

## Ombudsprudentie in ontwikkeling<sup>1</sup>

Philip Langbroek en Peter Rijpkema

### 1. Inleiding

In het kader van de invoering van de Wet extern klachtrecht, heeft de Nationale ombudsman in 2004 een intensieve evaluatie ondernomen van de wijze waarop klachtbehandeling met rapporten werd afgedaan. Het departement Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht werd gevraagd een inventarisatie te maken van de normen die bij de beoordeling van klachten werden gehanteerd.<sup>2</sup> De evaluatie heeft onder meer geresulteerd in een veranderde opzet en uitwerking van de rapporten. Eind 2006 heeft de Nationale ombudsman ons verzocht om te beoordelen in hoeverre deze veranderingen tot het beoogde resultaat hebben geleid. Daarbij hebben we vooral gekeken welke problemen zich voordoen bij de keuze van het behoorlijkheidsvereiste waaraan het overheidshandelen wordt getoetst. In deze bijdrage doen we verslag van onze bevindingen.

Het grootste probleem met de rapporten van de Nationale ombudsman tot 2004 was dat deze in extreme mate casuïstisch van aard waren, ook al was het officiële beleid gericht op een toetsing van overheidsgedragingen aan behoorlijkheidsnormen, het lijstje van Oosting.<sup>3</sup> Doorgaans werd na een zeer uitgebreid feitenrelaas geoordeeld dat het beschreven handelen of nalaten al dan niet behoorlijk was geweest, zonder dat werd aangegeven waarom welk behoorlijkheidsvereiste al dan niet was geschonden. De verwijzing naar de aard van de geschonden behoorlijkheid werd primair gehanteerd voor intern gebruik. Het belangrijkste nadeel hiervan was, dat de rapporten slechts zeer beperkt inzichtelijk maakten welke eisen in het algemeen aan het overheidsoptreden gesteld mogen worden. Hierdoor was het mogelijke leereffect van de rapporten beperkt, zowel voor burgers met betrekking tot de vraag wat zij van de overheid mogen verwachten, als voor de overheid met betrekking tot wat de burgers van haar mogen verwachten.

De Nationale ombudsman heeft zich tot doel gesteld om de inzichtelijkheid van de beoordeling te vergroten door in ieder rapport de toetsingsnorm te formuleren waaraan het overheidshandelen werd beoordeeld. Uitgangspunt hierbij was de beperkte lijst van behoorlijkheidsvereisten die werd ontwikkeld in het boek *Ombudsprudentie*<sup>4</sup>, en die met enige wijzigingen is overgenomen door de Nationale ombudsman, inclusief het ontwikkelingsperspectief dat deze lijst kenmerkt:

*“Daarbij staat voorop dat het niet om een geheel vastliggende lijst van behoorlijkheidsvereisten kan gaan. De praktijk moet verder uitwijzen of aanpassingen of verfijningen nodig zijn. De ontwikkeling van de ombudsprudentie, zoals die wordt gevormd door de toetsing van gedragingen door de Nationale ombudsman en de decentrale ombudsmannen en het formuleren van normen in dat kader kan ertoe leiden dat criteria worden toegevoegd of geschrapt, of dat definiëringen worden aangepast”<sup>5</sup>*

<sup>1</sup> Met dank aan J.B.J.M. ten Berge voor zijn opmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage.

<sup>2</sup> De resultaten van dit onderzoek zijn neergelegd in het boek *Ombudsprudentie. Over de behoorlijkheidsnorm en zijn toepassing*, Ph.M. Langbroek en P. Rijpkema (eindredactie), BJU 2004.

<sup>3</sup> Vgl. onder meer P.J. Stolk, *De Nationale Ombudsman*, Zwolle 1991; J.B.J.M. ten Berge/M.P. Gerrits-Janssens, R.J.G.M. Widdershoven, *Blik op de toekomst van de Nationale Ombudsman*, Zwolle 1997, met name hoofdstuk 7; *Diverse handboeken bestuursrecht*, o.m. Van Wijk/Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht*, Utrecht 1991, blz. 442-443; J.B.J.M. ten Berge/R.J.G.M. Widdershoven, *Bescherming tegen de overheid*, Zwolle 2001, blz. 271-275; en de jaarverslagen van de Nationale Ombudsman van 1988 – 2004.

<sup>4</sup> Voor vindplaats, zie noot 2. De in dit boek geformuleerde behoorlijkheidsvereisten werden inductief gevonden door veralgemenisering van de *impliciet* gehanteerde beoordelingscriteria in de rapporten uit de jaren 2001 en 2002.

<sup>5</sup> Zie ook het Jaarverslag van de Nationale Ombudsman 2004.

Deze lijst bestaat uit 23 behoorlijkheidsvereisten die zijn gecategoriseerd in vier hoofdgroepen, te weten: grondrechten, zoals het discriminatieverbod en het recht op privacy; materiële vereisten, zoals het verbod van misbruik van bevoegdheid en het evenredigheidsbeginsel; formele vereisten, zoals het beginsel van hoor en wederhoor en het motiveringsbeginsel; en zorgvuldigheidsnormen, zoals administratieve nauwkeurigheid en correcte bejegening. Voor zover nodig, worden deze vereisten geconcretiseerd in een 'norm in context', waarin wordt geformuleerd welke specifieke eisen in het betreffende geval worden gesteld aan het overheidsoptreden.

## 2. Werkwijze

De behoorlijkheidsvereisten die wij formuleerden in *Ombudsprudentie* waren gebaseerd op een beperkte uitsnede uit het grote aantal rapporten dat de Nationale ombudsman in de loop der jaren had gemaakt. Zoals wij schreven: "Gezien de beperkte uitsnede van de door ons gebruikte ombudsprudentie, en gezien het feit dat wij op basis daarvan deze normen hebben geformuleerd, is het niet uitgesloten dat oudere en jongere uitspraken van de Nationale ombudsman andere normen bevatten dan die wij hebben geformuleerd".<sup>6</sup> Het boek was bedoeld als een eerste stap in een proces van ombudsprudentie in ontwikkeling. Het huidige onderzoek is een volgende stap in dit proces.

Als basis van dit onderzoek diende een aselechte, representatieve steekproef van 200 rapporten uit de jaren 2005 en 2006. Het totale aantal rapporten in die twee jaar bedroeg 822.<sup>7</sup> Van deze 200 rapporten hebben we onderzocht of en, zo ja, aan welk behoorlijkheidsvereiste het handelen of nalaten van de overheid is getoetst. Daarbij zijn we nagegaan hoe de rapporten zijn opgebouwd en hebben we ook kritisch bekeken in hoeverre de gekozen norm voor de beoordeling van de klacht over het overheidshandelen adequaat is.

## 3. Algemene bevindingen: opbouw en vaststelling van de feiten

Het verschil tussen de rapporten van de Nationale ombudsman tot 2004 en die uit de jaren 2005 en 2006 is groot. Vrijwel zonder uitzondering wordt nu in elk rapport expliciet aangegeven aan welk behoorlijkheidsvereiste het overheidsoptreden is getoetst.<sup>8</sup> In het overgrote deel van de gevallen wordt bovendien een behoorlijkheidsnorm in context geformuleerd. Over het algemeen is de opzet van de rapporten nu zo, dat eerst onder het kopje 'bevindingen' een weergave wordt gegeven van de feiten, waarna de beoordeling daarvan volgt. De beoordeling begint meestal met het aangeven van de toegepaste norm en een argumentatie waarom in het betreffende geval de genoemde norm al dan niet geschonden is, waarna geconcludeerd wordt dat daarom het handelen al dan niet behoorlijk was.

Het voordeel van deze manier van presenteren, in vergelijking met de eerdere casuïstische benadering, is in de eerste plaats, zoals al genoemd, dat het leereffect van de uitspraak voor zowel de overheid als de burgers veel groter kan zijn. In sommige rapporten wordt dit leereffect nog versterkt doordat ook het belang wordt genoemd dat door de betreffende norm wordt beschermd. Zo wordt bijvoorbeeld in rapport 2005/076 gesteld dat het een vereiste van behoorlijkheid is dat een politieambtenaar in een registratieformulier van een ongeval alle gegevens die van belang zijn voor de vaststelling omtrent de als gevolg van het ongeval aan de

<sup>6</sup> *Ombudsprudentie. Over de behoorlijkheidsnorm en zijn toepassing*, Ph.M. Langbroek en P. Rijkema (eindredactie), BJU 2004, p. 4.

<sup>7</sup> Bron: Jaarverslag van de Nationale ombudsman 2006, 'Regel is regel' is niet genoeg, *Verslag van de Nationale ombudsman over 2006*, p.103.

<sup>8</sup> Uitzonderingen zijn bijv. 2005/002 en 2005/018.

voertuigen ontstane schade zorgvuldig dient te vermelden. Hierbij vermeldt de ombudsman: "Een registratieformulier is van belang voor de civielrechtelijke afwikkeling van een verkeersongeval (zie Achtergrond). Daarom behoren op dat formulier alle gegevens die van belang zijn voor de vaststelling omtrent de als gevolg van het ongeval aan de voertuigen ontstane schade zorgvuldig te worden vermeld." Met het vermelden van het belang van een adequate registratie wordt het beter begrijpelijk waarom het niet vermelden van de lezing van de feiten van verzoeker door de Nationale ombudsman wordt aangemerkt als niet behoorlijk.

Een bijkomend effect van het expliciteren van de behoorlijkheidsvereisten waaraan het overheidshandelen wordt getoetst, is dat het voor burgers, juist ook in kwesties waarin zij niet in het gelijk worden gesteld, duidelijker is dat het onderzochte gedrag aan strenge normen is getoetst. Bijvoorbeeld in een zaak waarin verzoeker erover klaagt dat een sollicitatieprocedure niet eerlijk is verlopen,<sup>9</sup> wordt de beoordeling begonnen met te stellen dat het gelijkheidsvereiste impliceert dat in een sollicitatieprocedure kandidaten van gelijke geschiktheid in beginsel gelijk dienen te worden behandeld. "Dit betekent onder meer dat burgers gelijke toegang dienen te hebben tot een sollicitatieprocedure bij de overheid en dat zij procedureel gelijk moeten worden behandeld." Doordat de ombudsman eerst het 'verwijt' sterk formuleert en vervolgens laat zien waarom in casu toch aan deze norm is voldaan, wordt op overtuigende wijze duidelijk gemaakt dat het overheidshandelen niet alleen minutieus, maar ook kritisch is onderzocht.

Een andere verandering in de schriftelijke afhandeling van klachten betreft de wijze waarop wordt omgegaan met tegenstrijdige verklaringen. In het verleden werd doorgaans het uitgangspunt gehuldigd dat bij tegenstrijdige verklaringen van verzoeker enerzijds en het betreffende overheidsorgaan anderzijds, niet kon worden vastgesteld dat een behoorlijkheidsvereiste was geschonden en dat daarom de onderzochte gedraging behoorlijk moest worden geacht. Dit oordeel was voor verzoekers wier verklaring toch juist geweest was vanzelfsprekend zeer frustrerend en bovendien onnodig beledigend in de zin dat impliciet in het behoorlijkheidsoordeel een diskwalificatie van de verklaring van de verzoeker verscholen lag. In recente rapporten heeft de Nationale ombudsman voor een andere en genuanceerdere benadering gekozen. Het algemene uitgangspunt is onder andere verwoord in rapport 2005/286: "In het algemeen onthoudt de Nationale ombudsman zich van het geven van een oordeel over een (onderdeel van een) klacht, als de stellingen van verzoekster (op dat punt) lijnrecht staan tegenover de stellingen van het bestuursorgaan en de betrokken ambtenaren. Die situatie doet zich niet voor als er sprake is van feiten of omstandigheden op grond waarvan aan de ene stelling meer betekenis kan worden gehecht dan aan de andere stelling".

Indien aan de verklaringen van een bestuursorgaan het grootste gewicht wordt gehecht, wordt doorgaans geconcludeerd dat de klacht feitelijke grondslag mist. Zo bijvoorbeeld in rapport 2005/174: "Nu enerzijds de betrokken ambtenaren elkaar ondersteunende verklaringen hebben afgelegd (...) en anderzijds verklaringen van verzoeker op meerdere punten wisselend en inconsistent zijn, hecht de Nationale ombudsman meer waarde aan de lezing van de betrokken politieambtenaren dan aan die van verzoeker. (...) In zoverre mist de klacht feitelijke grondslag." Soms wordt ook aan de lezing van verzoeker meer gewicht gehecht en wordt de klacht wel inhoudelijk behandeld. Een interessant voorbeeld hiervan is rapport 2006/346, waarin verzoeker erover klaagt dat hij niet de door hem verzochte medicijnen en dekens kreeg toen hij door de politie was ingesloten. Van de insluiting was, in strijd met de ambtsinstructie, geen verslag gemaakt. Dit is voor de Nationale ombudsman reden om geen gewicht toe te kennen aan de latere ontkenning door de betrokken ambtenaren dat verzoeker om de medicijnen en dekens had gevraagd: "Gelet op het ontbreken van verzorgingsgegevens en gelet op verzoekers stelling op

---

<sup>9</sup> Rapport 2006/034.

dit punt, gaat de Nationale ombudsman ervan uit dat aan verzoeker, ondanks zijn verzoeken daartoe, geen medicijnen en deken zijn verstrekt."

#### 4. Rechtmatigheid en behoorlijkheid

De meest principiële algemene verandering in de beoordelingsnormen van de Nationale ombudsman is dat in beginsel alleen nog wordt getoetst aan de door de ombudsman zelf ontwikkelde behoorlijkheidscriteria. Door sommige bestuursrechtbeoefenaren wordt de samenhang tussen behoorlijkheidsnormen en bestuursrechtelijk normering van het overheidshandelen benadrukt.<sup>10</sup> De behoorlijkheidsnormen zijn inderdaad afgeleid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die immers in de jurisprudentie van de civiele rechter en van de verschillende bestuursrechters zijn ontwikkeld en die in de Awb zijn uitgewerkt. Zij hebben voor deze bestuursrechtsjuristen dus vooral een juridische connotatie. Daaruit kan wellicht een zekere tweeslachtigheid van de beoordeling van het overheidshandelen door de ombudsman voorafgaand aan het nieuwe beleid worden verklaard. Deze tweeslachtigheid in combinatie met de casuïstische behandeling van verzoeken, leidde er toe dat bij het beoordelen van overheidshandelen steeds meer aansluiting gezocht bij wettelijke normen. Als het handelen van een bestuursorgaan rechtmatig was, werd vrijwel zonder uitzondering geconcludeerd dat het daarmee ook behoorlijk was, terwijl onrechtmatig handelen vrijwel steeds vanwege de onrechtmatigheid ook als 'niet behoorlijk' werd beoordeeld. Van de verdere ontwikkeling van de behoorlijkheid werd zo dus de facto afgezien. Door deze werkwijze miskende de Nationale ombudsman het eigenstandige karakter van het behoorlijkheidsoordeel. Niet alleen is het mogelijk dat rechtmatig overheidshandelen desalniettemin niet behoorlijk is en onrechtmatig handelen soms toch behoorlijk, maar ook als de ombudsman een behoorlijkheidsnorm formuleert en toepast die ook in het recht is vastgelegd, past hij niet de rechtsnorm toe, maar een concretisering van het behoorlijkheidsvereiste die inhoudelijk overeenkomt met een rechtsnorm.<sup>11</sup>

In de recente rapporten heeft de Nationale ombudsman deze eigenstandigheid van zijn oordeel veel sterker benadrukt. De huidige ombudsman heeft dat in de jaarverslagen over 2005 en 2006 ook nadrukkelijk uitgevent<sup>12</sup>, evenals in de Van Slingelandt-lezing.<sup>13</sup> Indien een behoorlijkheidsvereiste inhoudelijk overeenkomt met een wettelijk vereiste, geeft de ombudsman doorgaans aan dat de rechtsnorm gezien kan worden als een concretisering van het behoorlijkheidsvereiste. Zo bijvoorbeeld in rapport 2005/381:

"Het evenredigheidsvereiste houdt in dat bestuursorganen voor het bereiken van een doel een middel aanwenden dat voor de betrokkenen niet onnodig bezwarend is en dat in evenredige verhouding staat tot dat doel. Dit vereiste is onder meer opgenomen in artikel 8, eerste lid van de Politiewet (...). Daar is bepaald dat een politieambtenaar in de rechtmatige uitoefening van zijn

<sup>10</sup> Bij voorbeeld: A.J.G.M. van Montfort, Klachtvoorzieningen, in: L.J.A. Damen c.s. Bestuursrecht, rechtsbescherming tegen de overheid, bestuursprocesrecht, Den Haag 2005, blz. 352, alinea 1048; R.J.N. Schlössels, Kroniek Beginselen van behoorlijk bestuur, NTB 2005.33 blz. 253; S.J. Horstink-von Meijenfeldt, de aanvullende rechtsbescherming van de Nationale ombudsman, JB-plus aflevering 1 31 maart 2006; Voor anders geformuleerd onbegrip, zie de bespreking van het jaarverslag van de Nationale ombudsman 2006, door Bert Marseille in Binnenlands Bestuur 15 juni 2007, blz. 41. Anders: J.B.J.M. ten Berge, M.P. Gerrits-Janssens, P.J. Stolk, vereisten van behoorlijkheid, Zwolle 1992, blz. 7-11. En zie ook J.B.J.M. ten Berge, noot bij. Nationale ombudsman 30 september 2005, nr. 2005/303, AB 2006, 197.

<sup>11</sup> Vergelijk *Ombudsprudentie*, pp. 20-28.

<sup>12</sup> De maakbare overheid, verslag van de Nationale ombudsman over 2005, Den Haag 2006, blz. 20. 'Regel is regel' is niet genoeg, Verslag van de Nationale ombudsman over 2006, blz. 15-19.

<sup>13</sup> A.F.M. Brenninkmeijer. Van Slingelandt-lezing, Bestuurskunde 2007, nr. 1, met name blz. 61 in de paragraaf over ethiek. Daarbij koppelt hij de rechtmatigheid aan "zakelijk belang" en de "behoorlijkheid" aan het relationele belang.

bediening bevoegd is geweld te gebruiken, wanneer het daarmee beoogde doel dit, mede gelet op de aan het gebruik van geweld verbonden gevaren, rechtvaardigt (proportionaliteitsvereiste) en dat doel niet op een andere wijze kan worden bereikt (subsidiariteitsvereiste).” In dat geval wordt het overheidshandelen niet aangemerkt als niet-behoorlijk omdat het onrechtmatig is, maar omdat het in strijd is met het behoorlijkheidsvereiste dat ook in de rechtsnorm tot uitdrukking wordt gebracht.

Maar ook oordeelt de Nationale ombudsman nu regelmatig dat gedragingen van een bestuursorgaan weliswaar rechtmatig zijn, maar toch niet behoorlijk, of weliswaar onrechtmatig, maar toch behoorlijk. Een voorbeeld van het eerste is te vinden in rapport 2006/379. Voor de beoordeling of de toestemming voor het aanhouden van verzoeker buiten heterdaad in het concrete geval behoorlijk was, stelt de Nationale ombudsman: "Nu ook overigens aan de wettelijke voorwaarden voor aanhouden buiten heterdaad was voldaan, is de toestemming tot aanhouding buiten heterdaad van verzoeker in beginsel rechtmatig door de officier van justitie gegeven. Dit betekent echter nog niet dat de in deze vorm gegeven toestemming ook behoorlijk is." De ombudsman concludeert: "dat de officier van justitie in deze zaak aan de toestemming tot aanhouding buiten heterdaad de voorwaarde had moeten verbinden dat de politie hiervan pas gebruik zou mogen maken als verzoeker niet vrijwillig op het politiebureau zou zijn verschenen. Door dit niet te doen heeft hij gehandeld in strijd met het evenredigheidsvereiste. De onderzochte gedraging is op dit punt in zoverre niet behoorlijk."

Meer in het algemeen formuleert de Nationale ombudsman in rapport 2006/073 zelfs als concretisering van het redelijkheidsbeginsel de norm in context dat een bestuursorgaan van bepalingen van dwingend recht dient af te wijken in uitzonderlijke gevallen waarin het vasthouden aan die bepalingen zou leiden tot onevenredig nadeel voor de betrokken burger. Een kras voorbeeld van overheidshandelen dat weliswaar onrechtmatig, maar toch behoorlijk werd geoordeeld, is te vinden in rapport 2006/247. Verzoeker klaagt er in deze zaak over dat leden van een arrestatieteam hem meermaals hadden beschoten met zgn. 'bean-bag-munitie'. De Nationale ombudsman constateert dat het vast staat dat de bean-bag-munitie en het vuurwapen waarmee die munitie kan worden afgeschoten beide niet behoren tot de wettelijk toegestane bewapening van een arrestatie team. Echter, omdat in casu het gebruik van scherpe munitie was toegestaan en het risico op zwaar lichamelijk letsel door het gebruik van bean-bag-munitie in plaats van scherpe munitie aanmerkelijk werd verkleind, vindt de ombudsman de keuze om van de wettelijk niet toegestane munitie gebruik te maken in dit geval te billijken, en oordeelt hij het handelen behoorlijk.

Soms wordt er nog wel naar een kennelijk dwingende juridisch relevante omstandigheid verwezen. Zo wordt rapport 2006/348 in de beoordeling betrokken: "Voor de beoordeling van de vraag of het toegepaste geweld de toets der kritiek kan doorstaan, is ten eerste van belang de vraag of de politieambtenaren optraden in de rechtmatige uitoefening van hun bediening. Doordat verzoeker - zij het onder protest - is ingegaan op het transactievoorstel van de officier van justitie (zie onder III. Bevindingen 9.) , staat in rechte vast dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan het niet opvolgen van een ambtelijk bevel c.q. belemmering van een ambtenaar in functie op grond waarvan de politie bevoegd was verzoeker aan te houden." Gegeven het feit dat de ombudsman ook in dit rapport primair en uitgebreid aan behoorlijkheidsvereisten toetst, roept deze weergave van de rechtstoestand de vraag op of de politieagenten wellicht *niet* in de rechtmatige uitoefening van hun bediening zouden hebben opgetreden als verzoeker het transactievoorstel van de officier zou hebben afgewezen. Het gevolg daarvan zou voor de ombudsman wellicht zijn geweest, dat hij een aanknopingspunt had gehad om de vermoedelijke onrechtmatigheid van het politieoptreden in verband te brengen met de onbehoorlijkheid van het politieoptreden. Uit juridisch oogpunt zou het gedrag van de agenten, gegeven de door de ombudsman gedetailleerd weergegeven situatie, wellicht aanleiding hebben kunnen zijn tot

ontslag van rechtsvervolging van verzoeker door de rechter. Verzoeker heeft de transactie immers onder protest betaald, wellicht om redenen die los staan van zijn conflict met deze agenten van de politie Flevoland. In casu wordt het handelen van deze politiemensen echter desondanks los van de rechtmatigheid, aan het vereiste van onaantastbaarheid van het lichaam getoetst.

Juist omdat rechtmatigheid en behoorlijkheid wel grotendeels overlappen, maar niet samenvallen, dient bij de beoordeling van het overheidshandelen het behoorlijkheidsoordeel wel centraal te blijven staan. Ook als dus wordt vastgesteld dat een behoorlijkheidsvereiste is uitgewerkt in rechtsnormen, zal uiteindelijk moeten worden vastgesteld of met het overtreden van de rechtsnorm ook daadwerkelijk niet behoorlijk is gehandeld. Anders dreigt de behoorlijkheidstoetsing alsnog weer terug te glijden naar een loutere rechtmatigheidstoetsing. Een voorbeeld hiervan is te vinden in rapport 2005/148, waarin de vraag aan de orde was of het regionale politiekorps Zaanstreek-Waterland informatie over verzoekster uit de zogenoemde incidentenadministratie mocht verstrekken aan haar werkgever, het regionale politiekorps Amsterdam-Amstelland. De Nationale ombudsman stelt dat de politie zich in een dergelijk geval ziet gesteld voor de noodzaak tot het afwegen van belangen. “Daarbij gaat het om het belang van het betrachten van openheid enerzijds en, onder meer, dat van het eerbiedigen van de persoonlijke levenssfeer anderzijds. Wat dat laatste betreft zal de politie van geval tot geval moeten beoordelen of en in hoeverre het belang van het verstrekken van informatie opweegt tegen het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.”

Voor het beoordelen van de behoorlijkheid van de gemaakte afweging ligt het voor de hand dat de ombudsman hier toetst aan het redelijkheidsvereiste (“Een bestuursorgaan weegt de in het geding zijnde belangen tegen elkaar af. De uitkomst hiervan mag niet onredelijk zijn”). De ombudsman stelt echter: “De politie komt in beginsel niet toe aan een dergelijke afweging, daar waar zij een specifieke wettelijke plicht heeft tot geheimhouding of vertrouwelijkheid.”

Dat de ombudsman toetst of een dergelijke wettelijke plicht is geschonden, is op zich terecht. Juist bij de bescherming van grondrechten, hebben wettelijke bepalingen soms tot doel het risico van schending van fundamentele belangen van burgers te minimaliseren. Ook als in het concrete geval de belangen van een burger niet zijn geschonden, kan de ombudsman het handelen dan toch niet-behoorlijk achten, omdat het risico dat dat zou gebeuren niet genomen had mogen worden.

In dit geval constateert de ombudsman echter slechts dat er een wettelijke bevoegdheid bestond om de informatie door te spelen en concludeert dan: “Hiermee staat vast dat het korps Zaanstreek-Waterland heeft gehandeld krachtens een bij wet gegeven mogelijkheid tot beperking van het recht op persoonlijke levenssfeer van verzoekster. De onderzochte gedraging is in zoverre behoorlijk.” Aldus beperkt de Nationale ombudsman zich ten onrechte tot een zuivere rechtmatigheidstoetsing. Nu de wettelijke norm slechts een bevoegdheid, en niet een plicht, tot het verstrekken van informatie bevat, had de ombudsman immers alsnog moeten beoordelen of de in casu gemaakte belangenafweging redelijk was.

Rechtsnormen vormen in veel gevallen een richtsnoer voor de behoorlijkheidstoetsing door de Nationale ombudsman, maar de ombudsman dient het overheidshandelen steeds te toetsen aan het eigen normenkader. Dat impliceert dus niet dat hij daarbij het zicht op het recht verliest, maar wel dat hij naast het recht de behoorlijkheid hanteert om het overheidshandelen te beoordelen waarover is geklaagd. Het behoort tot de taak van de ombudsman om in alle gevallen te beoordelen of in het concrete geval rechtmatig overheidshandelen desalniettemin niet behoorlijk is, ofwel onrechtmatig handelen toch behoorlijk.

## 5. Normkeuze bij de beoordeling van overheidshandelen

Om burgers en overheid te kunnen overtuigen van de normen waaraan zij zich moeten houden, is het natuurlijk beter als behoorlijkheidsvereisten een redelijk bestendig geheel vormen. Daarom is het aan te bevelen de naamgeving en formulering van een of meer vereisten alleen aan te passen als de ervaring dat noodzakelijk maakt. Het ontwikkelingsperspectief van de ombudsprudentie vraagt daarom van ombudslieden ook nadrukkelijk dat zij die ervaring verzamelen en bewaren. Dat veronderstelt dat de toetsing van een overheidshandelen aan een behoorlijkheidsvereiste in beginsel een taalhandeling is, waarbij zowel de keuze van het behoorlijkheidsvereiste als de formulering van de contextnorm (de normformulering van het behoorlijkheidsvereiste toegepast op een klachtelement) een wezenlijke bijdrage vormen aan het opbouwen van de verzameling.

Uit de door ons geanalyseerde 200 rapporten blijkt dat de normkeuze bij een klachtelement niet altijd gemakkelijk is. Wij doen daarom een poging om aan te geven hoe in het algemeen een norm in een context kan worden gekozen.

De keuze van het juiste behoorlijkheidsvereiste is een ingewikkeld onderwerp, waarvoor geen vaste *keuzeregels* bestaan. Het is niet goed mogelijk om deze regels uit het niets te voorschijn te toveren. We nemen daarom enkele door ons in de bestudeerde rapporten waargenomen praktijken als uitgangspunt. Vertrekkend vanuit deze empirie, doen wij een poging om aan te geven hoe ombudsmannen deze keuze het beste zouden kunnen maken. Daarbij ‘springen’ wij dus van ‘sein’ naar ‘sollen’, dus van beschrijving naar beoordeling. De door ons waargenomen praktijken hebben betrekking op: het onderwerp van de klacht; het belang van de intake; de samenhang van de behoorlijkheidsvereisten met beslissingsprocessen en feitelijk handelen; en de opportuniteit van de normkeuze.

#### Het onderwerp van de klacht

Ombudsmannen zitten als externe klachtinstanties aan het eind van de lijn van klachtbehandeling. In zoverre hebben zij de keuze of zij bij hun beoordeling de nadruk leggen op het oorspronkelijke overheidshandelen, de interne klachtbehandeling dan wel het gedrag van het bestuursorgaan bij de externe klachtbehandeling. In veel rapporten is de interne klachtbehandeling een apart onderdeel van de toetsing door de ombudsman.

In rapport 2006/330 is de vraag aan de orde of het CWI een ontslagvergunning die was aangevraagd op grond van “disfunctioneren”, had mogen verlenen. Het besluitvormingsproces<sup>14</sup> betreft de aanvraag om een ontslagvergunning door de werkgever van verzoeker en de voorbereiding van het besluit door het CWI. De ombudsman toetst hier verschillende aspecten van het besluitvormingsproces aan het fair play beginsel en aan het redelijkheidvereiste. Maar daarnaast heeft de ombudsman ook de interne klachtbehandeling onderzocht, omdat de Raad van Bestuur van het CWI de klacht van klager niet inhoudelijk heeft willen afdoen. Als reden gaf men op dat tegen een besluit van het CWI geen bezwaar en beroep openstaan, terwijl een klachtprocedure ook uitnodigt tot een inhoudelijke heroverweging van het besluit. De ombudsman is van opvatting dat hij hier aanvullende rechtsbescherming moet verlenen, met name omdat tegen verlening van een ontslagvergunning geen bezwaar en beroep openstaan. Hij overwoog: “De toetsing aan behoorlijkheidsnormen zal er soms toe leiden dat – al dan niet expliciet – een oordeel over de juistheid van de beslissing zal moeten worden gegeven. Indien bij de interne klachtafhandeling bijvoorbeeld wordt geconstateerd dat het vereiste van actieve en adequate informatieverwerving is geschonden, zal hieraan veelal de conclusie moeten worden verbonden dat een ontslagvergunning, op grond van de wel aanwezige informatie, feitelijk niet

---

<sup>14</sup> Het betreft hier immers een beslissing omtrent het verrichten van een publiekrechtelijke rechtshandeling.

had kunnen worden verleend. Wel staat vast dat een dergelijke conclusie geen gevolgen zal hebben voor de beslissing die de CWI heeft genomen.” Het oordeel van de Raad van Bestuur van het CWI werd door de ombudsman getoetst aan het motiveringsvereiste. In casu was deze normkeuze vermoedelijk wel adequaat, omdat door de houding van het bestuursorgaan de inhoudelijke overwegingen van het CWI tot verlening van de ontslagvergunning, gegeven dat het informatieverwervingsvereiste is geschonden, voor verzoeker niet helder konden zijn. De klachtbehandeling blijft buiten beschouwing indien de klacht eerst bij de ombudsman wordt ingediend en de ombudsman de klacht aan het bestuursorgaan voorlegt voordat hij op de inhoud van de klacht ingaat, zoals in rapport 2005/162, over een schuldinvordering door de IBG. In veruit de meeste rapporten is het heel duidelijk welk overheidshandelen wordt beoordeeld. Toch wordt die duidelijkheid niet altijd gegeven, zoals we onder ‘de samenhang tussen behoorlijkheidsnormen en beslisprocessen’ zullen laten zien.

Wij denken dat een ombudsman in beginsel in moet gaan op de klacht zoals die door de klager is aangedragen. Daarbij blijkt wel uit de klacht op welke onderdelen van het beslissingsproces, het feitelijk handelen en/of de interne klachtprocedure, de klacht betrekking heeft.

Overigens vinden wij het niet wenselijk dat ombudsmannen processueel beleid zouden voeren vergelijkbaar met het beleid van de bestuursrechters bij de toepassing van artikel 8:69 Awb ten aanzien van het voorwerp van geschil. Dat leidt alleen maar tot juridisering van de klachtbehandeling, en klagers zijn daarmee niet gediend. Het leerstuk van het voorwerp van geschil kan in het klachtprocesrecht dus worden gemist, ook al omdat de ombudsman een ‘intake’ doet. Daarbij wordt in overleg met klager een klacht zo geformuleerd, dat deze voor de ombudsman behandelbaar wordt, en het hangt dus van de interactie tussen klager en ombudsman, en later van de interactie tussen bestuursorgaan en ombudsman, af welk handelen van het bestuursorgaan in interactie met klager wordt onderzocht (het oorspronkelijke handelen, het handelen in de interne klachtprocedure en/of het handelen van het bestuursorgaan in de externe klachtprocedure).

Als de door de ombudsman in behandeling genomen klacht zich concentreert op tekortkomingen in het feitelijke handelen (aantasting van belangen, miskenning van belangen, gebrek aan respect voor de burger, etc.), ligt het voor de hand dat de beoordeling zich daar primair op richt, en dus ook de criteria voor de beoordeling van dat handelen. Als uit het onderzoek van de ombudsman blijkt dat de oorzaak van wat misging is terug te voeren op een gebrek in de organisatie of in het beslisproces, is het van belang dat daar ook op ingegaan wordt. De ombudsman geeft in de door ons gelezen rapporten ook vrijwel steeds aan welk onderdeel van het handelen waarover geklaagd is, getoetst wordt. Het verdient aanbeveling dat deze praktijk wordt voortgezet.

#### Het belang van de intake

Bij de intake wordt de klacht geformuleerd door een medewerker van het bureau van de Nationale ombudsman. Dat wordt noodzakelijk geacht, om tot een klachtformulering te komen die voor het bureau van de Nationale ombudsman hanteerbaar is. In sommige rapporten roept echter de klachtformulering in het licht van wat is voorgevallen en de beoordeling daarvan, vragen op. Met name roepen sommige rapporten de vraag op of de klachtformulering en – beoordeling wel voldoende recht doen aan hetgeen waarover wordt geklaagd.

Rapport 2005/289 betreft een klacht over het arrondissementsparket te Amsterdam dat de op 22 augustus 2002 jegens verzoeker opgelegde straf van ontzegging van de rijbevoegdheid pas in januari 2004 heeft ten uitvoer gelegd. Maar van verzoeker is wegens rijden onder invloed in 1997 het rijbewijs ingenomen. De politieman die het voddige rijbewijs invorderde heeft dat opgestuurd aan de gemeente van uitgifte, Amersfoort, die het ongeldig verklaarde en weigerde het rijbewijs aan verzoeker te retourneren. Pas in november 2003 kon verzoeker weer beschikken



over een geldig rijbewijs. In 2002, vijf jaar na dato wordt verzoeker veroordeeld tot een jaar ontzegging van de rijbevoegdheid. De executie van het vonnis gaat formeel in 21 dagen na het moment van betekening van het vonnis. Die vindt pas plaats in februari van 2004. Pas daarna ging de ontzegging in. De klacht had slechts betrekking op het handelen van het parket Amsterdam, maar er is hier kennelijk veel meer misgegaan. Gegeven de Kafkaëske situatie waarin verzoeker wat betreft zijn rijbevoegdheid kennelijk is terechtgekomen, is het de vraag of de ombudsman zich hier alleen tot het gedrag van het parket Amsterdam moest beperken. Nu is niet duidelijk of klager alleen maar het gedrag van het parket Amsterdam aan de orde wilde stellen, of dat hij bij de intake is gewezen op de beperkingen van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman.

De ombudsman heeft een beperkte bevoegdheid, en het is onvermijdelijk dat de ombudsman de door de Awb en de Wet op de Nationale ombudsman gegeven beperkingen toepast. Bovendien zijn sommige van de door de ombudsman onderzochte situaties dermate complex dat er keuzes moeten worden gemaakt ten aanzien van welke aspecten kunnen worden onderzocht en welke niet. Wij adviseren de ombudsman om deze keuzes in zijn rapporten te expliciteren. Dan is op voorhand duidelijk welke beperkingen de ombudsman bij zijn onderzoek en dus ook bij zijn beoordeling heeft gehanteerd.<sup>15</sup> Overigens pleiten wij er voor, dat de ombudsman zijn bevoegdheid niet restrictief opvat.

#### Behoorlijkheid en het bestuurlijke beslissingsproces

De Awb-wetgever heeft het Nederlandse woord 'besluit' gemonopoliseerd voor schriftelijke, publiekrechtelijke rechtshandelingen. Hij heeft zowel voor de totstandkoming en de tenuitvoerlegging daarvan, alsmede voor de rechtsbescherming daartegen wettelijke regels gesteld. Behoorlijkheidstoetsing door ombudsmannen, daarentegen, heeft betrekking op alle handelingen van bestuursorganen. Om dit verschil te benadrukken, stellen wij voor om hiervoor een andere terminologie te hanteren. Wij maken daarom een onderscheid tussen *beslissingsprocessen* en *besluitvormingsprocessen*. Besluitvormingsprocessen zijn gericht op het tot stand brengen van schriftelijke, publiekrechtelijke rechtshandelingen; beslissingsprocessen zijn gericht op het tot stand brengen van alle overheidshandelingen. Beslissingsprocessen impliceren daarom besluitvormingsprocessen, maar beslissingsprocessen zijn primair genormeerd vanuit het behoorlijkheidsperspectief, terwijl besluitvormingsprocessen daarnaast ook door wet en recht zijn ingekaderd.

#### *Formele en materiële behoorlijkheidsnormen*

Zorgvuldigheidsnormen beogen in het algemeen te bewerkstelligen dat de overheid ook materiële behoorlijkheidsnormen in acht neemt. In de meeste situaties is dit de normale verhouding:

<b>Beslissingsprocessen ten aanzien van feitelijke handelingen en rechtshandelingen</b>	<b>Vereisten van behoorlijkheid</b>
Vorbereiding	Zorgvuldigheid, formele behoorlijkheid
Afweging en inhoud beslissing	Formele behoorlijkheid en materiële behoorlijkheid
Communicatie en tenuitvoerlegging	Zorgvuldigheid formele behoorlijkheid, (i.h.b. motivering).

<sup>15</sup> Bij het bureau van de Nationale ombudsman is thans een project gaande dat er op gericht is een actieve intake te realiseren, waarbij voordat tot klachtbehandeling wordt overgegaan alle aspecten van de klacht aan de orde komen, en waarbij klagers kunnen worden doorverwezen naar andere instanties.

In situaties waarbij er wel iets van een beslissingsproces is geweest, zal het vaak zo zijn dat als er materiële vereisten zijn geschonden, er tevens zorgvuldigheidsvereisten zijn geschonden. Schending van een zorgvuldigheidsvereiste brengt het risico mee dat een formele of een materiële norm wordt geschonden. Dat kan ook een grondrecht zijn.

#### *Beslissingsprocessen*

Rapport 2006/120, bij voorbeeld, betreft een klacht van een werknemster van de Dutch Army Shop op de militaire basis in Seedorf, Duitsland. Zij klaagt dat er eind 2001 door haar directe chef toezeggingen zijn gedaan terzake van een ophoging van haar salaris naar een bij haar functievervulling passende schaal. Door het nieuwe functiewaarderingsstelsel is zij weliswaar eind 2003 met terugwerkende kracht tot 1 mei 2003 bevorderd, maar er was volgens klaagster toegezegd dat zij per medio 2002 zou worden bevorderd. Het blijkt echter dat deze toezegging niet is vastgelegd en dat tot 2003 ook de voorgeschreven functioneringsgesprekken niet zijn gevoerd. Klaagsters direct leidinggevende had haar, volgens zijn verklaring jegens de ombudsman, wel degelijk beloofd om haar bevordering voor te leggen aan de commandant. Dat is echter niet gebeurd. Volgens de ombudsman is het Ministerie van Defensie als werkgever daardoor tekortgeschoten, en hij oordeelt dat jegens klaagster het rechtszekerheidsvereiste is geschonden. Hier is dus door de ombudsman getoetst aan het materiële vereiste, maar toch kan het nuttig zijn daarbij ook te verwijzen naar de schending van het zorgvuldigheidsvereiste dat tot de schending van het materiële vereiste heeft geleid. Immers, die schending had niet kunnen plaatsvinden, indien bij de organisatie van de Dutch Army Shops de interne procedures op orde zouden zijn geweest (adequate organisatorische voorzieningen).

Een voorbeeld van een escalatie naar aanleiding van een incorrecte bejegening leidend tot de schending van een grondrecht kan gelezen worden in rapport 2006/348, waarbij politieagenten verzoeker en verzoekers' dochter wegens een waargenomen verkeersovertreding verbaliseerden, zonder hen eerst naar hun verhaal te vragen. Dat leidde eerst tot een verbale en later een fysieke escalatie waartoe de agenten zonder waarschuwing overgingen, van een duw tot en met het striemend boeien van verzoeker aan toe. De ombudsman constateert hier strijd met het recht op onaantastbaarheid van het lichaam. De opeenvolging van schending van een zorgvuldigheidsnorm naar schending van een materieel behoorlijkheidsvereiste is hier duidelijk zichtbaar.

#### *Feitelijk handelen*

In veel situaties die een ombudsman behandelt, zijn de beslissingsprocessen echter niet zo goed te onderscheiden. Bovendien zijn ze meestal niet te herleiden tot schriftelijke stukken, zoals bij besluitvormingsprocessen conform de AWB wel het geval is. Dan gaat het primair om het feitelijke handelen dat pas achteraf wordt gerechtvaardigd tijdens de interne klachtbehandeling door het bestuursorgaan onder verantwoordelijkheid waarvan het feitelijk handelen plaatsvond. Dan wordt, aan het eind van de lijn, een ombudsman geconfronteerd met een klacht over een feitelijk handelen dat tijdens de interne klachtbehandelingsprocedure is voorgesteld als element van een beslissings- en uitvoeringsproces.

Voorbeeld: in rapport 2006/373 hebben politiemensen na een ongeval met 2 vrachtwagens niet de voorgeschreven registratieset opgemaakt, hoewel de vrachtwagen van klager niet meer verder kon rijden. In zoverre was er strijd met een van de zorgvuldigheidsnormen, namelijk het vereiste van actieve en adequate informatieverwerving. De politiemensen hadden de schade moeten registreren. Ten gevolge daarvan kon verzoeker de bij het ongeval ontstane schade niet meer verhalen via de eigenaar van de andere vrachtauto. Daardoor was klager zijn no claim bij zijn

verzekeringsmaatschappij en zijn eigen risico deel van de ontstane schade kwijt. Het onzorgvuldig handelen van de politie had dus enige schade tot gevolg.

Zo is in rapport 2005/017 sprake van een aanbetaling bij aankoop van een auto (een BMW) door verzoeker van dhr M., door inruil van een andere auto (een Alfa Romeo). Deze laatste blijkt van diefstal afkomstig, maar dat kan rechtens niet worden bewezen. In het kader van een opsporingsonderzoek jegens verzoeker worden beide auto's in beslag genomen, in het belang van de waarheidsvinding. De officier van justitie besluit ook na het sepot van het onderzoek jegens verzoeker tot verlenging van de inbeslagname, omdat M. civielrechtelijk een verzoek tot beslaglegging op de BMW bij de rechtbank heeft ingediend. Dit leidde er toe dat de BMW aan M. kon worden teruggegeven en buiten de macht van verzoeker bleef die rechtmatig eigenaar was.

De ombudsman concludeert dat terzake aan het oordeel van de officier van justitie om de BMW alsnog niet terug te geven motiveringsgebreken kleven. Maar die motiveringsgebreken zijn een consequentie van het feit dat de officier van justitie helemaal niet bevoegd was om dat te doen, nu de BMW niet relevant was voor het onderzoek tegen verzoeker V. In casu werd die beslissing ook niet jegens verzoeker gemotiveerd, maar werd V door de politie van de beslissing van de officier in kennis gesteld. Dus de ombudsman hanteerde hier het motiveringsvereiste, maar misbruik van bevoegdheid was zeker mogelijk geweest. Dit voorbeeld illustreert dat door reconstructie van het handelen achteraf als een beslissingsproces, de ombudsman de mogelijkheid creëert om te kiezen voor een formeel behoorlijkheidsvereiste, terwijl de essentie van de klacht verwijst naar misbruik van bevoegdheid.

De samenhang tussen beslissingsprocessen en feitelijk handelen is het meest gecompliceerde element wat betreft de normkeuze. Als er geklaagd is over het beslissingsproces is het niet moeilijk om zorgvuldigheidsvereisten of formele vereisten te benoemen. Maar met name wanneer er sprake is van een handelen zonder waarneembaar beslissingsproces, wordt het beslissingsproces achteraf, bijvoorbeeld in de interne klachtprocedure, geconstrueerd. Dat biedt de ombudsman bij de klachtbehandeling dan weer de keuzemogelijkheid om bij de beoordeling de nadruk op hetzij de procedurele aspecten, hetzij het feitelijke handelen te leggen.

Tijdens de cursussen in ombudsprudentie die we de afgelopen jaren hebben gegeven hebben we steeds aangevoerd dat wij bij de beoordeling van de gegrondheid van een klacht voorkeur hebben voor het noemen van man en paard. Ombudsmannen verschillen van rechters, doordat zij geen rechtens bindende oordelen kunnen geven. Een ombudsman hoeft daarbij niet te vrezen om de onderscheiden en gescheiden verantwoordelijkheden tussen bestuursorganen en gerechten te doorbreken. Dat biedt ombudsmannen een grote vrijheid om indringend te toetsen. Dit betekent dat, indien een materieel vereiste van behoorlijkheid is geschonden, dit ook zo benoemd mag worden. Zorgvuldigheidsnormen zijn goede toetsingsnormen, mits duidelijk wordt gemaakt hoe het behoorlijkheidsrisico dat een bestuursorgaan heeft genomen, zich verhoudt tot de werkelijke consequenties daarvan. Ombudsmannen moeten dus nagaan of schending van een zorgvuldigheidsnorm heeft geleid tot een inbreuk op een materiële norm of juist niet.

#### De opportuniteit van de normkeuze

Ombudsmannen kunnen kiezen op welk onderdeel van het bestuurshandelen zij bij de toetsing de nadruk willen leggen. In sommige rapporten worden de feitelijke handelingen vrij precies beschreven, maar wordt ook de nadruk gelegd op vereisten die voortvloeien uit de zorgvuldigheidsnorm, terwijl evengoed een materieel vereiste van behoorlijkheid had kunnen worden benoemd.

In de bovenomschreven rapporten 2005/017 en 2006/373 is sprake van een formele benadering van in die gevallen, achteraf geconstrueerde beslisprocessen. In beide casus is voor de lezer van deze rapporten verwarring mogelijk over het onderwerp van de toetsing aan het motiveringsvereiste. De ombudsman vindt in beide gevallen kennelijk de uitleg van het openbaar ministerie respectievelijk de politie in het kader van de interne en de externe klachtprocedure niet aannemelijk. De situaties van het oorspronkelijke overheidshandelen die in beide rapporten beschreven worden, lenen zich eigenlijk niet zo erg voor motivering; de betreffende ambtenaren hebben vooral feitelijk gehandeld; de bij het ongeval betrokken vrachtwagens moesten van de weg; en de officier van justitie verlengde alsnog het beslag op de BMW. Daardoor lijkt het er op dat de geconstateerde motiveringsgebreken vooral op de klachtbehandeling betrekking hebben en de uitleg omtrent het handelen van het bestuursorgaan door het bestuursorgaan achteraf. Dat dat zo is blijkt echter niet ondubbelzinnig uit de beoordeling.

Dat een beslissing van een bestuursorgaan een adequaat beslisproces vereist, brengt mee dat elk gebrek aan die beslissing in beginsel kan worden teruggevoerd op een gebrek in de totstandkoming ervan. Als een beslissing onvoldoende recht doet aan de belangen van een burger, zal dit doorgaans betekenen dat de motivering van de beslissing de beslissing niet zal kunnen dragen. Als blijkt dat in het beslisproces de belangen van een burger niet zijn meegewogen, zal ook kunnen worden geconcludeerd dat onvoldoende informatie is ingewonnen over de betrokken belangen. In zoverre kan het motiveringsvereiste of het vereiste van actieve en adequate informatieverwerving worden gebruikt als toetssteen voor de behoorlijkheid van een bestuurshandeling zonder de (ernstige) gebreken in termen van materiële behoorlijkheid te benoemen. In het eerste rapport werd het motiveringsvereiste gebruikt, terwijl er ook sprake was van misbruik van bevoegdheid; in het tweede rapport werd het vereiste van adequate informatieverwerving gebruikt, terwijl er ook sprake was van strijd met het redelijkheidsvereiste.

Overwegingen van normkeuze hebben wij in de door ons gelezen rapporten niet aangetroffen. Het is op zichzelf denkbaar dat een ombudsman uit andere overwegingen dan die gerelateerd zijn aan de aard van de klacht besluit om een bepaalde norm als toetsingsnorm te kiezen. Voorstelbaar is dat hij of zij uit oogpunt van *relatiebeheer* bijvoorbeeld toetst aan een formeel criterium als het motiveringsvereiste, in plaats van een materieel criterium als misbruik van bevoegdheid, omdat dit als een minder ernstig verwijt wordt beschouwd. Immers, 'frapper toujours' kan een bestuursorgaan dat regelmatig fouten maakt, wellicht immuun maken voor lering door de ombudsman. De wenselijkheid van een dergelijk relatiebeheer zal echter moeten worden afgewogen tegen de aanvaardbaarheid daarvan jegens klagers uit oogpunt van klachtbehandeling.

Het behoorlijkheidsvereiste dient zo dicht mogelijk aan te sluiten bij de essentie van de via de intake geformuleerde klacht. Dit betekent onder meer dat het toepasselijke vereiste dus niet in de eerste plaats gekozen moet worden met het oog op de reden waarom volgens de ombudsman de onderzochte gedraging al dan niet behoorlijk is. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van rapport 2005/228. In dit rapport wordt de klacht onderzocht dat de politie geen ondersteuning heeft verleend tijdens een conflict tussen twee burgers, waarbij verzoeker en zijn eveneens bij het conflict betrokken dochter beiden zelf ook politieambtenaar waren. De Nationale ombudsman acht het niet verlenen van ondersteuning in dit geval gerechtvaardigd, mede met het oog op het waarborgen van de onpartijdigheid. De ombudsman concludeert dan dat in casu het besluit om geen ondersteuning te verlenen behoorlijk was, omdat het verbod van vooringenomenheid niet is geschonden. In dit geval is het verbod van vooringenomenheid echter niet het juiste vereiste om het gedrag aan te toetsen, omdat er niet over werd geklaagd dat het

politieoptreden vooringenomen was. De klacht was dat de politie geen ondersteuning had verleend, waar ze dat volgens verzoeker wel had behoren te doen. De ombudsman dient dan te onderzoeken (zoals hij ook deed) op grond van welke belangenafweging de politie tot haar beslissing is gekomen en of die de toets der kritiek kan doorstaan. Dit betekent dat in dit geval getoetst had moeten worden aan het redelijkheidsvereiste.

## 6. Samenhangende behoorlijkheidsnormen.

Afgezien van de samenhang van behoorlijkheidsnormen in het beslissingsproces kunnen behoorlijkheidsnormen ook op andere wijze samenhangen. Die samenhang is meer context gebonden. Daarvan zijn er verschillende aanwijsbaar.

Als bijvoorbeeld de politie disproportioneel geweld gebruikt tegen een burger, kan dat worden gezien als een schending van het grondrecht op onaantastbaarheid van het lichaam, of als schending van het evenredigheidsvereiste, volgens welke voor het bereiken van een doel geen middel mag worden aangewend dat voor de betrokkenen onnodig bezwarend is. Een voorbeeld daarvan is het geval van een zwartrijdster in het openbaar vervoer, die de door de politie de bus werd uitgedragen teneinde haar identiteit te kunnen vaststellen.<sup>16</sup> Maar het boeien en geboeid houden van een aangehouden persoon in de politiecel wordt disproportioneel geacht en leidt dus tot de constatering dat er een ongerechtvaardigde inbreuk is gemaakt op het grondrecht van de onaantastbaarheid van het lichaam van verzoeker.<sup>17</sup>

Een keuze tussen een materieel of een formeel behoorlijkheidsvereiste doet zich ook voor in gevallen waar de motivering van een besluit dat besluit niet kan dragen. De oorzaak daarvan kan zijn gelegen in het simpelweg ontbreken van een dragende motivering en in dat geval ligt toetsing aan het motiveringsvereiste in de rede. In veel gevallen is het besluit echter wel gemotiveerd, maar is er een onjuiste afweging van belangen gemaakt. Ook in dat geval zou kunnen worden gesteld dat een deugdelijke motivering ontbreekt en er daarom sprake is van schending van het motiveringsvereiste, maar als het niet-behoorlijke van het handelen is gelegen in het feit dat specifieke belangen niet of onvoldoende zijn meegewogen in de besluitvorming, dan ligt toetsing aan het redelijkheidsbeginsel meer in de rede. Door in dergelijke gevallen te toetsen aan het materiële beginsel, wordt meer specifiek benoemd waarom de motivering tekort schiet dan wanneer wordt getoetst aan het formele motiveringsvereiste.

Bij toetsing aan het motiveringsvereiste wordt vooral de nadruk gelegd op de kenbaarheid (en daarmee de controleerbaarheid) van het besluitvormingsproces, terwijl bij toetsing aan het redelijkheidsvereiste de nadruk ligt op de juistheid van de gemaakte belangenafweging. In die zin kan door de juiste normkeuze beter worden aangesloten bij de essentie van de klacht. In rapport 2005/392 betreft de klacht een te lage schadevergoeding voor een door de dienst Domeinen ten onrechte vernietigde bromfiets. “Domeinen had de brommer getaxeerd op € 100. De getaxeerde waarde van de brommer was derhalve hoger dan de € 90 genoemd in het Besluit inbeslaggenomen voorwerpen. Domeinen was op grond van de door de hoofdofficier van justitie te Maastricht verleende machtiging dan ook niet gemachtigd de brommer met de door Domeinen getaxeerde waarde van € 100 te vernietigen. De staatssecretaris van Financiën erkende in reactie op vragen van de Nationale ombudsman dat Domeinen in dit geval in afwijking van de geldende regel de bromfiets had vernietigd”. Vervolgens meldt de ombudsman dat dit een niet draagkrachtige motivering is voor de afwijzing van het verzoek om schadevergoeding. Maar in

---

<sup>16</sup> 2005/232

<sup>17</sup> 2005/417

casu vond de afwijzing plaats wegens een gebrekkige belangenafweging, en dus was de redelijkheid hier een goede toetsingsnorm geweest.

In rapport 2005/381 heeft de ombudsman die keuze wel in deze zin gemaakt, door te wijzen op het feit dat korpsbeheerder van de regiopolitie Gelderland midden een eigen afweging moest maken met inbegrip van de feiten van hetgeen waarover geklaagd werd en het advies van de klachtcommissie van die regiopolitie. En dus werd er getoetst aan het redelijkheidsvereiste.

Het uitgangspunt dat het behoorlijkheidsvereiste zo dicht mogelijk dient aan te sluiten bij de essentie van de klacht is soms een kwestie van perspectief. Als bijvoorbeeld de klacht zich richt op het feit dat een bestuursorgaan een burger onvoldoende of onjuist heeft geïnformeerd, zal normaal gesproken het overheidshandelen worden getoetst aan het vereiste van actieve en adequate informatieverstrekking. In sommige gevallen zal echter de informatie van dien aard dat het onvoldoende of onjuist informeren gevolgen heeft voor belangen die ook door andere behoorlijkheidsvereisten worden beschermd.

Dit doet zich bijvoorbeeld voor als een bestuursorgaan nalatig is geweest in het verstrekken van informatie over de mogelijkheden om bezwaar of beroep aan te tekenen tegen een besluit. In dat geval zijn de mogelijkheden van een burger om zijn processuele kansen te benutten geschaad.

Dit belang wordt beschermd door het vereiste van fair play. In dit geval zou het overheidshandelen derhalve zowel aan het vereiste van actieve en adequate informatieverstrekking als aan het vereiste van fair play kunnen worden getoetst. Indien de essentie van de klacht zich in een dergelijk geval richt tegen de aantasting van de processuele kansen, ligt het voor de hand dat in dat geval wordt getoetst aan het fair play vereiste.

Toen degene die aangifte had gedaan wegens seksueel misbruik werd verhoord, verzuimde de verhorende politieambtenaar aan te geven dat dit verhoor plaatsvond in het kader van het onderzoek naar aanleiding van een klacht jegens haar wegens smaad. Volgens de ombudsman was er sprake van strijd met het vereiste van adequate informatieverstrekking, maar in deze context had het vereiste van fair play meer voor de hand gelegen.<sup>18</sup>

In rapport 2005/142 over een klacht tegen de huurcommissie Rotterdam is de brief van verzoeker inhoudende een verzet tegen een uitspraak van de huurcommissie “niet als verzetschrift aangemerkt en niet als zodanig behandeld. De huurcommissie en de minister hebben dit pas op 3 december 2004 - de datum waarop de huurcommissie en de minister in het kader van het onderzoek van de Nationale ombudsman op de klacht reageerden - onderkend, en in de tussengelegen periode hebben zij ook niet op andere wijze is gereageerd op verzoekers brief. Daarom kan niet worden gezegd dat het verzetschrift van 28 juli 2003 binnen een redelijke termijn is afgehandeld. De huurcommissie en de minister hebben dan ook in strijd gehandeld met het vereiste van voortvarendheid.” Maar door deze handelwijze heeft de huurcommissie verzoekers processuele kansen de facto getorpedeerd. Om die reden zou ook hier het vereiste van fair play aan de orde kunnen zijn.

De vraag is of enige vorm van opzettelijkheid in plaats van een beoordelingsfout een voorwaarde is om van fair play te kunnen spreken. In *Ombudsprudentie* hebben we het vereiste van fair play mede zo omschreven dat het het adequaat identificeren van klachten omvat.<sup>19</sup>

Een andere mogelijkheid is dat een bestuursorgaan door het onjuist of onvoldoende informeren van een burger diens gerechtvaardigde verwachtingen schaadt. Dit belang wordt beschermd door het rechtszekerheidsvereiste. Ook in dat geval zal de essentie van de klacht zich vaak in het bijzonder richten tegen de aantasting van de gerechtvaardigde verwachtingen. In dat geval ligt het dan ook voor de hand het handelen te toetsen aan het rechtszekerheidsvereiste en niet aan het vereiste van actieve en adequate informatievoorziening. Bij de keuze tussen rechtszekerheid

---

<sup>18</sup> Rapport 2006/105

<sup>19</sup> T.a.p. p. 338.

versus actieve en adequate informatieverstrekking gaat het om de juistheid van de informatie versus de kenbaarheid van de informatie. In zoverre is de keuze voor adequate informatieverstrekking in het geval van onduidelijke informatie op de website van de IND aanvechtbaar, omdat klaagster niet op die informatie kon vertrouwen<sup>20</sup>.

Soms berust de normkeuze op een bijzondere moeilijkheid, bij voorbeeld als er om gaat de positie van de handelende overheid ten opzichte van de in de situatie betrokken burger te bepalen. Het vereiste van actieve en adequate informatieverwerving betreft de verplichting van het bestuursorgaan om zelfstandig informatie te vergaren. Het vereiste van hoor en wederhoor brengt mee dat diegenen die door een overheidshandelen in hun belang kunnen worden getroffen in de gelegenheid moeten worden gesteld voor hun belang op te komen ten aanzien van dat handelen. In rapport 2006/128 is aan de orde dat een werknemer door het UWV wordt beoordeeld op zijn arbeidsgeschiktheid. Daartoe wordt een arbeidsdeskundige adviseur ingeschakeld. Die arbeidsdeskundige komt tot een beoordeling van de arbeidsgeschiktheid van deze werknemer, maar heeft daarbij geweigerd de stukken en getuigenverklaringen verzameld door de werknemer in ontvangst te nemen. De werknemer was namelijk van opvatting dat hij er door zijn werkgever uitgewerkt werd. De vraag is nu, of een adviseur (die immers betrokken is in het proces van informatieverwerving door het bestuursorgaan) de werknemer in staat moet stellen voor zijn belangen op te komen. Als dat zo is, is hier geen sprake van schending van het vereiste van actieve en adequate informatieverwerving, maar van *hoor en wederhoor*.<sup>21</sup> Dat is natuurlijk anders als men van opvatting is dat het voor hoor en wederhoor afdoende is als het bestuursorgaan de belanghebbende in de gelegenheid stelt te reageren op het door de arbeidsdeskundige gegeven advies.

Overigens is het soms lastig te onderscheiden tussen intentie en het kwalificeren van het feitelijke handelen van een ambtenaar of bestuursorgaan. Hoe het handelen te beoordelen in contexten waarin voorhanden informatie niet goed in het beslissingsproces werd betrokken? Soms kan daarbij een keuze gemaakt worden tussen het verbod van vooringenomenheid, actieve en adequate informatieverwerving of administratieve nauwkeurigheid.

In rapport 2005/076 wordt geoordeeld dat er sprake is van (schijn van) vooringenomenheid, omdat een politieagent na een verkeersongeval bij de invulling van de registratieset hebben aangegeven welke verkeersdeelnemer schuldig was. Dat heeft consequenties voor de civielrechtelijke afhandeling van de schade. Met andere woorden de verzekeringsmaatschappijen van de verkeersdeelnemers zullen het oordeel van de politieagent als uitgangspunt nemen voor de behandeling van de schade, met gevolgen voor bij voorbeeld de no-claim van de schuldig verklaarde. Maar betekent dit nu dat de politieagent vooringenomen was tegen een van beide partijen? Dat lijkt wat betreft objectieve onpartijdigheid niet waarschijnlijk; van belangenverstengeling was geen sprake. Maar subjectieve onpartijdigheid – vooroordeel- lijkt ook niet aannemelijk. Dan is er vermoedelijk sprake van een onnauwkeurige registratie, die kan worden gekwalificeerd als een gebrek aan administratieve nauwkeurigheid. Die kan – maar dit terzijde- in casu tot gevolg hebben dat schade ontstaat in de vorm van de hogere verzekeringspremie die de benadeelde voortaan moet betalen.

## 7. Containervereisten

---

<sup>20</sup> Rapport 2005/398.

<sup>21</sup> Zie in dit verband het proefschrift van Marja Wulffraat van Dijk, *Feitenonderzoek door de bestuursrechter*, Zwolle 1995, blz. 305-307.

Het behoorlijkheidsvereiste dient zo specifiek en concreet mogelijk te zijn in de gegeven context. Een aantal behoorlijkheidsvereisten is van dien aard dat in beginsel vrijwel ieder overheidshandelen daaraan getoetst kan worden. Zo kan bijvoorbeeld van vrijwel ieder niet-behoorlijk overheidsgedrag worden gesteld dat het in strijd is met het redelijkheidvereiste, omdat het vrijwel altijd zo zal zijn dat bij niet-behoorlijk handelen, belangen van burgers onvoldoende zijn bediend en er dus blijkbaar geen deugdelijke belangenafweging aan het handelen ten grondslag heeft gelegen. Door een behoorlijkheidsvereiste op deze manier als een containerbegrip te gebruiken, wordt de zeggingskracht van de beoordeling navenant kleiner. Een vereiste dat door de Nationale ombudsman nogal eens als een dergelijk containerbegrip wordt gebruikt, is het professionaliteitsvereiste. Zo formuleert de ombudsman in rapport 2006/068 de norm dat een politieambtenaar in het kader van een formele overlegsituatie zich zorgvuldig dient uit te drukken en zich zo neutraal en onbevooroordeeld mogelijk dient te uiten, als norm in context van het professionaliteitsvereiste. Nu is het zeker zo dat van een professioneel handelende politieambtenaar mag worden verwacht dat hij dat onbevooroordeeld doet, maar dan ligt het toch voor de hand zijn handelen te toetsen aan het meer concrete vereiste van onpartijdigheid/onvooringenomenheid. Uiteindelijk verwachten we van iedere ambtenaar dat hij zich professioneel gedraagt in de zin dat hij altijd behoorlijk handelt. Maar als om die reden het handelen van ambtenaren wordt getoetst aan het vereiste van professionaliteit, wordt professionaliteit synoniem met behoorlijkheid en zijn de overige behoorlijkheidsvereisten overbodig geworden.

In voorkomende gevallen van samenhangende normen denken wij dat het het beste is om in de betreffende casus vanuit het verschil tussen de te onderscheiden behoorlijkheidsnormen een keuze te beredeneren. Het aan elkaar koppelen van verschillende behoorlijkheidsnormen in een contextnorm lijkt minder geslaagd.<sup>22</sup>

## 8. Verdere normontwikkeling

In de afgelopen twee jaar is door de Nationale ombudsman één behoorlijkheidsvereiste toegevoegd aan de lijst van 23 die wij op grond van ons eerdere onderzoek uit de rapporten van de Nationale ombudsman hadden gedestilleerd. Het betreft het vereiste van bijzondere zorg.

In zekere zin is de toevoeging van slechts een enkel extra vereiste opmerkelijk. Zoals hierboven werd aangegeven, gingen wij ervan uit dat de inductief tot stand gekomen lijst behoorlijkheidsvereisten in de loop der tijd waarschijnlijk zou groeien of althans veranderen, gegeven dat slechts een deel van de ombudsprudentie werd onderzocht. Aan de andere kant hebben we gestreefd naar het formuleren van een samenhangende lijst van vereisten die de verschillende facetten van het overheidshandelen zo goed mogelijk dekt. De vraag is, wanneer en waarom er aanleiding is om de bestaande lijst behoorlijkheidsvereisten te amenderen. Deze vraag willen we bespreken aan de hand van dit nieuw geïntroduceerde vereiste.

Het vereiste van bijzondere zorg wordt door de Nationale ombudsman als volgt gedefinieerd:

“Een bestuursorgaan verleent aan personen die onder zijn hoede zijn geplaatst de zorg waarvoor deze personen, vanwege die bijzondere positie, op dat bestuursorgaan zijn aangewezen.”<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Zoals in Rapport 2005/398 is gebeurd.

<sup>23</sup> Bron: Behoorlijkheidswijzer, p. 6 (<http://www.ombudsman.nl/pdf/Behoorlijkheidswijzer.pdf>).



Volgens de Nationale ombudsman ziet dit vereiste op “de zorg voor personen aan wie de fysieke vrijheid of de zelfstandigheid op essentiële gebieden is ontnomen, onder andere gedetineerden of onder toezicht gestelde jeugdigen. Zij zijn bijvoorbeeld voor medische zorg, veilig onderdak of – bij ondertoezichtstelling - opvoeding, afhankelijk van wat de betrokken overheidsinstantie aanbiedt. Dit schept voor die instantie een bijzondere verplichting om toereikende verzorging en bescherming te bieden”.<sup>24</sup>

De behoefte aan bijzondere zorg als additioneel behoorlijkheidsvereiste lijkt te zijn voortgekomen uit de gedachte dat de aard van de schending van de behoorlijkheid onvoldoende aansluit bij de bestaande behoorlijkheidsvereisten. Het gaat hier om het beoordelen van feitelijke handelingen en niet van handelingen gerelateerd aan besluitvorming of klachtbehandeling. En de aantasting van de belangen van de burger wordt bij het genoemde type handeling blijkbaar niet zo fundamenteel geacht dat het in de sfeer van de grondrechten komt, maar wordt anderzijds te zwaar geacht om te vallen onder correcte bejegening. Het vereiste van correcte bejegening wordt primair gehanteerd als standaard voor de vereiste beleefdheid en fatsoen jegens burgers. Als ook deze veel ernstigere vorm van tekortkoming onder correcte bejegening zou worden gevat, zoals eerder wel werd gedaan<sup>25</sup>, dreigt het vereiste een zo ruim containerbegrip te worden, dat het zijn zeggingskracht zou verliezen.

Hoewel deze redenering wijst in de richting van het introduceren van een additioneel behoorlijkheidsvereiste, staat daar tegenover dat de handelingscontext waarop het vereiste betrekking heeft wel zeer specifiek is: het verlenen van bijzondere zorg aan personen aan wie de fysieke vrijheid of de zelfstandigheid op essentiële gebieden is ontnomen, met name gedetineerden. In die zin is het vereiste van een veel lager abstractieniveau dan de overige behoorlijkheidsvereisten en zou het in beginsel eerder gekarakteriseerd moeten worden als een norm in context.

Aldus wordt duidelijk dat de vraag wanneer er reden is om de bestaande lijst behoorlijkheidsvereisten aan te vullen zich voordoet in het spanningsveld tussen enerzijds de wens de behoorlijkheidsvereisten te systematiseren in een in aantal beperkte, abstracte beginselen en anderzijds de wens deze vereisten geen nietszeggende containerbegrippen te laten zijn.

In dit concrete geval zijn wij van mening dat introductie van een additioneel vereiste van bijzondere zorg niet nodig was geweest. In de bestaande indeling werd correcte bejegening onderverdeeld in twee categorieën: I Beleefdheid en fatsoen, en II Dienstbaarheid.<sup>26</sup> Weliswaar werd onder het vereiste van dienstbaarheid ook een zaak gerubriceerd als rapport 2001/253, waarin werd gesteld dat een agent die een bekeurde burger overbrengt naar het politiebureau desgevraagd de nodige inspanning dient te leveren teneinde haar de weg naar huis te wijzen, maar daaronder werden ook zaken gebracht als rapport 2001/330, waarin verzoekster klaagt dat bij haar aanhouding geen toestemming werd gegeven om haar rolstoel mee te nemen naar het politiebureau. Volgens de Nationale ombudsman was dit laatste niet behoorlijk, omdat de politie “het verzoek van verzoekster om haar rolstoel mee te mogen nemen naar het politiebureau niet [had] mogen negeren, en een medisch deskundige, bijvoorbeeld een politiearts, [had] moeten raadplegen”.<sup>27</sup> Naar onze mening zou een rapport als 2001/253 ook onder beleefdheid en fatsoen gebracht kunnen worden, en zou onder dienstbaarheid ook het type gevallen kunnen worden gebracht dat nu wordt gerubriceerd onder het vereiste van bijzondere zorg. Zoals in *Ombudsprudentie* wordt gezegd over dienstbaarheid: “Het gaat erom dat bestuursorganen en

<sup>24</sup> Idem. Voor toepassing van het vereiste, zie bijvoorbeeld rapport 2006/379.

<sup>25</sup> Zie bijvoorbeeld de rapporten 2006/070 en 2006/346.

<sup>26</sup> Zie Behoorlijkheidswijzer, p. 6 (<http://www.ombudsman.nl/pdf/Behoorlijkheidswijzer.pdf>), en *Ombudsprudentie*, pp. 377- 383.

<sup>27</sup> Zie *Ombudsprudentie*, pp. 382-383.

ambtenaren waar gevraagd en waar nodig naar vermogen hulp bieden”.<sup>28</sup> Wellicht dat dienstbaarheid zelfs als zelfstandig vereiste zou kunnen worden geherformuleerd, waardoor de strekking van het vereiste van correcte bejegening wordt beperkt tot criteria van beleefdheid en fatsoen, zodat het onderscheid sterker wordt benadrukt.

Het voordeel van deze constructie boven de introductie van een nieuw vereiste van bijzondere zorg is dat het dienstbaarheidsvereiste niet de beperking van handelingscontext heeft van het vereiste van bijzondere zorg. Daardoor kan bijvoorbeeld een sterk vergelijkbare norm in context als die geformuleerd in rapport 2005/018 onder hetzelfde vereiste worden gebracht. In dat rapport wordt als norm in context geformuleerd:

“Indien de politie bij een (verkeers)ongeval ter plaatse komt, dient zij zich voldoende ervan te vergewissen of degene(n) die bij dat ongeval is/zijn betrokken medische hulp behoeft/behoeven. Hierover dient in beginsel bij de betrokkene(n) informatie te worden ingewonnen.”

Het aardige van dit rapport is, dat daarin niet wordt aangegeven onder welk behoorlijkheidsvereiste deze norm geacht wordt te vallen. Ook van deze norm zou gezegd kunnen worden dat hij ergens valt tussen correcte bejegening in de zin van beleefdheid en fatsoen en ernstiger vormen van niet behoorlijke behartiging van de belangen van burgers. Aangezien de norm echter niet ziet op het geval dat personen onder de hoede zijn geplaatst van een bestuursorgaan, valt zij ook niet onder het vereiste van bijzondere zorg. Dit zou betekenen dat voor dit soort gevallen ook een nieuw behoorlijkheidsvereiste zou moeten worden geïntroduceerd. Op deze wijze zou al snel de systematiek van de behoorlijkheidsvereisten verloren kunnen gaan in een woud van specifieke vereisten. Om deze reden pleiten wij ervoor het vereiste van bijzondere zorg als norm in context te brengen onder het dienstbaarheidsvereiste.

## 9. Slot

In deze bijdrage hebben wij verslag gedaan van een evaluatie van de door de Nationale ombudsman gehanteerde behoorlijkheidsnormen in 2005 en 2006. Onze insteek daarbij is het ontwikkelingsperspectief van de behoorlijkheidsvereisten, met name ten aanzien van de keuze van de behoorlijkheidsnorm bij de beoordeling van een overheidshandelen naar aanleiding van een klacht.

Wij hebben geconstateerd dat sinds de invoering van de behoorlijkheidswijzer in 2004 grote vooruitgang is geboekt. Vrijwel altijd wordt er in een rapport van de Nationale ombudsman per klachtelement verwezen naar een vereiste van behoorlijkheid.

Overigens hebben wij voor deze rapportage de nadruk niet gelegd op de formulering van contextnormen, maar op de keuze van de behoorlijkheidsnormen gegeven een klacht en een bepaalde context. Uit onze analyse blijkt, dat de keuze van behoorlijkheidsnormen nog niet helemaal is genormeerd. Aan de hand van de analyse van de 200 door ons geanalyseerde rapporten hebben wij kunnen constateren dat de normkeuze niet altijd optimaal verloopt. Wij hebben getracht een aanzet te geven tot verdere verbetering door de belangrijkste factoren te inventariseren die de normkeuze beïnvloeden: het onderwerp van de klacht, de intake, de samenhang tussen beslissingsprocessen en feitelijk handelen en de opportuniteit van de normkeuze. Daarbij hebben we aangegeven dat de klacht het uitgangspunt behoort te zijn voor de normkeuze, en dat klachten naar hun aard meestal een materieel gevolg van het overheidshandelen aanklaarten. Wij denken dat dat voor de normkeuze door de ombudsman tot gevolg zou moeten hebben dat klachten in beginsel zoveel mogelijk aan materiële behoorlijkheidsvereisten moeten worden getoetst, tenzij de risico's van onzorgvuldig dan wel

---

<sup>28</sup> Zie *Ombudsprudentie*, p. 381.

formeel incorrect overheidshandelen niet tot een inbreuk op een materiële norm hebben geleid. Weliswaar kan het zinvol zijn de schending van het zorgvuldigheidsvereiste te specificeren dat ten grondslag heeft gelegen aan de schending van de materiële norm.

Dit uitgangspunt leidt er toe dat voor processueel beleid ten aanzien van klachten vergelijkbaar met dat van de bestuurstrechters ten aanzien van het voorwerp van geschil met verwijzing naar artikel 8:69 Awb voor ombudsmannen geen ruimte is.

Wat betreft de samenhangen tussen zorgvuldigheidsnormen, formele en materiële behoorlijkheidsnormen hebben wij aan de hand van voorbeelden laten zien dat, hoewel daarbij meestal de goede keuze wordt gemaakt, soms toch ook nog wel eens verkeerde keuzen worden gemaakt.

Ten laatste hebben wij beredeneerd waarom het naar onze mening beter zou zijn om het nieuwe vereiste van bijzondere zorg als een contextnorm onder het dienstbaarheidsvereiste te kwalificeren, en het dus beter als zelfstandig vereiste van behoorlijkheid kan worden geschrapd.