Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Department Publiekrecht
Afdeling staats- en bestuursrecht

Afdeling onderzoek Huis voor klokkenluiders
Maliebaan 72
3581 CV Utrecht
tevens per e-mail: [redacted]

Nummer	[redacted]/2017.1	*Datum*	20 januari 2017
Uw brief van	--	*Doorkiesnummer*	[redacted]
Onderwerp	Advies besluit / eed Awb	*Contactpersonen*	[redacted]

Geachte mevrouw [redacted], beste [redacted],

U heeft mij namens de afdeling onderzoek van het Huis voor klokkenluiders (Hvk) verzocht te adviseren over – kort gezegd - het rechtskarakter van de verschillende beslissingen die de afdeling neemt, in het bijzonder of deze kwalificeren als appellabele besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Een tweede adviesaanvraag ziet op de vraag welke personen namens de afdeling onderzoek bevoegd zijn de eed of belofte af te nemen.

Het advies is al volgt opgebouwd. Allereerst zal ik kort duiden wat doorgaans de procesmomenten zijn in het bestuursrecht: wanneer kan een belanghebbende een rechtsmiddel aanwenden tegen een beslissing? Grofweg gezegd bestaan er tijdens het besluitvormingstraject (in chronologische volgorde) drie momenten: 1) tegen de buitenbehandeling plaatsing van een aanvraag, 2) tegen de toe- dan wel afwijzing van de aanvraag en 3) tegen de beslissing die volgt op een bezwaarschrift.

Vervolgens zal ik ingaan op de specifieke context van het Huis voor klokkenluiders, die uniek is. De Wet Huis voor klokkenluiders (WHvk) sluit lastig aan op de terminologie in de Awb en dat roept verschillende onzekerheden op. Die zal ik duiden.

Daarna problematiseer ik in het bijzonder het besluitkarakter van de verschillende onderzoeksbevoegdheden die de afdeling onderzoek van het Hvk kan aanwenden.

Ter afsluiting van het eerste deel van de adviesvraag wordt aangegeven wat de afdeling onderzoek in bezwaar zou moeten doen.

Daarna komt het advies inzake de eed aan bod.

Kamerlingh Onnes Gebouw
Steenschuur 25
Postbus 9520
2300 RA Leiden
Tel. [redacted]
E-mail [redacted]

Nu het Huis voor klokkenluiders een unieke instelling is en de WHvk als resultaat van een initiatiefwetsvoorstel niet de meest grondige toelichting en met het algemeen bestuursrecht afgestemde wettelijk kader geeft, is het lastig harde conclusies te trekken. Voor het overzicht geef ik bij de bulletpoints de meest voor de hand liggende conclusie en breng ik alleen in de tekst de nodige nuance aan. Het advies eindigt met een opsomming en een schema, dat inzichtelijk maakt hoe de besluitkwalificatievragen van elkaar afhankelijk zijn.

1. Systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming: concentratie van beroep

In het bestuursrecht kan enkel worden geprocedeerd tegen besluiten in de zin van het eerste lid artikel 1:3 Awb. Volgens dit lid is een besluit een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. In dit advies komt alles aan op het element 'rechtshandeling'. Onomstreden is dat de afdeling onderzoek van het Hvk een bestuursorgaan is (zie artikel 1:1, lid 1, sub a Awb). Het gaat hier namelijk om een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld en schriftelijke beslissingen neemt op basis van een publiekrechtelijk kader (de WHvk).

Een rechtshandeling is een handeling met beoogd rechtsgevolg. Zij verleent een rechtssubject een recht, dan wel ontneemt hem een bestaande aanspraak of legt hem een plicht op. In de toepassing van de WHvk staan de verzoeker en de werkgever als rechtssubjecten centraal. Besluiten van de afdeling onderzoek van de WHvk moeten dus rechten verlenen of plichten opleggen aan deze verzoeker of werkgever.

Bestuursrechtelijke rechtsbescherming heeft tot doel de burger laagdrempelige rechtsbescherming te bieden tegen de aanwending van overheidsgezag. In die opzet past het niet goed om tegen elke beslissing van een bestuursorgaan beroep open te stellen. Dat zou de procedure voor de burger erg onoverzichtelijk maken én hem dwingen om veelvuldig te procederen. Heeft een beslissing als een besluit te gelden, dan moet de burger namelijk binnen 6 weken een rechtsmiddel aanwenden (art. 6:7 Awb). Doet hij dat niet, dan krijgt het besluit formele rechtskracht en heeft het als rechtmatig te gelden. Dit leidt ertoe dat men in het bestuursrecht in beginsel alleen het eindresultaat (de verlening van de bouwvergunning, de afwijzing van de asielaanvraag, de boeteoplegging) als een besluit aanmerkt waartegen rechtsbescherming open staat. Daartoe is artikel 6:3 Awb in de wet opgenomen: voorbereidingsbeslissingen van het bestuursorgaan zijn niet zelfstandig voor beroep vatbaar, óók niet als die beslissingen strikt genomen als een besluit kwalificeren. De burger kan alleen in de hoofdzaak procederen en in dat kader de voorbereidingshandelingen ter discussie stellen. Dit is alleen anders als het voorbereidingsbesluit de belanghebbende, los van het eindbesluit, rechtstreeks in zijn belang raakt. Aan de Awb ligt een streven naar

concentratie van beroep tegen het eindbesluit ten grondslag.[1] Onder punt 3 kom ik hier op terug.

Dit stelsel komt in de praktijk op het volgende neer:

a) Het eindbesluit waarin een recht wordt toegekend dan wel ontnomen is voor bezwaar en beroep vatbaar.
b) Op basis van artikel 1:3 leden 2 en 3 Awb is ook de afwijzing van het verzoek een besluit te nemen (de afwijzing van de aanvraag) een besluit, hoewel dit strikt genomen geen rechtsgevolg heeft.
c) Ook het besluit een aanvraag niet in behandeling te nemen, conform artikel 4:5 Awb, vormt een appellabel besluit.
d) De beslissing die op een bezwaarschrift volgt, wordt altijd als een besluit aangemerkt, zodat de reactie van het bestuursorgaan aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd (zie nader onder 4).

Bij de uitzonderingen onder b en c volgt uit de wet dat je in beroep bij de bestuursrechter kan; de wet kwalificeert deze beslissingen expliciet als een besluit. De reden daarvoor is dat ook tegen de negatieve besluiten rechtsbescherming nodig is geacht. De procedure houdt daar voor de burger op en dat geeft hem belang om de beslissing aan de rechter voor te leggen. Het beroepsrecht tegen de negatieve besluiten onder b en c (en ook artikel 6:2 Awb) vormen een afgeleide van het beroepsrecht onder a.

Bij toepassing van het bestuursrechtelijke stelsel van rechtsbescherming als hierboven geschetst op de situatie van het HvK, volgt dat het ontvankelijk achten van een verzoekschrift géén rechtshandeling is. Weliswaar kan de afdeling onderzoek daarna onderzoeksbevoegdheden aanwenden, maar de verzoeker of de werkgever krijgt er nog geen enkele aanspraak of plicht bij. De rechtshandeling vindt pas plaats als die bevoegdheid concreet wordt aangewend.
Nu zou men daartegenin kunnen brengen dat het ontvankelijk verklaren van het verzoekschrift een uitdrukkelijke wettelijke grondslag heeft in de WHvk, een belangrijk element in de procedure is en de eventuele basis vormt voor het aanwenden van ingrijpende onderzoeksbevoegdheden. Er zijn hoge uitzonderingen, maar de rechtspraak is niet snel geneigd een ontvankelijkverklaring als een besluit te zien.[2] De Vreemdelingenwet 2000 is een van de weinige bestuursrechtelijke wetten die (sinds kort) ook de niet-ontvankelijkheid van de aanvraag als afdoeningswijze kent. Op een ontvankelijke aanvraag volgt een inhoudelijke beoordeling; de ontvankelijkverklaring is in de VW2000 géén besluit dat aan de rechter kan worden voorgelegd.

---

[1] Zie ook M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure* (vijfde druk), Deventer: Kluwer 2013, p. 279.
[2] Vgl. CBb 21 maart 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA1095 (kennisgeving dat de aanvraag voldoet aan de wettelijke eisen).

- Het ontvankelijk achten van een verzoekschrift vormt geen besluit.

2. De unieke positie van het Hvk

De WHvk sluit in beperkte mate aan op de terminologie van de Awb. De Awb kent een aanvraag; de WHvk een verzoekschrift. De Awb gaat ervan uit dat het bestuursorgaan een aanvraag al dan niet in behandeling neemt, maar formuleert de ontvankelijkheid niet als een apart beslismoment; de WHvk doet dit wel. En waar de parlementaire geschiedenis van de WHvk wijst op het besluitkarakter van de onderzoeksbevoegdheden, merkt de Awb deze doorgaans aan als feitelijke bevoegdheden tot het doen van onderzoek. Deze verschillende insteek maakt het lastig om de beslissingen van de afdeling onderzoek in de Awb-mal te passen. Dit leidt ertoe dat bij de kwalificatie van de verschillende beslissingen als zijnde wel of niet een besluit, een slag om de arm moet worden gehouden.

Zoals reeds opgemerkt, is de hoofdregel van het bestuursrecht dat tegen de *eindbeslissing* bezwaar en beroep open staat en dat de negatieve besluiten bij punt 1 onder b) en c) genoemd daar een afgeleide van vormen.

Is de eindbeslissing van de afdeling onderzoek een besluit?
De afdeling onderzoek kan aanbevelingen doen aan de werkgever. Haar oordeel of aanbeveling behelst geen vaststelling van civielrechtelijke aansprakelijkheid noch een vermoeden van schuld aan een strafbaar feit (artikel 8 WHvk).

De aanbeveling is feitelijk van aard; het staat de werkgever vrij al dan niet aan het advies gehoor te geven. Artikel 17 lid 1 WHvk bepaalt dat 'indien de werkgever overweegt de aanbeveling niet op te volgen, deelt het dat met redenen omkleed aan de afdeling onderzoek mee.' Los van deze mededelingsplicht vindt er geen verandering plaats in de rechten en de plichten van de werkgever, noch in die van de verzoeker. Er is dus in beginsel geen rechtshandeling.

Een zelfde constructie van oordeel, aanbeveling en mededelingsplicht staat in de Rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid (artikel 73 en 74 Rijkswet Ovv). De beslissing tot uitbrengen van het rapport wordt gezien als een feitelijke handeling, waartegen bij de civiele rechter moet worden geprocedeerd.[3]

De mededelingsplicht van de werkgever is mijns inziens onvoldoende om de beslissing, waarin het oordeel of de aanbeveling is vervat, als besluit te duiden. Het is enig rechtsgevolg, maar de handeling (het advies) is daar niet op gericht.[4]

---

[3] Gerechtshof 's-Gravenhage 7 februari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV3009 en Rb. 's-Gravenhage 18 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1149.

[4] De situatie is enigszins vergelijkbaar met de situatie waarin bestuursorganen niet-bindende adviezen geven. Brengt een bestuursorgaan een niet-bindend advies uit aan een ander bestuursorgaan, dan brengt de motiveringsplicht mee dat het geadviseerde bestuursorgaan een afwijking van dat advies nader zal moeten motiveren (zie art. 3:50

Overigens gingen de indieners van het wetsvoorstel er zelf ook van uit dat de eindbeslissing geen besluit vormt. Zij vonden het logisch de beslissing tot het vorderen van inlichtingen van het beroepsrecht uit te zonderen 'te meer nu dat onderzoek zelf niet leidt tot een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht'.[5]

- Het oordeel van de afdeling onderzoek over het vermoeden van een misstand noch haar aanbeveling aan de werkgever vormt een besluit.

Bij bovenstaande conclusie moet echter een voorbehoud worden gemaakt. Het komt voor dat de bestuursrechter beslissingen als een besluit kwalificeert, omdat hij rechtsbescherming wenselijk acht. Men spreekt dan van een 'strategisch besluitbegrip'. Een voorbeeld daarvan vormt het bestuurlijk rechtsoordeel. Het bestuursorgaan geeft dan in een schriftelijk standpunt weer hoe de regels die het uitvoert op een concreet geval moeten worden toegepast. Vaak gaat het dan om de vraag of een bepaalde activiteit verboden is op grond van die regelgeving en of een vergunning moet worden aangevraagd. Is de rechter van oordeel dat het onevenredig bezwarend is om de activiteit eerst te laten uitvoeren alvorens een appellabel besluit te verkrijgen, dan kan hij het rechtsoordeel als een besluit kwalificeren. Dit is zeer uitzonderlijk. Een voorbeeld is dat de aanvrager van een omgevingsvergunning wil weten of zijn voorgenomen bouwwerk vergunningplichtig is. Is het antwoord afwijzend, dan kunnen omwonenden er belang bij hebben dit rechtsoordeel (er is geen vergunning nodig) aan de bestuursrechter voor te leggen. Anders zouden zij mogelijk illegale bouwactiviteiten moeten afwachten voordat zij naar een rechter kunnen stappen. De rechtsinbreuk is dan al gemaakt.[6]

Een werkgever zou kunnen betogen dat het oordeel van de afdeling onderzoek zoals bedoeld in artikel 17 WHvk een bestuurlijk rechtsoordeel inhoudt, omdat in een concreet geval wordt geoordeeld over de toepasselijkheid van een publiekrechtelijk wet. Naar mijn inschatting is dit vergezocht. De jurisprudentie over rechtsoordelen ziet vrijwel steeds op het oordeel over een vergunningplicht, waarbij de uiteindelijk te nemen beslissing een besluit kan opleveren. Die parallel doet zich hier niet voor. Bovendien bevatten de parlementaire stukken bij de WHvk nagenoeg geen aanknopingspunten waaruit een wens van de wetgever tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen de rapporten kan worden afgeleid.

Awb). Die verzwaarde motiveringsplicht bij de reactie op het advies maakt het advies nog geen besluit.

[5] *Kamerstukken II,* 2014/15, 34105, nr. 3, p. 16.

[6] Zie nader o.a. R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlsta, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat,* Deventer: Kluwer 2010, p. 249 e.v.

- Het is niet waarschijnlijk dat het oordeel van de afdeling onderzoek over het vermoeden van een misstand als een appellabel bestuurlijk rechtsoordeel wordt aangemerkt.

Negatieve besluiten
Is de eindbeslissing geen besluit (voorbeeld 1a), dan is het niet logisch om de negatieve beslissingen (voorbeelden 1b en 1c) wel als een besluit aan te merken. Waarom zou daar dan wel bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen open moeten staan? De Awb kwalificeert niet alle negatieve beslissingen als een besluit. Artikel 1:3 lid 3 zegt dat alleen het verzoek om een *besluit* te nemen een *aanvraag* is en alleen de afwijzing van een aanvraag wordt gelijkgesteld met een besluit. Artikel 6:2 Awb stelt alleen tegen de weigering een *besluit* te nemen rechtsbescherming open. Het rechtskarakter van de beslissing tot buiten behandeling plaatsing, afwijzing en weigering volgt het rechtskarakter van de gevraagde beslissing.

- Is het eindoordeel van de afdeling onderzoek geen besluit, dan is de niet-ontvankelijkverklaring dat evenmin.
- Merkt de bestuursrechter het eindoordeel wél als een besluit aan, dan ligt het in de rede dat hij het verzoekschrift als een aanvraag in de zin van art. 1:3 lid 3 ziet en de niet-ontvankelijk verklaring kwalificeert als een beslissing de aanvraag niet te behandelen op grond van artikel 4:5 Awb, dan wel als afwijzing van de aanvraag.[7] Dan zou ook de niet-ontvankelijkverklaring als een besluit hebben te gelden, waartegen bezwaar en beroep openstaat.

Toch normering door de Awb
Overigens, de normen in de Awb zijn voor een groot gedeelte op het handelen van het Hvk van toepassing, ook als de beslissingen géén besluiten zijn. Omdat de afdelingen van het HvK zogenaamde a-bestuursorganen zijn, wordt al hun handelen (ook het feitelijke en het privaatrechtelijke) potentieel door de Awb genormeerd. Zo is hoofdstuk 2 Awb van toepassing op al het verkeer tussen burgers en bestuursorganen en bevat artikel 3:1, tweede lid, Awb een schakelbepaling, waardoor bijvoorbeeld ook het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel al het handelen van het Hvk normeren. Start de verzoeker of de werkgever een civielrechtelijke procedure omdat hij meent dat de beslissing van de afdeling onderzoek een onrechtmatige daad jegens hem oplevert, dan kan hij een beroep doen op die Awb-normen.

[7] De Vreemdelingenwet 2000 is een van de weinige bestuursrechtelijke wetten die ook de niet-ontvankelijkheid van de aanvraag kent. Art. 30a, lid 2, VW2000 expliciteert dat de niet-ontvankelijkverklaring wordt gelijkgesteld met de afwijzing van een aanvraag.

3. Onderzoeksbevoegdheden van de afdeling onderzoek

De Awb kent verschillende onderzoeksbevoegdheden, zowel voor het bestuursorgaan als de rechter. Het is bepaald ongebruikelijk om de beslissing tot aanwending van deze bevoegdheid als een appellabel besluit te zien. Het uitgangspunt van concentratie van rechtsmiddelen brengt met zich dat deze tussentijdse procedurele beslissingen tegelijk met het eindbesluit in bezwaar of beroep worden beoordeeld. Soms wordt de uitoefening van een onderzoeksbevoegdheid als een feitelijke handeling gezien.[8] In andere gevallen kwalificeert de aanwending van de onderzoeksbevoegdheid wel als een besluit, maar geldt zij als een voorbereidingsbesluit in de zin van artikel 6:3 Awb.

Zou de bestuursrechter het eindoordeel van de afdeling onderzoek Hvk als een appellabel besluit kwalificeren, dan is het logisch om alle voorbereidingshandelingen met toepassing van artikel 6:3 Awb van bezwaar en beroep uit te zonderen.[9] De werkgever kan zijn inlichtingenplicht bestrijden in het kader van het eindoordeel. Desnoods geeft de werkgever de informatie niet en riskeert hij een negatief oordeel, wat hij dan vervolgens in beroep kan aanvechten.

Gaat de hoofdconclusie op dat het eindoordeel géén besluit is, dan doet zich een bijzondere situatie voor. Strikt genomen is artikel 6:3 Awb dan niet van toepassing, omdat er geen *besluit* wordt voorbereid. Er valt dan weinig aan rechtsmiddelen te concentreren. Dan moet worden bezien of de beslissing tot het aanwenden van een onderzoeksbevoegdheid zelfstandig als een besluit kwalificeert en dus beoogd rechtsgevolg heeft. Omdat die situatie (er is een bestuursorgaan dat geen appellabel eindoordeel geeft, maar die wel allerlei onderzoeksbevoegdheden kan aanwenden) zich vrijwel niet voordoet, is het in dit advies lastig voortbouwen op rechtspraak.

Wat ligt in de rede?
De Afdeling advisering van de Raad van State lijkt er geen twijfel over te hebben. De werkgever is verplicht om op verzoek inlichtingen te verstrekken aan de afdeling onderzoek Hvk (artikelen 10 en 13 WHvk). Weigert de werkgever dat of verstrekt hij deze onder beperkte kennisname, dan dient de afdeling onderzoek te beslissen of de weigering dan wel de beperking gerechtvaardigd is (art. 10, lid 1 WHvk jo. art. 9:31, lid 5 Awb en art. 13, lid 7 en 8 WHvk). Die beslissing kwalificeert als een besluit, omdat een wijziging wordt gebracht in de plicht volledige inlichtingen te verstrekken.

Bij lezing van het advies van de Raad van State vraag ik mij af hoe goed dit oordeel is doordacht. Een inlichtingenplicht komt vaker voor in

[8] Zie bijv. ABRvS 15 juli 2009, JB 2009/195 (de plicht om informatie te verstrekken volgt al uit de wet).
[9] Zie bijv. CBb 21 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY9875, *JB* 2013/55 (verzoek op basis van de Handelsregisterwet om bewijsmateriaal te overleggen).

bestuursrechtelijke wetgeving, bijvoorbeeld in artikel 5:16 jo. 5:20 Awb. In artikel 5:16 Awb staat: 'Een toezichthouder is bevoegd inlichtingen te vorderen'. Artikel 5:20 Awb voegt daaraan toe: 'Een ieder is verplicht aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden'. De vordering tot inlichtingen levert als hoofdregel geen besluit op. 'Uit de jurisprudentie van het CBb lijkt te volgen dat ook een schriftelijke vordering geen besluit is, omdat de verplichting tot medewerking geldt krachtens de wet. Dat de wet haar toepasselijkheid in concreto afhankelijk heeft gesteld van een verzoek van de toezichthouder, doet daaraan niet af. Het rechtsgevolg treedt in ingevolge de wettelijke verplichting tot medewerking (CBb 21 juli 1998, *AB* 1998/437).'[10] In het kader van toezicht, dat zich ook over vele werkgevers uit kan strekken en waarbij 'een ieder' een medewerkingsplicht heeft, wordt het verzoek tot het verstrekken van inlichtingen als een feitelijke handeling gezien. Aangesprokenen die weigeren de inlichtingen te geven en hun inlichtingenplicht getoetst willen hebben door een rechter, dienen bij de civiele rechter een vordering in te stellen.[11]

Hoewel in het onderzoek van het Hvk geen sprake is van toezicht, is het naar mijn oordeel weinig logisch om onder de WHvk de beslissing tot het vorderen van inlichtingen (en het bepalen van de grenzen aan die plicht) als een rechtshandeling te zien, waar dat bij het toezicht als een feitelijke handeling wordt gezien, omdat de inlichtingenplicht al uit de wet voortvloeit. De parallel met toezicht is niet vergezocht. De onderzoeksbevoegdheden van de afdeling onderzoek Hvk vertonen grote gelijkenis met de onderzoeksbevoegdheden van de Onderzoeksraad voor veiligheid. In de memorie van toelichting bij de Rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid is expliciet vermeld dat die onderzoeksbevoegdheden zijn ontleend aan afdeling 5.2 Awb, waarin het toezicht is geregeld.[12]

Het is vanwege de unieke positie van het Hvk lastig op dit punt een eenduidige conclusie te trekken. Er staat doorgaans geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open tegen beslissingen tot het aanwenden van onderzoeksbevoegdheden. Dat geldt ook wanneer inlichtingen worden gevraagd en de wet de aangesprokene verplicht die inlichtingen te verstrekken. De situatie onder de WHvk is in die zin anders, omdat de inlichtingen niet resulteren in een besluit dat op een later moment aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd. Dat kan een reden zijn om de inlichtingenvordering door de afdeling onderzoek

[10] Tekst & Commentaar Awb, Deventer: Kluwer 2015, toelichting bij artikel 5:20 Awb, aantekening 2. Zie ook de toelichting bij artikel 5:16 Awb, aantekening 3. Zie ook ABRvS 15 juli 2009, JB 2009/195 (informatieplicht op grond van de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen).
[11] Zie bijv. Vzngr. Rb. Den Haag 5 oktober 2012, *JOR* 2012/326 m.nt. Nuyten.
[12] *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 634, nr. 3, p. 28.

Hvk wél als een besluit aan te merken, omdat de vordering de werkgever rechtstreeks raakt. Het advies van de Raad van State wijst in die richting.

- Het advies van de Raad van State duidt de beslissing van de afdeling onderzoek Hvk over de gerechtvaardigdheid van de (gedeeltelijke) weigering inlichtingen te verstrekken als een besluit. De afdeling onderzoek zou dit oordeel in twijfel kunnen trekken.

4. De beslissing op bezwaar

Is er bezwaar gemaakt, dan dient het bestuursorgaan dat bezwaar te behandelen. De beslissing die volgt op het bezwaarschrift is altijd een besluit, zodat de reactie aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd. Is de afdeling onderzoek van oordeel dat tegen een feitelijke beslissing bezwaar is gemaakt, dan dient zij het bezwaar niet-ontvankelijk te verklaren en onder het besluit een rechtsmiddelenclausule op te nemen (art. 3:45 Awb). Twijfelt de afdeling onderzoek over het besluitkarakter van de beslissing, dan is het aan te raden om het bezwaar primair niet-ontvankelijk te verklaren en subsidiair het bezwaar alsnog inhoudelijk te behandelen. Onderschrijft de bestuursrechter het feitelijke karakter van de beslissing, dan zal hij het beroep ongegrond verklaren en is daarmee de zaak afgedaan. Blijkt het toch een besluit te zijn, dan kan het subsidiaire inhoudelijke oordeel worden meegenomen.

5. Afnemen van de eed

Ingevolge artikel 15 lid 3 WHvK en artikel 9:32 lid 3 Awb, van toepassing ex. artikel 10 lid 1 WHvK, is de afdeling onderzoek van het HvK bevoegd de eed of belofte af te nemen. De vraag is op welke manier medewerkers van de afdeling onderzoek deze bevoegdheid zouden kunnen uitoefenen.

In de WHvK is de bevoegdheid tot het afnemen van de eed of belofte aan de afdeling onderzoek geattribueerd (artikel 15 WHvK en artikel 10 lid 1 WHvK jo. artikel 9:32 Awb). De afdeling onderzoek bestaat uit de bestuursleden van het HvK die belast zijn met onderzoek (1 sub c jo. Artikel 3a lid 2 jo. artikel 3b lid 2 WHvK). Onder punt 1 is reeds vastgesteld dat de afdeling onderzoek een bestuursorgaan is. De bevoegdheid tot het afnemen van de eed of belofte ligt dus bij de afdeling onderzoek, zijnde een bestuursorgaan.

Een bestuursorgaan kan zijn bevoegdheden door andere personen of (bestuurs)organen laten uitvoeren. De afdeling onderzoek Hvk wil haar bevoegdheid door medewerkers (ondergeschikten) laten uitoefenen. Mandatering is daarvoor het aangewezen instrument. Attributie is niet mogelijk;

dat heeft reeds plaatsgevonden door de formele wetgever door middel van de WHvk.

Als hoofdregel kan een bevoegdheid aan een ambtenaar worden gemandateerd. De Awb biedt echter geen onbeperkte ruimte. Hoofdstuk 10 van de Awb bevat bepalingen die het gebruik van dit instrument limiteren en toezien op geoorloofde toepassing hiervan. Artikel 10:3 lid 1 Awb is hier met name van belang, omdat aan de hand van dit artikellid bepaald wordt of mandatering is toegestaan. Dit lid verhindert niet de mandatering van de bevoegdheid van de afdeling onderzoek tot het afnemen van de eed of belofte. Er is geen wettelijk voorschrift dat anders bepaalt en ook de aard van de bevoegdheid (artikel 10:3 lid 1 Awb) is niet zodanig dat deze zich tegen de mandaatverlening verzet. Rechtspraak met betrekking tot mandatering van de bevoegdheid de eed af te nemen lijkt deze conclusie te bevestigen.[13]
In het algemeen geldt dat de aard van de bevoegdheid zich niet snel tegen mandatering verzet. Van een algemeen wettelijk verbod op het mandateren van de bevoegdheid om grondrechten te beperken heeft de wetgever bijvoorbeeld niet willen weten. Zo kan het voorkomen dat de bevoegdheid om een straatverbod op te leggen of een bevel tot verblijfsontzegging te geven wordt gemandateerd.[14] Het afnemen van de eed of de belofte is een aanzienlijk minder ingrijpende bevoegdheid dan het opleggen van een straatverbod. De omstandigheden van het geval blijven wel steeds relevant, waaronder de positie van de gemandateerde. Zo zal een mandaat aan een onderzoeker werkzaam bij de afdeling weinig problematisch zijn; een mandatering aan secretarieel personeel kan dat wel zijn. Het afnemen van de eed of de belofte moet passen binnen de sfeer van de normale bevoegdheidsuitoefening door de ambtenaar.[15]

- De afdeling onderzoek kan de bevoegdheid tot het afnemen van de eed of belofte mandateren aan onderzoekers van de afdeling.

[13] Zie bijv. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8841, r.o. 16 (mandatering bevoegdheid tot het opmaken van de akte tot beëdiging).
[14] Zie S.E. Zijlstra e.a., *Algemeenbestuursrecht 2001: Mandaat en delegatie*, Den Haag Bju 2001, p. 61-63.
[15] Zijlstra 2001, p. 60.

6. Conclusie

Samenvattend en ontdaan van nuances komen de conclusies op het volgende neer:

1. Het ontvankelijk achten van een verzoekschrift vormt geen besluit.
2. Het oordeel van de afdeling onderzoek over het vermoeden van een misstand noch haar aanbeveling aan de werkgever vormt een besluit.
3. Is het eindoordeel van de afdeling onderzoek geen besluit, dan is de niet-ontvankelijkverklaring van het verzoekschrift evenmin een besluit is.
4. Merkt de bestuursrechter het eindoordeel wél als een besluit aan, dan ligt het in de rede dat hij het verzoekschrift als een aanvraag in de zin van art. 1:3 lid 3 ziet en de niet-ontvankelijk verklaring een besluit acht.
5. Het advies van de Raad van State duidt de beslissing van de afdeling onderzoek Hvk over de gerechtvaardigdheid van de (gedeeltelijke) weigering inlichtingen te verstrekken als een besluit. De afdeling onderzoek zou dit oordeel in twijfel kunnen trekken.
6. De afdeling onderzoek kan de bevoegdheid tot het afnemen van de eed of belofte mandateren aan onderzoekers van de afdeling.

Schematisch – en vergaand vereenvoudigd tot de hoofdconclusie – kan het verband tussen de conclusies over het besluit als volgt worden weergegeven:

	Eindoordeel in rapport is **geen** besluit	Eindoordeel in rapport is **wel** een besluit
Ontvankelijkverklaring verzoekschrift	geen besluit	geen besluit
Niet-ontvankelijkverklaring verzoekschrift	geen besluit	wel besluit
Beslissing inzake inlichtingenplicht	wel besluit	geen appellabel besluit

Ik vertrouw er op u met het voorgaande uw adviesvragen te hebben beantwoord. Mocht u behoefte hebben aan een mondelinge toelichting, dan houd ik mij daarvoor gereed.

Hoogachtend,

[redacted]

[redacted]