die reden versterken deze instrumenten elkaar.

5 Afronding

De prejudiciële procedure is een instrument ter bevordering van de rechtsvorming, en daarmee de rechtseenheid en rechtszekerheid. Het instrument is bedoeld ter beantwoording van rechtsvragen met een zaaksoverstijgend belang en biedt een alternatief op de route waarbij tot aan de hoogste rechter moet worden doorgeprocedeerd om zulke rechtsvragen beantwoord te krijgen. In welke mate de voordelen van het instrument zich voordoen, is afhankelijk van het stadium waarin de prejudiciële vragen worden gesteld, de voortvarendheid waarmee de vragen worden beantwoord, en de toegankelijkheid van de gebruikelijke route naar de hoogste rechter. De prejudiciële procedure in het civiele recht is een groot succes gebleken. Niet alleen vanwege de aard en eenvoud van de regeling zelf, maar ook door de wijze waarop de feitenrechtters en de Hoge Raad toepassing hebben gegeven aan het instrument. Ook in het bestuursrecht bestaat behoefte aan dit instrument. Belangrijke rechtsvragen kunnen spoediger door de hoogste bestuursrechter worden beantwoord en bovendien is de prejudiciële procedure beter toegerust om rechtsvragen met een zaaksoverstijgend belang te beantwoorden. Om de prejudiciële procedure te optimaliseren zou de regeling wat mij betreft moeten worden aangevuld met de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen in de bestuurlijke fase via de voorzieningenrechter en de mogelijkheid om prejudiciële vragen te beantwoorden in een prejudiciële grote kamer.

De invoering van een prejudiciële procedure in het bestuursrecht zou een nieuwe taak in het leven roepen voor de hoogste bestuursrechtters. Na de intrekking¹¹² van het wetsvoorstel Organisatie hoogste bestuursrechtspraak vroegen de Hoge Raad, de Afdeling, de CRvB en het CBb in maart 2017 de politiek nog om een periode waarin geen institutionele veranderingen zouden worden voorgesteld voor de hoogste bestuursrechtspraak. Gevraagd werd om de betrokken colleges ‘rust te gunnen om waar nodig zichzelf te hervinden en verder te gaan met de inhoudelijke samenwerking om langs die weg de rechtseenheid in het bestuursrecht te bewaken en te bevorderen’.¹¹³ Invoering van de prejudiciële procedure is natuurlijk geen (institutionele) verandering van dezelfde orde als waartoe het wetsvoorstel strekte, maar een verandering is het evengoed, die bovendien leidt tot uitbreiding van het takenpakket en wellicht ook de nodige organisatorische veranderingen. Hopelijk zijn de hoogste bestuursrechtters daar na een rustperiode van bijna drie jaar enthousiast voor te krijgen.

¹¹² Kamerstukken II 2016/17, 34389, nr. 23; Kamerstukken II 2016/17, 34389, nr. 24.

¹¹³ De gezamenlijke reactie is te raadplegen op: www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Paginas/Bestuursrechtspraak-in-hoogste-instantie.aspx.

Geraadpleegde literatuur

Barkhuysen & Schuurmans 2013

T. Barkhuysen & Y.E. Schuurmans, 'Een prejudiciële procedure in het bestuursrecht?', *AA* 2013/10.

Boekema 2015

I.M. Boekema, *De stap naar hoger beroep: Een onderzoek naar appelgedrag van burgers in bestuursrechtelijke zaken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Frenk 2011

N. Frenk, 'De prejudiciële procedure: ruimere mogelijkheden voor de rechtsontwikkeling bij de toepassing van vage normen en onbepaalde begrippen', in: A.M. Hol e.a., *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Giesen e.a. 2016

I. Giesen e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Een tussentijdse evaluatie mede in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

Giesen & Ortlep 2017

I. Giesen & R. Ortlep, 'De prejudiciële vraagprocedure in het bestuursrecht: Een mogelijk succesverhaal?', *Trema* 2017, afl. 4.

De Groot 2016

G. de Groot, 'Ruimte voor rechtsontwikkeling in civiele procedures bij de Hoge Raad', *NTBR* 2016/45.

Hammerstein e.a. 2008

A. Hammerstein e.a., *Versterking van de cassatierechtspraak*, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag 2008.

Van Kampen & Giesen 2013

S.S. van Kampen & I. Giesen, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, valkuilen voor de Hoge Raad', *TCR* 2013/1.

Niessen 2016

R.E.C.M. Niessen, 'Prejudiciële vragen aan de Belastingkamer van de Hoge Raad', *NTFR* 2016/36.

De Poorter 2013

J.C.A. de Poorter, *Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2013.

De Poorter 2018

J.C.A. de Poorter, 'Rechtsvorming door de bestuursrechter en hoe het bovenindividuele perspectief in de rechterlijke procedure te verankeren', AA 2018/11.

De Poorter, Van Heusden & De Lange 2018

J.C.A. de Poorter, L.A. van Heusden & C.J. de Lange, *De amicus curiae geëvalueerd. Over de eerste indrukken van de inzet van het instrument van de amicus curiae in procedures voor de Afdeling bestuursrechtspraak*, Den Haag: Raad van State 2018.

Schuurmans 2013

Y.E. Schuurmans, 'Massale procedures in het bestuursrecht', NJB 2013/1251.

Streefkerk 2015

C.A. Streefkerk, 'De prejudiciële procedure bij de Hoge Raad', *Trema* 2015, afl. 8.

Tjittes & Meijer 2009

R.P.J.L. Tjittes & R. Meijer, 'Franse en Europese lessen voor een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad', *RM Themis* 2009/4.

Vandamme 2019

T. Vandamme, 'Het EU-Handvest van de grondenrechten en het EVRM ná Protocol 16: conflict of co-existentie?', *SEW* 2019/10.

Van der Wiel e.a. 2019

B. van der Wiel e.a., *Cassatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.