

Het EVRM als inspiratiebron en correctiemechanisme voor de Awb

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik*

I Inleiding

De Algemene wet bestuursrecht is niet in een vacuüm totstandgekomen, net zo min als zij zich daarin verder ontwikkelt. De Awb-wetgever moest en moet opereren binnen een kader waarin naast de wensen van de gebruikers en politiek, bestaande algemene en bijzondere wetgeving, de Grondwet, de rechtsbeginselen, het EU-recht en internationale verdragen, zoals het IVBPR, ook het EVRM een rol speelt. De Benthem-uitspraak van het Straatsburgse Hof heeft dat nog eens onderstreept door één van de pijlers van de Nederlandse bestuursrechtelijke rechtsbescherming, het Kroonberoep, in strijd te achten met de onafhankelijkheidseisen van artikel 6 EVRM.¹ Deze uitspraak uit 1985 was een echte eye-opener voor bestuursrechtelijk Nederland. Duidelijk werd dat het EVRM en met name artikel 6 van dit verdrag, waaraan bij de goedkeuring van het EVRM in de jaren vijftig van vorige eeuw in het geheel geen aandacht werd besteed, wel degelijk van belang konden zijn voor het bestuursrecht en dus ook voor de Awb.

Inmiddels bestaat de Awb meer dan 15 jaar terwijl het EVRM de 60 jaar al weer bijna is gepasseerd en kan worden vastgesteld dat de Awb regelmatig de EVRM-maat wordt genomen. Al dan niet op aangeven van justitiabelen of de wetenschap bezien wetgever, rechter en bestuur regelmatig of het EVRM noopt tot aanpassingen van de Awb zelf of de toepassing daarvan in onder meer jurisprudentie. De noodzaak hiertoe is in die jaren toegenomen nu de Awb fors is uitgedijd en op steeds meer terreinen van toepassing is, terwijl het Straatsburgse Hof het EVRM door een dynamische interpretatie tot een fijnmazig regelstelsel heeft ontwikkeld.

* Prof. mr. T. Barkhuysen is advocaat te Amsterdam bij Stibbe en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Mr. dr. M.L. van Emmerik is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de sector bestuursrecht van de rechtbank Amsterdam. Met veel dank aan Machteld Claessens, student-assistent, voor het verzamelen van het materiaal. Deze bijdrage is afgerond op 5 december 2009.

1 EHRM 23 oktober 1985, Benthem t. Nederland, AB 1986, 1, m.nt. Hirsch Ballin, NJ 1986, 102, m.nt. Alkema, NJCM-Bulletin 1985, p. 669 e.v., m.nt. Zwart; AB klassiek, zesde druk Deventer 2009, nr. 10, p. 139-150, m.nt. Barkhuysen.

Beide verjaardagen geven ons aanleiding om in deze bijdrage te bezien welke rol het EVRM de afgelopen jaren heeft gespeeld in de ontwikkeling van de Awb² en – voorzichtig – vooruit te blikken naar wat de toekomst mogelijk in petto heeft. Is het EVRM een inspiratiebron (geweest)? Heeft het verdrag een corrigerende functie (gehad)? Met het oog op het beantwoorden van deze vragen zal eerst worden ingegaan op de rol van het EVRM in het wetgevingsproces (par. 2). Daarna zal de blik worden gericht op de nationale en Straatsburgse jurisprudentie (par. 3). Nu Awb-evaluaties vaak de aanzet zijn gebleken tot aanpassingen van de Awb, zal in paragraaf 4 worden ingegaan op de rol van het EVRM in dat verband. Deze bijdrage wordt afgesloten met de aangekondigde vooruitblik (par. 5).

2 Invloed van het EVRM op het Awb-wetgevingsproces

2.1 Aanvankelijk beperkte invloed

Enerzijds is – als gezegd – bij de goedkeuring van het EVRM geen enkele aandacht besteed aan de mogelijke invloed van het EVRM op het Nederlandse bestuursrecht. Anderzijds is bij de totstandkoming van de wet Beroep Administratieve Beschikkingen in 1963 en de wet Arob in 1976 evenmin een spoor te vinden van enige EVRM-inspiratie.³ Dit is uiteraard niet verwonderlijk, aangezien het Straatsburgse Hof in de loop van de jaren zeventig überhaupt pas en op zeer bescheiden schaal uitspraken begon te doen. Het langdurige proces tot voorbereiding van de Awb is vooral ingegeven door nationale ontwikkelingen die de noodzaak duidelijk maakten van een belangrijke hervorming van het bestuurs(proces)recht. Pas in de loop van dit wetgevingsproces lijkt er Straatsburgse invloed te ontstaan met als startpunt het reeds genoemde Benthem-arrest. Over de mogelijke betekenis van artikel 6 EVRM voor het Nederlandse Kroonberoep was reeds in 1979 gewezen door Wiarda, de toenmalige Nederlandse rechter in het EHRM.⁴

2.2 Eerste en tweede tranche: algemeen kader en implementatie Benthem

2.2.1 Eerste tranche: het EVRM als kader

Het EVRM speelt in het kader van de *eerste tranche* van de Awb (hoofdstukken 1, 2, 3, 4, 6 en 7) een ondergeschikte rol, hoewel parlement en regering zich bewust zijn van het feit dat de regeling binnen de grenzen van dit verdrag tot stand moet

2 Daarbij beperken wij ons tot expliciete beïnvloeding van de Awb door het EVRM op basis van zoveel mogelijk primair bronnenonderzoek. Voor een studie naar de bijdrage die het EVRM in algemene zin levert of zou kunnen leveren aan de verwerkelijking van EVRM-rechten alsmede mogelijke knelpunten daarbij wordt verwezen naar o.m. G. Overkleeft-Verburg, 'De Algemene wet bestuursrecht en de (beperking van) grondrechten', in: *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, Deventer 1999, p. 129-153; H.J. Simon, 'Straatsburg als tijdbom onder het Nederlandse bestuursrecht?', in: *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, Deventer 1999, p. 155-192, m.n. p. 174-192.

3 Vgl. E.A. Alkema, 'Bestuursrecht en EVRM – Awb en artikel 6', *NTB* 1996, p. 18.

4 G.J. Wiarda, 'De betekenis van art. 6, eerste lid, ECRM voor de Nederlandse administratieve rechtsgangen', in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa, Opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten*, Zwolle 1979, p. 495 e.v.

komen. Zo wordt de regeling voor de verschoonbare termijnoverschrijding van artikel 6:11 Awb gedurende het wetgevingsproces iets aangescherpt om misbruik te voorkomen. Daarbij wordt expliciet overwogen dat artikel 6 EVRM de ruimte laat om zorgvuldigheidseisen te stellen bij het aanhangig maken van een geschil.⁵ Daarnaast heeft artikel 6 EVRM nog invloed gehad op de definitie van de van het begrip bestuursorgaan van artikel 1:1 Awb uitgezonderde rechterlijke organen. Het gaat daarbij naar analogie met artikel 6 EVRM om 'onafhankelijke, bij de wet ingestelde organen die met rechtspraak zijn belast'. Verder blijkt uit de memorie van toelichting dat door de overheid ingestelde tuchtrechtspraak ook onder deze uitzondering valt, nu het Straatsburgse Hof artikel 6 EVRM daarop ook van toepassing acht.⁶

2.2.2 Tweede tranche: uitgangspunten

De *tweede tranche* van de Awb (hoofdstuk 8) moet in verband worden gezien met het wetsvoorstel eerste fase herziening rechterlijke organisatie. In de memorie van toelichting geeft de regering aan dat er vijf knelpunten zijn in het dan bestaande stelsel van rechtsbescherming. Eén daarvan is voor deze bijdrage in het bijzonder van belang:

'Ten vijfde dient het Nederlandse stelsel geheel in overeenstemming te worden gebracht met de eisen die de artikelen 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBP) stellen. Daarbij dient uiteraard allereerst te worden gedacht aan de definitieve voorzieningen in kroongeschillen. In dat kader wordt de wetgever, misschien wel voor het laatst, opnieuw geconfronteerd met de vraag: administratie of rechter. Verder zal in alle gevallen waarin sprake is van een "criminal charge" in de zin van artikel 14, vijfde lid, van het IVBP rechtspraak in twee instanties mogelijk moeten zijn. De wetgever zal bij de regeling van de rechtsmiddelen dus nauwkeurig moeten nagaan of er in geval van sancties sprake is van een "criminal charge". Bij dit alles geldt dat de wetgever de internationale normen niet als maximum hoeft te hanteren. Wij wijzen er in dit verband op, dat het rechtsstatelijke uitgangspunt dat elk bestuursrechtelijk geschil aan een rechter moet kunnen worden voorgelegd, met zich brengt dat ook omtrent geschillen die niet door artikel 6 van het EVRM worden bestreken, het oordeel van een rechter moet kunnen worden ingeroepen.'⁷

Op bezorgde vragen van de PvdA-fractie over het respect van de rechter voor de beleidsvrijheid van het bestuur antwoordt de regering dat de vraag of het bestuur zijn beleidsvrijheid al dan niet heeft overschreden een rechtsvraag is die ter beoordeling van de onafhankelijke rechter staat. Verder merkt de regering op dat zij dit ook niet anders zou kunnen regelen als zij dat al zou willen:

5 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 221, nr. 5, p. 88-89.

6 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 30.

7 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 21.

‘Artikel 6 van het EVRM verplicht immers de verdragsstaten er toe, zorg te dragen voor een stelsel waarin de burgers hun rechtsconflicten ter beslechting aan de onafhankelijke rechter kunnen voorleggen, ongeacht of het gaat om een conflict met een andere burger of met een bestuursorgaan.’⁸

2.2.3 Tweede tranche: implementatie Benthem

De wetgever is zich blijkens deze citaten – inmiddels – terdege bewust van het feit dat de inrichting van de rechtsbescherming aan de internationale mensenrechtelijke normen moet voldoen (er moet beroep op een rechter openstaan, bij ‘criminal charges’ zelfs in twee instanties). Opvallend is verder dat benadrukt wordt dat het hierbij gaat om minimumnormen en dat vanuit rechtsstatelijke overwegingen wordt aangegeven om ook beroep op de rechter open te stellen wanneer dat niet direct is vereist op grond van het EVRM. Verwonderlijk is dat niet als we de reacties op de Benthem-uitspraak in oenschouw nemen. Alkema schreef in zijn al aangehaalde NJ-noot bij deze uitspraak het volgende:

‘Een parel uit de Kroon. Dat is het resultaat van dit lang verbeide maar voor sommigen toch nog overrompelende arrest. Vast staat nu, dat noch het Kroonberoep in zijn geheel noch de behandeling door de Afd. geschillen van bestuur RvS afzonderlijk kan gelden als een eerlijke berechting door een onafhankelijke en onpartijdige rechter in de zin van art. 6 Europees Verdrag mensenrechten. De uitspraak van de Kroon is een administratieve handeling, geen rechterlijk vonnis; de Afd. heeft slechts adviseerende, geen beslissende bevoegdheid.’

Hirsch Ballin merkte in zijn eveneens reeds aangehaalde AB-noot het volgende op:

‘In de par. 40 en 43 brengt het Hof (...) tot uitdrukking dat het bij de kwalificatie van een orgaan als “independent and impartial tribunal” aankomt op zijn staatsrechtelijke positie: de bevoegdheid om te beslissen (...) gecombineerd met onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Een orgaan dat onder ministeriële verantwoordelijkheid in beroep een nieuwe beschikking (...) geeft, kan niet een rechterlijk orgaan zijn, maar moet (...) als het zo’n bevoegdheid uitoefent, zelf aan rechterlijke controle onderworpen kunnen worden.’ En: ‘Het lijdt geen twijfel dat het Benthem-arrest een keerpunt vormt in de ontwikkeling van de administratiefrechtelijke rechtsbescherming in Nederland. (...) Te verwachten valt dat Nederland nu ook de weg zal gaan, die de meeste andere Westeuropese landen reeds eerder zijn gegaan, namelijk de invoering van een in principe sluitend stelsel van administratieve rechtspraak. De organisatorische vormgeving daarvan (...) zal nog veel inspanningen vergen.’

De voorgaande citaten illustreren treffend de ontvangst van het Benthem-arrest in Nederland. Een meerderheid wilde dat het Kroonberoep geheel zou worden afgeschaft en dat daarbij ruimhartig aan de Straatsburgse eisen tegemoet zou worden gekomen, hoewel sommigen het nog wilden handhaven voor zaken waarin

⁸ Kamerstukken II 1992/93, 22 495, nr. 10, p. 3-4.

evident geen burgerlijke rechten in het geding waren zoals dienstplichtzaken.⁹ In eerste instantie legde de civiele rechter een noodverband. Ondertussen kwam ook de wetgever in actie, zij het eerst met een tijdelijk bedoelde regeling. Op 1 januari 1988 trad de Tijdelijke wet kroongeschillen (Twk) in werking.¹⁰ Daarin kreeg de Afdeling Geschillen de bevoegdheid de eindbeslissing te nemen in de voormalige Kroongeschillen. Daarmee functioneerden er binnen de Raad van State twee rechtspreekende afdelingen: de Afdeling Rechtspraak onder de wet Arob en de Afdeling Geschillen onder de Twk. Voor geschillen over besluiten van algemene strekking (met name bestemmingsplannen) en zuivere bestuursgeschillen (geschillen tussen overheden, waarop – zo werd gesteld – artikel 6 EVRM niet van toepassing zou zijn) handhaafde de Twk echter het Kroonberoep. De handhaving van het Kroonberoep met betrekking tot besluiten van algemene strekking werd gemotiveerd met de stelling dat de rechter niet over het algemene beleid van bestuursorganen zou moeten oordelen (ook de rechtsmacht van de Arob-rechter was beperkt tot – concrete – beschikkingen). Deze redenering miskende, zoals de regering later in het kader van de tweede tranche Awb en de herziening van de rechterlijke organisatie ook zou toegeven,¹¹ echter dat niet de aard van de bestreden bestuurshandeling maar alleen de aard van het daarmee mogelijk geraakte recht van een betrokkene bepalend was voor de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM. Eigenlijk was men van de onhoudbaarheid van de uitsluiting van besluiten van algemene strekking ook al overtuigd toen de Twk werd ingevoerd, een overtuiging die werd versterkt door latere Straatsburgse uitspraken.¹² De Twk weerspiegelde ook de wens van de regering om zoveel mogelijk voordelen van het Kroonberoep te behouden. Zo kon de Afdeling Geschillen zelf in de zaak voorzien door na een vernietiging van een besluit zelf de juiste beslissing te nemen, waar veel andere bestuursrechters moesten volstaan met terugverwijzing naar het bestuur. Ook behield de Afdeling Geschillen de mogelijkheid om naast op rechtmatigheid ook op doelmatigheid te toetsen. Daarnaast had zij de omstrede en mede daardoor zeer weinig gebruikte bevoegdheid om beleidsadviezen te geven.

In het kader van de tweede tranche en de herziening van de rechterlijke organisatie kwam de wetgever uiteindelijk met een meer definitieve regeling. Er lag al sinds 1984 een advies van de Commissie van Zeben (Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie).¹³ Deze commissie had voorgesteld alle bestuursrechtspraak op te dragen aan bestuursrechtelijke kamers bij de rechtbanken, hoven en de Hoge Raad (zoals eerder voorgesteld door Loeff). Daarover was echter een heftig debat ontstaan, maar de regering werd door de Benthem-uitspraak en door het feit dat

9 Zie de bijdragen in N.S.J. Koeman e.a. (red.), *Kroonberoep en artikel 6 ECRM*, Deventer 1986.

10 *Stb.* 1987, 317.

11 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 48-51.

12 EHRM 25 oktober 1989, Allan Jacobsson t. Zweden, AB 1990, 334 m.nt. R.M. van Male; EHRM 27 november 1991, Oerlemans t. Nederland, *NJ* 1992, 66; in de wereld van de ruimtelijke ordening was er zeker verzet tegen deze ruime opvatting; zie met name P. de Haan, 'Het Kroonberoep inzake het bestemmingsplan: een strijd in Straatsburg waard', *NJB* 1986, p. 873-876, die handhaving van het Kroonberoep in bestemmingsplanzaken bepleitte vooral ook uit het oogpunt van rechtsbescherming van burgers (volledige heroverweging door een politiek orgaan).

13 Vgl. F.A.M. Stroink, *Rechterlijke organisatie in beweging*, Zwolle 1993.

de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State had te kampen met grote problemen als gevolg van het enorme aantal zaken dat zij op haar bord kreeg, gedwongen daadwerkelijke stappen te zetten. Dit resulteerde in (het aankondigen van) een herziening van de rechterlijke organisatie in drie fasen die in ieder geval conform het uitgangspunt van het advies van de Commissie Van Zeben was vormgegeven, namelijk integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht. In de eerste fase werden per 1 juli 1992 bij de rechtbanken sectoren bestuursrecht ingesteld. Deze zouden in eerste aanleg kennisnemen van ambtenarenzaken, sociale zekerheidszaken, de meeste Arob-zaken en Kroonzaken (met uitzondering van het beroep tegen onder meer de goedkeuring van bestemmingsplannen).¹⁴ Tegen uitspraken van deze sectoren kwam per 1 januari 1994 beroep open te staan op een uit de Afdeling Rechtspraak en de Afdeling Geschillen nieuw gevormde Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dan wel (voor ambtenaren en sociale zekerheidszaken) op de Centrale Raad van Beroep (ten aanzien van bestemmingsplannen was voorzien in beroep in eerste en enige aanleg bij deze nieuwe Afdeling bestuursrechtspraak). Dit uitgangspunt van rechtspraak in twee instanties werd ook in verband gebracht met het vereiste van rechtspraak binnen een redelijke termijn van artikel 6 EVRM, omdat daarmee sneller een uitspraak van een bestuursrechter beschikbaar zou komen door het ontlasten van de Afdeling. Daarbij werd aangegeven dat naast bestuurlijke boeten ook bepaalde sancties zoals de intrekking van een vergunning of het stilleggen van een bedrijf mogelijk als een 'criminal charge' zouden kunnen worden aangemerkt zodat daar eveneens op grond van artikel 14 lid 5 IVBPR rechtspraak in twee instanties zou zijn vereist.¹⁵ Ook kwam een uniform bestuursprocesrecht tot stand dat in de Algemene wet bestuursrecht werd opgenomen (tweede tranche Awb, hoofdstuk 8). In dat kader kregen de bestuursrechters in algemene zin de bevoegdheid om onder omstandigheden zelf in de zaak te voorzien (artikel 8:72 lid 4 Awb). De bevoegdheid van de Afdeling Geschillen om ook op doelmatigheid te toetsen en zelfs beleidsadviezen te geven kwam in de nieuwe constellatie echter niet meer terug. Ook de uitsluiting van beroep tegen besluiten van algemene strekking werd ongedaan gemaakt, met uitzondering op grond van artikel 8:2 Awb van besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. In dat kader stelde de regering:

'Niet alle geschillen die thans door de Afdeling geschillen van bestuur worden beslecht, vallen onder artikel 6 van het EVRM, in die zin dat zij rechtstreeks betrekking hebben op de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen. Het is, onder meer vanwege de dynamische (en ruime) uitleg die het EHRM geeft aan "burgerlijke rechten en verplichtingen", echter lang niet altijd mogelijk dat ondubbelzinnig vast te stellen. Mede gelet op de uitgangspunten dat het stelsel van rechtsbescherming onbetwistbaar in overeenstemming moet zijn met het EVRM en dat voor ieder bestuursrechtelijk geschil een onafhankelijke rechter beschikbaar moet zijn, wordt

14 Zie *Stb.* 1992, 299, Besluit tot inwerkingtreding van de Wet van 3 juni 1992 (*Stb.* 1992, 278) tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, de Ambtenarenwet 1929, de Beroepswet en enkele andere wetten (integratie raden van beroep/Ambtenarengerechten en arrondissementsrechtbanken; vereenvoudiging regelingen vorming en bezetting kamers).

15 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 495, nr. 6, p. 20-21.

daarom voorgesteld, de beslechting van alle geschillen waarover thans de Afdeling voor de geschillen van bestuur oordeelt, ook structureel te doen plaatsvinden door een administratieve rechter.¹⁶

Verder werd ook de uitzondering ten aanzien van bestuursgeschillen geschrapt en konden deze gewoon aan de bestuursrechter worden voorgelegd. De tweede fase werd in 2000 afgerond met de integratie van kantongerechten in de rechtbanken. Met deze implementatie van de Benthem-uitspraak kwam in ieder geval een einde aan de bloeiperiode van het administratieve beroep in Nederland. Opmerkelijk was dat juist in deze periode de figuur van het administratief beroep een plaats kreeg in de Grondwet (artikel 115) en dat er per 1994 een algemene regeling werd opgenomen in de Algemene wet bestuursrecht (in hoofdstuk 6 als onderdeel van de eerste tranche).

In het kader van de tweede tranche Awb valt verder op dat de bepalingen van artikel 8:62 (openbaarheid van de zitting en de uitzonderingen daarop) en artikel 8:78 (openbaarheid van de uitspraak) door de wetgever direct zijn geënt op artikel 6 EVRM.¹⁷

2.2.4 Tweede tranche: rechtseenheid

Tot op heden is het overigens niet meer gekomen van de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie, hoewel er vanuit het parlement tegenwoordig steeds meer op wordt aangedrongen het project weer op te pakken.¹⁸ In dat kader zou het hoger beroep in bestuursrechtzaken een plaats moeten krijgen in de gewone rechterlijke macht (bij de hoven) en zou er cassatierechtspraak moeten worden ingevoerd bij de Hoge Raad. Daarbij komt de oude verdeeldheid op dit punt weer om de hoek kijken en deze keer is er geen Straatsburgse uitspraak die duidelijk noopt tot actie. Bovendien spelen de belangen van de gevestigde instituties een rol. Geen van alle lijken zij hun huidige positie op te willen geven. Dat is te meer opmerkelijk als we in herinnering roepen de argumenten die de regering in het kader van de tweede tranche en eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie naar voren bracht ter indringende ondersteuning van de wenselijkheid in het kader van de derde fase te komen tot een volledige integratie aan de top van de rechtspraak. De regering benadrukte dat het principieel niet juist zou zijn het bereiken van de noodzakelijke rechtseenheid alleen over te laten aan het zelfregulerend vermogen van de betrokken rechterlijke instanties.¹⁹ Daarvoor zou een democratisch gelegitimeerd fundament en daarmee een wettelijke grondslag nodig zijn. Als bijkomend argument noemt de regering dat daarmee ook zeker wordt

16 *Kamerstukken II 1991/92*, 22 495, nr. 3, p. 50.

17 *Kamerstukken II 1991/92*, 22 495, nr. 3, p. 139 en 156.

18 *Kamerstukken II 2008/09*, 30 585, nrs. 25 en 26; voor het doorvoeren van de derde fase pleit ook de President van de Hoge Raad, Corstens, in een interview in *NJB* 2009, p. 1074-1081.

19 Het gaat dan om de noodzakelijke rechtseenheid bij de uitleg van de Awb, de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het ongeschreven bestuursprocesrecht. Daarnaast benadrukt de regering dat ook de uniforme uitleg van grondrechten zoals opgenomen in de artikelen 6, 8 en 14 EVRM essentieel is. Zie *Kamerstukken II 1991/92*, 22 495, nr. 3, p. 58.

gesteld dat de essentiële taak van rechtseenheid daadwerkelijk wordt uitgeoefend. Daarnaast geeft de regering ook een op het EVRM gebaseerd argument tegen informeel rechterlijk overleg om tot rechtseenheid te komen in kwesties buiten praktische, processuele kwesties en het beleid met betrekking tot discretionaire procesrechtelijke bevoegdheden:

‘Gelet op de onder meer in artikel 6 van het EVRM gepositieerde beginselen van hoorlijke rechtspraak, met name het beginsel van de openbaarheid, zou het immers bepaald onjuist zijn als een uitspraak in een concrete individuele zaak tot stand zou komen na informeel overleg tussen twee of meer rechterlijke colleges, een overleg dat voor partijen niet kenbaar en controleerbaar is en waarop zij ook geen invloed kunnen uitoefenen. Wij verwijzen naar het recente arrest van het EHRM in de zaak *Borgers* (EHRM 30 oktober 1991 (...)). Daarin besliste het EHRM onder meer, dat de (Belgische) praktijk bij het Hof van Cassatie waarin de verdachte niet in de gelegenheid wordt gesteld te reageren op de conclusie van de procureur-generaal, in strijd is met artikel 6 EVRM. Informeel overleg kan en mag in concrete individuele zaken dus niet het middel zijn om tot rechtseenheid te komen.’²⁰

2.3 Derde en vierde tranche: ‘criminal charge’ waarborgen vereist?

2.3.1 Derde tranche: bestuursdwang en dwangsom zijn geen ‘criminal charge’

Met de derde tranche wordt voorzien in een regeling van onder meer subsidies (titel 4.2), beleidsregels (titel 4.3), handhaving (hoofdstuk 5) en mandaat, delegatie, goedkeuring en vernietiging (hoofdstuk 10). Relevante verwijzingen naar het EVRM bij de totstandkoming treffen we eigenlijk alleen aan naar aanleiding van de vraag van de Raad van State hoe bepaalde sancties uit hoofdstuk 5 (bestuursdwang en de last onder dwangsom) zich verhouden tot artikel 6 EVRM. Daarbij is in het bijzonder de vraag of de inning van een dwangsom onder bepaalde omstandigheden mede als een ‘criminal charge’ in de zin van deze bepaling kan worden gezien.²¹ De regering gaat vervolgens uitgebreid in op deze eisen, maar concludeert, ondanks de wat wisselende geluiden in de literatuur, dat het op zijn minst twijfelachtig is of een dergelijke inning een ‘punitief’ karakter heeft, terwijl het onomstreden is dat de oplegging van een dwangsom en bestuursdwang geen ‘criminal charge’ is. Om deze redenen zijn er geen bijzondere wettelijke waarborgen nodig. Daarbij wijst de regering er op dat dit bij de in de vierde tranche te regelen bestuurlijke boeten wel aan de orde is.²² Nadien in het kamerdebat volgen meer specifieke vragen over de medewerkingsverplichting in het kader van toezicht (artikel 5:20 Awb) en de verhouding daarvan tot het zwingrecht van artikel 6 EVRM, de hoorplicht bij sancties en evenredigheidsvereisten en of er toch geen aanleiding bestaat de artikel 6 EVRM-eisen te laten doorwerken. Daarop antwoordt de regering dat daarvoor geen aanleiding bestaat nu het in de derde tranche – anders dan

20 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 56-57.

21 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, A, p. 54.

22 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 3-4.

in de vierde tranche – niet gaat om ‘criminal charges’ en dat daarom volstaan kan worden met de tot dan in het wetsvoorstel voorziene waarborgen.²³

2.3.2 Vierde tranche: ‘criminal charge’ waarborgen bij de bestuurlijke boete

In het kader van de vierde tranche komt het EVRM vrijwel alleen, maar dan ook uitvoerig, aan de orde bij het onderdeel bestuurlijke boeten. Een uitzondering betreft de vraag met betrekking tot de regeling van bestuurlijke geldschulden, of gijzeling behoort tot de maatregelen die kunnen worden genomen ten behoeve van invordering en hoe zich dat zou verhouden met artikel 1 van het Vierde Protocol bij het EVRM (verbod van vrijheidsberoving op de enkele grond dat iemand niet in staat is zijn contractuele verplichtingen na te komen). De regering antwoordde kortweg dat voor de invordering van geldschulden als bedoeld in de vierde tranche gijzeling niet aan de orde is.²⁴

Bij de algemene regeling van de bestuurlijke boete in de vierde tranche heeft de wetgever inderdaad uitvoerig aandacht besteed aan de eisen die voortvloeien uit artikel 6 (en 7) EVRM voor degene tegen wie een ‘criminal charge’ wordt ingesteld. De regering wijdt in de memorie van toelichting een algemene paragraaf aan de verdragsrechtelijke eisen die in acht moeten worden genomen bij de oplegging van bestraffende bestuurlijke sancties.²⁵ Het gaat hier in het bijzonder om het recht op een eerlijke en openbare behandeling binnen een redelijke termijn door een onafhankelijke en onpartijdige instantie, het legaliteitsbeginsel, de onschuldpresumptie, het zwijgrecht, het *ne bis in idem*-beginsel en een aantal rechten van de verdediging. Als gevolg van de autonome uitleg door het EHRM van het begrip ‘criminal charge’ zijn bestuurlijke boetes immers ook onder het (strafrechtelijke) beschermingsbereik van artikel 6 EVRM gebracht.²⁶ De regering overweegt onder meer dat de Straatsburgse jurisprudentie niet in de weg staat aan de oplegging van boetes door het bestuur, mits de gehele procedure maar aan de eisen van artikel 6 EVRM voldoet, zodat er in ieder geval een eindoordeel moet kunnen zijn van een onafhankelijke rechterlijke instantie.

In verband met de EVRM-eisen zijn daartoe enige bijzondere waarborgen in de vierde tranche opgenomen (waarover hierna meer). Daarnaast is een aantal van deze waarborgen al eerder in de Awb geïncorporeerd, zoals het recht op toegang tot een onafhankelijke rechter (op grond van artikel 8:1 juncto 1:3 Awb), het recht op een openbare zitting en uitspraak (zie de artikelen 8:62 en 8:78 Awb), alsmede het recht op bijstand door een raadsman (artikelen 2:1 en 8:24 Awb).

Volgens de regering vereist artikel 6 EVRM geen beroep in twee instanties bij de oplegging van een bestraffende sanctie. Artikel 14, vijfde lid, IVBPR, stelt die eis wel, zij het dat daar niet wordt gesproken over ‘criminal charge’ maar over ‘crime’ en het volgens de regering niet geheel duidelijk is wat daar precies onder wordt ver-

23 *Kamerstukken II* 1994/95, 23 700, nr. 5, p. 52 en 56.

24 *PG Awb* art. 4:114-4:124.

25 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 122-124. Naast de genoemde EVRM-bepalingen gaat het ook om de vergelijkbare garanties uit de artikelen 14 en 15 IVBPR.

26 Zie in het bijzonder EHRM 21 februari 1984, Öztürk t. Duitsland, NJ 1988, 937; *AB klassiek*, zesde druk Deventer 2009, nr. 8, p. 105-123, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

staan. Het is verdedigbaar dat op zijn minst genomen daar alleen de wat zwaardere overtredingen onder vallen. Toch concludeert de regering dat in ieder geval tegen de wat zwaardere bestuurlijke boeten beroep in twee instanties moet openstaan en zij overweegt dat dit in het bestuursrecht thans ook meestal het geval is en waar dit nog niet zo is, een dergelijke wijziging wordt overwogen.²⁷

In een andere afzonderlijke paragraaf gaat de regering in op de bijzondere positie van de rechter bij de toetsing van boetebesluiten. Als gezegd verzet artikel 6 EVRM zich er niet tegen dat het bestuur een boete oplegt. Wel gelden extra eisen voor de voorbereiding van een dergelijk boetebesluit, in het bijzonder ten aanzien van de bewijsvoering van de overtreding en de motivering. Deze mede op artikel 6 EVRM gebaseerde eisen werken ook door naar de rechterlijke fase. De rechter dient de (hoogte van de) bestuurlijke boete op grond van het vereiste van 'full jurisdiction' uit artikel 6 EVRM volledig te toetsen. Dit geldt ook voor de toetsing van het bewijs van de feiten/overtreding waarop de boete wordt gebaseerd. De onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM kan meebrengen dat de rechter bij de beoordeling ook feiten meeneemt die het bestuursorgaan nog niet kon kennen op het moment van zijn beoordeling. Verder overweegt de regering dat de rechter na een vernietiging van een boetebesluit de zaak zoveel mogelijk zelf moet afdoen. Een en ander doet recht aan het mede aan artikel 6 EVRM te ontnemen recht op effectieve rechtsbescherming.²⁸

De regering kiest in het kader van de vierde tranche vooralsnog niet voor een algemene regeling van bewijs in de Awb. Zij wijst nogmaals op de bijzondere verplichting om het bewijs dat ten grondslag ligt aan de bestuurlijke boete goed te funderen. Meer in algemene zin wijst de regering er op dat het net als in het strafrecht ook in het bestuursrecht kan voorkomen dat bij het verzamelen van bewijs zodanige fundamentele normen – waarbij in het bijzonder valt te denken aan de essentiële normen van artikel 6 EVRM – zijn geschonden en de overtreder daardoor zodanig in zijn belangen is geschaad, dat het bewijs in kwestie niet meer kan worden benut om de boete op te leggen.²⁹

In de artikelsgewijze toelichting wordt vervolgens veel aandacht geschonken aan de vraag in hoeverre de voorgestelde bepalingen voldoen aan de eisen van (met name) artikel 6 EVRM. Het is duidelijk dat de wetgever zich bij de diverse onderdelen mede heeft laten inspireren door het EVRM en de door het Straatsburgse Hof gestelde randvoorwaarden. Zo wijdt zij bij (het huidige) artikel 5:41 Awb (eis van verwijtbaarheid bij de oplegging van een bestuurlijke boete) overwegingen aan de vraag of de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM zich verzet tegen de hoofdregel in het bestuurs(proces)recht dat het instellen van bezwaar/beroep geen schorsende werking heeft (artikel 6:16 Awb). De regering wijst erop dat de Straatsburgse jurisprudentie zich niet verzet tegen tenuitvoerlegging van (boete)besluiten, alvorens de rechter daar onherroepelijk over heeft geoordeeld. Voorwaarde is wel dat bij een succesvol beroep de bedragen kunnen worden teruggevorderd en de oorspronkelijke rechtspositie van betrokkene kan worden hersteld.³⁰ Daarnaast

27 *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3, p. 123-124.

28 *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3, p. 127-128.

29 *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3, p. 131-132.

30 *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3, p. 134-135.

kan ook worden gewezen op uitvoerige bespiegelingen in de memorie van toelichting over de verenigbaarheid van wettelijk gefixeerde boetes met artikel 6 EVRM.³¹ Bij enkele onderwerpen beoogt de Awb-wetgever ook tamelijk expliciet bepaalde garanties uit artikel 6 EVRM nader te codificeren. Het gaat hierbij in het bijzonder om:

- het zwijgrecht (artikel 5:10a, artikel 8:28a);
- het recht om in kennis te worden gesteld van de aard van de beschuldiging (artikel 5:49, eerste lid); en
- het recht op taalhulp, dan wel een tolk (artikel 5:49, tweede lid en artikel 5:50, eerste lid, onder b).

Ten slotte motiveert de regering het voorgestelde artikel 8:72a Awb, op grond waarvan de rechter na vernietiging van een boetebesluit de zaak zoveel mogelijk zelf moet afdoen, uitdrukkelijk onder verwijzing naar het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals onder meer voortvloeiend uit artikel 6 EVRM.³²

Al met al kan worden geconstateerd dat de eisen van het EVRM een prominente rol hebben gespeeld bij de bepalingen inzake handhaving, en meer in het bijzonder de bestuurlijke boete, van de vierde tranche.³³ Opvallend is dat de wetgever op onderdelen ook een eigen uitleg van het EVRM voorstaat, vooral als de Straatsburgse jurisprudentie (nog) niet geheel duidelijk is. Dit is met name te zien bij de uitvoerige overwegingen in de memorie van toelichting ten aanzien van de uiteindelijk gekozen formulering van het zwijgrecht, die volgens enkele commentatoren nog steeds niet geheel aan de Straatsburgse maat is (vanaf wanneer geldt dit recht en welk soort verklaringen wordt er door beschermd?).³⁴ Bij de wettelijke gefixeerde boetes overweegt de wetgever uitdrukkelijk dat een dergelijk stelsel in beginsel in overeenstemming is met artikel 6 EVRM, anders dan wel betoogd door sommige critici. Zoekt de wetgever volgens sommigen op onderdelen de Straatsburgse minimumeisen op, op het punt van het zelf in de zaak voorzien door de rechter na vernietiging van een boetebesluit lijkt de wetgever juist boven deze grenzen uit te gaan. Verder heeft de wetgever in de hiervoor genoemde voorbeelden gepoogd bepaalde EVRM-eisen specifiek voor de oplegging van bestuurlijke boetes in de Awb te codificeren. Daarnaast dient de wetgever zich uiteraard blijvend rekenschap te geven van nieuwe Straatsburgse jurisprudentie ten aanzien van de garanties van artikel 6 EVRM. Bij de behandeling van het wetsvoorstel in vooral de Eerste Kamer viel op dat de regering, daartoe uitgedaagd door uitvoerige vaak aan het EVRM ontleende argumentaties van de kamerleden, op veel punten nader moest verduidelijken waarom de regeling naar haar oordeel EVRM-conform is.³⁵

31 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 142-143.

32 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 152.

33 Zie voor een kritische analyse C.L.G.F.H. Albers, 'De bestuurlijke boete onder het juk van het bestuursprocesrecht', *JBplus* 2006, 143-161.

34 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 94-99.

35 *Kamerstukken I* 2007/08, 29 702, B, C, D en E.

2.4 Afzonderlijke wetsaanpassingen en toekomstige wijzigingen

Los van de tranches zijn er de afgelopen jaren diverse afzonderlijke aanpassingen van de Awb doorgevoerd. In een aantal daarvan komt zo nu en dan ook het EVRM aan de orde.

Om te beginnen kan worden gewezen op de aanpassing die het *Fries* naast het Nederlands als officiële bestuurstaal erkent (afdeling 2.2 Awb). In dat kader wordt gewezen op het beginsel van gelijke behandeling zoals dat onder meer voortvloeit uit artikel 14 EVRM, ook om te waarborgen dat degenen die het Fries niet machtig zijn in Friesland het Nederlands kunnen blijven gebruiken alsmede om voor bepaalde schriftelijke stukken tweetaligheid voor te schrijven.³⁶

Verder wordt het overgangsrecht van de *Wet kosten bestuurlijke voorprocedures* beïnvloed door artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM (het eigendomsrecht). Dit voorstel beoogde de mogelijkheid van vergoeding van in bestuurlijke voorprocedures gemaakte kosten sterk te beperken, onder meer door de bevoegdheid om hierover te oordelen exclusief bij de bestuursrechter te leggen.³⁷ In het oorspronkelijke regeringsvoorstel was bepaald dat de wet ook zou gelden voor alle ten tijde van de inwerkingtreding reeds lopende voorprocedures. Na vragen van de SGP-fractie of deze overgangsregeling zich wel verdroeg met artikel 1 EP, heeft de regering ten einde mogelijke strijdigheid daarmee te voorkomen bij nota van wijziging de overgangsregeling in die zin gewijzigd dat het oude recht van toepassing blijft, indien het besluit waartegen bezwaar of administratief beroep kan worden gemaakt vóór het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet is genomen.³⁸ Aanleiding hiervoor was het feit dat de Straatsburgse jurisprudentie inderdaad laat zien dat het voor de wetgever slechts in beperkte mate mogelijk is om bestaande vorderingsrechten te beperken.³⁹

Voorts is bij de invoering van artikel 5:16a Awb, dat de bevoegdheid van toezichthouders regelt om inzage te vorderen van het *identiteitsbewijs*, de vraag aan de orde geweest hoe dit zich verdraagt met artikel 8 EVRM. De Raad van State heeft de vraag gesteld of de kring van daartoe bevoegde personen niet te ruim zou zijn in het licht van het noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 lid 2 EVRM. De regering beantwoordt deze vraag ontkennend. Verder voert zij aan dat de bevoegdheid ook niet anderszins in strijd was met artikel 8 EVRM omdat het voor de goede taakuitoefening noodzakelijk zou zijn om iemands identiteit te kunnen vaststellen.⁴⁰ Aan de *Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen*, die per 1 oktober 2009 in werking is getreden, ligt mede ten grondslag de kabinetsnotitie 'Termijnen voor bestuur en rechter'.⁴¹ Daarin wordt onder verwijzing naar artikel 6 EVRM het be-

36 *Kamerstukken II* 1993/92, 23 543, nr. 3, p. 8-9.

37 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 024, nrs. 1-3. Het ging om een in de jurisprudentie van de civiele rechter erkend vorderingsrecht. Zie HR 17 november 1989, AB 1990, 80 (Velsen/De Waard).

38 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 024, nr. 5, p. 16-17.

39 Zie onder meer EHRM 20 november 1995, *Pressos Compania Naviera SA e.a. t. België*. Vgl. over de toepassing van de nieuwe regeling R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, 'De Wet kosten bestuurlijke voorprocedures in de rechtspraak', *JBplus* 2005, p. 147-167.

40 *PG Awb* bij art. 5:16a.

41 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 461, nr. 1.

lang van tijdige besluitvorming en rechtspraak onderstreept. De Wet dwangsom en beroep beoogt bestuurorganen daartoe te prikkelen via de dreiging van dwangsommen alsmede de burger meer en eenvoudiger mogelijkheden te geven tijdige besluitvorming af te dwingen.⁴²

Belangrijk is ook de wijziging van de memorie van toelichting bij artikel 6:13 Awb. Daarmee heeft de wetgever beoogd klip en klaar te maken dat er tussen bezwaar en beroep geen *grondenfuik* bestaat. Dat zou – blijkens eerdere evaluaties – mogelijk spanning opleveren met het vereiste van artikel 6 EVRM dat een geschil ten minste één keer in volle omvang aan een rechter moet kunnen worden voorgelegd.⁴³ Wel bevat artikel 6:13 Awb ook voor deze fase een zogenaamde onderdelenfuik die de regering niet in strijd acht met het EVRM.⁴⁴

Een bijzondere interventie van de minister van Justitie heeft plaatsgevonden met betrekking tot *artikel 4:6 Awb*. Deze betreft de vraag of de zogenaamde Kühne & Heitz-lijn moet worden doorgetrokken naar jurisprudentie van het EHRM. Het Hof van Justitie van de EG heeft zich in de Kühne & Heitz-zaak uitgesproken over de kwestie wanneer een – nationaal – bestuursorgaan verplicht is om een in rechte onaantastbaar geworden besluit te heroverwegen, indien later blijkt dat het besluit strijdig is met EG-recht.⁴⁵ Uit deze uitspraak volgt dat Nederlandse bestuursorganen onder bepaalde voorwaarden het systeem van artikel 4:6 Awb zo dienen toe te passen dat nieuwe Luxemburgse rechtspraak als een novum moet worden beschouwd, en daarmee heroverweging van een onaantastbaar besluit kan plaatsvinden. Een belangrijke vraag is of de voorkeurspositie die het HvJEG creëert voor gemeenschapsrecht, a fortiori niet ook zou moeten gelden voor EVRM-rechten. Deze vraag wordt positief beantwoord door minister Donner, waarin hij overigens aangeeft geen voorstander te zijn van verruiming van de mogelijkheden tot herziening van uitspraken in het bestuursrecht (artikel 8:88 Awb) en het civiele recht naar aanleiding van Straatsburgse of Luxemburgse uitspraken. Volgens de minister kan worden volstaan met de ruime uitleg van artikel 4:6 Awb, zoals hiervoor genoemd, en de verruiming van de restrictieve jurisprudentie inzake de aansprakelijkheid van de overheid uit onrechtmatige rechtspraak. De minister van Justitie is dus van mening dat een procedure uit onrechtmatige rechtspraak voldoende soelaas moet (gaan) bieden en dat – waar het betreft het bestuursrecht – een nieuwe aanvraag om een EVRM-conform besluit en/of een verzoek om schadevergoeding in veel gevallen uitkomst zou moeten (gaan) bieden.⁴⁶

42 PG Awb par. 4.1.3.2 en afd. 8.2.4a.

43 Vgl. R.J.G.M. Widdershoven, 'De invloed van het EG-recht en het EVRM op de Nederlandse bestuursrechtspraak', *JBplus verklaard* 2006, p. 26-48. Zie hierna in paragraaf 4.2.

44 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 421, nr. 3, p. 7. Vgl. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 421, nr. 11. Zie ook R. Stijnen, 'Artikel 8:69 Awb en de taak van de bestuursrechter', *JBplus* 2008, p. 40-66, die op het verband tussen art. 6:13 en 8:69 Awb wijst; C.L.G.F.H. Albers & R.J.N. Schlössels, 'De omvang van het bestuursrechtelijke geding: het Europese recht als paard van Troje?', *Gemeentestem* 2005, p. 81-94.

45 HvJ EG 13 januari 2004, Zaak C-453/00, Kühne & Heitz, AB 2004, 58, m.nt. Widdershoven, JB 2004, 42, m.nt. Verheij.

46 Zie de brief van minister Donner van Justitie aan de Tweede Kamer van 12 augustus 2005, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 28.

Per 1 januari 2010 bevat de Awb een regeling van de zogenaamde *bestuurlijke lus* die het mogelijk maakt om op basis van een daartoe strekkende tussenuitspraak fouten in besluiten hangende een rechterlijke procedure te repareren (afdeling 8.2.2a). Zodoende kan een vernietiging worden voorkomen hetgeen bijdraagt aan meer definitieve geschilbeslechting.⁴⁷ De Raad van State heeft in zijn advies de vraag gesteld of de mogelijkheid van de bestuursrechter in dat verband een tussenuitspraak te doen zonder voorafgaande zitting wel in overeenstemming is met artikel 6 EVRM. Daarop wordt door de initiatiefnemers van het wetsvoorstel geantwoord dat van een dergelijke spanning geen sprake is, aangezien gebruik van deze bevoegdheid impliceert dat het bestreden besluit naar het oordeel van de rechter een gebrek vertoont. Daaruit volgt dat de rechtsoverwegingen van de tussenuitspraak altijd gunstig zijn voor de eisende partij en nadelig voor het bestuursorgaan, althans in ieder geval wanneer het gaat om zuivere tweepartijengeschillen tussen burger en overheid. Bij meerpartijen zou dat iets ‘genuanceerder’ liggen, maar daaraan werd geen consequentie verbonden. Wel is gevolgd het advies van de Raad van State om in beginsel een zaak niet zelf zonder nadere zitting af te doen wanneer de lus wordt toegepast nadat reeds een zitting heeft plaatsgevonden.⁴⁸

In februari 2009 is bij de Tweede Kamer ingediend het wetsvoorstel *Elektronisch bestuurlijk verkeer met de bestuursrechter*. Daarin wordt geen aandacht besteed aan het EVRM. Volgens Groothuis houdt dat risico’s in met name waar het betreft de mogelijke toekomstige situatie dat er geen vrije keuze meer bestaat tussen klassiek en elektronisch verkeer. Dan kan zich de vraag voordoen voor wiens rekening storingen van systemen komen in het kader van het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces.⁴⁹

Vorbereid worden wetsvoorstellen inzake de *Wet aanpassing bestuursprocesrecht* en de *Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten*. Bij het eerste voorstel komen artikelen 6 en 13 EVRM in algemene zin aan de orde wanneer het gaat om het daaraan ten grondslag liggende beginsel van effectieve geschilbeslechting. De wet is er op gericht het geschilbeslechtende vermogen van het bestuursprocesrecht te verbeteren en zoveel mogelijk ‘pingpongen’ tussen bestuur en rechter te voorkomen.⁵⁰ De nadeelcompensatieregeling is door de voorbereidende commissie getoetst aan het eigendomsrecht van artikel 1 EP.⁵¹

2.5 Balans

De Benthem-uitspraak heeft na een aarzelende start ervoor gezorgd dat het EVRM een prominente rol ging spelen in het kader van de tweede tranche en de herziening van de rechterlijke organisatie. Alles was er op gericht een EVRM-proof systeem

47 Vgl. R.M. van Male, ‘Lussen voor zorgvuldigheid binnen een redelijke termijn’, *NTB* 2005, p. 15-16.

48 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 4, p. 7-8; *Kamerstukken I* 2008/09, 31 352, C, p. 7.

49 M.M. Groothuis, ‘Het voorontwerp “Elektronisch verkeer met de bestuursrechter” en het wetsvoorstel ‘Elektronische bekendmaking’, *NTB* 2008, p. 167-175.

50 Zie *BA* 2008, p. 3-4; <www.justitie.nl/awb>; <www.raadvanstate.nl>.

51 Zie <www.justitie.nl/awb>.

van rechtsbescherming en bijbehorend procesrecht in het leven te roepen.⁵² Opmerkelijk daarbij was dat de wetgever expliciet aangaf de EVRM-eisen als minimumwaarborgen te beschouwen en in het bijzonder om ook niet door artikel 6 EVRM bestreken geschillen dezelfde waarborgen te laten genieten. In het kader van de derde tranche kwam het EVRM alleen aan de orde door vragen van de Raad van State over de noodzakelijke extra waarborgen bij herstelsancties. Daartoe zag men geen noodzaak nu het daarbij niet zou gaan om 'criminal charges'. De voorbereiding van de vierde tranche, daarentegen, stond door met name de beoogde regeling van de bestuurlijke boete voor een groot deel in de sleutel van het EVRM. Beoogd werd immers een aantal belangrijke waarborgen uit het EVRM in de Awb te codificeren en ook voor het overige een regeling te ontwerpen die aan de eisen van dit verdrag zou voldoen. Opvallend hierbij was dat de wetgever daarbij – mede als gevolg van de op punten onduidelijke Straatsburgse jurisprudentie – vaak koos voor een eigen invulling van de EVRM-waarborgen en in dat kader op veel punten niet voor een veiligere bovenminimale uitleg. In enkele afzonderlijke wetsvoorstellen tot aanpassing van de Awb speelde het EVRM vooral op de achtergrond een rol. Zo lijkt de afschaffing van de grondenfuik tussen bezwaar en beroep door aanpassing van de memorie van toelichting mede geïnspireerd door artikel 6 EVRM, hetgeen ook geldt voor de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen. Ook lijkt artikel 6 EVRM te hebben bijgedragen aan het beter waarborgen van de positie van de burger in een procedure waarin de bestuurlijke lus wordt toegepast. Al met al is het EVRM een constante factor geworden in het Awb-wetgevingsproces dat enerzijds is gericht op een eerlijke en zorgvuldige procedure en anderzijds – zeker de laatste jaren – ook het accent legt op tijdige afronding van procedures en definitieve geschilbeslechting.

3 Het EVRM in de Awb-jurisprudentie

3.1 Nederland

3.1.1 Introductie

Ten behoeve van deze bijdrage is alle in de *AB* en de *JB* gepubliceerde jurisprudentie van nationale bestuursrechters onderzocht.⁵³ Bekeken is ten aanzien van welke Awb-bepalingen het EVRM is ingeroepen en wat daarvan het resultaat was. In de *JB* zijn in de periode 1994-2009 in dit verband 62 relevante uitspraken gevonden. De *AB* laat over deze zelfde periode 66 uitspraken zien, die deels overeenkomen met de uitspraken gevonden in de *JB*. Welk beeld komt daaruit naar voren?

Er kunnen grofweg drie categorieën onderscheiden worden. In de eerste plaats de uitspraken waarin het beroep tot een correctie van één of meer Awb-bepalingen of een gevestigde jurisprudentielijn op basis daarvan leidt. Daarnaast is er een categorie uitspraken waarin het beroep op het EVRM niet direct tot een dergelijke correctie leidt, maar waarin het EVRM wordt gebruikt ter nadere invulling of ondersteuning van een Awb-regel. Ten slotte zijn er uitspraken waarin het beroep op

⁵² Vgl. over de EVRM-invloed op het bestuursprocesrecht ook M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Alphen aan den Rijn 2008, p. 52-66.

⁵³ Stand per 1 september 2009.

het EVRM geen effect heeft, dat wil zeggen dat de Awb-regeling volgens de rechter Awb-conform is. Deze drie categorieën komen hierna in omgekeerde volgorde aan de orde, waarbij de uitspraken kort worden behandeld voor zover interessant. Daarbij houden we de volgorde van de Awb-artikelen zoveel mogelijk aan. Bij dit alles is het belangrijk om te bedenken dat hier geen volledig representatief beeld kan worden verkregen, omdat aangenomen kan worden dat bij de selectie van uitspraken door jurisprudentietijdschriften altijd een zekere bias bestaat.

3.1.2 Beroep op het EVRM zonder effect

Het uitgangspunt dat procedures in de Nederlandse taal worden gevoerd, zoals vastgelegd in *artikel 2:6 Awb*, is conform artikel 6 EVRM. In een uitspraak van de Centrale Raad wordt geen strijd met het EVRM aangenomen, omdat de betrokken Franstalige persoon zich door een gemachtigde kon laten bijstaan die de Nederlandse taal beheerste.⁵⁴ Volgens het CBB vloeit uit het recht van kosteloze bijstand door een tolk van artikel 6 EVRM niet voort dat de gehele procedure wordt gevoerd in de taal van betrokkene, zij het dat daarbij in geval van een 'criminal charge' een verwijzing wordt aangenomen die in paragraaf 3.1.4 van deze bijdrage aan de orde komt.⁵⁵

De toepassing van *artikel 4:6 Awb* – bij gebreke aan nova afwijzen van een aanvraag onder verwijzing naar de eerdere beslissing – leidt volgens de Centrale Raad niet tot strijd met artikel 6 EVRM.⁵⁶ Zelfs indien sprake is van gedwongen terugkeer naar een land waar, naar gesteld, een risico bestaat op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling, moet in de regel worden voldaan aan de in het nationale recht neergelegde procedureregels, zoals artikel 4:6 Awb, welke ertoe strekken de nationale autoriteiten in staat te stellen aanvragen om een verblijfsvergunning op een ordelijke wijze af te doen.⁵⁷ Strikte uitleg van het begrip nova in de zin van artikel 4:6 leidt ook niet tot een procedure in strijd met artikel 6 EVRM.⁵⁸

Het betreden van bedrijfspanden op grond van *artikel 5:15 Awb* zonder rechterlijke machtiging is niet in strijd met artikel 8 EVRM volgens de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag.⁵⁹ Daarmee wordt een beperkte uitleg gegeven aan de uitspraak van het EHRM in de zaak *Colas Est t. Frankrijk*.⁶⁰

Volgens de Afdeling is de toepassing van de onderdelenfuij van *artikel 6:13 Awb* niet in strijd met artikel 6 EVRM. Op grond van deze verdragsbepaling mogen immers redelijke voorwaarden aan de toegang tot de rechter worden gesteld. Er is hier geen sprake van onredelijke vereisten, nu het desbetreffende ontwerpbesluit op een juiste manier is bekendgemaakt en aldus tegen de onderdelen daarvan tijdig had kunnen worden opgekomen. Voorts is in artikel 6:13 Awb voorzien in de mogelijkheid van het verschoonbaar achten van het verzuim tijdig een zienswijze in te dienen. Ten slotte draagt deze regeling bij aan een efficiënte rechtsbedeling

54 CRvB 6 november 2002, *JB* 2003, 96, m.nt. EJdeLB.

55 CBB 19 januari 2009, *AB* 2009, 100, m.nt. Sewandono, *JB* 2009, 67.

56 CRvB 8 maart 2001, *JB* 2001, 98.

57 ABRvS 5 maart 2002, *AB* 2002, 169, m.nt. Sewandono.

58 CRvB 31 december 2007, *AB* 2008, 145, m.nt. Marseille.

59 Vzng. Rechtbank Den Haag, Sector Civiel 9 april 2003, *AB* 2003, 199, m.nt. O. Jansen.

60 EHRM 16 april 2002, *Colas Est t. Frankrijk*, *NJ* 2003, 452, m.nt. Dommering.

en effectieve geschilbeslechting, aldus de Afdeling.⁶¹ Persoonlijke bekendmaking van het ontwerpbesluit is vanwege artikel 6 EVRM niet vereist, ook niet in het licht van de Straatsburgse uitspraak in de zaak *De Geouffre de la Pradelle t. Frankrijk* waarin het EHRM een schending van artikel 6 EVRM aanneemt vanwege de ondoorgrondelijkheid van de Franse rechtsbescherming in kwestie. De regeling inzake bekendmaking voor ontwerpbesluiten van artikelen 3:10-3:18 Awb is niet in strijd met artikel 6 EVRM.⁶²

Dat op grond van *artikel 8:4 aanhef en onder e Awb* geen beroep kan worden ingesteld bij de bestuursrechter tegen een beslissing van een examinator is volgens de Afdeling niet in strijd met artikel 6 EVRM. De beperking van de toegang tot de bestuursrechter is immers niet alomvattend en daarbij staat er ook beroep open bij de civiele rechter.⁶³ De uitzondering van *artikel 8:4 aanhef en onder d Awb* is aan de orde bij een afwijzend besluit op een sollicitatie op de functie voor een rechterlijk ambtenaar. Deze is volgens de Centrale Raad niet in strijd met artikel 6 EVRM, aangezien de weg naar de civiele rechter open staat.⁶⁴

De geheimhoudingsregeling van *artikel 8:29 Awb* kan de toets aan artikelen 6 en 13 EVRM eveneens doorstaan. De Afdeling overweegt dat met de beperkte kennisname door alleen de rechter van stukken die appellant niet kent, die aldus kan nagaan of de betrokken minister de juiste afweging heeft gemaakt, aan de vereisten van deze bepalingen wordt voldaan.⁶⁵ Recentelijk heeft de Afdeling deze lijn bevestigd. Artikel 6 EVRM bevat minimumnormen voor een eerlijke procesvoering, maar deze normen zijn niet absoluut. De beperkingsmogelijkheid van *artikel 8:29 Awb* op het beginsel van openbaarheid en van 'equality of arms' is op zo'n wijze vormgegeven dat deze volgens de Afdeling met voldoende waarborgen is omkleed. Het recht op een eerlijke procesvoering wordt daarmee niet in zijn essentie beperkt.⁶⁶

De regeling van *artikel 8:32 Awb* op basis waarvan in bijzondere gevallen de kennisname van processtukken kan worden beperkt tot een gemachtigde advocaat of arts dan wel een persoon die daarvoor van de rechtbank bijzondere toestemming heeft gekregen, is naar het oordeel van de Centrale Raad niet in strijd met artikel 6 EVRM. Volgens de Raad weegt het belang van een betrokken partij bij de bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer zwaarder dan het belang van appellant om van alle stukken kennis te nemen.⁶⁷

De regeling van *artikel 8:47 Awb* op basis waarvan betrokkenen na het uitbrengen van een deskundigenrapport daarop kunnen reageren, is volgens de Afdeling niet

61 ABRvS 18 april 2007, AB 2007, 173, m.nt. Widdershoven, JB 2007, 104.

62 ABRvS 25 april 2007, AB 2007, 174, m.nt. Widdershoven, JB 2007, 122. Vgl. EHRM 16 december 1992, *De Geouffre de la Pradelle t. Frankrijk*, NJCM-Bulletin 1993, p. 330 e.v., m.nt. Van der Velde.

63 ABRvS 13 maart 2002, AB 2002, 348, m.nt. Vermeulen, JB 2002, 142, m.nt. Heringa.

64 CRvB 6 oktober 2008, JB 2008, 262.

65 ABRvS 6 oktober 2004, AB 2004, 366, m.nt. Sewandono, JB 2004, 371. Vgl. ABRvS 25 november 1999, JB 2000, 24, m.nt. Heringa; ABRvS 13 juni 2001, AB 2001, 267, m.nt. Sewandono, JB 2001, 194; ABRvS 26 september 2000, AB 2000, 484, m.nt. Sewandono.

66 ABRvS 8 april 2009, JB 2009, 133. Vgl. ABRvS 4 mei 2005, JB 2005, 185, m.nt. Overkleeft-Verburg.

67 CRvB 12 mei 2005, JB 2005, 222, m.nt. Overkleeft-Verburg.

in strijd met artikel 6 EVRM en de uitleg die het Straatsburgse Hof daaraan heeft gegeven in de zaak Mantovanelli t. Italië. Appellant is in de gelegenheid geweest effectief te reageren op het deskundigenbericht.⁶⁸

Het verbod van *artikel 8:69 Awb* om ambtshalve te toetsen – uitzonderingen van openbare orde daargelaten – is volgens de Afdeling niet in strijd met het EVRM.⁶⁹

3.1.3 Gebruik van het EVRM ter nadere invulling of ondersteuning van een Awb-regeling

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft een interessante uitspraak gedaan in verband met het taalvereiste van *artikel 2:6 Awb*. Het stelt zich op het uitgangspunt dat het Nederlands de taal is in het rechtsverkeer, ook ingevolge de Awb. Het College oordeelt voorts dat uit artikel 6 lid 3 EVRM volgt dat aan de beklagde niet het recht toekomt de rechterlijke of bestuurlijke procedure in zijn eigen taal te voeren. Het voeren van een effectieve verdediging brengt echter wel met zich mee dat een beklagde weet welke stukken een rol hebben gespeeld in de besluitvorming die heeft geleid tot een aan hem opgelegde bestraffende sanctie, zodat hij zelf kan bepalen wat hij ter verdediging wil aanvoeren. Hiertoe heeft betrokkene recht op een inzichtelijke inventarislijst gesteld in een voor hem begrijpelijke taal (in casu Duits), zodat hij op basis daarvan kan vragen om nadere eventueel ook te vertalen stukken.⁷⁰

Regelmatig wordt een beroep gedaan op artikel 6 EVRM in combinatie met *artikel 3:4 lid 2 Awb* om een meer indringende toetsing van (in beleidsregels of wettelijke regelingen gefixeerde) boeten af te dwingen en aldus vaak een afwijking van geldende beleidsregels op grond van *artikel 4:84 Awb*.⁷¹ De Afdeling is weliswaar bereid artikel 6 EVRM bij haar toetsing te betrekken, zij het dat dit tot voor kort niet leidde tot vernietiging van boetebesluiten.⁷² Inmiddels is de Afdeling kritischer en gaat regelmatig over tot matiging van boeten.⁷³ Ook het College van Beroep voor het bedrijfsleven betreft artikel 6 EVRM op deze wijze bij de toetsing van boetebesluiten.⁷⁴ Voorts is er een voorbeeld van een claim tot nadeelcompensatie die wordt gebaseerd op artikel 3:4 lid 2 Awb en artikel 1 EP EVRM vanwege de onevenredige effecten van de herverdeling van radiofrequenties. Daarbij neemt het College geen schending aan vanwege de beoordelingsvrijheid aan de zijde van verweerder.⁷⁵

68 ABRvS 9 mei 2007, AB 2007, 359, m.nt. Van den Broek, JB 2007, 127, m.nt. Blomberg. Vgl. EHRM 18 maart 1997, Mantovanelli t. Italië, NJ 1998, 278, m.nt. Snijders; EHRM 5 juli 2007, Sara Lindt Eggertsdóttir t. IJsland, AB 2009, 319, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Vgl. ABRvS 14 augustus 2002, JB 2002, 296, m.nt. Peeters (waar art. 8:47 lid 5 nadrukkelijk in het licht van art. 6 EVRM en het fair trial beginsel wordt geplaatst); ABRvS 22 november 2006, JB 2007, 12, m.nt. Blomberg. Vgl. M.A. Heldeweg, 'Confidence in the workings of justice, Het (standaard)deskundigenbericht in het Awb-bestuursproces vanuit het perspectief van hoor en wederhoor volgens art. 6 lid 1 EVRM', NTB 1999, 81-88.

69 ABRvS 12 juli 2006, AB 2006, 338, m.nt. Widdershoven.

70 CBB 19 januari 2009, AB 2009, 100, m.nt. Sewandono, JB 2009, 67.

71 Vgl. R. Stijnen, Evenredigheidstoetsing door de bestuursrechter, NJB 2003, afl. 37.

72 Bijv. ABRvS 11 juli 2007, AB 2007, 310, m.nt. O. Jansen, JB 2007, 166.

73 Bijv. ABRvS 17 juni 2009, AB 2009, 350, m.nt. O. Jansen; ABRvS 16 september 2009, AB 2009, 362, m.nt. O. Jansen.

74 CBB 15 februari 2005, AB 2006, 71, m.nt. O. Jansen.

75 CBB 5 december 2007, JB 2008, 50.

Artikel 4:23 lid 1 Awb eist een wettelijke grondslag voor subsidieverstrekking waar op grond van artikel 4:23 lid 3 onder c Awb een uitzondering kan worden aanvaard wanneer sprake is van een begrotingspost. Deze uitzondering wordt vanwege de rechtsplicht van de staat op grond van artikel 3 EVRM om aan illegale medische noodzakelijke zorg te verlenen fors opgerekt om te voorkomen dat een met het oog daarop verstrekte subsidie zou moeten worden teruggevorderd.⁷⁶

Artikel 6:6 Awb laat er geen onduidelijkheid over bestaan dat aan een (mogelijke) niet-ontvankelijkheidsverklaring hoe dan ook vooraf dient te gaan het, op voor de indiener van het beroep kenbare wijze, bieden van de gelegenheid een verzuim als het onderhavige te herstellen. Nu aan dit vereiste niet is voldaan, is volgens de Centrale Raad appelland in strijd met artikel 6 lid 1 EVRM een eerlijk proces onthouden. Om deze reden wordt het appèlverbod doorbroken.⁷⁷

Uit artikel 6 EVRM vloeit volgens de Centrale Raad van Beroep voort dat voor de beoordeling van de tijdigheid van het hoger beroep in het geval van een verzoeker die de Nederlandse taal in het geheel niet begrijpt, niet moet worden uitgegaan van de verzenddatum van de aangevallen uitspraak, zoals *artikel 6:7 Awb* in beginsel voorschrijft, maar met toepassing van de verschoonbaarheidsregeling van *artikel 6:11 Awb* van de verzenddatum van de vertaling van die uitspraak. Daarbij speelt een rol dat betrokkene geen bijstand had van iemand die de Nederlandse taal wel machtig was.⁷⁸

De Centrale Raad komt in een uitkeringszaak, mede onder verwijzing naar artikel 6 EVRM, tot de conclusie dat de rechtbank ten onrechte stukken onder de beperkte kennisnameregeling van *artikel 8:29 Awb* heeft gebracht. In dit geval had het belang van betrokkene op kennisname zwaarder moeten wegen, aangezien dit essentieel was voor het verwezenlijken van zijn recht op een adequate verdediging tegen de intrekking van zijn uitkering.⁷⁹

De Centrale Raad ziet mede in het licht van artikel 6 EVRM geen aanleiding om de toepassing van *artikel 8:32 lid 2 Awb* te beperken tot personen die aan tuchtrecht zijn onderworpen. Niet is gebleken van enige deugdelijke grond om appelland te gemachtigde (een sociaal-juridisch medewerker) geen bijzondere toestemming te verlenen als bedoeld in *artikel 8:32 lid 2 Awb*. Door het onthouden van die toestemming wordt die gemachtigde onnodig in de uitoefening van zijn taak belemmerd. De rechtbank heeft volgens de Raad zodoende een onjuiste toepassing gegeven aan *artikel 8:32 lid 2 Awb*, hetgeen in strijd is met de in artikel 6 EVRM neergelegde waarborgen ten aanzien van een eerlijk proces.⁸⁰

In strijd met het recht op een eerlijk proces is het ongegrond verklaren van een verzet onder *artikel 8:55 Awb* zonder de verzoekende partij in de gelegenheid te stellen te worden gehoord. Dat is bijzonder omdat *artikel 8:55 lid 3 Awb* uitgaat van een discretionaire bevoegdheid van de rechter om de betrokkene in de gelegenheid te stellen te worden gehoord wanneer deze daarom niet vraagt.⁸¹

76 ABRvS 18 juni 2008, AB 2008, 235, m.nt. Barkhuysen & Den Ouden.

77 CRvB 16 mei 2002, AB 2002, 263.

78 CRvB 6 februari 1998, AB 1998, 169.

79 CRvB 28 november 2006, JB 2007, 43, m.nt. JHK.

80 CRvB 14 oktober 2003, AB 2004, 187, m.nt. De Waard.

81 CRvB 27 mei 2004, AB 2004, 297, m.nt. De Waard.

3.1.4 *Beroep op het EVRM leidt tot correctie van een Awb-regeling of jurisprudentie*
Een belangrijke correctie op de terughoudende afgeleid belang jurisprudentie onder *artikel 1:2 Awb* vindt plaats door de Afdeling op grond van fundamentele rechten, zoals het recht op informatie te ontvangen en te verspreiden. T-Mobile heeft in haar hoedanigheid van huurster van de zendmast slechts een afgeleid, aan de aanvrager parallel, belang. Zij stelt zich echter op het standpunt dat ze wordt getroffen in een aan *artikel 10 lid 1 EVRM* ontleend fundamenteel recht. Gelet op de door haar overgelegde plotkaarten die het dekkingsgebied van de GSM-installatie aangeven, moet worden geoordeeld dat er feitelijk een reële mogelijkheid bestaat dat T-Mobile door de weigering om een bouwvergunning te verlenen in haar aan dat fundamenteel recht ontleend belang zal worden geschaad, zodat ook hierin een voldoende eigen belang is gelegen om te kunnen worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van *artikel 1:2 lid 1 Awb*.⁸²

Een verdragsconforme uitleg van *artikel 6:5 Awb* door de Hoge Raad is ook het signaleren waard. De in *artikel 6:5 lid 1 Awb* opgenomen eis dat het bezwaarschrift de gronden van het bezwaar bevat, strekt ertoe de inspecteur de grondslag te verschaffen voor de in *artikel 7:11 Awb* voorgeschreven heroverweging van het bestreden besluit. De beantwoording van de vraag of een niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar vanwege het niet voldoen aan genoemde eis, in strijd is met het recht van de belastingplichtige om te zwijgen en het recht om zichzelf niet te incrimineren, moet worden gezien in het licht van *artikel 6 EVRM*. Dit brengt mee dat de aanduiding van de gronden van het bezwaar in zaken waarin een verhoging aan de orde is, summier mag zijn.⁸³

Wat betreft de griffierechten van *artikel 8:41 Awb* is vermeldenswaardig dat het EVRM op dit punt de Awb-rechtspraak als eerste en wel via Assen is binnengekomen.⁸⁴ De voorzieningenrechter aldaar oordeelde op 21 maart 1994 dat nu de betrokken rechtspersoon niet in staat was om het griffierecht van 400 gulden te voldoen, in het bijzonder in verband met het recht van toegang tot de rechter van *artikel 6 lid 1 EVRM*, mocht worden volstaan met de betaling op grond van *artikel 8:41 Awb* van het griffierecht van 200 gulden dat natuurlijke personen verschuldigd zijn.⁸⁵ Wanneer iemand binnen de betalingstermijn zich op betalingsonmacht beroept ligt het in de rede om hem enig uitstel te bieden, aangezien anders voor betrokkene onder omstandigheden mogelijk sprake kan zijn van een rechtens niet aanvaardbare beperking van het recht op toegang tot de rechter van *artikel 6 EVRM*.⁸⁶ De Centrale Raad oordeelde overigens dat een griffierecht van 50 gulden niet de toegang tot de rechter wezenlijk zou belemmeren.⁸⁷

82 ABRvS 21 november 2007, AB 2008, 9, m.nt. De Waard, JB 2008, 14, m.nt. Schlössels. Vgl. EHRM 27 juli 2006, Coorplan-Jenni GmbH en Hascic t. Oostenrijk, JB 2006, 287, m.nt. Schlössels.

83 HR 8 mei 2002, AB 2002, 353, m.nt. O. Jansen.

84 Vgl. C.C.W. Lange, 'De toegang tot de rechter in het geding', NJB 1996, p. 1009-1016.

85 Vz. Rechtbank Assen 21 maart 1994, JB 1994, 77. Vgl. ook Rechtbank Assen 8 november 1995, JB 1995, 321, m.nt. Simon.

86 CRvB 17 april 2002, JB 2002, 174.

87 CRvB 9 mei 1995, JB 1995, 163, m.nt. ABJH en ELB. Vgl. CRvB 4 maart 2003, JB 2003, 153.

Een belangrijke correctie zien we – na een lange aanloopperiode⁸⁸ – bij de invulling van de *artikelen 8:73 en 8:26 Awb* om op deze wijze conform de eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM compensatie te kunnen bieden bij schending van de redelijke termijn, zoals vereist door het EHRM in de zaken Kudla t. Polen en Scordino t. Italië.⁸⁹ Dit systeem komt – kort gezegd – op het volgende neer. De bestuursrechter kan in de hoofdzaak aan de feiten het vermoeden ontlenuen dat de redelijke termijn door bestuur en/of rechter is geschonden. Vervolgens wordt via het verdragsconform (namelijk artikel 6 en 13 EVRM) toepassen van artikel 8:73 Awb de procedurele mogelijkheid voor de bestuursrechter gecreëerd om bij overschrijding van de redelijke termijn vergoeding van immateriële schade toe te kennen, hetzij ten laste van het daarvoor verantwoordelijke bestuursorgaan dan wel ten laste van de voor de rechtspraak verantwoordelijke staat. Dit hoewel het beroep tegen het besluit ongegrond werd verklaard, hetgeen normaal gesproken een voorwaarde is om op grond van artikel 8:73 Awb schadevergoeding toe te kennen. Via de eveneens verdragsconforme toepassing van artikel 8:26 Awb wordt in geval van rechterlijke overschrijding daartoe, nu aldus in de hoofdzaak het vermoeden is ontstaan van een schending van de redelijke termijn, de procedure heropend en wordt de staat (de voor het betreffende gerecht verantwoordelijke minister) opgeroepen om zich uit te laten over de vermoede schending van de redelijke termijn alsmede over de vraag of en zo ja welke schadevergoeding geïndiceerd is.⁹⁰ Op basis van deze uitgangspunten is inmiddels een verfijnde jurisprudentie ontwikkeld waarin per half jaar dat de procedure te lang duurt 500 euro aan vergoeding voor immateriële (stress en frustratie) schade wordt toegekend en een procedure bestaande uit bezwaar, beroep en hoger beroep totaal tussen de vier en vijf jaar mag duren.⁹¹ Rechtseenheid ontbreekt hier echter nog en er wordt gewerkt aan een wettelijke regeling, ook omdat de nu gekozen oplossing in feite contra-legem is.⁹² Via het rechtszekerheidsbeginsel geldt deze jurisprudentie ook buiten artikel 6 EVRM om, bijvoorbeeld op het terrein van het vreemdelingenrecht.⁹³ Eveneens in de sleutel van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM staan uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak en het CBB, waarbij vanwege een (dreigende) schending daarvan zelf in de zaak werd voorzien als bedoeld in *artikel 8:72*

88 Vgl. reeds CRvB 8 december 2004, *AB* 2005, 73, m.nt. Bröring, *JB* 2005, 30, m.nt. JHK.

89 EHRM 26 oktober 2000, Kudla t. Polen, *NJ* 2001, 594, m.nt. Alkema, *AB* 2001, 275, m.nt. Verhey, *EHRC* 2000, 89, m.nt. Van der Velde, *NJCM-Bulletin* 2001, p. 71 e.v., m.nt. Barkhuysen; *AB klassiek*, zesde druk Deventer 2009, nr. 34, p. 485-505, m.nt. Barkhuysen; EHRM 29 maart 2006, Scordino t. Italië, *AB* 2006, 294, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, *EHRC* 2006, 61, m.nt. Van der Velde.

90 ABRvS 4 juni 2008, *AB* 2008, 229, m.nt. Widdershoven, *JB* 2008, 146, m.nt. Jansen, *USZ* 2008, 211, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; CRvB 11 juli 2008, *AB* 2008, 241, m.nt. Widdershoven, *JB* 2008, 172, m.nt. Jansen, *USZ* 2008, 238, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

91 ABRvS 24 december 2008 (Ameland), *JB* 2009, 42, m.nt. Albers, *USZ* 2009, 75, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; CRvB 26 januari 2009, *JB* 2009, 66, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; CBB 3 maart 2009, *JB* 2009, 139.

92 Zie nader T. Barkhuysen & B.J. van Ettehoven, 'De compensatie voor de schending van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM door de bestuursrechter', *NTB* 2009, p. 129-141; A.M.L. Jansen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor overschrijding van de redelijke termijn', *O&A* 2009, p. 60-68; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Schadevergoeding bij schending van de redelijke termijn: op weg naar een effectief rechtsmiddel?', *NJB* 2008, p. 1579-1582.

93 ABRvS 3 december 2008, *AB* 2009, 70, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

lid 4 Awb en waarbij de bestuurlijke lus werd toegepast vanwege de al lang durende periode van onzekerheid.⁹⁴ Bijzonder daarin is dat gekozen wordt voor zelf voorzien ondanks het feit dat – zoals steeds vereist op grond van vaste jurisprudentie – na vernietiging nog slechts één mogelijk besluit denkbaar is. Daarbij past eveneens de praktijk van sommige gerechten om bij binnenkomst van de zaak te controleren of, rekening houdend met de gemiddelde doorlooptijd van het gerecht, tijdens de procedure schending van de redelijke termijn dreigt. Als dat zo is, moet een wijze van behandeling worden gekozen die leidt tot *versnelde afdoening*. Dat kan door de zaak in een vroeg stadium, en bij voorrang, op zitting te plaatsen, al dan niet in combinatie met versnelde behandeling (artikel 8:52 Awb), door tijdig (eventueel mondeling) uitspraak te doen, dan wel door de zaak af te doen buiten zitting met toestemming van partijen (artikel 8:57 Awb). Ook de *voorlopige voorziening* biedt mogelijkheden, zeker in combinatie met *kortsluiting* (artikel 8:86 Awb). De vereiste spoedeisendheid kan daarbij zijn gelegen in een dreigende schending van de redelijke termijn.⁹⁵

3.2 Straatsburg

Zo uitgebreid als de analyse van de Nederlandse rechtspraak moest zijn, zo beperkt kan deze zijn wat betreft de uitspraken en beslissingen van het Straatsburgse Hof (en de voormalige Commissie). Er zijn in het onderzoek geen uitspraken of ontvankelijkheidsbeslissingen aangetroffen waarin door klagers wordt betoogd dat de toepassing van een bepaling van de Awb leidt tot een schending van het EVRM, laat staan dat het Hof of de Commissie dit constateren. Na de inwerkingtreding van de Awb is Nederland ook in bestuursrechtelijke zaken weliswaar een beperkt aantal keren veroordeeld wegens schending van het EVRM. Maar de oorzaak daarvan lag niet – althans niet direct – in de Awb.

Er is echter – los daarvan – wel een aantal veroordelingen aan te wijzen waarin het niet alleen gaat om incidenten maar mogelijk ook om meer structurele gebreken in ons systeem van bestuursrecht(elijke rechtsbescherming).

Zo is Nederland in de bedoelde periode een aantal keren veroordeeld wegens schending van de redelijke termijn in bestuursrechtelijke zaken, hetgeen mede in combinatie met de hiervoor behandelde nationale jurisprudentie op een meer structureel probleem kan duiden.⁹⁶

Daarnaast is mede in dat kader aan de orde geweest het probleem dat het vaak niet komt tot definitieve geschilbeslechting in het Nederlandse bestuursrecht. In de zaak Hutten, bijvoorbeeld, was in een geschil over planschadevergoeding wegens wijziging van een bestemmingsplan na twaalf jaar nog geen definitieve beslissing

94 ABRvS 20 februari 2008, AB 2009, 200, JB 2008, 76, m.nt. Albers; CBB 23 juli 2008, JB 2008, 213, AB 2009, 5, m.nt. Cartigny.

95 Zie nader Barkhuysen & Van Ettekovon 2009, p. 141.

96 Zie over deze zaken T. Barkhuysen & A.M.L. Jansen, 'Actuele ontwikkelingen in de redelijke termijn jurisprudentie: over Nederlandse termijnoverschrijdingen en ontbrekende nationale rechtsmiddelen', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 586-600. Het gaat om o.m. EHRM 24 juli 2001, Van Nus t. Nederland (zaaknr. 37538/97); EHRM 29 juli 2003, Beumer t. Nederland (zaaknr. 48086/99); EHRM 29 september 2005, Van Houten t. Nederland (zaaknr. 24919/03).

genomen. In zijn verzoekschrift in Straatsburg stelde de klager dat op deze wijze geen sprake was van een effectieve geschilbeslechting, waardoor de redelijke termijn uit artikel 6 EVRM was overschreden. Uiteindelijk besloot de klager in te gaan op een aanbod van de regering om de zaak financieel te schikken.⁹⁷

Ten slotte laat een aantal vreemdelingenrechtelijke zaken zien dat het Nederlandse bestuursrecht niet altijd heel goed scoort als het gaat om de rechtsbescherming in zaken waarin grote persoonlijke belangen op het spel staan zoals de vrijwaring van een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. De veroordelingen van Nederland in de zaken Said en Salah Sheekh laten zien dat het EHRM in dit soort zaken moeite heeft met de *ex tunc* toetsing, de marginale toets van de feitenvaststelling door het bestuur en de grote terughoudendheid met het toelaten van nieuw bewijsmateriaal in de rechterlijke fase, ook als dit strikt genomen eerder had kunnen worden ingebracht. Het Hof moet in dit soort gevallen niets hebben van 'excessief formalisme' en legt het accent op effectieve rechtsbescherming.⁹⁸ Het Hof voert de strijd tegen excessief formalisme ook in het kader van andere verdragsartikelen dan artikel 6 EVRM. Zo heeft het Hof Nederland in de zaak Rodriguez da Silva en Hoogkamer verweten zich daaraan onder artikel 8 EVRM schuldig te maken. Deze zaak betrof de uitzetting van een Braziliaanse vrouw hetgeen naar het oordeel van klagers (deze vrouw en haar Nederlandse dochter) in strijd zou zijn met artikel 8 EVRM vanwege inmiddels opgebouwd gezinsleven. Ten onrechte was – zo verweerde de staat zich – verzuimd het verblijf van de vrouw te legaliseren toen dat kon (gedurende de relatie met een Nederlandse man waaruit het kind is geboren), maar het Hof accepteert dat argument niet als een rechtvaardiging voor de staat om nadien af te mogen zien van een belangenafweging ter zake van de uitzettingsbeslissing. Dat is volgens het Hof een excessief formalistische opstelling die niet door de beugel kan en in casu een schending van artikel 8 EVRM oplevert.⁹⁹ In reactie op genoemde vreemdelingenrechtelijke uitspraken is een initiatiefwetsvoorstel ingediend tot aanpassing van met name de Vreemdelingenwet 2000 om daarmee een meer indringende toetsing van besluiten op dit terrein te verzekeren alsmede te bevorderen dat bewijsmateriaal uit meer verschillende bronnen in de procedure kan worden betrokken.¹⁰⁰ Tegelijk is ook een heel voorzichtige koerswending in de jurisprudentie van de Afdeling zichtbaar.¹⁰¹

97 EHRM 26 oktober 2004, Hutten t. Nederland (mannelijke schikking): de Nederlandse regering betaalt *ex gratia* 6.000 euro en het Hof schrapt de zaak van de rol.

98 EHRM 5 juli 2005, Said t. Nederland, *AB* 2005, 369, m.nt. Battjes & Vermeulen, *JV* 2005, 304, m.nt. Spijkerboer, *NJCM-Bulletin* 2005, p. 831 e.v., m.nt. Van Bennekom; EHRM 11 januari 2007, Salah Sheekh t. Nederland, *AB* 2007, 76, m.nt. Vermeulen.

99 EHRM 31 januari 2006, Rodriguez da Silva en Hoogkamer t. Nederland, *EHRC* 2006, 35, m.nt. Woltjer, *JV* 2006, 90, m.nt. Boeles. Vgl. EHRM 24 mei 2006, Liakopoulou t. Griekenland, *AB* 2006, 257, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

100 *Kamerstukken II* 30 830 (Pechtold en Van der Ham); daarnaast bestaat een regeringsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het aanpassen van de asielprocedure, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 994, nrs. 1-4, waarin mede in het licht van Straatsburgse (artikel 3 EVRM-)jurisprudentie een *ex nunc*-toetsing wordt voorgesteld.

101 Vgl. de jaarverslagen van de Raad van State over 2007 en 2008 en de daar genoemde jurisprudentie.

3.3 Balans

In de nationale jurisprudentie wordt de Awb regelmatig de – met name artikel 6 – EVRM-maat genomen. Daarbij blijkt dat de Awb in het algemeen heel goed de toets aan het EVRM kan doorstaan en wordt het EVRM hooguit gebruikt ter nadere invulling of ondersteuning van de Awb-regeling. Daar waar een beroep op het EVRM leidt tot een correctie betreft het meestal fine tuning, hoewel het daarbij niet gaat om onbelangrijke zaken zoals de bijstelling van de afgeleid belang jurisprudentie op grond van artikel 1:2 Awb als er een fundamenteel recht in het geding is, de mogelijkheid om in afwijking van artikel 6:5 Awb summiere bezwaaren beroepsgronden in te dienen in verband met het zwijgrecht van artikel 6 EVRM of een matiging van het griffierecht (dan wel betaling in twee termijnen) van artikel 8:41 Awb om de toegang tot de rechter van minvermogenden te waarborgen. Grotere correcties op grond van het EVRM zijn aan de orde bij het met een beroep op artikel 6 EVRM in feite contra legem toepassen van de artikelen 8:73 en 8:26 Awb om zo te kunnen voorzien in de vereiste compensatie bij schending van de redelijke termijn door bestuur en rechter. Ook kan daarbij worden gedacht aan de bijstelling mede vanwege de redelijke termijn van de praktijk op grond van artikel 8:72 lid 4 Awb zodat thans ook zelf in de zaak kan worden voorzien wanneer er niet slechts één nader besluit denkbaar is. De Straatsburgse jurisprudentie laat geen voorbeelden zien van veroordelingen van Nederland direct als gevolg van de toepassing van de Awb. In die zin lijken de inspanningen van de wetgever en de Nederlandse rechters om de Awb EVRM-conform vorm te geven en toe te passen hun vruchten af te werpen. Wel laat de Straatsburgse jurisprudentie voorbeelden zien van veroordelingen die mogelijk samenhangen met – in algemenere zin – meer structurele gebreken in ons systeem van bestuursrecht (elijke rechtsbescherming) die aandacht verdienen. Daarbij gaat het vooral om het niet definitief beslechten van geschillen binnen een redelijke termijn, het aanbrengen van te formalistische drempels in de rechtsbescherming en de in de ogen van Straatsburg in bepaalde zaken te afstandelijke en marginale toetsing van bestuursbesluiten in zaken waarin zeer fundamentele belangen op het spel staan.

4 Awb-evaluaties en het EVRM

4.1 Eerste evaluatie: griffierechten, redelijke termijn en verwijzing

De Commissie evaluatie Awb I constateert allereerst als mogelijk knelpunt in verband met de toegang tot de rechter de hoogte van de griffierechten. Om deze reden suggereert zij impliciet in de Awb een vrijstellingsregeling op te nemen voor gevallen waarin het griffierecht de toegang daadwerkelijk zou blokkeren.¹⁰² De regering neemt deze suggestie niet over en wijst daartoe op de reeds in de jurisprudentie erkende mogelijkheid om in de heel specifieke gevallen waarin zich dit voordoet

¹⁰² Commissie evaluatie Awb I, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996*, Den Haag 1996.

op grond van artikel 6 EVRM de griffierechten te verlagen. Dit komt slechts heel sporadisch voor zodat een wettelijke regeling niet wenselijk is, aldus de regering.¹⁰³ Een andere suggestie van de Commissie is om in de Awb een maximale doorlooptijd op te nemen voor de procedure bij de bestuursrechter in verband met de redelijke termijn van artikel 6 EVRM. De regering onderschrijft de noodzaak van zo kort mogelijke procedures, maar voelt niets voor een wettelijke regeling op dit punt. Dat zou te gedetailleerd en te star worden. Wel verdient het volgens de regering aanbeveling om een rechterlijke beslistermijn in de vorm van een streeftermijn op te nemen in diverse procesregelingen.¹⁰⁴

Ten slotte neemt de regering wel een heel specifieke aanbeveling van de Commissie over. Namelijk daar waar een rechtbank op grond van haar relatieve competentie een zaak moet behandelen waarbij zij zelf is betrokken (bijvoorbeeld als werkgever) is er vanwege het vereiste van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van artikel 6 EVRM inmiddels in artikel 8:13 lid 1 Awb een extra mogelijkheid opgenomen om deze zaak naar een andere rechtbank te verwijzen.¹⁰⁵

4.2 Tweede evaluatie: gronden- en bewijsstukken

De Commissie evaluatie Awb II beveelt (de rechter) aan om gegevens, bewijsmiddelen of beroepsgronden die in beroep worden aangevoerd niet buiten beschouwing te laten op de enkele grond dat zij niet in de bestuurlijke fase zijn ingebracht, tenzij deze betrekking hebben op een onderdeel van het besluit dat in de bestuurlijke fase in het geheel niet is aangevochten. Voor het hoger beroep beveelt de Commissie aan met betrekking tot onderdelen van het besluit die in eerste aanleg in geschil waren, dat partijen in hoger beroep nieuwe gronden of argumenten kunnen aanvoeren tenzij de goede procesorde zich daartegen verzet.¹⁰⁶ Dit in reactie op door de onderzoekers aangetroffen gronden- en bewijsstukjurisprudentie en hun constatering dat deze op gespannen voet staat met het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces van artikel 6 EVRM.¹⁰⁷ Als reeds besproken, is deze aanbeveling ook aanleiding geweest voor een aanpassing van de memorie van toelichting bij artikel 6:13 Awb. Daarmee heeft de wetgever beoogd duidelijk te maken dat er tussen bezwaar en beroep geen *grondenstuk* bestaat.¹⁰⁸ De Commissie vraagt daarnaast nogmaals aandacht voor de redelijke termijn van artikel 6 EVRM.¹⁰⁹ Daarop borduurt de regering voort in haar reactie op de evaluatie, door onder meer de invoering van de bestuurlijke lus als optie te noemen.¹¹⁰

103 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 600, VI, nr. 46, p. 31-32.

104 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 600, VI, nr. 46, p. 34-35.

105 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 523, nr. 3, p. 8-9; *Stb.* 2002, 53.

106 Commissie evaluatie Awb II, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001*, Den Haag 2002, p. 83-84.

107 R. J. G. M. Widdershoven e.a., *Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep*, Den Haag 2001, p. 218-219, 222-223, 230.

108 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 421, nr. 3, p. 7; *Kamerstukken II* 2004/05, 29 421, nr. 11.

109 Commissie evaluatie Awb II 2001, p. 25.

110 Nota 'Naar een slagvaardig bestuursrecht', *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 16; *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 18.

4.3 Derde evaluatie: bestuurlijke lus en definitieve geschilbeslechting, voorlichting, motivering, vooronderzoek en beleid in verband met feitenvaststelling

De Commissie evaluatie Awb III beveelt de wetgever aan om de ‘bestuurlijke lus’ in te voeren conform de plannen die er al liggen in het kader van het conceptwetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht.¹¹¹ Deze aanbeveling volgt het advies van het voorbereidende deelonderzoek inzake definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter, waarin deze gewenste wijziging uitvoerig wordt onderbouwd met de EVRM-eisen ter zake van effectieve geschilbeslechting binnen redelijke termijn (welke eisen ook kunnen blijven gelden in de fase na de rechterlijke beslissing).¹¹² Verder doet de Commissie diverse aanbevelingen aan de bestuursrechter naar aanleiding van het deelonderzoek inzake feitenvaststelling in beroep. Zo beveelt zij aan dat bestuursrechters beleid ontwikkelen inzake de feitenvaststelling en de (verbetering van de) voorlichting aan appellanten over hun mogelijkheden en verantwoordelijkheden bij de bewijslevering in beroep. Ook beveelt zij de bestuursrechter aan zijn beslissingen over bewijslastverdeling en waar mogelijk over bewijswaardering voldoende concreet te motiveren en meer inhoud te geven aan het vooronderzoek. Hiermee volgt de Commissie de bevindingen van het genoemde deelonderzoek, waarin de aanbevelingen terzake uitvoerig worden onderbouwd met diverse EVRM-bepalingen (met name de artikelen 6 en 13, maar ook materiële bepalingen waaruit procedurele rechten kunnen voortvloeien, zoals 3 en 8 EVRM) en de Straatsburgse jurisprudentie ter zake.¹¹³

De overige deelrapporten hebben vanuit EVRM-perspectief niet direct geleid tot aanbevelingen aan de Awb-wetgever of de rechtspraak, zij het dat de suggestie op basis van één van de deelonderzoeken om in de Awb het verdedigingsbeginsel op te nemen door de Commissie niet wordt overgenomen, omdat dit ook reeds via artikel 6 EVRM werking heeft in de Nederlandse rechtsorde.¹¹⁴ Het is nu wachten op de reactie van de regering op het rapport van de Commissie. Vastgesteld kan worden dat de bestuurlijke lus inmiddels via het eerder genoemde initiatiefwetsvoorstel per 1 januari 2010 in de Awb staat. Daarnaast kan worden geconstateerd dat de aanbevelingen aan de bestuursrechter inzake de feitenvaststelling deels al in de praktijk worden gevolgd. Zo worden beslissingen inzake bewijs beter gemotiveerd en wordt het vooronderzoek daadwerkelijk nieuw leven in geblazen.¹¹⁵

111 Commissie evaluatie Awb III: *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006*, Den Haag 2007, p. 69.

112 B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag 2007, in het bijzonder op p. 78, 79, 85, 169.

113 T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag 2007, in het bijzonder op p. 95-128

114 *Commissie evaluatie Awb III 2007*, p. 52-53; R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag 2007, p. 84-85.

115 Vgl. ABRvS 3 mei 2006, JB 2006, 185; ABRvS 14 juni 2006, AB 2006, 331, m.nt. Marseille; CBB 8 juni 2006, LJN AX8825; CRvB 31 januari 2006, JB 2006, 99, m.nt. Bok; ABRvS 21 mei 2007, AB 2007, 194, m.nt. Sewandono. In deze zin ook de *Agenda van de rechtspraak 2008-2011* (te vinden op de site van de Raad voor de Rechtspraak).

4.4 Balans

Geconstateerd kan worden dat het EVRM met name in de tweede en derde evaluatie een serieuze rol heeft gespeeld bij het totstandkomen van concrete aanbevelingen met het oog op wijziging van de Awb of de toepassingspraktijk. Knelpunten op het terrein van de daadwerkelijke toegang tot de rechter (griffierechten en fuiken), redelijke termijn, definitieve geschilbeslechting en de positie en rechtszekerheid van partijen in het kader van hun bewijspositie zijn daarbij belangrijke redenen geweest voor het formuleren van aanbevelingen die deels in de wet en deels in de toepassingspraktijk (waaronder ook de diverse procesregelingen) zijn verwerkt of in de nabije toekomst verwerkt lijken te gaan worden.

5 Afsluitende vooruitblik: potentiële invloed van het EVRM op de Awb

Uit de voorgaande terugblik naar de periode van vijftien jaar waarin de Awb en het EVRM coëxisterden, is gebleken dat sprake is geweest van een serieuze inspirerende én corrigerende betekenis van dit verdrag (vooral van artikel 6). De snelle lezer kan er de tussenbalansen aan het einde van de tweede, derde en vierde paragraaf van deze bijdrage nog eens op naslaan en kan daarbij ook vaststellen dat er vaak wel de nodige tijd overheen gaat voordat EVRM-normen daadwerkelijk effect sorteren. Geconstateerd kan worden dat de Awb juist ook de doorwerking van EVRM-normen over de volle breedte van het bestuursrecht heeft gefaciliteerd.¹¹⁶ Opvallend is verder dat in de beginperiode vaker werd gekozen voor een bovenminimale uitleg van het EVRM terwijl dat daarna niet meer aan de orde was. Met deze terugblik is het hoofddoel van deze bijdrage bereikt en is het tijd om kort en op hoofdlijnen vooruit te blikken met alle voorzichtigheid die daarbij hoort. Wat is de potentiële invloed van het EVRM op de Awb in de komende jaren?¹¹⁷

Het EVRM zal hoogstwaarschijnlijk zijn inspirerende en corrigerende rol blijven vervullen, hoewel er zeker een gevaar bestaat dat de rol van het Straatsburgse Hof in dit verband als gevolg van zijn chronische overbelasting en uitblijvende oplossingen daarvoor beperkter zal zijn. Daarbij zal het gaan om zowel meer algemene tendensen in het bestuursrecht als om kleinere, technische details die hier niet verder worden uitgewerkt. Ook zal aandacht moeten worden gegeven aan het inmiddels (met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon) bindende Hand-

116 Vgl. J.E.M. Polak, 'Kroniek van het algemeen deel van het bestuursrecht', *NJB* 2004, aflevering 10, par. 18.

117 Zie daarover bij een eerdere verjaardag – namelijk bij gelegenheid van 50 jaar EVRM – T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, '50 jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht – ontwikkelingen en vooruitzichten', in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), *50 jaar EVRM*, Leiden 2000, p. 327-408.

vest van de grondrechten van de Europese Unie, waarin de rechten uit het EVRM en de Protocolen in soms iets modernere lezing zijn opgenomen.¹¹⁸

Wat betreft de meer algemene tendensen is gebleken dat het EVRM de afgelopen jaren heeft bijgedragen aan het verbeteren van de rechtspositie van burgers ten opzichte van de overheid. Er is veel aandacht uitgegaan naar de gelijkwaardige positie van partijen, onafhankelijkheid en onpartijdigheid van betrokken instanties en de zorgvuldigheid van besluitvorming en rechtspraak. Dat is positief te waarderen, maar heeft ook een meer negatieve kant die met de term 'juridisering' kan worden gekwalificeerd en die pas na het in gang zetten van het Awb-traject echt aandacht kreeg. Een en ander gaat gepaard met trage besluitvorming en rechtspraak en het maar moeilijk kunnen komen tot definitieve geschilbeslechting. Voor deze problemen heeft de Werkgroep-Van Kemenade aandacht gevraagd en zijn maatregelen in gang gezet om knelpunten weg te nemen.¹¹⁹ Daarbij speelt het EVRM ook een rol waar het de nadruk legt op *effectieve* rechtsbescherming binnen een redelijke termijn, zoals hiervoor al bleek. De komende jaren zal moeten blijken of de maatregelen die zijn ingevoerd of nog in het vat zitten inderdaad effect gaan sorteren. Er bestaat echter een risico dat de op versnelling en effectiviteit gerichte maatregelen doorslaan en dat een sfeer ontstaat dat burgers die gebruik maken van hun rechtsbeschermingsmogelijkheden ten aanzien van door het bestuur gewenste projecten als querulanten worden weggezet. Dat valt her en der al te bespeuren bij de discussies rondom de totstandkoming van de Crisis- en herstelwet.¹²⁰ Er zou kortom een situatie kunnen ontstaan waarin snelheid en slagvaardigheid vergaand ten koste gaan van zorgvuldigheid en daadwerkelijke toegang tot de rechter. Op dat punt biedt het EVRM (met name de artikelen 6, 8 en 1 EP) een tegenwicht dat voor de noodzakelijke balans kan blijven zorgen. Daaruit vloeit immers het vereiste voort om zowel effectief en snel als zorgvuldig te besturen en recht te spreken. Op deze manier wordt de daadwerkelijke toegang tot de rechter verzekerd, zonder dat er (buiten bestraffende zaken) overigens per se beroep in twee feitelijke instanties hoeft open te staan.

In dat opzicht is het aardig te constateren dat de Benthem-uitspraak inmiddels deel uitmaakt van de canon van het Nederlandse recht.¹²¹ Dat is terecht omdat zij enerzijds de rechtsbescherming tegen de overheid in Nederland ingrijpend heeft veranderd en anderzijds omdat de uitspraak ook een waarborg biedt tegen het weer afschaffen of beperken van rechterlijke controle op het optreden van het

118 Vgl. voor de interpretatie van het EVRM-begrip *ne bis in idem* in verhouding tot het EU-recht en art. 5:43 en 5:44 Awb, EHRM 10 februari 2009, Zolotukhin t. Rusland, AB 2009, 309, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Een ander meer technisch discussiepunt betreft de vraag of er recht bestaat op aanwezigheid van een raadsman bij een verhoor dat plaatsvindt met het oog op een bestraffende sanctie. Dit naar aanleiding van EHRM 27 november 2008, Salduz t. Turkije (zaaknr. 36391/02); EHRM 11 december 2008, Panovits t. Cyprus (zaaknr. 4268/04). Vgl. CRvB 19 mei 2009, AB 2009, 370, m.nt. Bröring; CRvB 19 mei 2009, AB 2009, 371, m.nt. Bröring.

119 *Bestuur in geding*, Haarlem 1997.

120 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nrs. 1 e.v. Vgl. S.E. Zijlstra, 'Van de gelegenheid gebruik gemaakt... Misbruik van bevoegdheden door en onder de Crisis- en herstelwet', *NTB* 2009, p. 263-264.

121 Zie <www.arsaequi.nl>.

bestuur. Dat dit laatste nodig is, bleek onder meer uit de voorstellen van de genoemde werkgroep van bestuurders onder leiding van J.A. van Kemenade die zich teweer stelde tegen de juridisering van het openbaar bestuur. Sindsdien klinkt de roep om beperking van de rechterlijke controle als gezegd vaker, met name als het gaat om infrastructurele projecten die als gevolg van deze controle te veel zouden worden vertraagd.¹²² Dankzij de Benthem-uitspraak staat echter vast dat deze controle in stand moet blijven en dat oplossingen voor problemen als gevolg daarvan binnen dat kader moeten worden gezocht.¹²³ Een Commissie die in opdracht van de vereniging voor bestuursrecht (de VAR) heeft nagedacht over de toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid onderschrijft dit uitgangspunt volledig en komt binnen de Benthem-uitspraak en meer in ruime zin EVRM-randvoorwaarden met voorstellen om deze rechtsbescherming te verbeteren. Daarbij bestaat veel aandacht voor het verbeteren van het geschiloplossend vermogen van het bestuursprocesrecht en wordt er voor gepleit dat de rechter vaker zelf in de zaak voorziet.¹²⁴ Dit rapport vormt de opmaat voor veel van de deels genoemde (komende) aanpassingen van het bestuursprocesrecht. Waar juist het Kroonberoep uitstekend scoorde als het ging om het geschiloplossend vermogen, kan daarvan wellicht nadere inspiratie uitgaan. Het is echter wel zaak te voorkomen dat de bestuursrechter feitelijk steeds meer wordt gedwongen op de stoel van het bestuur plaats te nemen. Ook daartegen biedt de Straatsburgse jurisprudentie echter een waarborg.

Een andere meer algemene tendens betreft het toegenomen accent op rechtshandhaving en het daarbij steeds meer inzetten van het bestuursrecht als instrument, ook als het gaat om openbare orde handhaving of de waarborging van de veiligheid van personen in hun privé- en familiesfeer. De invoering van de vierde tranche Awb past in deze ontwikkeling. Daarmee betreedt de Awb terreinen die van oudsher onder meer door het strafrecht worden bestreken. Naar verwachting zal de druk om op deze terreinen (pro)actief op te treden de komende jaren alleen maar groter worden. Daarmee zal vanzelf het aantal geschillen over de vraag of partijen al dan niet te ver in hun vrijheidsrechten (met name artikel 8) alsmede processuele rechten (met name artikel 6) onder het EVRM zijn aangetast, toenemen. Dit nog afgezien van het naar verwachting toenemend aantal zaken over de precieze verhouding van de vierde tranche waarborgen tot die van het EVRM. Tegelijk eist het EVRM hier op grond van de positieve verplichtingen onder bijvoorbeeld artikel 2 en 8 juist ook actief optreden van de staat via rechtshandhaving om de veiligheid

122 Vgl. N.S.J. Koeman, 'Versnelling in het bestuursprocesrecht', *Milieu & Recht* 2008, nr. 4.

123 Vgl. J.A.M. van Angeren, 'Mensenrechten en onafhankelijke bestuursrechtspraak', in: Barkhuysen, Van Emmerik & Loof (red.), *Geschakeld recht*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2009, p. 1-11; Van Angeren – destijds optredend als vertegenwoordiger van de Nederlandse regering in de Benthem-zaak voor de Europese Commissie en het Hof – geeft aan groot voorstander te zijn van deze rechterlijke controle en constateert tot zijn verbazing dat juist de advocaat van Benthem – Koeman – daarop in zijn zojuist aangehaalde bijdrage beperkingen lijkt voor te stellen. Zie ook de reactie van de regering op het rapport van de Werkgroep-Van Kemenade, Kabinetsstandpunt Juridisering in het openbaar bestuur, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 360, nr. 1.

124 VAR-Commissie rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag 2004.

van personen te waarborgen.¹²⁵ De grote uitdaging zal ook hier zijn om een goede balans te blijven vinden.

Daarnaast zou het feit dat het Straatsburgse Hof steeds meer procedurele eisen afleidt uit materiële rechten een belangrijke invloed kunnen hebben op de inrichting van ons bestuurs(proces)recht. Uit deze jurisprudentie van het Hof vloeit steeds duidelijker voort dat naarmate de inbreuk op een rechtsbelang fundamenteeler van aard is, de daarmee gepaard gaande bestuurlijke voorbereiding en rechterlijke rechtsbescherming respectievelijk zorgvuldiger en intensiever moeten zijn. Dat is nu reeds zichtbaar in de in deze bijdrage behandelde vreemdelingenzaken waarin de artikelen 2, 3 en 8 EVRM in het geding waren maar doet zich ook daarbuiten voor, bijvoorbeeld, als het gaat om ernstige inbreuken op het eigendomsrecht van artikel 1 EP.¹²⁶ Ook in het kader van de 'criminal charge'-waarborgen laat Straatsburg differentiatie zien tussen lichte en zware boeten, waarop de Awb overigens al aansluit via de zware en lichte procedure ten aanzien van bestuurlijke boeten.¹²⁷ Een en ander zou ook kunnen impliceren dat waar, bijvoorbeeld, de intrekking van een vergunning niet als een 'criminal charge' kwalificeert, er toch strengere eisen aan het bewijs en de intensiteit van de evenredigheidstoetsing worden gesteld.¹²⁸ Waar de Awb juist is gericht op het zoveel mogelijk uniformeren van het bestuurs(proces)recht, lijkt deze Straatsburgse jurisprudentie juist te wijzen op noodzakelijke differentiatie wanneer fundamentele rechtsbelangen op het spel staan. Het accommoderen van deze ontwikkeling ook buiten bestuurlijke boeten – 'een geschil over een dakkapel is iets anders dan een geschil over de uitzetting van een vreemdeling' – is een belangrijke uitdaging voor de toekomst van de Awb alsmede voor de betrokken bijzondere bestuursrechtelijke wetten. Wat ons betreft pleit deze ontwikkeling overigens niet tegen het streven naar meer rechtseenheid aan de top van het bestuursrechtelijk rechtsbeschermingsgebouw. Als het gaat om de toepassing van EVRM-rechten in Awb-verband is rechtseenheid juist van groot belang. Bij de hier te kiezen voorziening kan het geen kwaad nog eens de waarschuwing in herinnering te roepen die in het kader van de eerste tranche Awb en eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie door de regering naar voren werd gebracht tegen informele afstemmingsmechanismen. Deze zijn vanuit het oogpunt van een eerlijk proces van artikel 6 EVRM volgens de regering verwerpelijk als het gaat om rechtsvragen die in een concrete zaak centraal staan.¹²⁹

125 Vgl. T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht* (preadvies VAR), Den Haag 2004, p. 105-106.

126 Zie T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Rechtsbescherming tegen de overheid en het EVRM', *TMA* 2006, p. 130-142 op p. 139-140. Zie m.b.t. art. 1 EP, EHRM 8 april 2008, Megadat.com t. Moldavië, AB 2008, 224, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Vgl. Y.E. Schuurmans, *De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht* (preadvies VAR), Den Haag 2009, p. 152-154.

127 EHRM 23 november 2006, Jussila t. Finland, AB 2007, 52, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. In de belastingwetgeving wordt overigens in afwijking van de vierde tranche een ander regime gekozen, zodat voor (relatief hoge) vergrijpboetes de lichte procedure geldt.

128 Vgl. naast de hiervoor aangehaalde Megadat.com-uitspraak ook EHRM 13 december 2005, Nilsson t. Zweden (ontv. besl.), AB 2006, 258, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

129 Zie paragraaf 2.2.4 van deze bijdrage.

Ten slotte zou het uitgangspunt dat partijen in het bestuursrecht zonder verplichte procesvertegenwoordiging kunnen procederen de komende jaren heel goed verder onder druk kunnen komen te staan. Het bestuursrecht is immers – ondanks de drempels die het EVRM opwerpt tegen excessief formalisme en het vereiste van een doorzichtig systeem van rechtsbescherming – erg complex geworden en zal de komende jaren waarschijnlijk niet minder ingewikkeld worden. Hiermee is het maar zeer de vraag is of niet-deskundige partijen in veel zaken daadwerkelijk toegang tot effectieve rechtsbescherming, als gegarandeerd in artikel 6 EVRM, hebben als zij zonder advocaat procederen.¹³⁰ Wellicht zou ook hier differentiatie gepast zijn tussen complexe en niet complexe zaken, om zo ook de kosten beheersbaar te houden. Al met al is het dus zaak het goede van de uniformerende Awb te behouden en daar waar nodig bij te sturen en te differentiëren met het oog op EVRM-waarborgen.

130 Vgl. R.M. van Male, 'Glazige blikken: het ontbreken van verplichte procesvertegenwoordiging', *NTB* 2006, p. 50-51.