

CONCEPTTEKST BESTUURSRECHT MET BELEID

2^E DRUK 2001
WOLTERS NOORDHOFF

REEKS: RECHT VOOR ECONOMISCHE EN BEDRIJFSKUNDIGE RICHTINGEN

MR.DR. M.A. HELDEWEG (RED.)

M.M.V.

DR. W.G. WERNER
DR. J.W. VAN ZUNDERT
MR.DR. R.J.P. SCHOBEN

Voorwoord bij de tweede druk

De grondlegger van '*Bestuursrecht met beleid*', Eric Helder, verwisselde kort na de voltooiing van de eerste druk de wetenschap voor de bestuurspraktijk. Continuering van zijn betrokkenheid bleek een feitelijke onmogelijkheid. Omdat het boek zich mocht verheugen in een goede ontvangst diende zich echter onontkoombaar de verzorging van een tweede druk aan. Ook in de afgelopen drie jaar heeft het bestuursrecht immers bepaald niet stilgestaan en de belangrijkste ontwikkelingen in wetgeving en jurisprudentie moesten eenvoudig in een nieuwe druk worden verwerkt. Gelukkig bleken ook Wouter Werner, Ko van Zundert en Rob Schobben bereid om (opnieuw) enkele hoofdstukken voor hun rekening te nemen, waardoor de tweede druk thans voorligt.

Hoewel de opzet in hoofdzaak ongewijzigd is gebleven, zijn niettemin enkele accentverschillen aangebracht. Zo werd de hoofdstructuur enigszins aangepast om daarmee een viertal dimensies van het bestuursrecht (Legitimiteit, Instrumenten, Waarborgen en Internationalisering) bij de behandeling van de verschillende leerstukken beter over het voetlicht te brengen. Wij hopen dat die aanpassing het begrip van het bestuursrecht ten goede zal komen.

De auteurs blijven openstaan voor de opmerkingen van de lezers.

*Michiel Heldeweg
Enschede, juni 2000*

Inleiding tot dit boek

Bestuursrecht met beleid biedt een beknopte dwarsdoorsnede van het algemeen deel van het bestuursrecht. Het is in de eerste plaats een studieboek, vergezeld van een cursus Computer Ondersteund Onderwijs (COO). Het boek kan mogelijk ook diensten bewijzen aan degenen die in de bestuurspraktijk worden geconfronteerd met algemene vragen van bestuursrechtelijke aard. Gekozen is voor een behandeling op hoofdlijnen; voor een meer uitvoerige behandeling en voor specialistische vragen komen de bestuursrechtelijke handboeken in aanmerking.

Wij richten ons op degenen die al vertrouwd zijn met de grondbeginselen van de Nederlandse staatsinrichting en die bovendien over enige basiskennis van het recht beschikken. Het boek is desgewenst tevens geschikt om in kort bestek de hoofdlijnen van het bestuursrecht te herontdekken en te actualiseren.

bestuursrecht

Het *bestuursrecht* bevat, kort gezegd, de rechtsnormen voor de bestuurstaak van de overheid. Wij richten ons in dit boek op wat wordt genoemd het *algemeen deel* van het bestuursrecht. Hier gaat het om begrippen als 'bestuursorgaan', 'besluit' en 'belanghebbende' en om rechtsnormen als het verbod van willekeur en het vereiste van een deugdelijke motivering van een besluit. Het gaat daarmee om de vaste kern van het bestuursrecht, om zaken die steeds weer terugkeren op allerlei deelterreinen van het bestuursrecht. Het is niet goed mogelijk om goed tot het bijzonder bestuursrecht (bijvoorbeeld het ruimtelijk - of economisch bestuursrecht) door te dringen, zonder kennis van het algemeen bestuursrecht. Daarom is het doelmatig om juist het accent te leggen op het algemeen deel. Wel zal in dit boek, ter illustratie van de werking van het bestuursrecht, een beroep worden gedaan op voorbeelden uit de sfeer van het bijzonder bestuursrecht.

beleidsvoering

Wij plaatsen de behandeling van het bestuursrecht in het perspectief van de *beleidsvoering*. Het moderne overheidsbestuur dient beleidsmatig te opereren. Vrijwel alle taken die door de overheid worden uitgevoerd vereisen op de een of andere manier het voeren van beleid. Denk aan het beleid ten aanzien van de sociale zekerheid, de ruimtelijke ordening, of het milieu. In de bestuursrechtelijke zin van het woord bedoelen wij te zeggen, dat taken niet naar willekeur mogen worden uitgevoerd. Het mag niet zo zijn dat de resultaten van besluitvorming binnen het openbaar bestuur afhankelijk zijn van de stand van de zon en de maan, het weer, of het humeur van bestuurders. Beslissingen moeten uitgelegd kunnen worden. Dat vraagt om een doordachte, stelselmatige aanpak. Kortom: besturen moet 'met beleid'. Bestuursrecht en beleid hebben elkaar nodig; het een kan niet zonder het ander. Vandaar: '*Bestuursrecht met beleid*'.

dimensies

Hoewel de indeling van het boek globaal verschillende stappen in het proces van beleidsvoering volgt, wordt geen 'beleidskundige' verhandeling beoogd. Daarom is aangesloten bij een viertal dimensies van het bestuursrecht, te weten: *legitimatie* van het besturen (de normatieve grondslag voor de bestuursactiviteit); *instrumentatie* voor het besturen (de bestuursrechtelijke instrumenten van het bestuur ter behartiging van het algemeen belang); *waarborgen* tegen het besturen (de bestuursrechtelijke remedies tegen onrechtmatig besturen); en tenslotte *internationalisering* van het besturen (met name het voor de beleidsvoering door het bestuur steeds belangrijker wordend Europees recht). De hoofdstukken van dit boek zijn gegroepeerd in vier delen waarin steeds één van deze dimensies centraal staat en waardoor de kern van de bestuursrechtelijke leerstukken op een evenwichtige wijze kan worden gepresenteerd.

ontwikkelingsfases

Het idee van de drie eerstgenoemde dimensies (Legitimatie, Instrumentatie, Waarborg) is ontwikkeld door J. van der Hoeven in zijn boek *De drie dimensies van het bestuursrecht* (VAR-reeks 100, Alphen aan den Rijn 1989). Hij laat zien dat deze dimensies opeenvolgend een goed beeld geven van de ontwikkelingsfases van het bestuursrecht vanaf de middeleeuwen. Eens te meer is het passend om daarom de internationalisering, die zo typerend is voor ons tijdsgewricht, als nieuwe fase en daarmee als vierde dimensie toe te voegen. Voor deze Inleiding tot het bestuursrecht behandelen we die fase overigens nog als inleiding op de voor het bestuursrecht meest relevante grondslagen van het Europees recht. Naarmate de internationalisering zich doorzet zal, mogelijk in een derde druk, het moment komen om uitdrukkelijker te kiezen voor een aanvulling van het vierde deel met 'Europees bestuursrecht'.

De hedendaagse ontwikkelingfase in het bestuursrecht, beschouwd langs nationaalrechtelijke lijnen, wordt met name gevoed door toepassing en uitbouw van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), die werd ingevoerd in 1994. Deze ontwikkeling is reden geweest om in dit boek de dimensie van Legitimatatie iets ruimer en die van de Waarborgen wat beperkter op te vatten. In toenemende mate kan immers gezegd worden dat het bestuursrecht in materieel opzicht een meer volwaardig karakter krijgt. De normatieve eisen die in de tweede helft van de twintigste eeuw langs de band van de rechtsbescherming de dimensie van de Waarborgen tot wasdom hebben gebracht, zoals de eisen van zorgvuldigheid en evenredigheid, zijn het stadium van de toetsingscriteria ontgroeid en hebben zich ontwikkeld tot een meer algemene normatiek die aan het gehele hedendaags bestuursrecht ten grondslag ligt. Dit blijkt ook uit de wijze waarop de zogenoemde algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de Awb zijn gecodificeerd (zie ondermeer PG-Awbl, p. 208): het gaat (thans) om algemene normen voor het besturen en niet slechts om beroeps- of vernietigingsgronden. Daarmee is het passend om deze normen te betrekken bij de dimensie van de Legitimatatie, naast de historisch daarin dominante kwestie van de bevoegdheidsgrondslag. De dimensie van de waarborgen krijgt een meer strikte invulling met het thema rechtsbescherming, hetgeen natuurlijk wel meebrengt dat nog steeds ook wordt ingegaan op de wijze waarop de rechters toetsen aan voornoemde normen.

hoofdstukken

Aldus wordt in dit boek de volgende hoofdstukindeling aangehouden. In het eerste deel, *Legitimiteit van het besturen*, beginnen we met een oriëntatie op ons object van studie: bestuursrecht en beleid (*hoofdstuk 1*). Hoewel deze oriëntatie op onderdelen de thematiek van de legitimiteit ontstijgt, sluit een verkenning van de inhoud, plaats en uitgangspunten van het bestuursrecht toch het best aan bij de normatieve grondslagen van het vak. De behandeling van de Awb, in *hoofdstuk 2*, past in het eerste deel omdat deze wet bij uitstek uitdrukking geeft aan de normatieve aspiratie om het besturen aan algemene regels te binden. Daarop aansluitend dient uiteraard de vraag aan de orde te komen wie er op basis van de Awb mag besturen: de bestuursorganen en hun plaats in de bestuurlijke organisatie (*hoofdstuk 3*). Omdat legitimiteit primair een wettelijke grondslag voor het besturen verlangt en daarbij handelen conform de wet, wordt de rol van algemeen verbindende voorschriften besproken in *hoofdstuk 4*. Aansluitend wordt (in *Hoofdstuk 5*) ingegaan op de ongeschreven beginselen van het bestuursrecht. Hierin gaat het om de beginselen die, komend vanuit de sfeer van de waarborgen tegen het besturen, thans geacht mogen worden in meer algemene zin uitdrukking te geven aan een algemene normatieve visie op de verhouding tussen burger en bestuur en aldus in - ruimere zin - aan de legitimatie van het besturen. Het tweede deel, *Instrumenten voor het besturen*, opent (in *hoofdstuk 6*) met een bespreking van de belangrijkste, thans ook in de Awb geregelde, publiekrechtelijke instrumenten van het bestuur. Het bestuur heeft echter behalve het publiekrecht ook het privaatrecht ter beschikking en daarom worden (naar vorm) privaatrechtelijke instrumenten aansluitend (in *hoofdstuk 7*) behandeld. Omdat instrumenten niet alleen liggen op het vlak van de normering, maar tevens op het vlak van de handhaving, wordt dit onderwerp, althans voor de publiekrechtelijke inhoud daarvan, besproken in *hoofdstuk 8*. In het derde deel, over de *Waarborgen tegen het besturen*, staat de rechtsbescherming centraal. Daarbij gaat het niet alleen om de rol van de bestuursrechter, maar ook om die van de burgerlijke rechter. Bijgevolg wordt in *Hoofdstuk 9* ingegaan op de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, terwijl in *hoofdstuk 10* het vraagstuk van de overheidsaansprakelijkheid, in de vorm van de rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter, aan de orde komt. In het vierde deel, *Internationalisering van het besturen*, wordt in *hoofdstuk 11* de verbinding gelegd met de internationale dimensie van het publiekrecht, met accent op het Europese recht. Het nationale beleid wordt immers, zoals ook in de Awb, in steeds toenemende mate bepaald, of tenminste beïnvloed, door het Europese recht.

De stof die aldus wordt behandeld wijkt niet wezenlijk af van hetgeen ook in vergelijkbare inleidingen algemeen bestuursrecht aan de orde komt. De gebruikers moeten er immers op kunnen rekenen, dat zij de voor de bestuurspraktijk noodzakelijke stof aangeboden krijgen. Het gaat dus hooguit om een bepaalde ordening van het materiaal.

Awb

De belangrijkste rechtsfiguren waarvan het tegenwoordige overheidsbestuur zich bedient, komen in dit boek aan de orde. Het bestuursrechtelijke kader daarvoor wordt in belangrijke mate gevormd door de reeds genoemde *Algemene wet bestuursrecht (Awb)*. Deze wet komt dan ook zeer regelmatig aan de orde. Bijgevolg is bij de bestudering van dit boek raadpleging van bestuursrechtelijke wetgeving, de Awb voorop, noodzakelijk. Men kan daarbij gebruik maken van diverse tekstuitgaven of wettenbundels. Om het boek zo compact mogelijk te houden zijn geen wetteksten opgenomen.

didactiek

Getracht is om dit boek een overzichtelijke structuur mee te geven in de hoop dat dit een voorspoedige introductie in het bestuursrecht bevordert. Per hoofdstuk worden één of meer centrale leerdoelen aangegeven. Ook wordt binnen de hoofdstukken en zonedig binnen de paragrafen een plan van behandeling gegeven. In de marge van de tekst is ter accentuering van de onderwerpen gebruik gemaakt van margewoorden. Het bij dit boek behorende *COO-programma* biedt aanvullend de gelegenheid de in dit boek behandelde leerstukken op praktische en - naar wij hopen - aantrekkelijke wijze te oefenen.

Verkorte inhoudsopgave

voorwoord

1. Bestuursrecht en beleid

Deel 1 - Legitimiteit

2. Algemene wet bestuursrecht: kader voor beleidsvoering
3. De beleidsvoerders: plaatsbepaling in de bestuurlijke organisatie
4. Beleid gereguleerd: besturen op basis van algemeen verbindende voorschriften

Deel 2 – Instrumenten

5. Beleidsinstrumenten in het bestuursrecht
6. Beleid met privaatrecht
7. Beleid gehandhaafd

Deel 3 – Waarborgen

8. Beleid genormeerd
9. Beleid begrensd: rechtsbescherming
10. Beleid betaald: aansprakelijkheid en schadevergoeding

Deel 4 – Internationalisering

11. Beleid geïnternationaliseerd: Europa

Toelichting op het COO-programma

Aanbevolen literatuur

Antwoorden op de vragen

Trefwoordenregister

1 Bestuursrecht en beleid

Leerdoel

De stof van dit eerste hoofdstuk is gericht op de verwerving van:

- inleidend begrip van de relatie tussen beleid en bestuursrecht;
- kennis van en inzicht in de belangrijkste constitutionele grondslagen voor het bestuursrecht;
- kennis van en inzicht in de begrippen wetmatig en rechtmatig bestuur;
- begrip van de plaats van en van de hoofdindelingen binnen het bestuursrecht.

Introductie

Dit eerste hoofdstuk biedt een eerste oriëntatie op het bestuursrecht. Zoals in de *Introductie* aangegeven staan daarbij enerzijds de beleidsvoering door het bestuur en anderzijds vier dimensies van het bestuursrecht centraal. Enerzijds draagt beleid iets in zich van 'bestuurlijk opportunisme'. Elk bestuur formuleert doelen en tracht deze op een effectieve en efficiënte wijze te realiseren. Aan de andere kant brengt die realisatie vaak mee dat wordt ingegrepen in belangen van burgers, soms in positieve zin, maar ook wel in negatieve zin. Waarom zouden burgers, met name dat laatste, accepteren? Hoe moet die acceptatie eigenlijk worden verworven: is beleidsvoering een soort '*survival of the fittest*', waarbij het eindresultaat afhangt van de *machtsverdeling* tussen betrokkenen? Het bestuursrecht stelt tegenover die mogelijkheid het alternatief van beleidsvoering als *gezagsuitoefening*, waarbij aanvaarding door (vrije) overtuiging voorop staat. Dat klinkt mooi, maar gezag - of zoals dat in het recht heet: legitimiteit - moet worden verworven en dat stelt wel degelijk eisen aan de beleidsvoering.

We zullen dit hoofdstuk beginnen met een drietal voorbeelden die de spanning tussen bestuursrecht en beleid kunnen illustreren (zie daarvoor § 1.1). Die spanning bestaat omdat, als gezegd, het bestuursrecht aan het beleid eisen stelt. Alleen als daaraan wordt voldaan is het beleid rechtmatig, derhalve gezaghebbend en is de grondslag gegeven voor een rechtsgeldige effectuering ervan. In § 1.2 wordt daarom ingegaan op de juridische status van het verschijnsel beleid. Vervolgens moeten we ons realiseren dat het bestuursrecht zelf weer is ingebed in de idee van de democratische rechtstaat. We kunnen de eisen die het bestuursrecht aan beleid stelt pas goed begrijpen, als we ons eerst - in § 1.3 - richten op die idee van de democratische rechtsstaat als een 'constitutionele inbedding' van het bestuursrecht. Aansluitend kan dan in § 1.4 het bestuursrecht zelf, op hoofdlijnen, nader worden verkend.

1.1 Drie praktijkgevallen

Aan de hand van een drietal praktijkgevallen willen we zichtbaar maken dat er spanning bestaat tussen beleidsvoering enerzijds en het bestuursrecht anderzijds. Elk praktijkgeval is ontleend aan de bestuursrechtspraak. Achtereenvolgens worden drie aspecten van de spanningsrelatie aan de orde gesteld. Het eerste praktijkgeval (§ 1.1.1) laat zien hoe beleidsvoering juridisch (door de rechter) kan worden ontrafeld. In het tweede geval (in § 1.1.2) krijgen we een eerste indruk van de indringendheid van de toetsing (door de rechter) aan de eisen van het bestuursrecht. In het derde praktijkvoorbeeld (in § 1.1.3) wordt ingegaan op wat hierboven het 'bestuurlijk opportunisme' werd genoemd: welke eisen stelt het bestuursrecht in het geval het bestuur zijn beleid wil wijzigen?

1.1.1 Praktijkgeval 1: over het inzamelen van afval met kleine containers beleid bestuursorgaan

Over dit geval sprak de Afdeling rechtspraak Raad van State zich uit 6 januari 1983 (AB 1984, 267 – inmiddels is de Afdeling rechtspraak opgegaan in de Afdeling bestuursrechtspraak; zie hoofdstuk 9). Het betrof een geschil tussen een reinigings- en transportbedrijf aan de ene kant en de gemeenteraad van Roosendaal en Nispen aan de andere kant. Het bedrijf wilde graag in aanmerking komen voor het inzamelen van bedrijfsafval door middel van kleine containers (om precies te zijn: met een inhoud van minder dan 2,2 m³) in de bewuste gemeente. De vergunning daarvoor, benodigd op grond van de gemeentelijke Afvalstoffenverordening, werd echter geweigerd door het college van burgemeester en wethouders (B en W). Tegen de weigering stond administratief beroep open bij de gemeenteraad. Administratief beroep houdt in, dat tegen een besluit van het ene bestuursorgaan beroep mogelijk is bij een ander bestuursorgaan. Zie voor administratief beroep art. 1:5, lid 2, Awb. In dit geval is tegen een besluit van het eerste bestuursorgaan (B en W) beroep mogelijk bij een tweede bestuursorgaan (de gemeenteraad). De raad steunde het college en verklaarde het beroep ongegrond. Daarna moest de

(toenmalige) Afdeling rechtspraak van de Raad van State er aan te pas komen. Deze instantie duiden wij nu verder korthedshalve aan als 'de rechter'. De rechter moest bezien of de gemeenteraad een terecht beslissing had genomen.

Waar draaide het om? Het particuliere bedrijf was ongelukkig met het feit dat het de gemeentelijke markt van het inzamelen van bedrijfsafval maar gedeeltelijk in handen kreeg. Voor een deel was het wel gelukt. Het inzamelen van dit type afval met gebruikmaking van grote containers was namelijk door een vergunning mogelijk gemaakt. Het bedrijf had overigens wel bezwaren tegen de nogal strenge voorschriften die in deze vergunning waren opgenomen. Die bezwaren werden ook aan de rechter voorgelegd. Op dat punt kreeg het bedrijf gelijk. Wij laten dat onderdeel echter verder buiten beschouwing.

De vergunning voor het inzamelen met kleine containers zat er echter niet in. Het bedrijf viste achter het net, omdat de gemeente de vergunning hiervoor had afgegeven aan de eigen dienst gemeentewerken. Dat riekt naar bescherming van het eigenbelang door de gemeente, ten nadele van het particuliere bedrijfsleven. De gemeenteraad had dus wat uit leggen bij de rechter. Maar dat lukte goed, omdat er bij nadere beschouwing een duidelijke beleidskeuze achter stak.

In de uitspraak komt fraai naar voren hoe de rechter dit beleid ontrafelt. Achtereenvolgens worden de volgende vragen gesteld:

- 1 Wat is het wettelijk kader: biedt dit beleidsvrijheid?
- 2 Welk beleid wordt gevoerd?
- 3 Is dit beleid redelijk?
- 4 Is het beleid in dit concrete geval juist toegepast?

Ad 1- Wat is het wettelijk kader: biedt dit beleidsvrijheid?

wettelijk kader

Als startpunt dient een verkenning van het wettelijk kader. Daarbij was van belang, dat de gemeentelijke Afvalstoffenverordening de basis vormde voor vergunningverlening. Met die verordening was niets mis. De bevoegdheid om in een gemeentelijke verordening regels te stellen ten aanzien van het inzamelen van afvalstoffen kon worden herleid tot a) de (toenmalige) Afvalstoffenwet (thans: art. 10.10 en verder Wet milieubeheer), voorzover het huishoudelijk afval betrof; en b) tot art. 108 Gemeentewet, de eigen 'huishoudingsbevoegdheid' van de gemeente, voorzover het andere categorieën afvalstoffen dan huishoudelijk afval, zoals bedrijfsafval, betreft. Er was dus een wettelijke grondslag voor de (achterliggende) bevoegdheid van de gemeenteraad om bij verordening regels te stellen voor het inzamelen van afvalstoffen.

In de verordening is de dienst gemeentewerken aangewezen als inzameldienst van (alle) afvalstoffen. Dat leidt echter niet tot een monopolie. De verordening maakt het namelijk mogelijk aan anderen vergunning te verlenen voor het inzamelen van bepaalde afvalstoffen. Op welke grond kan een vergunning daarvoor aan een 'ander' (dus ook: aan het bewuste bedrijf) worden geweigerd? Het criterium daarvoor is: een 'doelmatige verwijdering van afvalstoffen'. Een aanvraag voor vergunning kan dus worden geweigerd, als verlening in strijd zou zijn met het uitgangspunt van 'doelmatige verwijdering van afvalstoffen'. Dit is overigens nog steeds een heel belangrijk criterium in de milieuwetgeving. Kijk maar in art. 1.1 Wet milieubeheer, waar 'doelmatige verwijdering van afvalstoffen' wordt omschreven. Uit die omschrijving blijkt dat het er niet zozeer om gaat dat afvalstoffen zo 'goedkoop' mogelijk worden opgeruimd. Het gaat om een uit milieu-oogpunt verantwoorde wijze van verwijderen. Daarin speelt onder meer mee of de capaciteit om afval te verbranden zo goed mogelijk wordt benut. In die zin moet ook de bepaling uit de gemeentelijke Afvalstoffenverordening uit dit eerste praktijkgeval worden verstaan. Met inachtneming van dat criterium kan het college van B en W een eigen vergunningenbeleid voeren. Binnen die grens is er dus sprake van beleidsvrijheid.

Ad 2 - welk beleid wordt gevoerd?

beleidsvrijheid

De rechter analyseert vervolgens hoe de beschikbare beleidsvrijheid door het college van B en W wordt ingevuld. In geschil is de inzameling van bedrijfsafval, een deelstroom afval. Uit die analyse blijkt het volgende. Het college voert een beleid waarin bij het inzamelen van bedrijfsafval een onderscheid wordt gemaakt tussen: 1) inzameling met behulp van grote containers: hierbij worden meerdere bedrijven ingeschakeld; 2) inzameling door gebruik van kleine containers: hierbij wordt slechts één bedrijf ingeschakeld. Laatstgenoemde keuze wordt gemotiveerd met een beroep op de doelmatigheid van de afvalstoffenverwijdering. Er zijn relatief veel kleine containers met bedrijfsafval, waarop goede controle moet worden uitgevoerd. De controle moet mede betrekking hebben op een goede scheiding tussen

brandbare en onbrandbare stoffen. Dat is nodig om zo goed mogelijk brandbare stoffen aan te kunnen bieden aan de regionale afvalverbrandingsinstallatie.

Ad 3 - is dit beleid redelijk?

redelijk beleid

Voor de rechter is dan de volgende vraag of voor dit beleid goede argumenten bestaan. Is het wel een redelijk beleid? Verder mag de rechter niet gaan. Het ligt namelijk niet op de weg van de rechter om de inhoudelijke merites van het beleid te beoordelen. De rechter heeft echter wel te beoordelen of het beleid aan maatstaven van redelijkheid voldoet. De conclusie van de rechter is, dat het beleid in redelijkheid verdedigbaar is. Het is 'niet onredelijk' om een beleid te voeren waarin een verschillende aanpak is gekozen voor de inzameling via kleine respectievelijk grote containers. Daarin past ook het bewaken van de scheiding tussen brandbare en onbrandbare stoffen. Van belang is, dat de gemeente deelneemt in een gemeenschappelijke regeling voor de regionale afvalverbranding. Er is dus een duidelijk belang, dat die verbrandingscapaciteit goed wordt benut. Dat er wellicht ook een ander redelijk beleid voor de gegeven bevoegdheden mogelijk is doet niet (meer) terzake, althans niet voor de toetsing door de rechter: er is een redelijk, althans niet onredelijk beleid.

Ad 4 - is het beleid in dit concrete geval juist toegepast?

toepassing beleid

Gegeven het bestaan van niet onredelijk beleid, komt de vraag in beeld of het beleid zoals dat in het algemeen wordt gevoerd, in het concrete geval op de juiste wijze is toegepast. 'In overeenstemming met het beleid' is besloten om inderdaad één inzamelaar aan te wijzen voor bedrijfsafval in kleine containers. Het college van B en W heeft het beleid dus consequent toegepast.

Is het te verdedigen dat dit in concreto de eigen dienst gemeentewerken is geworden? Ja, zegt de rechter. Aangezien deze dienst ook al het huishoudelijk afval ophaalt bij de bedrijven, kan het bedrijfsafval in kleine containers als het ware in een moeite door worden meegenomen. Dat bevordert de doelmatigheid. Bovendien is de dienst voldoende op zijn taak berekend, waardoor de continuïteit - in de gehele gemeente - is gewaarborgd. De rechter vindt deze concrete beleidskeuze 'niet onredelijk'. Conclusie: het besluit kan in stand blijven. De weigering om aan het bedrijf vergunning te geven om ook met kleine containers bedrijfsafval in te zamelen blijft overeind.

Slotsom

De eindconclusie is duidelijk. Op het eerste gezicht was sprake van een aanvechtbare keuze om de eigen gemeentelijke dienst aan te wijzen als inzamelaar van bedrijfsafval met mini-containers en een particulier bedrijf de toegang tot deze deelmarkt te weigeren. De gemeente voerde echter een duidelijk en niet onredelijk beleid en kon het besluit zo goed motiveren. Daarom respecteerde de rechter dit besluit.

1.1.2 Praktijkgeval 2: niet van vader op zoon

doorgeven vergunning

Het tweede geval gaat over een vergunning die niet van vader op zoon mocht worden doorgegeven. De situatie lag als volgt (zie Afdeling rechtspraak Raad van State, 22 augustus 1978, besproken in: P.J.J. van Buuren/Bolt/Scheltema, Kroonberoep en Arob-beroep, 1981, p. 70-71). Op de markt te Amstelveen had een bloemenkoopman al gedurende een reeks van jaren een standplaats. Hij werd daar ook al geruime tijd geassisteerd door zijn zoon. Met vaders gezondheid ging het helaas steeds slechter. Feitelijk had de zoon de standplaats daardoor al overgenomen. Toen vader zich op een gegeven moment genoodzaakt zag de exploitatie van de standplaats te beëindigen, verzocht hij aan het college van B en W om de standplaatsvergunning - benodigd op grond van de plaatselijke verordening - op naam van de zoon over te schrijven. Het college weigerde dit echter en trok de vergunning zelfs in.

Op het eerste gezicht lijkt dit een erg harde, onredelijke beslissing. Toch werd het beroep door de rechter verworpen. Dat laat zich weer verklaren door het achterliggende beleid. De rechter geeft in zijn overwegingen de inhoud van dat beleid uitgebreid weer. Het standplaatsvergunningenbeleid blijkt het volgende in te houden. Nieuwkomers op de markt krijgen eerst een wat minder gunstige plek toegewezen. Via een doorschuifstelsel kan een marktondernemer geleidelijk aan promoveren naar betere plaatsen. Zo komen uiteindelijk de meest aantrekkelijke, want meest rendabele, plekken in beeld. In lijn met dit beleid bleek het college wel bereid om aan de zoon een starterslocatie aan te bieden. Men was echter niet genegen om hem direct de plaats van zijn vader over te laten nemen, omdat hij dan in een klap op een gunstige plek terecht zou komen. Dat laatste zou een doorkruising van het beleid betekenen. Tegen die achtergrond werd het besluit van B en W verklaarbaar en ook verdedigbaar. De

rechter meende dat er een niet onredelijk beleid werd gevoerd en dat de omstandigheden van het geval niet tot een afwijking daarvan behoeften te leiden.

Slotsom

Aldus wordt duidelijk, dat een duidelijk, redelijk en consistent gevolgd beleid niet snel tot het rechterlijk oordeel voert, dat anders zou moeten worden beslist. Daardoor is de kans groot dat het in beroep aangevochten besluit in stand kan blijven.

1.1.3 Praktijkgeval 3: spoelt u maar niet

beleidswijziging

Een laatste geval in dezelfde sfeer gaat over een Friese melkveehouder die jarenlang gewend was om het spoelwater dat overbleef na het schoonspoelen van zijn melktanks in de sloot te lozen. Voor deze lozingen op het oppervlaktewater had hij een lozingsvergunning nodig op grond van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren. Het waterschap Friesland, dat daarvoor bevoegd is, had hem die vergunning ook gegeven. Op zeker moment trekt het dagelijks bestuur van het waterschap de vergunning echter in. De achtergrond van deze handelwijze blijkt een beleidswijziging te zijn. Het waterschap heeft namelijk besloten om, met het oog op het tegengaan van eutrofiëring, directe lozingen vanuit melkveehouderijen op het oppervlaktewater tegen te gaan. Dit beleid is ook duidelijk naar buiten bekend gemaakt. De beslissing tot intrekking brengt de boer, die niet is aangesloten op de riolering, in de problemen. Hij vraagt daarom aan de bevoegde rechter, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, om een oordeel (zie Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 2 januari 1996, Milieu en Recht 1996/49). De rechter stelt vast dat door het waterschap een goed gemotiveerde en duidelijk aangekondigde beleidswijziging tot stand is gebracht. Het veranderde beleid vindt bovendien zijn grondslag in landelijke afspraken ter zake, gemaakt in een landelijk overlegplatform, de Commissie Uitvoering Wet verontreiniging oppervlaktewateren. Tegen die achtergrond vindt de rechter de beslissing tot intrekking, die past in het beleid, op zichzelf rechtmatig. De enige kritiek die overblijft betreft de te korte periode die aan de agrariër is gelaten om een alternatieve opslag of afvoer te organiseren. Om die reden wordt het besluit toch wegens een zorgvuldigheidsgebrek vernietigd. Daardoor krijgt de boer wat meer tijd, maar in de wetenschap dat de intrekking definitief is.

Slotsom

Kortom: ook deze zaak illustreert het belang van heldere beleidslijnen voor het nemen van rechtmatige beslissingen in concrete gevallen maar tevens enkele eisen (motivering, tijdige aankondiging) die het bestuursrecht stelt aan (de effectuering van een) wijziging van het beleid.

1.2 Besturen met beleid

Uit de geschetste praktijkgevallen blijkt: besturen doe je met beleid. In verreweg de meeste gevallen komt aan een bestuursorgaan in de bestuurspraktijk in de een of andere vorm, in meer of mindere mate, beleidsvrijheid toe. Er valt dan wat te kiezen. Wie krijgt vergunning, wie niet? Wie krijgt subsidie, wie valt af? Welke voorschriften worden opgenomen in de verleende subsidies? Wordt een horecabedrijf gesloten wegens het veroorzaken van te veel geluidhinder, of zijn er andere maatregelen denkbaar? Besturen is kiezen. Keuzes maken veronderstelt: beleid ontwikkelen, toepassen en verantwoorden. Het bestuursrecht onderkent de noodzaak voor het maken van die beleidskeuzes door er enerzijds –in de wet - ruimte voor te laten (zie § 1.2.1). Als de wetgever die ruimte echter eenmaal heeft gelaten - of beter: gegeven - is er in elk geval geen keuze meer in het al dan niet voeren van beleid en zal het gevoerde beleid ook aan bepaalde algemene eisen moeten voldoen (zie § 1.2.2).

1.2.1 Beleidsruimte

beleidsruimte bepaald door de wet

De keuzeruimte voor bestuursorganen wordt primair bepaald door de wetgever. Beleidsvrijheid komt tot stand door de ruimte die de wet overlaat. Kenmerkend voor wetgeving op het terrein van het bestuursrecht is, dat daarin vaak beleidsvrijheid wordt gelaten aan het bestuur. Er is dan ruimte voor een bestuursorgaan om zelf nader in te vullen hoe er moet worden bestuurd. Om in het gebruik van die beleidsvrijheid enige ordening aan te brengen, zal het bestuur daarin een lijn moeten aanbrengen. Er moeten met andere woorden door het bestuur bepaalde regels worden opgesteld voor de manier waarop men die beleidsvrijheid wil hanteren.

Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel: de staatssecretaris die over sportzaken gaat, krijgt van het kabinet honderd miljoen gulden extra op haar begroting om de sportbeoefening door jongeren tot vijftien

jaar te bevorderen. Die categorie blijkt in doorsnee namelijk te weinig te bewegen. Zij eten, drinken en roken teveel, en sporten te weinig. Dat leidt tot gezondheidsklachten en dus tot een beroep op de gezondheidszorg en dat kost teveel. Met de vergrijzing zijn die dure gezondheidsvoorzieningen juist volop nodig voor ouderen. Het parlement steunt het beleid. Er komt een begrotingswijziging die de staatssecretaris het extra geld ook formeel ter beschikking stelt. Nadere wettelijke regels over de subsidiëring van de jeugdsport zijn er niet. De wetgever laat de staatssecretaris dus alle ruimte. En hoe nu? Hoe gaat de staatssecretaris dit geld besteden? Zij kan verwachten dat allerlei organisaties die zich met jeugd- en jongerensport bezig houden, nu hun kans schoon zien en bij haar aan zullen kloppen om extra geld. Wat moet zij op zulke aanvragen beslissen? Wie krijgt wat en waarom? Ligt prioriteit bij de topsport, in de hoop dat daar een voorbeeldwerking van uit gaat en zo indirect de hele jeugd tot sporten wordt gestimuleerd? Of wordt de breedtesport gestimuleerd? Zo ja: heeft sporten in verenigingsverband de voorkeur? Mogen ook gemeenten aanvragen doen ten behoeve van hun jeugdsportbeleid? Mag de subsidie ook aan scholen worden toegekend, om het gymnastiekonderwijs te verbeteren? Op dergelijke vragen kan de staatssecretaris niet van geval tot geval een antwoord geven. Zij zal van te voren moeten bedenken hoe zij met haar nieuw verworven opdracht om denkt te gaan. Kortom: zij zal nu eerst beleid moeten ontwikkelen.

Nog een voorbeeld ter verduidelijking. In art. 8:10 van de Wet milieubeheer staat dat het bestuur een aanvraag tot het verlenen van een milieuvergunning kan afwijzen in het belang van de bescherming van het milieu. De wetgever maakt duidelijk dat het bestuur de vrijheid van burgers om bepaalde activiteiten (met mogelijk schadelijke gevolgen voor het milieu) alleen mag beperken voorzover het milieubelang dat vergt. Het bestuur mag de aanvraag van een milieuvergunning voor bijvoorbeeld een discotheek dus niet afwijzen omdat het vreest dat de reeds bestaande discotheken in hun bestaan zullen worden bedreigd. In dat opzicht is het bestuur gebonden. Aan de andere kant wil de wetgever ruimte laten voor 'maatwerk' en niet alle activiteiten met schadelijke gevolgen voor het milieu op voorhand verbieden. De wetgever laat het aan het bestuur ter plaatse om van geval tot geval een oordeel te geven. Het bestuur krijgt de ruimte om beleidsmatige keuzes te maken bij (onder andere) de vraag welke mate van milieuschade nog acceptabel is, al dan niet afgezet tegen de voordelen die de beoogde activiteit heeft (bijvoorbeeld het voordeel dat het uitgaansleven aantrekkelijker kan worden door een extra discotheek). In het verlengde hiervan kan het bestuur normen formuleren over bijvoorbeeld het maximaal toelaatbare geluidsvolume of over de wijze waarop overlast na sluitingstijd kan worden voorkomen. Dergelijke normen moeten vervolgens per geval worden geconcretiseerd op maat van een individuele aanvraag en leiden dan tot het oordeel of de vergunning wordt verleend (en zo ja, in het verlengde daarvan mogelijk tot bepaalde voorschriften die aan de vergunning worden verbonden).

belangenafweging

Kernpunt in deze twee voorbeelden is dat de wetgever het besturen niet volledig dicteert maar een deel van de belangenafweging overlaat aan het bestuur. In hoofdzaak worden bepaalde wettelijke begrenzings aangebracht, zoals het verbod om concurrentiebeleid te voeren uit hoofde van het milieu, maar tegelijk wordt er ruimte gelaten voor beleid op maat van de specifieke omstandigheden van het concrete geval. Het 'confectiepak' van de wetgever wordt zogezegd omgewerkt tot het 'maatpak' van het bestuur. Het bestuur zet de belangenafweging binnen de door de wetgever gelaten grenzen voort in de vorm van eigen beleid.

1.2.2 Beleidsplicht

Nu is het niet zo dat de beleidsruimte die de wetgever aan het bestuur laat, neerkomt op de vrijheid om binnen de grenzen van de wet naar gril of grol (of zoals bestuursjuristen dat zeggen: naar willekeur) te beslissen. De voorbeelden maken dat eigenlijk wel aannemelijk. De belangenafweging die ten grondslag ligt aan de toekenning van extra gelden voor de sportbeoefening en de afweging die ten grondslag ligt aan de beleidsruimte voor het weigeren van milieuvergunningen zou ernstig worden doorkruist als de extra 'sportgelden' vervolgens op volstrekt ondoelmatige wijze worden ingezet of als milieuvergunningen zouden worden verleend zonder dat het milieubelang op serieuze wijze is afgewogen. Dat kan niet de bedoeling zijn, of beter: dat *mag* niet de bedoeling zijn! Met andere woorden, terwijl er enerzijds beleidsruimte is gegeven, gaat dat anderzijds wel gepaard met de plicht om beleid te ontwikkelen. Het formuleren van beleid wordt daarom in het bestuursrecht gezien als een vereiste: beleidsruimte behelst een rechtsplicht, die resulteert in een beleidsplicht.

stelselmatigheid

Deze rechtsplicht impliceert volgens het bestuursrecht dat beslissingen op een weloverwogen wijze worden genomen. Dus in elk geval niet 'hap-snap'! Het bestuur heeft er daarom vooreerst zorg voor te dragen dat zijn beleidsvoering getuigt van een *stelselmatige belangenafweging* bij het maken en effectueren van beleidskeuzes. Vervolgens staan verschillende wegen open om beleidslijnen expliciet duidelijk te maken. Het te voeren beleid kan worden vastgelegd in beleidsregels, in een beleidsplan, of in een beleidsnota. In een aantal opzichten verschillen deze middelen van elkaar, zoals nog wel zal blijken (in hoofdstuk 6). Alleen de binding aan beleidsregels is (in de Awb) wettelijk vastgelegd; plannen en beleidsnota's kunnen niettemin, via beginselen van behoorlijk bestuur, een vergelijkbare juridische binding hebben.

Gemeenschappelijk aan de genoemde instrumenten is, dat het methoden zijn om enige samenhang aan te brengen in concrete beslissingen. Dat is nodig om in overeenstemming met bestuursrechtelijke eisen te besturen.

beleidsvrijheid

Beleidsruimte wordt in het bestuursrecht doorgaans aangeduid als beleidsvrijheid en daarom zullen wij in het vervolg die term eveneens gebruiken. We moeten echter steeds bedenken dat die term eigenlijk nogal misleidend is omdat, als gezegd, veeleer sprake is van een beleidsplicht. Die plicht gaat gepaard met een tweetal voor het bestuursrecht fundamentele eisen:

- 1 *voer beleid!* Dit is nodig uit een oogpunt van consistentie en dus van gelijkheid;
- 2 *voer een aanvaardbaar beleid!* Hoe precies beleid moet worden gevoerd, de inhoud van het beleid, is een politiek-bestuurlijke kwestie. Vanuit het recht wordt als minimale eis gesteld dat het beleid niet onredelijk mag zijn.

vrije bestuursbevoegdheid

Deze vragen moeten in de praktijk met zeer grote regelmaat worden gesteld. Het is namelijk regel dat een bestuursorgaan over enige beleidsvrijheid beschikt. De bevoegdheid van het bestuur om in te grijpen in de rechten of plichten van burgers wordt dan aangeduid als een vrije of discretionaire bestuursbevoegdheid. Een bevoegdheid zonder enige beleidsvrijheid (een strikt gebonden bevoegdheid) komt zelden voor. Denk aan een bevoegdheid om een rijbewijs af te geven. In dat geval liggen de wettelijke eisen waaraan moet zijn voldaan vast en is de bevoegdheid het rijbewijs af te geven bestuurlijk niet zo enerverend.

In verreweg de meeste gevallen wil of kan de wetgever het bestuur niet precies voorschrijven hoe men moet handelen. Beleidsvrijheid voor het bestuur is dan onvermijdelijk. De wetgever heeft de belangenafweging nog niet geheel voltooid en de wettelijke normen zijn daardoor niet concludent voor elk concreet geval. Daarin ligt dan de ruimte waarbinnen het bestuur de belangenafweging *kan en moet* voltooien en aldus *zelf* aanvullend normen stelt: er moet beleid worden geformuleerd en dat moet aanvaardbaar zijn doordat het in elk geval de toets der redelijkheid kan doorstaan. Vergelijk in dat verband de Inleiding tot dit hoofdstuk: aanvaarding rust op overtuiging en overtuiging behoeft (in elk geval) redelijkheid.

wetmatig en rechtmatig bestuur

Als een bestuursorgaan beweert een bepaald beleid te voeren (bijvoorbeeld via vastgestelde beleidsregels, -plannen of -nota's), mag de burger vervolgens ook verlangen, dat men zich in beginsel aan dat beleid houdt en er slechts in bijzondere gevallen, gemotiveerd, vanaf wijkt. Dat is niet alleen een kwestie van ordentelijk en 'fatsoenlijk' bestuur, maar ook een eis vanuit het recht. Alleen al uit een oogpunt van rechtszekerheid - een fundamenteel rechtsbeginsel - mag dat worden verlangd. Daarom zijn beleidsregels, plannen en beleidsnota's ook juridisch relevant. Bestuur en beleid moeten immers niet alleen voldoen aan in de wet vastgelegde eisen (wetmatigheid van bestuur). In aanvulling op de eisen die de wet stelt moet – zeker waar de wet beleidsvrijheid laat - tevens moet worden gehandeld in overeenstemming met rechtsbeginselen, waaronder de beginselen van behoorlijk bestuur (eis van rechtmatigheid). In aanvulling op de rechtszekerheid zijn daarbij ondermeer ook de rechtsgelijkheid (gelijke gevallen gelijk behandelen), de zorgvuldigheid (weloverwogen beslissen op basis van kennis van zaken) en de evenredigheid (geen onevenwichtige benadeling van bepaalde belangen) van vooraanstaand belang.

1.3 De constitutionele inbedding

democratische rechtsstaat

Het bestuursrecht stelt, zo is gebleken, eisen aan de beleidsvoering. Die eisen zijn te vinden in wettelijke voorschriften maar kunnen ook voortvloeien uit ongeschreven regels of beginselen. We moeten goed

bedenken dat deze eisen van het bestuursrecht concretisering en aanvullingen zijn op (en dus tenminste consistent moeten zijn met) de grondslagen en uitgangspunten van de staatsorganisatie. Bestuursorganen die burgers bindende beslissingen willen nemen (en in dat kader beleid ontwikkelen) kunnen dit slechts gezaghebbend doen als zij deel uitmaken en handelen overeenkomstig de uitgangspunten van een staatsorganisatie die een *democratische rechtsstaat* kan worden genoemd. In de Inleiding van dit hoofdstuk werd al aangegeven dat het (bestuurs)recht de basis legt waardoor macht kan worden getransformeerd in gezag, waardoor beleid kan worden geëffectueerd op basis van (gelding door vrije) aanvaarding. We hebben het met andere woorden over een normatieve eis. Die eis beoogt willekeurige machtsuitoefening binnen een staat te voorkomen, maar verlangt de naleving van bepaalde spelregels.

staat

Het is zaak om zicht te krijgen aan de onderliggende eisen die vanuit de idee van de democratische rechtsstaat aan het openbaar bestuur worden gesteld. Dat verlangt allereerst dat wij weten wanneer we van een democratische rechtsstaat spreken. Daarvóór moeten wij eerst afspreken wat wij onder een 'staat' verstaan. Daaronder verstaan wij het volgende. Een *staat* bevat:

- een gemeenschap van mensen, soms - maar niet altijd - samenvallend met een volk;
- een (meestal aaneengesloten) grondgebied;
- een rechtsgemeenschap, dat wil zeggen dat de mensen op het grondgebied zijn onderworpen aan een bepaald overheidsgezag.

soeverein

In het internationale recht vormen staten essentiële eenheden. Staten zijn zelfstandig, of anders gezegd *soeverein*. Zij kunnen deelnemen aan het internationale rechtsverkeer, bijvoorbeeld door afspraken (al dan in de vorm van verdragen) met andere staten te sluiten. Deze korte aanduiding van het staatsbegrip volstaat voor ons doel.

staatsrecht

Het *staatsrecht* kan worden opgevat als het samenstel van rechtsregels die betrekking hebben op de verzameling mensen op een bepaald grondgebied dat onder één soeverein gezag staat. De staat heeft het monopolie over het legale (toegestane) gebruik van macht, desnoods met toepassing van geweld (geweldsmonopolie). Het staatsgezag kan dus desnoods worden afgedwongen. Vandaar dat door het recht gestelde grenzen aan die machtsuitoefening zo wezenlijk zijn. Dat onderscheidt een democratische rechtsstaat van een dictatuur.

constitutioneel recht

Een belangrijk onderdeel van het staatsrecht is het *constitutionele recht*. Dit deel van het staatsrecht houdt zich bezig met de grondregels van de organisatie van de staat. Constitutie betekent zoveel als fundament, grondslag, basis. Het gaat om de grondslagen van de staatsorganisatie, de leidende beginselen. De grondregels van de staat vormen de *constitutie*. Niet elke staat heeft zijn constitutie uitgeschreven. In dat geval is er sprake van ongeschreven constitutioneel recht. Indien er wel een formele, op schrift gestelde en geldig vastgestelde, constitutie is, wordt deze doorgaans aangeduid als *grondwet*.

overheidsgezag

Vooraf het binnen de staat uitgeoefende gezag is voor ons van belang. Hierboven werd al aangeduid dat gezag wil zeggen dat er sprake is van een rechtens geëigend vermogen tot het nemen van beslissingen met een (voor anderen, doorgaans burgers) bindend karakter. Wij duiden het met gezag beklede deel van de staat ook wel aan als *overheid*. Het overheidsgezag bestaat, volgens een klassieke indeling, zowel uit wetgeving, bestuur als rechtspraak. Dat zijn alle drie overheidstaken. Zoals wij nog zullen zien worden die verschillende taken uitgeoefend door verschillende, onderling (meer of minder) zelfstandige onderdelen van de overheid. In het algemeen spraakgebruik wordt met de term 'overheid' doorgaans meer in het bijzonder bedoeld op de besturende macht: dat deel van de overheid dat is bekleed met bestuurlijk gezag ter uitvoering van bestuurlijke taken.

In het vervolg van deze paragraaf zullen we nu eerst het begrip 'democratische rechtsstaat' onder de loep nemen (zie § 1.3.1). Een omschrijving van dit begrip kan de basis vormen voor de formulering van een aantal algemene normatieve uitgangspunten (in § 1.3.2), die de constitutionele inbedding vormen van het bestuursrecht en bijgevolg van het besturen in de democratische rechtsstaat.

1.3.1 De democratische rechtsstaat

relaties

Een 'nette' overheid functioneert binnen de constitutionele regels van een democratische rechtsstaat. Dat is het belang van de burger, want het idee van de democratische rechtsstaat is in de eerste plaats ontwikkeld om de rechtsbetrekking tussen burger en overheid te normeren. Maar ook binnen de overheid zelf is het nodig dat het ene onderdeel het andere niet schoffeert. Denk aan de manier waarop de rijksoverheid lagere overheden (gemeenten, provincies) behoort te behandelen. Niet voor niets vinden wij in de Gemeente- en Provinciewet waarborgen, die er op zijn gericht de rechtspositie van deze bestuurslagen te beschermen (regels over decentralisatie, over toezicht en dergelijke). Kortom: de democratische rechtsstaat betreft primair de relatie overheid-burger, maar secundair ook de relatie overheid-overheid.

twee-in-één begrip

Strikt formeel geredeneerd zouden democratie en rechtsstaat als aparte begrippen behandeld kunnen worden. Democratie duidt dan enkel op de regeringsvorm en daarmee op de wijze van politieke besluitvorming en op de legitimatie van de van overheidswege gegeven rechtsnormen, zoals wettelijke voorschriften. Het rechtsstaatsbegrip betreft de gebondenheid, juist ook van de overheid, aan het recht; ongeacht de vraag waaraan de van overheidswege gegeven rechtsregels hun legitimatie ontleenen. Wij kiezen echter voor de opvatting dat democratie en rechtsstaat niet zonder elkaar kunnen. Een democratie die niet is gebaseerd op de 'rule of law', om de Angelsaksische variant van het rechtsstaatsbegrip te hanteren, is een hopeloos geval. Wat immers te denken van een democratisch gezag dat zich aan de rechten (bijvoorbeeld op vrije meningsuiting) van enkelingen of minderheden niets gelegen laat liggen? Omgekeerd is slechts één 'echte' rechtsstaat denkbaar, te weten een rechtsstaat met een democratische inslag. Zeker wat betreft de gebondenheid aan van overheidswege gegeven rechtsregels, behoort immers de eis te gelden dat de overheid een dienstbare overheid is. Dienstbaarheid vereist dat de overheid zich bij het maken van rechtsregels richt naar in de samenleving levende opvattingen. Democratie beoogt een zo optimaal mogelijke transformatie van die opvattingen naar het politieke proces, zodat de van overheidswege gegeven rechtsregels die opvattingen ook zo optimaal mogelijk weerspiegelen. Bindendheid aan Democratie betekent regeren van, door en voor de bevolking. Wij beschouwen het begrip *democratische rechtsstaat* daarom eenvoudig als een twee-in-één begrip.

democratie

Hoe het democratische element er in een concrete staat uitziet kan sterk verschillen. Denk aan een democratiemodel dat overwegend is gebaseerd op een vertegenwoordigend stelsel, tegenover systemen met meer ruimte voor directe zeggenschap (referendum, volksraadpleging). Dat is een kwestie van uitwerking die wij terzijde laten. Eén punt over democratie willen we nog benadrukken. Democratie is altijd meer dan de regel dat de helft plus één beslist. Een democratische houding veronderstelt verdraagzaamheid, tolerantie en respect voor minderheden.

rechtsstaatsidee

Als we democratie dan toch even apart hebben genomen, past ook voor de *rechtsstaatsidee* nog één opmerking. Het is belangrijk om te zien dat de overheid in een rechtsstaat zich er voortdurend van bewust dient te zijn, dat niet alleen de burgers in het land gebonden zijn aan het recht, maar ook de overheid zelf. Tegenwoordig neemt de roep om stringenter rechtshandhaving, bijvoorbeeld ter beteugeling van 'zinloos geweld', soms het zicht weg op deze klassieke kern van de rechtsstaatsidee: de gebondenheid van de overheid aan het recht. Het zou weinig geloofwaardig zijn, indien een overheid wel voortdurend rechtsregels produceert (in de vorm van wetten, beschikkingen, rechterlijke uitspraken), maar zichzelf niet aan het gezag van het recht zou willen onderwerpen.

1.3.2 Normatieve uitgangspunten voor het besturen

De 'democratische rechtsstaat' is een idee, dat vanuit het recht beschouwd uitdrukking geeft aan een aantal normatieve uitgangspunten voor (onder andere) de overheid. Vrij algemeen wordt aangenomen dat deze uitgangspunten – theoretisch gezien - voorafgaan aan de rechtsregels die in de democratische rechtsstaat door de overheid worden gemaakt. Anders gezegd: het door de overheid gevormde (en geschreven) recht is onderworpen aan deze normatieve uitgangspunten – al wil dit niet zeggen dat rechters al het overheidshandelen daaraan ook steeds kunnen toetsen, maar daarover later meer (zie hoofdstuk 5 en deel 3).

Ook moeten we bedenken dat het geldende recht meer omvat dan alleen het van overheidswege 'uitgevaardigde' recht. Zo behoren algemeen aanvaarde rechtsbeginselen als rechtszekerheid en rechtsgelijkheid eveneens tot dit 'positieve' – dat wil zeggen 'gestelde', tot het rechtssysteem behorende, recht. We kunnen deze beginselen zien als een 'cultuurrechtelijke invulling' van het positief recht. Dit wil

zeggen dat niet alleen de overheid maar ook de rechtscultuur zelf, bijvoorbeeld in de vorm van zich herhalende normatieve gedragspatronen, ongeschreven rechtsnormen genereert. Ook deze zijn weer verbonden met de normatieve uitgangspunten die we aanstonds zullen langslopen. Soms worden dergelijke ongeschreven rechtsbeginselen opgenomen in van overheidswege uitgevaardigde rechtsregels - zoals in de Awb, denk maar aan het verbod van vooringenomenheid van art. 2:4 Awb - maar voor hun bindendheid is dat niet vereist. Het is met name de rechter die tot taak heeft bindend het gezag van ongeschreven recht vast te stellen en voor die vaststelling hoeft hij zich niet op geschreven recht te beroepen. Veeleer zal de rechter refereren aan de normatieve uitgangspunten. Het is overigens zaak te beseffen dat zowel het geschreven als het ongeschreven recht ook weer 'terugslaat' op die normatieve uitgangspunten. In die zin is er toch ook sprake van een zekere wisselwerking.

Kort en goed: in een democratische rechtsstaat is essentieel dat de overheid zichzelf gebonden acht aan het geldende recht – in de volle wetenschap dat het daarbij om meer gaat dan de rechtsregels die de overheid zelf heeft gegeven! In hoofdstuk 4 en 5 gaan we verder in op respectievelijk geschreven en ongeschreven rechtsregels. Hier beperken we ons tot de volgende algemene aanvaarde normatieve uitgangspunten van de democratische rechtsstaat:

- 1 Het legaliteitsbeginsel;
- 2 De erkenning van grondrechten;
- 3 De machtenscheiding;
- 4 De rechterlijke controle;
- 5 De ontwikkeling van wetmatigheid naar rechtmatigheid.

Ad 1 - Het legaliteitsbeginsel

Het legaliteitsbeginsel verankert de rechtsstaatsidee aan de Democratie door de eis van gebondenheid van de overheid aan de wet. Laten we eerst bezien wat die gebondenheid inhoudt. Het gaat om drie samenhangende aspecten. Allereerst de aspiratie om voor de uitoefening van het overheidsgezag algemene regels te stellen. De regels in de Awb, waarover later meer, zijn hiervan een belangrijk voorbeeld. Voorts behelst het legaliteitsbeginsel de regel: '*de overheid mag niets, tenzij..*.' Anders dan burgers, die in het recht als autonome personen met eigen bevoegdheden worden opgevat, geldt voor de overheid de grondregel: '*geen bevoegdheid zonder grondslag in de wet*'. De besturende - en de rechtsprekende macht moeten in ieder geval op basis van de wet handelen. Aldus beschouwd heeft de wetgever een spilfunctie in de machtsverdeling. Bestuur en rechter hebben strikt genomen geen eigen bevoegdheden, maar ontvangen die van de (democratisch gelegitimeerde) wetgever. Tenslotte behelst het legaliteitsbeginsel het verbod om te handelen in strijd met de wet. Dit wil zeggen dat onbevoegd overheidshandelen en bevoegd overheidshandelen in strijd met algemene wettelijke regels (ongeacht of die van procedurele of inhoudelijke aard zijn) onwettig en derhalve onrechtmatig zijn.

bevoegdheid

Toegesplitst op de besturende macht wordt regelmatig de vraag gesteld wat nu de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel is. Het gaat dan in het bijzonder om de hierboven als tweede aspect genoemde regel: geen bevoegdheid zonder wettelijke grondslag. Moet deze eis aan elke bestuursbevoegdheid worden gesteld? De klassieke opvatting is, dat in ieder geval een wettelijke grondslag moet worden verlangd, indien het bestuur rechten en vrijheden van burgers inperkt. Denk aan het opleggen van een belasting, of aan het instellen van een strafvervolgning. Dergelijke zaken zijn slechts aanvaardbaar als het bestuur de bevoegdheid daartoe uit de wet heeft verkregen. Tegenwoordig is in het Nederlandse bestuursrecht de gedachte algemeen aanvaard dat aan *iedere* bevoegdheid van het bestuur - dus: los van de vraag of rechten en vrijheden van burgers worden beperkt - de eis van een wettelijke grondslag moet worden gesteld. Ook als het bestuur subsidies verleent moet die eis worden gesteld. In de regeling van subsidies in de Awb komt dit uitgangspunt tot uitdrukking. Zie art. 4:23, lid 1: 'Een bestuursorgaan verstrekt slechts subsidie op grond van een wettelijk voorschrift (...)'. De achtergrond hiervan is, dat subsidies niet kunnen worden beschouwd als een vorm van vrijgevigheid van de kant van de overheid, maar als een doelbewuste poging tot sturing van de samenleving. Dat gebeurt op goede gronden, bijvoorbeeld om de realisering van sociale grondrechten (zoals het recht op een schoon milieu) dichterbij te brengen. Daarbij komt dat in een subsidiebesluit veelal allerlei voorschriften worden opgenomen over hoe en waaraan de subsidie mag worden besteed. Zo kan een gemeente bij het verlenen van welzijnssubsidies de eis stellen dat deze met voorrang worden ingezet voor bepaalde doelgroepen (jongeren, vrouwen, allochtonen). Indirect wordt op die manier de vrijheid van de gesubsidieerde wel ingeperkt, zeker als de desbetreffende activiteit zonder een overheidssubsidie niet (goed) zou kunnen worden verricht.

wettelijke grondslag

Kortom: of het nu gaat om het opleggen van belastingen (ingrijpende overheid) of om subsidiëring (presterende overheid), voor beide typen bestuurstaken wordt de eis van een wettelijke grondslag gesteld. Uitgangspunt in het hedendaagse bestuursrecht is daarmee, dat het legaliteitsbeginsel zich uitstrekt over *elke* bestuursbevoegdheid, over de gehele linie van het overheidsoptreden. Een uitzondering lijkt enkel nog te gelden voor gevallen waarin de overheid zich bediend van privaatrechtelijke rechtsfiguren, zoals bij de uitoefening van eigendomsbevoegdheden, het afsluiten van contracten en het instellen van een actie uit onrechtmatige daad. Daarvoor geldt echter wel de eis dat de overheid die rechtsfiguren niet mag gebruiken als het een overheidstaak betreft waarvoor de grondwet een regeling bij wet uitdrukkelijk voorschrijft, als een (andere publiekrechtelijke) wettelijke regeling aangeeft dat voor gebruik van genoemde rechtsfiguren geen ruimte bestaat of als gebruikmaking van dergelijke rechtsfiguren een 'onaanvaardbare doorkruising' van de wettelijk geregelde wijze van besturen inhoudt. Aldus wordt voor deze wijze van besturen gewaakt voor behoud van de waarborgen die juist ook door de legaliteitsbeginselen worden beschermd. Daarbij gaat het, naast verankering van de democratie (zie hierna) om fundamentele waarden en beginselen, zoals de bescherming van de vrijheid van burgers, de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid.

wet in formele zin

Een belangrijke reden om zo te hangen aan het legaliteitsbeginsel is, zoals reeds werd aangegeven, dat aldus een verbinding tot stand wordt gebracht met ons democratisch stelsel. De wetgevende macht wordt immers uitgeoefend door regering en Staten-Generaal gezamenlijk (art. 81 Grondwet). Een wet die tot stand is gekomen door samenwerking van regering en Staten-Generaal noemen wij een *wet in formele zin* (ook wel: parlementaire wet). Door het legaliteitsbeginsel wordt verzekerd, dat de volksvertegenwoordiging bij het stellen van algemene regels in wetten is betrokken.

delegatie

Door vervolgens de eis te stellen, dat delegatie van wetgeving - het overdragen van regelgevende bevoegdheid, voor nadere regelgeving in lagere regelingen - alleen is toegestaan als de parlementaire wet daarvoor de grondslag biedt, kan worden bereikt dat ook lagere wetten steeds hun oorsprong vinden in een wet waarbij het parlement betrokken was. Denk aan een algemene maatregel van bestuur (amvb) die een wet in formele zin nader invult. De wet zelf moet dan de bevoegdheid (voor de regering) scheppen om die amvb te creëren.

Op het niveau van de lagere overheid is eveneens voorzien in democratische legitimatie van de regelgeving. Gemeentelijke en provinciale verordeningen worden immers vastgesteld door respectievelijk gemeenteraden en provinciale staten, de gekozen vertegenwoordigers.

Ad 2 – De erkenning van grondrechten

In een rechtsstaat behoren grondrechten van burgers gerespecteerd te worden. Grondrechten kunnen voortvloeien uit het internationale recht (denk aan het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens), of uit de nationale Grondwet. Zo vloeit uit het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (art. 6) het recht op onafhankelijke rechtspraak voort. De verdragsstaten zijn gehouden dit grondrecht na te leven. Ook Nederland heeft al eens bepaalde aanpassingen in het nationale rechtspraakstelsel moeten doorvoeren ten gevolge van toepassing van deze bepaling, zoals na de uitspraak in de zaak-Bentham (Europese Hof voor de Rechten van de Mens, 23 oktober 1985, AB 1986, 1), dat ons Kroonberoep zich niet verdroeg met het grondrecht op onafhankelijke rechtspraak (zie verder § 1.6.7).

In de Nederlandse Grondwet vinden wij bijvoorbeeld het grondrecht op vrijheid van meningsuiting (art. 7) en het recht op vrijheid van vereniging (art. 8). Beide grondrechten behoren tot de klassieke grondrechten, ook wel vrijheidsrechten genoemd. Kenmerkend daarvoor is dat van de overheid wordt verlangd zich niet te begeven in bepaalde, onvervreembare, rechten van burgers. Betekent dit nu dat grondrechten een absolute betekenis hebben en daarop onder geen enkele omstandigheid een beperking mag worden aangebracht? Zo is het niet. Beperkingen van grondrechten zijn wel mogelijk, maar binnen de grenzen die de Grondwet zelf aangeeft. Zie bijvoorbeeld de vrijheid van vereniging. In art. 8 Grondwet wordt het recht eerst erkend en vervolgens begrensd: 'Het recht tot vereniging wordt erkend. Bij de wet kan dit recht worden beperkt in het belang van de openbare orde.' De beperking dient naar inhoud te zijn gericht op aspecten van openbare orde. Alleen vanwege die grond, en niet vanwege andere motieven, mag dit grondrecht worden beperkt. Bovendien geldt naar vorm de formele voorwaarde dat beperking 'bij de wet' moeten geschieden. In het grondwettelijk systeem moet overal waar in de Grondwet zelf wordt gesproken van een 'wet' worden gelezen: een wet in formele zin, dus een wet die door regering en Staten-Generaal samen tot stand is gebracht. 'Bij' de wet moet vervolgens worden gelezen als: in de wet

zelf. Beperkingen in lagere regelgeving zijn daarmee uitgesloten. Op die manier zijn de beperkingen begrensd, ter bescherming van het grondrecht. Voor de toepassing betekent dit bijvoorbeeld dat aan extreme politieke partijen - die juridisch de status van een vereniging hebben - slechts in een wet in formele zin beperkingen opgelegd kunnen worden, uitsluitend gericht op bescherming van de openbare orde. Notabene, het gaat hier om een voorbeeld, bij andere grondrechten is soms ook een beperking bij gedelegeerde, lagere, regelgeving mogelijk. Vergelijk het 'bij of krachtens' in art. 10 Grondwet (persoonlijke levenssfeer) – hetzelfde geldt als in grondrechtbepalingen wordt gesproken van 'de wet stelt regels' of soortgelijke vervoegingen van het werkwoord 'regelen'.

grondwet klassieke en sociale grondrechten

In hoofdstuk 1 van onze Grondwet staan de nationale grondrechten bij elkaar. Wij vinden hier een catalogus van zowel *klassieke* als *sociale* grondrechten. In geval van *klassieke grondrechten* wordt van de overheid gevraagd iets *niet* te doen (bijvoorbeeld: niet de vrijheid van meningsuiting te belemmeren.) Vrijheid van burgers kent echter ook een andere dimensie, te weten vrij zijn van nood en gebreken. Als het gaat om voor de menselijke waardigheid elementaire zaken als huisvesting, werk en een leefbaar milieu, moet worden vastgesteld dat deze niet spontaan tot stand komen. Een actieve rol van de overheid is daarbij noodzakelijk. Dit zijn de *sociale grondrechten*. Kenmerkend daarvoor is dat van de overheid nu juist wordt verlangd wel iets te doen, actief op te treden. Een voorbeeld is art. 21 Grondwet; 'De zorg van de overheid is gericht op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu.' Het milieubeleid vindt hier zijn constitutionele grondslag. Hoe milieubeleid gevoerd moet worden, daarover kan men politiek van mening verschillen. Dát er milieubeleid gevoerd moet worden staat vast. De Grondwet biedt burgers immers een aanspraak op actief handelen van de overheid op dit terrein.

Overigens moet worden bedacht dat de typering klassieke of sociale grondrechten geen harde scheiding inhoudt. Het gaat primair om een bepaald accent. Dit bleek bijvoorbeeld toen de overheid door de rechter gehouden werd geacht om voor gedetineerden te voorzien in een ruimte waarin kon worden vergaderd. In plaats van onthouding moest de overheid hier dus actief optreden ter waarborging van een klassiek grondrecht (te weten art. 9 Grondwet – HR 25 juni 1982, NJ 1983, 295 [De Schans]).

Ad 3 - Machtenscheiding trias politica

Een bekend politiek-staatsrechtelijk credo luidt: *power corrupts and absolute power corrupts absolutely!* De strekking hiervan is dat een monopolie op macht, zelfs als dat door democratische legitimatie is getransformeerd tot gezag, in een rechtsstaat uit den boze is omdat het te zeer uitlokt tot misbruik van overheidsgezag. In een rechtsstatelijke overheidsorganisatie behoort als grondregel te gelden: '*geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid*'. Elke drager van een overheidsbevoegdheid moet over het (al dan niet) uitoefenen van die bevoegdheid ter verantwoording kunnen worden geroepen. Dit impliceert dat er altijd weer andere overheidsorganen moeten zijn die bevoegd zijn andere overheidsorganen op hun bevoegdheidsuitoefening aan te spreken. Hierin herkent men de tot de rechtsstaatsidee behorende gedachte van machtenscheiding. Daarin wordt, volgens de klassieke leer van de *Trias politica* een scheiding aangebracht tussen drie overheidstaken: wetgeving, bestuur en rechtspraak. Elk van deze taken wordt opgedragen aan een afzonderlijk deel van de overheidsorganisatie. Aldus onderscheidt men de wetgevende, de besturende en de rechtsprekende macht als (in het ideaalbeeld) zelfstandige delen van de overheidsorganisatie. Doel van deze machtenscheiding is overheidszeggenschap te verdelen en te onderwerpen aan controle vanuit de andere delen. Zo wordt deze zeggenschap beter beheersbaar en kan willekeur en overmatige machtsuitoefening (beter) worden voorkomen.

De controle op en verantwoording van het handelen van de overheid betreft in de eerste plaats, maar niet uitsluitend, het handelen binnen de grenzen van het recht. Daarin speelt de rechter een belangrijke rol (zie hierna, Ad 4). Andere vormen van controle en verantwoording zijn bijvoorbeeld de politieke controle (verantwoording tegenover de volksvertegenwoordiging), openbaarheid en de verantwoording voor een doelmatige besteding van middelen (waar de Algemene Rekenkamer op let).

Wij kennen in ons land geen 'zuivere' machtenscheiding. Daarmee wordt bedoeld een zodanige verdeling van wetgevende, besturende en rechterlijke taken, dat organen in de staatsorganisatie exclusief met een dergelijke taak worden belast (regering: bestuur, parlement: wetgeving, rechterlijke macht: rechtspraak). Wij hebben in ons staatsbestel bijvoorbeeld de wetgevende macht verdeeld over regering en Staten-Generaal – kortom het hoogste bestuursorgaan samen met de hoogste volksvertegenwoordiging. Ook is veel regelgeving afkomstig van bestuursorganen die niet tevens volksvertegenwoordiging zijn, zoals de

regering (bij amvb's) of de ministers (bij ministeriële regeling). Niettemin is sprake van een systeem van 'checks and balances' – bijvoorbeeld omdat de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid van de regering of van de ministers wel degelijk door de volksvertegenwoordiging en ook door de rechter wordt gecontroleerd. Door machtsverdeling en het inbouwen van controles kan de essentie van het idee van machtscheiding, willekeur voorkomen, ook bij een 'onzuivere' machtsverdeling ('mixed government') worden bereikt.

horizontale en verticale machtscheiding

Van belang is nog, dat de machtsverdeling waar wij het thans over hebben de horizontale scheiding der machten (wetgeving, bestuur, rechtspraak) betreft. Daarnaast draagt verticale machtscheiding bij aan het voorkomen van machtsverwicht bij één orgaan. Hierbij gaat het in de Nederlandse verhoudingen om de gecentraliseerde eenheidsstaat. Door aan lagere overheden eigen bevoegdheden toe te kennen, wordt voorkomen dat de macht zich teveel concentreert bij de centrale overheid. Omgekeerd geldt wel dat hogere overheden, ter bewaking van de eenheid van de rechtsorde en de eenheid van rijksbeleid, beschikken over toezichtbevoegdheden waarmee het doen en laten van lagere overheden kan worden gecontroleerd.

Ad 4 – Controle door de rechter

onafhankelijke rechtspraak

Tot de kern van de machtscheidingsleer behoort de eis van onafhankelijke rechtspraak. Vanuit bestuursrechtelijk perspectief is vooral van belang, dat er ook in geschillen met de overheid een onafhankelijke rechter voorhanden is. Deze vorm van rechtspraak noemen wij *administratieve rechtspraak*, of ook wel: bestuursrechtspraak.

Wij moeten bedenken, dat de mogelijkheid om in een geschil met de Nederlandse overheid naar een onafhankelijke rechter te stappen pas na een lange voorgeschiedenis de hoofdregel is geworden. Veelbetekenend is bovendien, dat er een uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (te Straatsburg) aan te pas is gekomen om de rol van de bestuursrechter te versterken, ten koste van invloed van de regering, dus de uitvoerende macht. De Kroon, de regering, nam tot deze uitspraak werd gedaan (1985) een heel belangrijke plaats in in het stelsel van administratieve rechtsbescherming. We hebben het over de Benthem-zaak die al even werd genoemd in verband met het grondrecht op onafhankelijke rechtspraak. Zo was de Kroon in alle milieuzaken de bevoegde instantie. In een zaak rond een Kroonberoep op milieugebied werd na afloop van de bij de Kroon verloren procedure aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens gevraagd of was voldaan aan het grondrecht op onafhankelijke rechtspraak. Het Hof oordeelde, dat het Kroonberoep daaraan niet voldeed. Door deze uitspraak moest de Nederlandse wetgever het Kroonberoep aanpassen. Na aanpassing volgde afschaffing van het Kroonberoep en het overhevelen van de oude Kroonzaken naar de onafhankelijke administratieve rechter.

beroep

Al met al is in het huidige stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid zo langzamerhand een situatie bereikt waarin tegen veel publiekrechtelijke beslissingen van het bestuur bij de rechter kan worden aangeklopt. Zoals wij nog preciezer zullen bezien, is het mogelijk om tegen besluiten in de zin van de Awb bij de rechtbank beroep in te stellen. Vooralsnog zijn algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels uitgezonderd – zij het dat daarover wel weer bij de burgerlijke rechter kan worden geklaagd (zie Hoofdstuk 10). Tegen andere besluiten is wel beroep bij de bestuursrechter mogelijk. Hierbij gaat het zowel om beschikkingen (denk aan vergunningen) alsook besluiten van algemene strekking (denk aan een bestemmingsplan voor een nieuwe woonwijk). Beide vallen onder de algemene categorie van de 'besluiten'.

controle

Controle op de besturende macht door de onafhankelijke rechter is in ons land inmiddels de hoofdlijn geworden. Dat spoort met de hedendaagse opvatting, dat de relatie tussen burger en overheid een rechtsbetrekking is. De opvatting dat kan worden volstaan met politieke controle (door de volksvertegenwoordiging) is daarmee niet alleen op praktische gronden verlaten – de volksvertegenwoordiging kan nu eenmaal niet op elke beschikking toezien (denk maar eens aan de duizenden studiebeursbeschikkingen die jaarlijks worden afgegeven) – maar ook op principiële: het bestaan van politieke controle doet niet af aan de noodzaak van controle op rechtmatigheid. Politieke controle rust in de democratie op meerderheidsvorming en behelst per definitie een politiek oordeel. Rechtmatigheidstoetsing, door een onafhankelijke rechter, gaat voorbij aan meerderheidsvorming en is daarom ook bij uitstek geëigend voor de – juist in de democratie – essentiële bescherming van

minderheden en enkelingen. Het past in een moderne rechtsstaat om de onafhankelijke rechter tot taak te geven de rechtsbetrekking tussen overheid en burger(s) te bewaken. Overigens spreekt wel vanzelf dat ook de onafhankelijke rechter moet worden gecontroleerd. Zo moet bijvoorbeeld worden gewaakt voor de onpartijdigheid van de rechter. Naast de verdragsrechtelijke verankering van deze waarborg (eveneens in art. 6 EVRM) heeft de Nederlandse wetgever in formele zin hiervoor ook waarborgen uitgewerkt (onder andere in de Wet op de rechterlijke organisatie). Een belangrijke vorm van controle op de rechter is de controle binnen de 'rechterlijke kolom' zelf, te weten door de mogelijkheid van hoger beroep.

Wij mogen intussen bij de controle door de rechter op het bestuur niet vergeten dat ook de strafrechter en de burgerlijke rechter een eigen aandeel leveren in de controle op het openbaar bestuur, naast de bestuursrechter. Immers: het kan voorkomen dat door overheidsorganen of -functionarissen strafbare feiten worden gepleegd. Denk aan het aannemen van steekpenningen door een burgemeester, of omkoping van een ambtenaar. In dat geval heeft de strafrechter de taak dit gedrag te corrigeren, na een door het openbaar ministerie geïnitieerde vervolging. Ook is het mogelijk dat door een overheidsorgaan een onrechtmatige daad wordt gepleegd, in welk geval de burgerlijke rechter daarover heeft te oordelen.

Ad 6 - De ontwikkeling van wetmatigheid naar rechtmatigheid

wetmatigheid

Met name de bestuursrechter, en zonnodig ook andere rechters (strafrechter, burgerlijke rechter), heeft in de eerste plaats te controleren of het overheidsbestuur zich wel aan de wet houdt. Uit de gedachte, dat de overheid zelf aan het recht is gebonden, vloeit immers als eerste eis voort, dat het overheidshandelen aan de eisen van de wet moet voldoen. Dit vereiste van *wetmatigheid* kwamen we al tegen onder de noemer van het legaliteitsbeginsel (Ad 1), in het bijzonder in het tweede en derde aspect daarvan:

- in de wet moet de grondslag zijn te vinden voor de bevoegdheid tot besturen;
- de bevoegdheid moet zodanig worden gehanteerd, dat wordt voldaan aan de door de wet gestelde eisen.

groei verzorgingsstaat

Is het voldoende als er een wettelijke grondslag is en het bestuur zich ook aan de wettelijke regels houdt? Nee. Er doet zich een probleem voor. Vroeger - zeg maar ruwweg: vóór de verzorgingsstaat, dus vóór de onstuimige groei van de overheidstaken en de daarmee gepaard gaande groei van bestuursbevoegdheden - werd de eis van wetmatigheid als afdoende beschouwd. Er was, schematisch gesteld, een overzichtelijke taakverdeling tussen de staatsmachten: de wetgever stelde algemene regels, de uitvoerende macht (regering en lagere bestuursorganen) voerde deze algemene regels uit, en de rechter (voorzover die er aan te pas kwam) controleerde eenvoudig of men zich bij de uitvoering aan de regels van de wet had gehouden. Als het bestuur maar op grondslag van en binnen de grenzen van de wet handelde, was daarmee de kous af.

Deze stand van zaken is echter niet langer actueel. Met de groei van de verzorgingsstaat ontstonden allerlei nieuwe taken voor het bestuur en daarbij ook nieuwe typen bevoegdheden en instrumenten. Denk alleen al aan de vlucht die planning heeft genomen. Op het terrein van het milieurecht is dat manifest. In de Wet milieubeheer is een uitgewerkt stelsel van milieubeleidsplannen te vinden. Planning is op dit beleidsterrein een belangrijk bestuurlijk-juridisch instrument. Dit illustreert dat niet alleen de *hoeveelheid* wettelijke regels is veranderd, maar ook de *aard en inhoud* daarvan.

beleidsvrijheid

Daar komt bij dat de wetgever bestuursorganen vaak, zoals we eerder al zagen (zie § 1.2), niet heel precies kan, of wil, voorschrijven hoe er bestuurd moet worden. Stel je voor dat de wetgever vanuit Den Haag gaat regelen hoeveel friteskramen er per nieuwbouwwijk in Appingedam mogen zijn, of hoe een schutting bij een boerderij in Borculo er precies uit mag zien. Dat werkt natuurlijk niet. Vaak is het veel praktischer om een aantal zaken in de wet maar open te laten. Bestuursorganen die de concrete beslissingen moeten nemen (zoals het afgeven van bouwvergunningen) hebben dan nog enige beleidsruimte om naar eigen inzicht te manoeuvreren: zij beschikken over beleidsvrijheid. Zoals we al zagen doet het beschikken over beleidsvrije bevoegdheden echter niet af aan de wenselijkheid van juridische toetsing van het bestuurshandelen. Sterker nog, de roep om juridische controle werd juist nog krachtiger omdat de overheid zich in de verzorgingsstaat juist indringender met de burger bemoeit en de burger op zijn beurt ook meer op maat 'bediend' wil worden. Echter, als die toetsing uitsluitend aan de wet zou geschieden komt daar niet veel van terecht omdat de wetgever juist een stapje terug heeft gedaan terwille van de beleidsvrijheid.

algemene beginselen van behoorlijk bestuur

In dit spanningsveld zijn in het bestuursrecht, in aanvulling op wettelijke normen, ongeschreven rechtsnormen, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb) tot wasdom gekomen. Deze vullen de eis van wetmatigheid aan tot die van *rechtmatigheid*. Daardoor staat de rechter minder vaak met lege handen als hij het hanteren van een beleidsvrije bevoegdheid heeft te toetsen. Belangrijke beginselen zijn: het verbod van misbruik van bevoegdheid (verbod van *détournement de pouvoir*), het verbod van willekeur, het evenredigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel, alsmede het motiverings- en het zorgvuldigheidsbeginsel. In de bestuursrechtelijke jurisprudentie zijn deze beginselen gaandeweg uitgekristalliseerd. In de Algemene wet bestuursrecht (Awb) konden vervolgens de voornaamste beginselen als wettelijke eisen aan bestuursorganen worden neergelegd. In het bijzonder in hoofdstuk 3 Awb, algemene bepalingen over besluiten, is dat gebeurd. Zie bijvoorbeeld: art. 3:2 waarin een belangrijk aspect van het formele zorgvuldigheidsbeginsel is neergelegd (zorgvuldige voorbereiding). Het aardige is dus dat – gegeven het eerste aspect van het legaliteitsbeginsel: de aspiratie om de overheid te binden aan algemene wettelijke regels – ongeschreven algemene regels uit de jurisprudentie nu voor een deel weer zijn vervat in algemene wettelijke regels.

rechtmatigheid

Kortom: bestuursorganen hebben steeds meer bevoegdheden gekregen en daarbij veelal de nodige eigen beslissingsruimte. De behoefte aan rechtsbescherming is bijgevolg steeds groter geworden. Besturen is nu echter veel meer dan alleen maar het uitvoeren van de wet en de wet is wordt gekenmerkt door veel open, dat wil zeggen nader in te vullen bepalingen, zodat we niet meer genoeg hebben aan alleen maar controle op naleving van de wet. Kortom, het legaliteitsbeginsel, de eis van wetmatigheid van bestuur, volstaat niet langer. Als check op het hanteren van bevoegdheden met beleidsvrijheid zijn daarom in de rechtspraak beginselen van behoorlijk bestuur ontwikkeld, die vervolgens voor een belangrijk deel weer in de Awb zijn gecodificeerd.

Let wel, dit impliceert niet dat we nu toch al weer zijn teruggekeerd tot de leer van de wetmatigheid! De rechter behoudt de bevoegdheid tot het hanteren van andere, ongeschreven, beginselen (art. 8:77, lid 2, Awb: ook schending van een ongeschreven rechtsregel of van een algemeen rechtsbeginsel kan reden zijn voor vernietiging van een besluit). Ook geldt voor de gecodificeerde beginselen, dat deze zich in het ongeschreven recht verder kunnen ontwikkelen. Die ontwikkeling zal in de rechterlijke interpretatie van de desbetreffende wettelijke voorschriften kunnen doorwerken. Er blijft zo ruimte voor de rechter om zelf aanvullende en invullende maatstaven (regels of beginselen) te ontwikkelen. De Awb is een open systeem. Door de aan- en invullende toetsing aan rechtsbeginselen, waaronder de beginselen van behoorlijk bestuur, is de eis van wetmatigheid geëvolueerd tot het vereiste van *rechtmatigheid*.

gebonden bevoegdheden

Notabene, de geschetste ontwikkeling van wetmatigheid naar rechtmatigheid heeft niet alleen consequenties voor de uitoefening van beleidsvrije bevoegdheden! De aspiratie om het besturen te onderwerpen aan algemene regels strekt zich ook uit tot de gebonden bevoegdheden. Ook daarop moeten ongeschreven beginselen worden toegepast. Dat kan natuurlijk ook goed: denk maar aan maatstaven zoals een zorgvuldige voorbereiding van beslissingen, rechtszekerheid en een deugdelijke motivering.

contra legem

In 'extreme' gevallen is zelfs denkbaar dat de wettelijk voorgeschreven beslissing niet mag worden genomen omdat dit in strijd zou zijn met algemene rechtsbeginselen. Klassiek voorbeeld hiervan is het geval waarin door het bestuur de verwachting is opgewekt dat anders zou worden beslist dan de wet voorschrijft. Het vertrouwensbeginsel *kan* dan meebrengen dat die verwachting toch – 'contra legem' - gestand wordt gedaan. Ook daarom is het zaak bij gebonden bevoegdheden niet enkel op wetmatigheid maar juist (ten volle) op rechtmatigheid te toetsen.

algemene rechtsbeginselen

Aparte vermelding behoeft dat tamelijk recent, naast de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ook de zogenoemde algemene rechtsbeginselen in het publiekrecht tot wasdom zijn gekomen. Het gaat hierbij niet op typisch publiekrechtelijke beginselen, dat wil zeggen om beginselen die enkel in een publiekrechtelijke context (van de verhouding overheid-burger en de behartiging van het algemeen belang) passen, maar om beginselen die (al)gemeen zijn voor het gehele recht en die zowel in publiekrecht als in het privaatrecht van toepassing zijn. We moeten hierbij onder andere denken aan beginselen inhoudende dat – kortgezegd - hetgeen onverschuldigd is betaald, moet worden terugbetaald, en dat onrechtmatig veroorzaakt nadeel moet worden vergoed. Uitgangspunt is dat dergelijke algemene rechtsbeginselen (ook) publiekrechtelijk van aard zijn indien zij hun werking doen gevoelen in een door de

uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding (zie Afdeling bestuursrechtspraak 21 oktober 1996, JB 1996, 232 m.nt. HJS, AB 1996, 496 m.nt. N. Verheij). Kortom, zodra sprake is van een publiekrechtelijke rechtsverhouding, zijn ook deze algemene rechtsbeginselen relevant en normeren zij het handelen van de overheid. Belangrijk is dat deze beginselen echter óók ten nadele van de burger (!) kunnen werken, bijvoorbeeld door een grondslag te verschaffen voor het terugvorderen bij een burger van ten onrechte uitgekeerde gelden. Daarin ligt een belangrijk onderscheid met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die primair uit de behoefte aan rechtsbescherming tegen de overheid zijn opgekomen. Het leerstuk van de algemene rechtsbeginselen in het bestuursrecht is nog pril en de komende jaren zullen moeten uitwijzen om welke beginselen het precies gaat en welke status daaraan in het rechtsverkeer tussen burger en bestuur moet worden toegekend.

1.4 Bestuursrecht nader bepaald

We hebben nu de belangrijkste grondslagen voor het bestuursrecht in kaart gebracht. Het mag duidelijk zijn dat in het vervolg van dit boek nog regelmatig op deze grondslagen zal worden teruggegrepen. Voor nu is het zaak de positie en enkele hoofdlijnen van het bestuursrecht nader te verkennen. Allereerst zal (in § 1.4.1) de positie van het bestuursrecht worden afgezet tegen enkele andere rechtsgebieden. Vervolgens wordt (in § 1.4.2) het bestuursrecht nog wat preciezer omschreven en wordt tenslotte een drietal karakteristieken van het bestuursrecht beknopt besproken. Ook hier geldt dat het om verkenningen gaat waarnaar in de volgende hoofdstukken nog regelmatig zal worden verwezen.

1.4.1 Positionering van het bestuursrecht

In de vorige paragraaf bleek reeds dat het bestuursrecht nauw aansluit bij de constitutionele grondslagen die het typisch studieobject van het staatsrecht zijn. Maar wat is nu de relatie tussen bestuursrecht en staatsrecht? Samen met het strafrecht vormen het staats- en bestuursrecht het publiekrecht. Wat is nu kenmerkend voor het publiekrecht en hoe onderscheid het zich – in hoofdzaak – van het privaatrecht en waarom is dat onderscheid eigenlijk (nog) van belang? Hoe zit het tenslotte eigenlijk met de benaming bestuursrecht: is er een verschil tussen de naam bestuursrecht en administratief recht?

Het onderscheid bestuursrecht en staatsrecht

Staats- en bestuursrecht liggen dicht tegen elkaar aan. Onderwerpen als de bestuurlijke organisatie van ons land, of de betekenis van wetgeving voor het besturen, liggen op het grensgebied van beide deelterreinen. Het onderscheid tussen staatsrecht aan de ene kant en bestuursrecht aan de andere kant heeft geen juridische gevolgen, maar is een didactisch onderscheid. Het staatsrecht betreft, zo wordt wel gezegd, de 'anatomie' van de staat (de grondstructuur); het bestuursrecht komt overeen met de 'fysiologie' (de werking). Of anders gezegd: het staatsrecht beziet de staat 'in rusttoestand', het bestuursrecht focust op de 'staat in actie'. Dat is iets te zwart-wit geformuleerd, maar het geeft wel de verschillende accenten aan. De organisatie en de inrichting van de staat behoren typisch tot het staatsrecht. De regels die de uitoefening van en de controle op de bestuurstaak betreffen, horen thuis in het bestuursrecht. Nu wij ons vooral willen richten op de *werking* van het openbaar bestuur, ligt het accent als vanzelf op het bestuursrecht.

Om deze redenen spreken wij voortaan kortweg van 'bestuursrecht'. Wij doen dat echter in de wetenschap dat ook thema's aan de orde komen die tot het deelterrein van het staatsrecht kunnen worden gerekend.

Karakteristiek van het publiekrecht

Bestuursrecht en staatsrecht vormen samen met het strafrecht het publiekrecht. Het publiekrecht regelt primair de rechtsbetrekkingen tussen bestuur en burger. Het publiekrecht is daarmee meer 'verticaal' georiënteerd. De overheid treedt hier op als gezagdrager. Dat is nodig omdat de dienstbare overheid tot taak heeft het algemeen belang te behartigen en het niet wenselijk is dat zij daarvoor van beslissing tot beslissing afhankelijk is van de instemming van individuele burgers. De overheid moet eenzijdig bindend kunnen optreden. Daardoor is sprake van een verticale - dus ongelijke en asymmetrische - relatie. Dit is een wat schematische aanduiding om aan te geven dat de rechtspositie van de burger in het publiekrecht wordt gekenmerkt door een zekere afhankelijkheid. Dit betekent niet dat de burger met huid en haar aan de overheid is uitgeleverd. Zo zorgen grondrechten en beroepsmogelijkheden bij de rechter ervoor dat die afhankelijkheid wordt begrensd. Maar in essentie is er, juridisch gezien, in het publiekrecht sprake van

gezagsuitoefening door de overheid, hetgeen onvermijdelijk een zekere afhankelijkheid, en dus eenzijdigheid, met zich meebrengt.

Onderscheid met het privaatrecht

Tegenover het publiekrecht staat het privaatrecht. Een basis-kenmerk van het privaatrecht is, dat dit deel van het recht als het ware 'horizontaal' is georiënteerd. Het privaatrecht regelt in de eerste plaats de rechtsbetrekkingen tussen gelijkwaardige burgers (met gelijkwaardige bijzondere belangen). Denk aan een koop-overeenkomst of aan het vestigen van een recht van hypotheek.

Gemakshalve achten wij privaatrecht en burgerlijk recht synoniem. Een privaatrechtelijke rechtshandeling is in onze terminologie synoniem aan een rechtshandeling naar burgerlijk recht.

Ook een tot de overheid behorend orgaan kan echter gebruik maken van rechtsfiguren uit het privaatrecht (of: burgerlijk recht). Denk aan de aankoop van bureaustoelen door een gemeente: de koopovereenkomst is qua vorm net zo privaatrechtelijk als bij de aankoop van een bureaustoel door een student. Met de aankoop van meubilair oefent de gemeente derhalve geen gezag uit in de richting van de burger. Als de gemeente niet tijdig betaalt zal de winkelier net als in het geval van een wanbetalende student uiteindelijk naar de burgerlijke rechter moeten stappen.

Toch is wel waakzaamheid geboden als de overheid gebruik wil maken van rechtsfiguren uit het privaatrecht. We zagen al (bij het legaliteitsbeginsel, in § 1.3) dat die mogelijkheid soms is afgesloten omdat voor het gestelde doel juist een publiekrechtelijke regeling moet worden gevolgd. Dat zal zich bij de aankoop van bureaustoelen of pc's niet zo snel voordoen, maar mogelijk wel bij als de overheid bijvoorbeeld als eigenaar van waterwegen, heffingen wil opleggen aan gebruikers van die waterwegen. Daarnaast geldt dat de overheid zich, zo zij zich bedient van privaatrechtelijke rechtsfiguren, niet van haar publiekrechtelijke kleding kan ontdoen. Dat brengt mee dat de overheid ook dan is onderworpen aan algemene beginselen die juist moeten verzekeren dat de overheid zich richt op het algemeen belang en zich rekenschap geeft van de bijzondere belangen van individuele burgers. Daarom kan de overheid bij het sluiten van overeenkomsten wel degelijk worden aangesproken op – bijvoorbeeld- het gelijkheidsbeginsel.

Het onderscheid tussen priva- en publiekrecht is in ons rechtssysteem van juridisch belang omdat er diverse consequenties aan zijn verbonden. Allereerst de vraag welke rechtsnormen van toepassing zijn: de tot het publiekrecht te rekenen 'beginselen van behoorlijk bestuur', of het tot het privaatrecht behorende concept van de 'redelijkheid en billijkheid'? Opmerkelijk is daarbij dat – zoals we zojuist al zagen – niettegenstaande de privaatrechtelijke vorm, soms toch (ook) publiekrechtelijke normen van toepassing zijn! In de tweede plaats is het onderscheid van belang voor de vraag welke rechterlijke instantie bevoegd is: de administratieve rechter (als bijvoorbeeld sprake is van een beslissing in de vorm van een besluit, een bestuursrechtelijke rechtsfiguur), of de burgerlijke rechter (bij een geschil over de nakoming van een koopovereenkomst, een privaatrechtelijke rechtsfiguur)?

Wij moeten er wel meteen bijzeggen, dat publiekrecht en privaatrecht in ons rechtssysteem naar elkaar toegroeien. Dit blijkt ook uit het feit dat inmiddels wettelijk is vastgelegd, dat op het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling door een bestuursorgaan ook zoveel mogelijk de algemene eisen van toepassing zijn die gelden voor het nemen van een besluit (een publiekrechtelijk rechtshandeling), waaronder dus de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (vergelijk art. 3:2, lid 2 Awb). Dergelijke nuanceringen komen later uitvoeriger aan de orde. Thans gaat het om de hoofdlijn.

Kenmerkend voor het bestuursrecht is, dat dit onderdeel van het publiekrecht bij uitstek de besturende overheid betreft. Het vormt het publiekrechtelijke kader van het openbaar bestuur en de publiekrechtelijke dimensie van het overheidsbeleid.

Administratief recht of Bestuursrecht?

De term 'bestuursrecht' wordt steeds gebruikelijker. Zo spreekt de Grondwet (art. 107, lid 2) van het vaststellen van 'algemene regels van bestuursrecht' en heet de wet die deze regels bevat de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Zie ook de naamgeving van een toonaangevend vakblad: het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* (NTB) en ook *Jurisprudentie bestuursrecht* (Jb) als benaming van één van de toonaangevende periodieken voor jurisprudentie, terwijl een andere, oudere periodiek voor jurisprudentie, *Administratieve beslissingen* (AB), tegenwoordig de subtitel *Rechtspraak bestuursrecht* gebruikt. De equivalente, maar ouderwetser, term voor bestuursrecht is 'administratief recht'. Illustratief voor het zich wijzigen van de benaming is dat de vereniging van wetenschappers en praktijkjuristen op

het gebied van het bestuursrecht nog wel gebruik maakt van de oude afkorting VAR (Vereniging voor Administratief Recht), maar deze thans staat voor de *Vereniging voor bestuursrecht*. De onafhankelijke, in geschillen met het bestuur gespecialiseerde, rechter heet in termen van de Algemene wet bestuursrecht overigens nog steeds 'administratieve rechter' (art. 1:4). In de literatuur wordt echter steeds vaker gesproken van de 'bestuursrechter'. Ook wordt gesproken van de 'sector bestuursrecht' bij de rechtbank en heet de met rechtspraak belaste afdeling van de Raad van State de Afdeling bestuursrechtspraak.

Men moet er dus op bedacht zijn, dat het substantief 'administratie' en het adjectief 'administratief' nog wel eens opduiken. Dat gebeurt echter steeds minder. Zo is de term 'administratief procesrecht' vrij algemeen vervangen door 'bestuursprocesrecht'. Het aardige van de ouderwetse term 'administratie' is overigens, dat het er aan herinnert dat het bestuur er in de eerste plaats is om de burger te dienen (de dienstbare overheid). 'Administrare' betekent namelijk in de eerste plaats 'dienen', 'behulpzaam zijn bij'. Een (ad)minister is in die zin in de eerste plaats een dienaar, namelijk een dienaar van het algemeen belang.

Hoe dan ook: de term administratief recht raakt in onbruik; bestuursrecht is de term die ingang heeft gevonden. Waar soms nog wordt gesproken van 'administratief recht' betekent dat 'bestuursrecht'. Daartussen zit geen inhoudelijk verschil. Wij kunnen de termen als synoniemen gebruiken.

1.4.2 Inhoud van het bestuursrecht

Het bestuursrecht heeft te maken met het bestuur, met de uitvoerende macht. Wij kunnen echter beter spreken van 'besturen' dan van uitvoeren, aangezien het besturen veel meer is dan alleen maar het 'domweg' uitvoeren van de wet. Wij hebben gezien hoe het bestuur vaak over beleidsvrijheid beschikt. Wij weten ook, dat activiteiten als planning, het maken van beleidsregels, financiering en dergelijke allemaal tot de bestuurstaak behoren. Daarom spreken wij liever van 'besturen' dan van 'uitvoeren' als functie in ons staatsbestel.

Daarmee is een begin van een omschrijving van het object van studie van het bestuursrecht gemaakt, maar we kunnen deze omschrijving in negatieve en in positieve zin nog wat preciseren. Als vervolg daarop is het aantrekkelijk om kort stil te staan bij een drietal karakteristieken van het bestuursrecht.

Omschrijving van het bestuursrecht

Wat valt er nu precies onder besturen als object van studie van het bestuursrecht? Dat is moeilijk positief te omschrijven. Vandaar dat wij het eerst maar eens *negatief* afbakenen. In een negatieve omschrijving noemen wij alles 'bestuur', dat geen wetgeving is (dus: het stellen van algemene regels), of rechtspraak (geschilbeslechting). Zo'n negatieve omschrijving geeft alvast enig houvast, al moeten we meteen waarschuwen. De Algemene wet bestuursrecht heeft wel degelijk ook betrekking op algemene regelgeving door andere organen dan de wetgever in formele zin (art. 81 Grondwet). Eigenlijk moeten we dat onderwerp dus (tevens) als besturen aanmerken. Dat gezegd zijnde zijn wij aldus geïnteresseerd in rechtsnormen voor het handelen van die organen in het openbaar bestuur, die zich - en voor zover zij zich - met het uitoefenen van de besturende functie bezighouden (bestuursorganen).

Positief omschreven houdt het bestuursrecht zich bezig met bevoegdheden van, de bevoegdheidsverdeling tussen en het handelen van bestuursorganen. Donner omschrijft het bestuursrecht als volgt: 'Heel in het algemeen kan men zeggen: het is dat deel van het recht, dat specifiek voor het bestuur geldt in zijn verkeer met anderen en in het onderling verkeer tussen bestuursambten' (A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht, algemeen deel*, 1987, p. 55). Hieruit kunnen wij afleiden dat het in het bestuursrecht primair gaat om de besturende macht, waarbij zowel rechtsbetrekkingen met de burger (denk aan vergunningen, of belastingen) als rechtsbetrekkingen tussen bestuursorganen onderling (zoals het uitoefen van planologisch toezicht door het provinciaal bestuur op het gemeentelijk bestuur) van belang zijn.

staat in actie

Wij zeiden al eerder: het bestuursrecht gaat vooral over 'de staat in actie'. Het besturen van die actieve staat omvat heel wat, want de overheid is in het tijdperk van de sociale rechtsstaat tamelijk 'bemoeizuchtig' geworden. Met de juridische kant van het besturen, van de actieve overheid, houdt het bestuursrecht zich bezig. Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male zeggen het zo: 'Bestuursrecht is het recht betreffende de actieve overheidsbemoeiing.' (Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 1999, p. 35).

Eerste karakteristiek: drie dimensies

Hoewel in de opbouw van dit boek wordt gewerkt met vier dimensies, is in het Nederlands bestuursrecht juist de verwijzing naar 'de drie dimensies van het bestuursrecht' meer gebruikelijk (wij hebben de internationale dimensie er in dit boek als een nieuwe ontwikkelingsfase aan toegevoegd). Deze drie dimensies zijn zeer fraai belicht door Van der Hoeven (J. Van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, Ontstaan en vorming van het Nederlandse algemene bestuursrecht, VAR-reeks 100, Alphen aan den Rijn 1989). Met de aanduiding van het bestuursrecht als het geheel van rechtsregels 'betreffende' het besturen wordt ruimte open gelaten voor deze drie kenmerkende dimensies van het bestuursrecht: de legitimerende, de instrumentele en de waarborgende dimensie kant. Het gaat, anders gezegd, om regels voor het besturen, regels van het besturen, alsmede om regels tegen het besturen.

Ad 1 - Legitimatie

De legitimerende dimensie van het bestuursrecht betreft op de keper beschouwd de transformatie van de uitoefening van *macht* in de uitoefening van *gezag*. We hoeden ons dan bezig met de grondslagen van het bestuursrecht, de normatieve uitgangspunten rond het eerder genoemde credo: '*Niets mag, tenzij..*' De bestuurlijke overheid behoeft voor haar ingrepen in de samenleving, willen deze kunnen binden, legitimatie. Het gaat daarbij om materiële, formele en personele legitimatie.

materiële legitimatie

Materiële legitimatie betreft de vraag met welke aangelegenheden de overheid zich mag inlaten, en misschien ook wel moet inlaten. Hier geldt het uitgangspunt van de behartiging van het algemeen belang. De overheid *moet* en *mag alleen* het algemeen belang behartigen. Dat volgt rechtstreeks uit het in de democratische rechtsstaat gehuldigde idee van een dienstbare overheid. Alleen de grondwetgever en de wetgever in formele zin staan (even afgezien van de internationale dimensie) ten volle voor de behartiging van het algemeen belang, omdat hun bevoegdheid tot regelgeving nog niet aan een inhoudelijk nader bepaald doel is gebonden (vergelijk daarvoor het zogenoemde 'formele wetsbegrip' van art. 81 Grondwet, met bijvoorbeeld een materiële opdracht tot wetgeving in art. 106 en 107 Grondwet). Deze wetgevers transformeert deze algemene opdracht vervolgens bij wet in de opdracht tot de behartiging van een specifiek algemeen belang, zoals de zorg voor het milieu, de volkshuisvesting, de sociale zekerheid en wat dies meer zij (zie ook de sociale grondrechten van art. 19 – 23 Grondwet). Ter onderscheiding kunnen we hierbij spreken van publiekrechtelijke belangen. Deze van het algemeen belang afgesplitste belangen hebben een publiekrechtelijke signatuur gekregen omdat door toedoen van een wettelijke regeling nu rechtens de legitimatie voor de desbetreffende zorgtaak is gegeven en daarmee ook de inbedding in de normatiek van het publiekrecht is gegeven.

Over die normatiek werd reeds in de Inleiding opgemerkt dat we, in de huidige ontwikkelingsfase van het bestuursrecht, daartoe ook moeten rekenen met de van oudsher als bestuursrechtelijke toetsingsmaatstaven tot ontwikkeling gekomen ongeschreven rechtsbeginselen (waarnaar hierboven in het spoor van de normatieve uitgangspunten al werd verwezen). Deze beginselen worden inmiddels niet alleen als toetsingsmaatstaf maar ook erkend als algemene (beslis)normen voor het besturen. Een bestuur dat ingrijpt in de samenleving zonder zich rekenschap te geven van – met name - het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het verbod van willekeur, het verbod van détournement de pouvoir en het beginsel van de gelijkheid voor de openbare last (*égalité devant les charges publiques*) bestuurt niet behoorlijk. Ook deze maatstaven betreffen de ten principale de verhouding tussen bestuur en burger, en daarmee in de kern de dienstbaarheid van het bestuur aan de samenleving.

Het materiële aspect van de legitimerende dimensie legt (constitueert) – kortom - enerzijds een grondslag voor het overheidshandelen (met een democratische basis), maar normeert ook dat overheidshandelen (met publiekrechtelijke normen).

formele legitimatie

Waar de behartiging van het algemeen belang wordt vertaald in de opdracht tot behartiging van publiekrechtelijke belangen, komt ook het formele aspecten van de legitimatie aan bod. Deze 'vertaling' is, wil zij echt gezaghebbend zijn gebonden aan bepaalde vormen en procedures. Hier komt het legaliteitsbeginsel, toegespit op de eis van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag, weer om de hoek. De behartiging van publiekrechtelijke belangen dient als regel, wil zijn door middel van (eenzijdig) burgers bindende beslissingen kunnen worden doorgezet, in de vorm van een wettelijke bevoegdheidstoekenning te zijn vervat. Deze eis brengt mee dat voldaan moet worden aan de procedurele eisen die aan de totstandkoming van zo'n wettelijke bevoegdheid zijn verbonden (bij wetten in formele zin bijvoorbeeld de raadpleging van de Raad van State – zie art. 73 Grondwet). Ook de uitoefening van eenmaal toegedeelde bevoegdheden zal overigens weer aan procedurele vereisten zijn onderworpen – niet-naleving daarvan

maakt de uitoefening gebrekkig en ondergraaft de gelding, zodat het beoogde effect niet 'in rechte' (dat wil zeggen met inroeping van juridische middelen, zoals bijvoorbeeld het beroep op de rechter) kan worden afgedwongen.

personele legitimatie

Als bevoegdheden worden toegedeeld moeten er actoren zijn die de bevoegdheden verwerven en daarmee gezag kunnen uitoefenen. Niet iedereen, of het nu gaat om natuurlijke of rechtspersonen, is zo maar geschikt om te worden belast met de uitoefening van overheidsbevoegdheden. Hoe gevoeliger de aard van de bevoegdheid – in termen van de mogelijke inbreuk op de belangen van burgers – des te zwaarder zullen de eisen zijn. Dat geldt bijvoorbeeld voor het democratisch gehalte van de personen in kwestie (zijn het volksvertegenwoordigers, of personen benoemd en gecontroleerd door volksvertegenwoordigers of personen benoemd door personen die benoemd zijn door volksvertegenwoordigers enz.). Ook zal er in alle gevallen behoefte bestaan aan institutionele waarborgen voor de kwaliteit van besluitvorming (zoals voor deskundigheid) en voor – bijvoorbeeld - de onpartijdigheid van de persoon of organisatie.

Deze drie aspecten van legitimatie komen wij nog tegen in de volgende hoofdstukken van dit eerste deel van *Bestuursrecht met beleid*.

Ad 2 - Instrumentatie

De instrumentele dimensie van het bestuursrecht vinden wij terug in onderwerpen als: de middelen die het bestuur ten dienste staan (zoals ambtenaren, zaken, en financiën) en ook in de rechtsfiguren die kunnen worden ingezet: wetgeving, beleidsregels, plannen, beschikkingen, sancties. Voor zover bij het uitoefenen van de bestuursstaak ook sprake is van het stellen van algemene regels door bestuursorganen (ook wel aangeduid als 'bestuurswetgeving') rekenen wij die wetgeving door bestuursorganen ('bestuurswetgeving' genoemd) ook tot het object van het bestuursrecht. Het bestuur is – in beginsel - gehouden tot de behartiging van die publiekrechtelijke belangen met deze publiekrechtelijke instrumenten. Het is daarom van belang dat deze instrumenten een effectieve en efficiënte behartiging van die belangen mogelijk maken. Daarover wordt bij voortduring gediscussieerd en ook worden steeds weer nieuwe hopelijk meer geschikte instrumenten ontwikkeld. Het algemene patroon is dat nieuwe instrumenten eerst op specifieke deelreinen van het bestuursrecht tot ontwikkeling komen (denk aan de dwangsom in het milieurecht) en dan vervolgens veralgemeniseren totdat – bijvoorbeeld in de Awb: zie afd. 5.4 Awb – een algemene regeling wordt getroffen. In een dergelijke regeling wordt dan niet alleen de instrumentele kant zichtbaar – de eigenschappen waarmee het instrument doel kan treffen (bijvoorbeeld in termen van de mogelijkheid verplichtingen op te leggen) - maar ook de legitimerende kant, zoals met eisen aan de bevoegdheid (welk doel, welke inhoudelijke criteria voor uitoefening, welke procedurele criteria, alsmede welke bevoegde instanties). Last but not least kan in zo'n algemene regeling ok reeds rekening worden gehouden met de kant van de waarborgen tegen de overheid, bijvoorbeeld doordat een instrument in een vorm wordt gegoten die toegang geeft tot de bestuursrechter.

Ad 3 - Waarborg

Daarmee zijn we aanbeland bij de mogelijkheden van bestuursrechtelijke rechtsbescherming (bezwaar en beroep): de kern van de dimensie van de waarborgen tegen het bestuur. Bij de normatieve uitgangspunten in de vorige paragraaf zagen we in samenhang met de machtenscheiding de eis van toegang tot een onafhankelijke (en onpartijdige) rechter. Geruime tijd heeft in Nederland het democratisch primaat (vanuit de legitimerende dimensie) in de weg gestaan aan administratieve rechtsbescherming tegen de overheid. Een administratieve of bestuursrechter zou, zo was de gedachte, de democratisch genomen besluiten en de democratische controle daarop (door de volksvertegenwoordiging) kunnen doorkruisen. Lange tijd heeft de burgerlijke rechter de leemte in de bestuursrechtelijke rechtsbescherming voor zijn rekening moeten nemen (vandaar het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad). Inmiddels is algemeen aanvaard dat de relatie tussen bestuur en burger als een rechtsbetrekking kan worden gezien en dat de juridische toetsing daarvan het best kan worden overgelaten aan een onafhankelijke rechter. De bestuursrechter is in veel gevallen bevoegd, maar niet ten aanzien van al het overheidsdoen en -nalaten. Daarom biedt ook vandaag de dag de burgerlijke rechter nog aanvullende rechtsbescherming. Rechtspraak door de burgerlijke rechter in zaken door en tegen het bestuur, rekenen we met de bestuursrechtspraak, die zelf evenmin behoort tot de 'besturende macht', tot object van het bestuursrecht, omdat het natuurlijk wel gaat om de naleving van en controle op bestuursrechtelijke normen.

Vanuit de Waarborg-dimensie van het bestuursrecht worden door de rechter, vanuit het ongeschreven recht, van tijd tot tijd nieuwe toetsingsnormen voor het besturen 'gevonden' en toegepast. Zo zijn vanuit

de rechtspraak (in wisselwerking met de doctrine) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur opgekomen. Zoals hierboven en in de Inleiding is aangegeven, zullen deze beginselen zich (doorgaans) evolueren tot algemene normen voor het besturen. Bijgevolg worden deze beginselen hier gerekend tot de dimensie van de Legitimatatie voor het besturen. Zij blijven voor de dimensie van de waarborgen van belang als toetsingsmaatstaf. Relevante vragen zijn dan vooral hoe rechters bij hun rechtsvinding op het spoor kunnen komen van dergelijke beginselen, hoe ruimhartig zij er aan toetsen (alle bestuurshandelingen?) en hoe indringend zij eraan toetsen (of ze soms menen te mogen 'passeren' – vergelijk art. 6:22 Awb).

Tussen de genoemde dimensies is sprake van een zekere wisselwerking. De legitimerende dimensie heeft een normerende invloed die doorwerkt in de normen die gelden voor het gebruik van bepaalde instrumenten. Deze instrumenten concretiseren het algemeen belang (de daarmee gestelde normen bepalen en beschermen immers publiekrechtelijke belangen), maar daartegenover staan de rechtsbeschermingswaarborgen waarmee (onder andere) algemene publiek- en bestuursrechtelijke normen kunnen worden afgedwongen.

Schematisch uitgedrukt kan men zeggen: het bestuursrecht als instrument is vooral de optiek van het *bestuur*; van de concretisering van het algemeen belang. De waarborgkant past bij de optiek van de *burger*, bij de bescherming van bijzondere belangen. De legitimerende dimensie overstijgt deze actorperspectieven en bindt het bestuur aan de behartiging van het algemeen belang (casu quo enig publiekrechtelijk belang) op een aan samenleving en burgers dienstbare wijze.

Beleidsmatig gezien moet de overheid zich laten leiden door het algemeen belang en is het zelfs verboden dat de overheid zich identificeert met de bijzondere belangen van bepaalde personen (bijvoorbeeld van de bestuurders zelf)! Daar staat tegenover dat het nimmer zo mag zijn dat het bestuur zich met (geheel) voorbijgaan aan de bijzondere belangen van burgers op de concretisering en effectivering van het algemeen belang mag richten: het bestuur moet zich rekenschap geven van die bijzondere belangen. Bij enig doordinken beseft men overigens dat het ook vanuit de wens van een doelmatig en doeltreffend overheidsbestuur van het grootste belang is, dat ook binnen het bestuur zelf voldoende aandacht is voor de waarborgkant van het bestuursrecht. Beleidsvoering waarbij die dimensie niet wordt verdisconteert, zal immers gaan lijden aan een gebrek aan legitimiteit en zal dus het gebruik van rechtsbeschermingsvoorzieningen over zich afroepen, maar ook een discussie over de bevoegdheden ten principale. De drie besproken dimensies horen bij het bestuursrecht; zij zijn gedrieën onmisbaar. De beoefenaar in het bestuursrecht dient ze steeds simultaan in het oog te houden!

dynamische wisselwerking

Het mag duidelijk zijn dat tussen de dimensies onderling sprake is van een dynamische wisselwerking. Zo zal de introductie van (of de roep om) nieuwe instrumenten kunnen leiden tot discussies over legitimatie (willen we wel dat de overheid zich hiermee bemoeit en aan welke normen zal het omgaan met deze instrumenten omringd moeten zijn), alsook over waarborgen tegen het gebruik ervan (voldoet de bestaande rechtsbescherming, zijn aanvullende waarborgen noodzakelijk?).

juridisering

Zo speelt thans een debat over *juridisering* waarin de dynamische wisselwerking goed duidelijk wordt. Vanuit het openbaar bestuur is opgeworpen dat de waarborgen tegen het bestuur en de normering van het bestuurlijk handelen zo doordringend en omvangrijk zijn geworden, dat de instrumenten van de overheid niet meer effectief en efficiënt toepasbaar zijn. Volgens sommigen zitten de rechters teveel 'op de stoel van het bestuur' en is de wetgeving te vaag (met als gevolg roep om bescherming) of juist te minutieus (met name in termen van specifieke bevoegdheden met bijbehorende procedures). Het debat over juridisering kan gevolgen hebben voor het evenwicht tussen de dimensies.

internationale dimensie

Dat laatste geldt natuurlijk ook voor de hier terzijde gelaten internationale dimensie van het bestuursrecht. Met name vanuit het Europese Gemeenschapsrecht en vanuit het Europese Verdrag voor de rechten van de Mens (EVRM) is sprake van een toenemende (bindende) invloed op het nationale bestuursrecht en daarmee ook op de verhouding tussen de andere drie dimensies (denk maar aan de invloed van het eerder genoemde Benthem-arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) op de organisatie van de rechtsbescherming in Nederland).

Tweede karakteristiek: materieel bestuursrecht en bestuursprocesrecht

materiële en formele deel

Net als in andere rechtsgebieden als het strafrecht en het civiele recht het geval is, kan ook in het bestuursrecht een onderscheid worden gemaakt tussen een materieel deel en een formeel deel. Wij

spreken van strafrecht en strafprocesrecht, resp. van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht. Zo ook kunnen wij een onderscheid maken tussen bestuursrecht en bestuursprocesrecht. Wanneer u de term 'bestuursrecht' tegenkomt, dan wordt daarmee in de meeste gevallen het vakgebied in de ruime zin van het woord bedoeld, dat wil zeggen zowel het materiële als het formele deel (het procesrecht). In de enge zin van het woord wordt met 'bestuursrecht' alleen het materiële deel bedoeld. Wat verstaan wij nu onder materieel respectievelijk formeel bestuursrecht?

materieel bestuursrecht

Het materiële deel is de inhoudelijke component van het bestuursrecht: wat is de inhoud van geldende rechten en plichten? Heb ik aanspraak op afgifte van een paspoort, of niet? Is het college van B en W verplicht tot afgifte van een bouwvergunning, ja of nee?

formeel bestuursrecht

Naast het materiële bestuursrecht onderscheiden wij het formele bestuursrecht, ofte wel het bestuursprocesrecht. In het formele deel van het bestuursrecht bevinden wij ons in dat deel van het recht dat bepaalt op welke wijze rechtsnormen worden toegepast. Nu is niet langer de vraag 'heb ik gelijk' (of: hoe is mijn rechtspositie?) aan de orde, maar de vraag 'hoe haal ik mijn gelijk' (volgens welke regels kan ik mijn rechtspositie bevestigd of gewijzigd krijgen). Bijvoorbeeld: de vraag of iemand in aanmerking komt voor een uitkering op grond van de Algemene bijstandswet is een vraag van inhoudelijke aard (behoort tot het materiële bestuursrecht). Als de betrokkene meent uitkeringsgerechtigd te zijn, maar zijn aanvraag geweigerd ziet, wil hij die beslissing misschien in rechte aanvechten. De regels die daarvoor gelden - zoals: eerst een bezwaarschrift indienen, zonodig daarna een beroep doen op de rechter - behoren tot het bestuursprocesrecht.

contentieus en non-contentieus procesrecht

Een bijzonderheid van het bestuursprocesrecht is, dat daartoe niet alleen regels behoren over het achteraf aanvechten van reeds definitief tot stand gekomen besluiten (*contentieus* bestuursprocesrecht), maar ook regels over hoe besluiten tot stand dienen te komen (*non-contentieus* bestuursprocesrecht). Wij herkennen hierin het Franse woord voor geschil (*contentieux*); de voormalige Afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State werd ook wel aangeduid als de Afdeling *contentieux*. Vanaf het moment dat een definitief besluit dat dus materieel rechtskracht heeft verkregen, wordt aangevochten, verkeren wij in de contentieuze fase. Hiertoe behoren regels over de behandeling van bezwaar- en beroepschriften tegen het besluit (hoe moet bezwaar of beroep worden ingesteld? moet de indiener worden gehoord? en dergelijke). In de fase van totstandkoming van een besluit kan per definitie nog geen sprake zijn van een geschil over het besluit. Wel gelden in deze fase veelal ook al regels van bestuursprocesrecht. Denk aan regels over openbaarheid van de voorbereiding (neergelegd in de Wet Openbaarheid van Bestuur), regels over het voorafgaan aan het nemen van een negatieve beschikking horen van de aanvrager (zie art. 4:7 Awb) en aan regels over het publiceren van een ontwerp-besluit, zoals van toepassing bij vergunningen op grond van de Wet milieubeheer (zie art. 13.1 Wet milieubeheer, dat afdeling 3.5 van de Awb van toepassing verklaart). Laatstgenoemde procedure (afd. 3.5 Awb) is de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure, een goed voorbeeld van een procedure die behoort tot het non-contentieuze bestuursprocesrecht. Onderdeel daarvan zijn regels over hoe om te gaan met een aanvraag voor een vergunning, het opstellen en ter inzage leggen van een ontwerp-besluit, de mogelijkheid daartegen bedenkingen in te brengen en tenslotte over het nemen van het definitieve besluit.

Uit de gegeven voorbeelden blijkt al, dat de Awb niet alleen het materiële bestuursrecht heeft gecodificeerd, maar ook het bestuursprocesrecht: zowel het contentieuze deel daarvan (bezwaar, beroep) als het non-contentieuze deel (voorbereiding van een besluit).

Derde karakteristiek: algemeen en bijzonder bestuursrecht

algemeen bestuursrecht

Het terrein van het bestuursrecht (in de brede zin van het woord) kan worden opgedeeld in aan de ene kant het algemeen deel en aan de andere kant bijzondere delen. Tot het *algemeen bestuursrecht* behoren algemene leerstukken als: wanneer is sprake van een besluit, respectievelijk van een beschikking; hoe kan een orgaan een bestuursbevoegdheid verkrijgen, of weer overdragen; welke eisen zijn van toepassing op het zorgvuldig voorbereiden en nemen van een besluit? Dit type vragen krijgt meestal een antwoord in de Algemene wet bestuursrecht.

bijzonder bestuursrecht

Het bestuursrecht sluit vaak aan bij bepaalde sectoren van het overheidsbeleid, waarin de behartiging van één of enkele publiekrechtelijke belangen centraal staat. Zo past het ruimtelijk bestuursrecht bij het beleidsterrein van de ruimtelijke ordening en het economisch bestuursrecht bij het terrein van de sociaal-economische ordening. Dergelijke deelterreinen vormen samen het *bijzonder* bestuursrecht.

Wij wijzen erop, dat zogenaamde *functionele rechtsgebieden* als onderwijsrecht en milieurecht afbakeningen vormen van alle onderdelen van het recht die voor dat taakveld relevant zijn. Zo behoren tot het milieurecht onderdelen van het recht die - volgens een rechtsdogmatische indeling - tot het straf-, privaats- en bestuursrecht behoren. Denk achtereenvolgens aan zaken als de aanpak van milieudelicten door het openbaar ministerie, schadeverhaal bij bodemverontreiniging en de invulling van een milieuvergunning. Aldus wordt gesproken van 'milieustrafrecht', 'milieuprivaatrecht' en 'milieubestuursrecht'. Hiermee wordt duidelijk, dat een functioneel rechtsgebied (zoals het milieurecht) breder is dan alleen de uit het bestuursrecht relevante onderdelen. Voor zover het echter uitsluitend gaat om de bestuursrechtelijke component (in ons voorbeeld: milieubestuursrecht) behoort dit tot het bijzonder bestuursrecht.

Dit boek beperkt zich, zoals al opgemerkt, tot het algemeen bestuursrecht.

2 Algemene wet bestuursrecht: kader voor beleidsvoering

Leerdoel

De stof van dit tweede hoofdstuk is gericht op de verwerving van kennis van en inzicht in de plaats en de grondstructuur van de Awb.

Introductie

Awb

De Algemene wet bestuursrecht (Awb) is het tehuis geworden voor het algemeen deel van het bestuursrecht en speelt aldus een centrale rol als kader voor beleidsvoering door het bestuur. Dat verklaart tevens waarom we het deel over Legitimatie als dimensie van het bestuursrecht aanvangen met een hoofdstuk over de Awb. De Awb geeft namelijk bij uitstek uitdrukking aan de wens om het besturen te binden aan algemene regels. Die binding dient formeel gezien natuurlijk vooral de rechtszekerheid, maar materieel geeft de Awb uitdrukking aan de legitimiteit van beleidsvoering vanuit een algemene visie op de verhouding, of zelfs rechtsbetrekking, tussen bestuur en burger. Zonder dat de Awb in concreto bestuursbevoegdheden toedeelt (zie daarvoor hoofdstuk 3 en 4) normeert de Awb het bestuurshandelen. Daarbij vormen termen als 'bestuursorgaan', 'besluit' en 'belanghebbende' schakelbegrippen voor een veelheid aan algemene gedragsvoorschriften. Aldus biedt de Awb onder meer regels voor de wijze waarop besluiten tot stand moeten komen, voor de behandeling van klachten, alsmede van bezwaar en beroep tegen besluiten, voor de handhaving van het bestuursrecht, voor het toezicht op bestuursorganen, voor het toekennen, overdragen van bestuursbevoegdheden en de opdracht tot uitvoering van bevoegdheden. Door toekomstige uitbreidingen zal de inhoudelijke betekenis van de Awb voor het besturen nog verder toenemen. De Awb kan met recht het bestuursrechtelijke kader voor overheidsbeleid worden genoemd. Het is dan ook van belang van de betekenis en de grondstructuur van de Awb kennis te nemen.

Wij starten met een verkenning van de aanleiding tot en de *doelstellingen* van de Awb (§ 2.1). Omdat de Grondwet daarbij een belangrijke rol speelt verdiepen wij ons vervolgens in de *grondwettelijke opdracht* tot het stellen van algemene regels van bestuursrecht (§ 2.2). De omvangrijke wetgevingsoperatie van de Awb wordt via 'aanbouwwetgeving' tot stand gebracht. We zullen moeten weten wat dit proces van aanbouwwetgeving inhoudt (§ 2.3). Natuurlijk is er meer in het bestuursrecht dan alleen de Awb en daarom wordt in § 2.4 ingegaan op de *plaats van de Awb* ten opzichte van andere regelgeving. In de laatste paragraaf (§ 2.5) gaan we in op de *structuur* van de Awb.

2.1 Doelstellingen van de Algemene wet bestuursrecht

In vergelijking met het privaatrecht en het strafrecht was het bestuursrecht in ons land tot voor kort onoverzichtelijk geregeld. Het bestuursrecht was uitsluitend te vinden in talloze afzonderlijke wettelijke regelingen, zonder dat het 'algemeen deel' in één wet bij elkaar was gebracht. De achtergrond daarvan houdt verband met de aard van het rechtsgebied. Het bestuursrecht vertegenwoordigt de publiekrechtelijke dimensie van de besturende overheid en is daarmee jonger dan klassieker rechtsgebieden als het privaatrecht en het strafrecht. De sterke groei van het bestuursrecht vond vooral plaats in de periode na de tweede wereldoorlog, gelijk met de opbouw van de sociale rechtsstaat. Allerlei deelterreinen van het bestuursrecht kwamen relatief zelfstandig tot ontplooiing, vaak gekoppeld aan concrete beleidsvelden. Daarnaast ontwikkelde de administratieve rechtspraak zich langzamerhand tot een zelfstandige rechtsbron. Belangrijke bestuursrechtelijke leerstukken (denk aan het verbod van misbruik van bevoegdheid en het verbod van willekeur) zijn in de jurisprudentie ontwikkeld. Kennisneming daarvan is uiteraard lastiger dan het raadplegen van een wetboek. Het gevolg van deze ontwikkelingen was, dat de kenbaarheid van het bestuursrecht – "hoe weet ik wat in het algemeen de relevante bestuursrechtelijke normen zijn?" - problematisch was geworden; het overzicht raakte zoek. Daar kwam nog dit bij. In het bijzondere bestuursrecht kwamen allerlei onderlinge verschillen voor, die het voor burger en bestuur niet eenvoudiger maakten. Een voorbeeld: beroepstermijnen verschilden van wet tot wet. Het was ook lastig, dat centrale begrippen uit het algemene bestuursrecht (zoals 'beschikking', of 'belanghebbende') op deelterreinen verschillend werden gehanteerd.

codificatie

Er bestond daarom behoefte aan een regeling die meer samenhang zou brengen in het bestuursrecht. In die behoefte wordt voorzien door de Awb. Deze wet beoogt het bestuursrecht toegankelijker te maken en tegelijk te vereenvoudigen. Het in de Awb codificeren van in de jurisprudentie neergelegde algemene regels draagt bij aan het beter ontsluiten van rechtsregels. Bijvoorbeeld: de kern van de enorme hoeveelheid rechtspraak over beginselen van behoorlijk bestuur is in de Awb in heldere regels neergelegd. De Awb draagt bovendien door een strakke systematiek bij aan systematisering en vereenvoudiging van het bestuursrecht. Het tegengaan van tegenstrijdigheden (harmonisering) en vervanging daarvan door zoveel mogelijk gelijklopende rechtsregels brengt een grotere eenheid van het bestuursrecht tot stand.

Doelstellingen Algemene wet bestuursrecht:

- Verbeteren toegankelijkheid
- Codificatie
- Systematiseren en vereenvoudigen
- Meer eenheid

modificatie

De Awb bevat voor een deel een herordening van het bestaande bestuursrecht, maar ten dele gaat het ook om verbetering en vernieuwing. De wetgever kan nu eenmaal niet uitsluitend volstaan met op te tekenen wat hij elders - in reeds bestaande wetgeving, in de rechtspraak, of in de doctrine - al aangetroffen heeft. De *codificatie* van rechtsregels leidt zo tevens tot *modificatie* daarvan, dat wil zeggen tot een aanpassing van in de rechtspraak en doctrine geformuleerde regels door de wetgever, met het oog op een door de wetgever wenselijk geachte verhouding tussen bestuur en burger (waarover later meer).

reikwijdte

De reikwijdte van de Awb is groot. Alle beleidmakers en beleiduitvoerders worden hoe dan ook, direct of indirect, beïnvloed door de Awb. Het overheidsbestuur in al zijn geledingen heeft er mee te maken. De wet raakt de drie bestuurslagen (Rijk, provincie en gemeente), functionele bestuursorganen (zoals waterschappen, bedrijfs- en productschappen), zelfstandige bestuursorganen (zoals het Commissariaat voor de Media) en ook privaatrechtelijke organen met bestuurstaken (indien en voor zover die als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt; denk aan de Stichting Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen). Het algemene karakter van de wet brengt met zich mee, dat het overheidsbeleid in zijn volle breedte, op allerlei beleidsterreinen, wordt bestreken. Het spreekt vanzelf, dat de wet ook de *omgeving* van het bestuur - burgers, bedrijven, instellingen, hun eventuele rechtshulpverleners - niet onberoerd laat. Niet in de laatste plaats zal ook de *rechter* met de Algemene wet bestuursrecht moeten werken. De controle op de naleving van de wet ligt immers in zijn handen. Ook heeft de rechter rechtstreeks met de wet van doen doordat ook het bestuursprocesrecht (de door de rechter toe te passen regels voor het behandelen van geschillen met de overheid) in de wet is opgenomen. Zowel bestuursorganen, burgers als administratieve rechters zijn aldus de geadresseerden van de wet.

Voor het bestuur brengt de wet weliswaar op het eerste gezicht een verzwaring van de werklust met zich mee, maar dat kan bij een verstandige manier van werken worden omgebogen naar een verbetering van de kwaliteit van de besluitvorming en naar minder beroepszaken bij de rechter.

2.2 Grondwettelijke opdracht

De Awb is gebaseerd op art. 107, lid 2 Grondwet. Wat houdt dit artikel eigenlijk in? Hierna bezien we allereerst (in § 2.3.1) de betekenis van de codificatie-plicht uit dat artikel. Hoe is deze verplichting ter hand genomen? We zullen bezien op welke wijze de codificatie van algemene regels van bestuursrecht is aangepakt (in § 2.3.2). Opmerking verdient – we sprake daar zo-even al over – dat de Awb meer inhoudt dan alleen codificatie. Wat dat meerdere inhoudt bespreken we in § 2.3.3.

2.2.1 Codificatieplicht

codificatie-bepaling

Al in de 'Proeve van een nieuwe Grondwet' (1966) werd voorgesteld om in de Nederlandse Grondwet een bepaling op te nemen ter zake van codificatie van het bestuursrecht. Pas bij de laatste

grondwetsherziening (in 1983) is in art. 107 lid 2 inderdaad vastgelegd dat de wet algemene regels van bestuursrecht moet stellen. Deze grondwettelijke opdracht maakt onderdeel uit van de algemene codificatieplicht die in deze bepaling is opgenomen. In art. 107 lid 1 is namelijk tevens de verplichting vastgelegd om het strafrecht en het burgerlijk recht in algemene wetboeken wettelijk te regelen. Voor het bestuursrecht betekende dit een noviteit: dit onderdeel van het recht was immers nog op geen enkele wijze gecodificeerd. Met dat verschil is rekening gehouden.

'regelen'

Wanneer wij de grondwetbepaling bestuderen, blijkt de terminologie ten aanzien van de verschillende rechtsgebieden namelijk te verschillen. Over het straf- en burgerlijk recht wordt gesproken in termen van het *regelen* van deze rechtsgebieden in '*algemene wetboeken*'. Het burgerlijk - en het burgerlijk procesrecht zijn ondergebracht in het Burgerlijk Wetboek respectievelijk het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; het straf- en strafprocesrecht zijn te vinden in het Wetboek van Strafrecht respectievelijk het Wetboek van Strafvordering.

Weliswaar laat de wijze van formulering in de Grondwet nog wel enige ruimte voor het wettelijk vastleggen van regels op de terreinen van het materiële en formele straf- en burgerlijk recht buiten de genoemde algemene wetboeken. Ten eerste is delegatie naar lagere regelgeving niet uitgesloten. Dat vloeit voort uit het gebruik van de term '*regelen*' in art. 107, lid 2. Overal waar de Grondwet het werkwoord '*regelen*' gebruikt, mag daaruit namelijk worden afgeleid dat delegatie naar lagere wetgeving (dan wetten in formele zin) is toegestaan (zie ook § 1.6.5). In de tweede plaats verhindert de bepaling niet dat bepaalde onderwerpen *elders* worden geregeld. Niettemin is de doelstelling onmiskenbaar om tot een zo breed mogelijke - zonodig hernieuwde - codificatie te komen van het burgerlijk en het strafrecht. Uit die algemene wetboeken moet men in hoofdzaak de inhoud van het geldende straf- en burgerlijk recht kunnen halen.

algemene regels

De codificatie-opdracht voor het *bestuursrecht* is bewust bescheidener geformuleerd. Ten eerste ontbreekt een verwijzing naar het onderbrengen in '*algemene wetboeken*'. De grondwetgever zag kennelijk destijds onvoldoende kansen om voor het sterk verbrokkelde bestuursrecht een algemeen wetboek te vervaardigen, dat een even zware status zou kunnen hebben als de algemene wetboeken op de klassiekere rechtsgebieden van het straf- en burgerlijk recht. Ten tweede spreekt de Grondwet bewust van het vaststellen van '*algemene regels*', kennelijk vanuit de gedachte dat volstaan zou kunnen worden met het formuleren van een raamwerk van algemene bepalingen. Door het bij wet vastleggen van algemene bepalingen, waarop specifieke wetgeving kan aansluiten, wordt *harmonisatie* van wetgeving bereikt; van *codificatie* is sprake indien de algemene regels in één wet worden ondergebracht.

2.2.2 Voorbereiding Awb

Commissie Scheltema

Ter voorbereiding van de wetgeving die inhoud geeft aan het grondwettelijke codificatievoorschrift is in 1983 een *Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht* ingesteld, onder voorzitterschap van prof. mr. M. Scheltema, regeringscommissaris voor dit onderwerp. Scheltema had al eerder in publicaties te kennen gegeven de tijd rijp te achten voor het wettelijk vastleggen van algemene bepalingen van bestuursrecht. Als achterliggend motief hiervoor wees hij er op, dat de wetgevende macht op deze wijze ten opzichte van de besturende macht terrein terug zou kunnen winnen. Rechtsvorming en rechtstoepassing zouden meer uit elkaar moeten worden getrokken, teneinde de rechtsstatelijke eis van gebondenheid van het bestuur aan de wet (legaliteitsbeginsel) beter tot uitdrukking te laten komen. Bestuursorganen stellen zichzelf immers in hoge mate de norm, in de vorm van gedelegeerde wetgeving of door middel van beleidsregels. Aldus is het bestuur '*wetgever in eigen zaak*' geworden. De wetgever zou tegenwicht kunnen bieden door een algemeen kader voor het bestuursrecht te scheppen. Het algemene kader voor het bestuursrecht zou bovendien volgens Scheltema in principiële zin een tweezijdige rechtsbetrekking tussen bestuursorgaan en burger als uitgangspunt moeten nemen.

historie

Kortom: de aansporing in de Grondwet om te komen tot het formuleren van algemene regels van bestuursrecht werd begeleid door pleidooien in de bestuursrechtelijke literatuur (onder meer bij Scheltema) om tot meer samenhang in het bestuursrecht te komen. De wetenschappelijke en beroepsvereniging van bestuursjuristen, de Vereniging voor Administratief Recht (VAR, thans Vereniging voor Bestuursrecht), had bovendien een speciale commissie ingesteld met als opdracht te onderzoeken welke onderwerpen zich zouden lenen voor een meer algemene regeling. De commissie sloot haar werk

af met het rapport *Algemene Bepalingen van Administratief Recht* (1974); daarna zijn meerdere herziene versies van dit toonaangevende rapport verschenen (de versie, de geheel herziene vijfde druk, verscheen in 1984).

Onder meer hierop voortbouwend produceerde de Commissie-Scheltema in 1987 een voorontwerp van de eerste tranche van wat zou gaan heten een 'Algemene wet bestuursrecht'. De commissie stelde voor om de onderwerpen die gerekend kunnen worden tot de 'algemene regels van bestuursrecht' in één wet op te nemen. Zo kwam daadwerkelijke codificatie binnen handbereik. Zowel uit het onderbrengen van het algemeen deel van het bestuursrecht in één wet als ook uit de gekozen naamgeving blijkt, dat het streven is gericht op wat men een algemeen wetboek voor het bestuursrecht mag noemen. De later gemaakte (inmiddels gerealiseerde) keuze voor het tevens onderbrengen van het bestuursprocesrecht in de Awb en ook de rijk geschakeerde inhoudsopgave van de nog tot stand te brengen hoofdstukken van de wet versterken dit nog.

Wij concluderen, dat op basis van een bescheiden geformuleerde grondwettelijke opdracht wordt toegewerkt naar een ambitieuze uitvoering daarvan. Het resultaat zal uiteindelijk zijn, dat een algemeen wetboek voor het Nederlandse bestuursrecht tot stand komt.

2.2.3 Awb: méér dan codificatie

doelstellingen

De hoge ambities gaan verder dan alleen codificatie. Onder verwijzing naar hetgeen reeds in § 2.1 werd aangevoerd, heeft de wetgever als doelstellingen van de Awb niet alleen het oog gehad op:

- 1 *codificatie*, maar ook - daarmee samenhangend - op:
- 2 het bevorderen van de *eenheid* van het bestuursrecht (door bijvoorbeeld een uniforme beroepstermijn van zes weken vast te leggen),
- 3 het waar mogelijk *systematiseren* en *vereenvoudigen* daarvan (waardoor leemtes en tegenstrijdigheden worden voorkomen), en
- 4 op het treffen van *algemene voorzieningen*, dat wil zeggen het regelen van onderwerpen die door hun aard slechts in een algemene wet geregeld kunnen worden (bijvoorbeeld: een verplichting verkeerd geadresseerde geschriften door te zenden naar de juiste instantie – zie Memorie van Toelichting (MvT), Daalder/De Groot, 1993, p. 18-23).

Uit de geformuleerde doelstellingen blijkt, dat het tot stand brengen van de Awb tot meer dan alleen een codificatie van het Nederlandse bestuursrecht zal leiden. Niet alleen is sprake van het vergroten van de *kenbaarheid* van het bestuursrecht (dat nu in verspreide wetgeving en in de jurisprudentie is te vinden), maar ook wordt de gelegenheid benut om tot een aantal inhoudelijke *verbeteringen* te komen. De rechtsbescherming van de burger is daar mee gebaat. Als concrete voorbeelden wijzen wij op de al genoemde invoering van een algemene doorzendplicht voor verkeerd geadresseerde geschriften (o.a. art. 2:3 Awb), op het *niet* aan een termijn gebonden recht van beroep tegen een door het niet tijdig besluiten tot stand gekomen beschikking, dat wil zeggen een beschikking die tot stand komt doordat niet binnen de voorgeschreven termijn op een aanvraag wordt beslist (art. 6:2 Awb), alsmede aan de codificatie van de regels inzake het en overdragen (delegeren) en van het opdragen van de uitoefening (mandateren) van bestuursbevoegdheden (Titel 10.1 Awb)

visie relatie burger-overheid

De met de Awb nagestreefde doelen staan in het teken van een algemene visie op de relatie burger-bestuur die in de MvT wordt gekarakteriseerd als een '*wederkerige rechtsbetrekking*' (Daalder/De Groot, 1993, p. 39-40). Deze visie gaat uit van een minder eenzijdige, meer horizontale, benadering door het bestuur van de burger. Overleg, communicatie en het rekening houden met individuele belangen van de burger dienen meer op de voorgrond te treden. Deze optiek zou, waar mogelijk, moeten leiden tot het meer in samenspraak hanteren van de op zichzelf eenzijdige rechtsfiguur van de beschikking.

Er is in de doctrine nogal kritisch gereageerd op de idee van de wederkerige rechtsbetrekking (onder meer door de zogenoemde 'Maastrichtse school', in: E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig?, Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer 1995). De algemene teneur van die kritiek is dat een communicatieve houding van het bestuur naar de burger toe weliswaar op z'n plaats is, maar dat de eenzijdige gezagsverhouding tussen bestuur en burger – alleen het bestuur beschikt, ter behartiging van het algemeen belang, over exclusieve burgers bindende bevoegdheden – ten principale in de weg staat aan de idee van wederkerigheid (in rechte). Ook vrezen critici dat vanuit de wederkerigheidsgedachte de stap naar ongeschreven plichten van burgers *jegens* het bestuur erg klein wordt. Wel bestaat er in het algemeen

waardering voor de gedachte dat de relatie tussen bestuur en burger als *rechtsbetrekking* wordt geduid omdat dit impliceert dat hetgeen binnen deze betrekking voorvalt ten volle de toetsing aan het recht (door de onafhankelijke rechter) moet kunnen doorstaan (zie MVT, Daalder/De Groot, 1994, p. 78 en p. 500-501).

evaluatie

Drie jaar na inwerkingtreding van de Awb - en vervolgens telkens na vijf jaar - moet de werking van de wet worden *geëvalueerd* (art. 11:1 Awb). Bijstellingen die op grond van praktijkervaringen nodig blijken, kunnen op basis hiervan worden doorgevoerd. De eerste evaluatie heeft inmiddels plaatsgevonden en op basis van het kabinetsstandpunt (TK 1997/1998, 25 600 VI, nr 46) is vervolgens een eerste evaluatiewet ingediend (TK 1998/1999, 26 523, nrs. 1-3) die mogelijk in de zomer van 2000 zal worden vastgesteld, waarin verschillende wijzigingen van de huidige tekst van de Awb (waarover in de loop van dit boek meer) zijn voorzien. Inmiddels is de tweede evaluatie in voorbereiding genomen (zie TK 1999/2000, 26 800 VI, nr. 7).

2.3 Aanbouwwetgeving

fasen

Door de brede doelstelling is sprake van een ambitieus en omvangrijk project. Het tot stand brengen van de Awb is om praktische redenen in fasen ('tranches' genoemd) onderverdeeld. Men spreekt in dit verband van '*aanbouwwetgeving*'. Met ingang van 1 januari 1994 zijn de eerste twee tranches in werking getreden, de derde tranche per 1 januari 1998.

- De *eerste tranche* bevat een aantal centrale begrippen (zoals 'bestuursorgaan', 'besluit' en 'beschikking') en geeft daarnaast in hoofdzaak regels voor het handelen van bestuursorganen.
- De *tweede tranche* (hoofdstuk acht van de wet) omvat het bestuursprocesrecht zoals dat door de rechter moet worden toegepast.
- In de *derde tranche* zijn enkele leerstukken van materieel bestuursrecht ondergebracht, zoals beleidsregels, subsidies, handhaving (toezicht op de naleving, bestuursdwang, dwangsom), alsmede enkele bepalingen over bestuursorganen (mandaat en delegatie; toezicht op bestuursorganen).
- Vooruitlopend op een volgende tranche is per 1 juli 1999 de regeling voor *interne klachtbehandeling* door bestuursorganen in werking getreden. Daarmee biedt de Awb thans een aantal minimumeisen voor dergelijke klachtprocedures. Het betreft klachten die, als de beantwoording door het bestuur voor de burger in kwestie niet bevredigend uitvalt, vervolgens kunnen worden voorgelegd aan de Nationale ombudsman. De normen voor interne klachtbehandeling zijn daarom ook in belangrijke mate ontleend aan de rapporten van de Nationale ombudsman.
- Op 7 september 1999 heeft de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht een voorontwerp voor de *vierde tranche* uitgebracht. Daarin komen de volgende onderwerpen aan de orde: openbaarheid van bestuur (de regeling van de huidige Wet openbaarheid van bestuur heeft een met de Awb vergelijkbare algemene strekking en wordt geïntegreerd in de Awb); publiekrechtelijke geldvorderingen (inzake geldschulden uit hoofde van een wettelijk voorschrift, inhoudende een verplichting tot betaling uitsluitend door of aan een bestuursorgaan, zoals bij belastingen, heffingen, premies, leges en dergelijke, alwaar een uniforme regeling van aspecten zoals de betalingstermijnen, verjaring en verval, verzuim en wettelijke rente, wenselijk is); de bestuurlijke boete (een door een bestuursorgaan opgelegde sanctie met 'punitieve' trekken, die zich bevindt in het grensgebied tussen bestuurs- en strafrecht); attributie (in het bijzonder de bevoegdheid om bij attributie aan een ondergeschikte ambtenaar aanwijzingen te geven).
- In de nog verdere toekomst staat de *vijfde tranche* alweer op stapel. Prioriteiten daarvoor zijn nadeelcompensatie (ook wel bestuurscompensatie genoemd), het intrekken en wijzigen van een beschikking en de bestuursrechtelijke overeenkomst (zie TK 1999/2000, 26 800 VI, nr. 7, p. 7 e.v.).
- Naast de voor de vierde en vijfde tranche genoemde onderwerpen wordt intussen ook gewerkt aan onderwerpen die voortvloeien uit de evaluatie van de Awb of uit andere hoofde, zoals uit het regeerakkoord en het kabinetsstandpunt inzake juridisering (zie voornoemd kamerstuk). Wij noemen in dat verband: uniformering van openbare voorbereidingsprocedures (thans afdeling 3.4 en 3.5 Awb); rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter bij het in onderling overleg overslaan van de bezwaarschriftenprocedure (een voorontwerp terzake van de Commissie Scheltema verscheen op 22 december 1999), het passeren van inhoudelijke gebreken, de vergoeding van kosten van burgers bij het volgen van voorprocedures (bezwaar en administratief beroep), beslechting van bestuursgeschillen, wijziging en intrekking van besluiten hangende bezwaar of beroep, coördinatie van besluitvorming en elektronische besluitvorming.

- Bij elke wijziging of aanvulling van de Awb moet – tenslotte - aanpassingswetgeving worden vastgesteld, waarbij bepalingen uit bijzondere wetten in overeenstemming worden gebracht met de Awb (of juist expliciet een afwijking van de Awb wordt geregeld).

2.4 Plaats in het bestuursrecht

In lijn met die noodzaak tot het geven van aanpassingswetgeving rijst de vraag wat nu precies de plaats is van de Awb in het bestuursrecht. Hoe algemeen is de Awb eigenlijk (zie § 2.4.1)? Gaat de Awb voor op andere wetten (zie § 2.4.2 - § 2.4.4) en mag van de Awb worden afgeweken (zie § 2.4.5)? Ook de verhouding tussen de Awb en ongeschreven rechtsregels moet nader onder ogen worden gezien (zie daarvoor § 2.4.6).

2.4.1 Algemene toepasbaarheid

Alle bestuurslagen

Het bereik van de Awb strekt zich uit tot het handelen van bestuursorganen van alle bestuurslagen (Rijk, provincie, gemeente), zowel indien het gaat om uitvoering van hogere wetgeving als wanneer bestuur op basis van eigen verordeningen aan de orde is. Bovendien zijn er ook buiten de vertrouwde overheidskaders organen te vinden die met bestuurstaken zijn belast. Denk bijvoorbeeld aan zelfstandige bestuursorganen. Zo is het College van Toezicht Sociale Verzekeringen (CTSV) zo'n zelfstandig bestuursorgaan, op afstand van de rijksoverheid gezet, maar belast met belangrijke publieke taken. Een dergelijk orgaan is ook een bestuursorgaan in de zin van de Awb, waardoor de Awb van toepassing is. Nog weer iets verder van de eigenlijke overheid staan privaatrechtelijke rechtspersonen die met bepaalde publieke taken zijn belast. Denk aan stichtingen die op grond van een wet zijn belast met de toekenning van door de overheid gefinancierde subsidies aan cultuur en welzijnsinstellingen. Ook dan is sprake van bestuursorganen in de zin van de Awb, waardoor het uitvoeren van bestuurstaken onder de Awb ressorteert. Zie de omschrijving van het begrip bestuursorgaan in art. 1:1 Awb.

relevantie

Conclusie: de Awb is relevant voor het handelen van bestuursorganen bij de centrale en de lagere overheid, voor zelfstandige bestuursorganen en voor bestuursorganen in de semi-publieke sfeer (particuliere instanties met bestuurlijke taken, die - in Awb-termen - bekleed zijn met 'openbaar gezag'). Er is bovendien geen beperking naar beleidsterrein, waardoor de Awb relevant is voor het gehele veld van het bestuursbeleid. De Awb bestrijkt het *gehele bestuursrecht*, inclusief fiscale kwesties en sociale verzekeringsaangelegenheden.

2.4.2 Voorrang voor de Awb als 'superwet'?

positie van de Awb

Het bevorderen van de eenheid in het bestuursrecht zou het meest worden gediend met een 'superstatus' voor de Awb. Een in formele zin zeer verheven positie voor deze wet past echter niet in ons rechtsstelsel. Bovendien moet het mogelijk zijn op deelterreinen van het bestuursrecht, wanneer het echt niet anders kan, toch uitzonderingen te maken. De Awb is daarom binnen het bestand formele wetgeving met bestuursrechtelijke betekenis te beschouwen als 'primus inter pares', eerste onder zijn gelijken. De Awb is zelf een wet in formele zin en staat dus in rang *gelijk* aan andere wetten in formele zin (zoals de Gemeentewet, of de Wet milieubeheer). Het algemene uitgangspunt van de wetgever is echter wel, dat de Awb als enige of als beste regeling voor behoort te gaan. Om dit uitgangspunt te realiseren is het, gelet op de 'eenvoudige' status van de Awb, nodig om de overige, in rang gelijke, wetgeving aan de Awb aan te passen. Vandaar dat tegelijk met invoering van de Awb een zeer omvangrijke aanpassingswetgeving van kracht is geworden. Door de andere wetgeving aan de Awb aan te passen wordt verzekerd, dat de doelstellingen van de Awb ook worden bereikt. Bij invoering van nieuwe onderwerpen in de Awb zal – als gezegd - steeds bijbehorende aanpassingswetgeving tot stand moeten worden gebracht.

2.4.3 Voorrang voor de Awb als de meest algemene wet?

Aanpassingswetgeving

Hoe moet de onderlinge verhouding worden gezien tussen de Awb als algemene wet en (ten opzichte van de Awb) *bijzondere wetgeving* van gelijke rang, dat wil zeggen specifieke bestuurswetten die eveneens wetten in formele zin zijn? Zou men hier de in het recht gebruikelijke voorrangsregel toepassen,

dat de bijzondere wet voor de algemene gaat ('lex specialis derogat legi generali') dan zou er van de toepassing van de Awb niet veel terecht komen. Een dergelijk resultaat is dan ook, gelet op de doelstellingen van de Awb, onaanvaardbaar. De wetgever kan echter moeilijk volstaan met het invoeren van de Awb naast de bestaande specifieke wetgeving. De rechter zou dan immers steeds voor problemen van wettelijke samenloop worden geplaatst. Vandaar dat, zoals al aangestipt, tegelijk met de invoering van de Awb een omvangrijk programma van aanpassingswetgeving in werking treedt. Hiermee wordt de specifieke wetgeving afgestemd op de Awb. De aanpassing betreft overigens niet alleen de wetten in formele zin, maar ook de lagere rijkswetgeving (algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen).

uitzonderingen regime Awb

De aanpassingswetgeving biedt en passant gelegenheid om voor bepaalde beleidsterreinen waar dat nodig wordt geacht - al dan niet tijdelijk - uitzonderingen te maken op het algemene regime van de Awb. Zo wordt bijvoorbeeld in fiscale zaken (voorlopig) een veel langere termijn toegestaan, namelijk een jaar, waarbinnen op een bezwaarschrift moet worden beslist (art. 25, eerste lid Awr). Dit wijkt drastisch af van de standaardtermijn van zes weken.

motiveringsplicht

Indien de wetgever hetzij bestaande afwijkingen van het regime van de Awb in stand wil laten, dan wel bij latere wetgeving af wenst te wijken van de Awb, dan geldt daarvoor - uit een oogpunt van behoorlijke regelgeving - een motiveringsplicht.

Als de wetgever bij de aanpassingswetgeving een steekje laat vallen, door te verzuimen een bijzondere bestuurswet op de juiste wijze aan te passen aan de Awb, dan zal de rechter - zoals al even betoogd - niet kunnen volstaan met een beroep op de regel dat de bijzondere wet nu eenmaal voor de algemene wet gaat. De rechter zal dan vooral acht moeten slaan op de systematiek en de uniformerende doelstelling van de Awb. In geval van twijfel zou de Awb inderdaad voorrang moeten hebben als de 'meest algemene' regeling. Daar waar echter juist een uitzondering werd beoogd, maar niet consequent werd doorgevoerd, zal de rechter en in zijn voetspoor de wetgever, juist kunnen besluiten om de uitzondering te vervolmaken (zie bijvoorbeeld in verband met art. 20.1, lid 3 Wm: Leemtetwet Awb, Stb. 1995, 250, i.h.b. art. VI, onder I).

2.4.4 Awb en lagere wetgeving

Hiërarchie

Hoe is de verhouding tussen Awb en lagere wetgeving? Wanneer wij de plaats van de Awb in de Nederlandse bestuursrechtelijke wetgeving willen bezien, moeten wij in de eerste plaats bedenken, dat Nederland een (gedecentraliseerde) *eenheidsstaat* is. Als gevolg hiervan geldt een duidelijke hiërarchie van wetgeving: de hogere wet gaat boven de lagere ('lex superior derogat legi inferiori'). Lagere wetgeving moet wijken voor hogere wetgeving. Tot de lagere wetgeving behoort alle regelgeving die geen parlementaire wetgeving is. Het gaat derhalve niet alleen om verordeningen van gemeenten en provincies, maar ook om lagere rijkswetgeving, zoals een algemene maatregel van bestuur of een ministeriële regeling.

Internationaal recht even buiten beschouwing latend, is de wet in formele zin (ook wel parlementaire wet genoemd) de hoogste wet. Zo'n wet in formele zin is - zoals wij al zagen - een wet die tot stand is gebracht door samenwerking van regering en Staten-Generaal (art. 81 Grondwet). De Awb is een *wet in formele zin*, hetgeen betekent dat lagere wetgeving hiermee niet in strijd mag zijn. De verhouding tussen Awb en lagere regelgeving (lager dan wetgeving in formele zin) wordt derhalve beheerst door de algemene voorrangregel, dat de hogere wet boven de lagere gaat. Bij strijd met een lagere regel prevaleert de Awb. Lagere regelgevers, zoals decentrale overheden, hebben hun eigen regelgeving daarom eveneens aan de Awb moeten aanpassen. Bij verzuim dat te doen gaat de Awb immers bij strijd met eigen regelgeving voor.

De vraag is dan nog in hoeverre lagere wetgeving de Awb mag *aanvullen*. Ruimte voor aanvulling is in beginsel aanwezig, mits de aanvulling niet leidt tot een doorkruising van de bedoelingen van de Awb. Indien in een lagere regeling bijvoorbeeld zou worden voorzien in ruimere termijnen om op een bezwaarschrift te beslissen dan in de Awb het geval is, zal de rechter dit hoogst waarschijnlijk ontoelaatbaar achten (wegens het doorkruisen van deze in het belang van de rechtsbescherming van de burger vastgelegde regeling).

2.4.5 Afwijking van de Awb soms toegestaan

Het is niet zo dat het voorafgaande inhoudt dat voorschriften uit de Awb steeds onverkort gelden. In drie gevallen is in het bijzonder waakzaamheid geboden (zie ook Daalder/De Groot, 1993, p. 63-81).

a. De clause 'tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald' afwijkingen

Bij de tot nu toe besproken problematiek van samenloop van wetgeving gaat het met name om voorschriften van de Awb die voor het gehele bestuursrecht behoren te gelden (zoals bijvoorbeeld de regel dat het bestuur zijn taak zonder vooringenomenheid vervult, art. 2:4, eerste lid). Er zijn echter ook delen van de Awb die niet exclusief bedoeld zijn, maar worden gezien als een goede, zo niet de best denkbare regeling. Indien de Awb weliswaar regels formuleert, maar uitzonderingen toelaatbaar acht, dan is in de desbetreffende bepalingen voorzien in de clause 'tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald'.

Zo wordt in art. 4:1 bepaald, dat een aanvraag tot het geven van een beschikking bij het bestuursorgaan schriftelijk wordt aangevraagd, 'tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald'. Onder 'wettelijk voorschrift' vallen alle algemeen verbindende voorschriften, dat wil zeggen niet alleen parlementaire wetten, maar ook lagere wetgeving. De aangehaalde bepaling maakt het derhalve mogelijk dat in een lagere rijksregeling of in een gemeentelijke verordening wordt opgenomen, dat een bepaald type beschikking ook mondeling kan worden aangevraagd.

b. Restbepalingen

Ook bevat de Awb een aantal *restbepalingen*, dat wil zeggen bepalingen die van toepassing zijn als een specifieke bestuurswet over dat onderwerp zwijgt. Bijvoorbeeld: in art. 3:6 wordt aan bestuursorganen de bevoegdheid verschaft om aan een (externe, wettelijk verplicht ingeschakelde) adviseur - men denke aan een deskundigenadvies - een termijn te stellen waarbinnen geadviseerd moet worden. De bepaling is slechts van toepassing 'indien aan de adviseur niet reeds bij wettelijk voorschrift een termijn is gesteld'.

c. Facultatieve standaardregeling

Tenslotte biedt de Awb een enkele *facultatieve standaardregeling*. Zo is een regeling opgenomen voor een 'uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure' (afdeling 3.5 Awb), bedoeld voor overheidsbesluiten met beleidsvrijheid waarbij het wenselijk is op ruime schaal burgers gelegenheid te bieden hun belangen naar voren te brengen. Voor milieubesluiten wordt deze procedure bij wet (in de Wet milieubeheer) van toepassing verklaard. Uiteraard kan dat ook in andere wetten gebeuren, terwijl het eveneens mogelijk is dat een bestuursorgaan de procedure bij concreet besluit van toepassing verklaart (art. 3:14 Awb). De regeling is dus niet verplicht, maar heeft het karakter van een desgewenst te verkiezen optie; om die reden is het een *facultatieve* regeling. Kiest men echter voor toepassing van de procedure, dan ligt het door de Awb geboden standaardpakket klaar. Vandaar dat wordt gesproken van een *facultatieve standaardregeling*. Ook een dergelijke standaardisatie draagt bij aan meer eenheid in het bestuursrecht. Op dit moment zijn er overigens twee facultatieve openbare voorbereidingsprocedures (in resp. afdeling 3.4 en 3.5). Ter beperking van de jurisdisering van het besturen is een wettelijke integratie van beide procedures thans in voorbereiding.

2.4.6 De Awb en het ongeschreven recht

Zoals reeds in het vorige hoofdstuk werd aangegeven (zie § 1.7) heeft de codificatie in de Awb van de abbb niet geresulteerd in een terugkeer tot de leer van de wetmatigheid (sec). Niet alleen zijn niet alle abbb (geheel) in de Awb gecodificeerd (denk aan het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel), maar ook vloeit uit art. 8:77, lid 2 Awb voort dat ook schending van een ongeschreven rechtsregel of van een algemeen rechtsbeginsel reden kan zijn voor vernietiging van een bestuursbesluit. De toetsing aan de Awb kan dus nog steeds worden aangevuld met toetsing aan andere algemene, maar ongeschreven, regels of beginselen. Voorts moet niet worden uitgesloten dat de wel (ten dele) gecodificeerde beginselen natuurlijk steeds moeten worden geïnterpreteerd. Met name bij de meer algemeen gecodificeerde beginselen (zoals in art. 3:1 tot en met 3:4 Awb: zorgvuldigheid, doelgebondenheid, willekeurverbod) zal de rechter zich mede laten leiden door de ontwikkelingen in het ongeschreven recht. Er is zogezegd ook sprake van 'invulling' van Awb-recht door ongeschreven recht. Er is en blijft kortom ook onder de Awb een wisselwerking bestaan tussen geschreven en ongeschreven recht.

2.5 Structuur van de Awb

De precieze verdeling van onderwerpen over de onderscheiden 'tranches' laten wij verder terzijde. Het is voor ons doel vooral interessant om een beeld te krijgen van de inhoud en opbouw van de wet. Het is echter niet zinvol de verschillende hoofdstukken op deze plaats in extenso te bespreken. Wij beperken ons derhalve tot enkele toelichtende opmerkingen bij dit overzicht (in § 2.5.1). Vervolgens staan we (in § 2.5.2) nog stil bij de gelaagde structuur van de Awb.

2.5.1 Indeling van de wet

De Awb kent thans, na de vaststelling van de eerste drie tranches en enkele aanvullende voorstellen, de volgende hoofdstukindeling:

- 1 Inleidende bepalingen
- 2 Verkeer tussen burgers en bestuursorganen
- 3 Algemene bepalingen over besluiten
- 4 Bijzondere bepalingen over besluiten
- 5 Handhaving
- 6 Algemene bepalingen over bezwaar en beroep
- 7 Bijzondere bepalingen over bezwaar en administratief beroep
- 8 Beroep bij de rechtbank
- 9 Klachtprocedures
- 10 Bepalingen over bestuursorganen
- 11 Slotbepalingen

We lopen de belangrijkste onderwerpen uit deze hoofdstukken even langs.

Hoofdstuk 1 - Inleidende bepalingen definitiebepalingen

Dit hoofdstuk bevat een aantal definitiebepalingen. Kernbegrippen van de wet als 'bestuursorgaan', 'besluit' en 'belanghebbende' worden hier omschreven. Wij duiden de genoemde begrippen hier kort aan; behandeling volgt later.

Wat is een *bestuursorgaan*? Zie daarvoor art. 1:1 Awb. Het kan gaan om:

- a een orgaan van een *rechtspersoon krachtens publiekrecht ingesteld* (dit is een openbaar lichaam); voorbeeld: een college van Burgemeester en Wethouders;
- b een *ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed* (zeg maar: die bestuursbevoegdheden bezitten); voorbeeld: de Kiesraad.

De relevantie van het begrip bestuursorgaan zit vooral in het gegeven, dat alleen bestuursorganen 'besluiten' kunnen nemen (zie over bestuursorganen voorts § 3.3).

Wat is een *besluit*? Zie art. 1:3 Awb: 'een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling'. In deze omschrijving schuilen de volgende elementen. Het moet gaan om een beslissing die:

- *schriftelijk* wordt genomen. De eis van schriftelijkheid is om praktische redenen opgenomen. Een latere schriftelijke bevestiging van een mondelinge beslissing maakt die beslissing nog niet tot een schriftelijk genomen beslissing. Er is dan geen sprake van een besluit;
- afkomstig is van een *bestuursorgaan*; dit moet zijn een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 Awb;
- in de sfeer van het *publiekrecht* is genomen. Een besluit van publiekrechtelijke aard heeft te maken met de 'gezagsfunctie' van de overheid. Het berust op een exclusieve bestuursbevoegdheid of publiek(rechtelijke) taak; het is (in beginsel) van niet-privaatrechtelijke aard;
- een *rechtshandeling* inhoudt. Kenmerkend hiervoor is dat met de beslissing rechtsgevolgen worden beoogd. De beslissing moet iets anders zijn dan de aanloop naar een feitelijke handeling (zie over het besluitbegrip hoofdstuk 6).

Een *belanghebbende* is degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken (art. 1:2, lid 1 Awb – zie overigens hoofdstuk 5 en 9).

Schematisch weergegeven (en enigszins aangevuld) hebben we in Titel 1.1 Awb met de volgende kernbegrippen van doen:

BEGRIPPEN VAN TITEL 1.1 Awb		
Bestuursorgaan	- 'krachtens publiekrecht' - 'krachtens openbaar gezag'	- art. 1:1, lid 1 onder a - art. 1:1, lid 1 onder b

Belanghebbende	- algemeen - bestuursorganen - rechtspersonen	- art. 1:2, lid 1 - art. 1:2, lid 2 - art. 1:2, lid 3
Besluit	- algemeen (m.i.v. 'bas') - beschikking - beleidsregel - (NB) aanvraag	- art. 1:3, lid 1 - art. 1:3, lid 2 - art. 1:3, lid 4 - art. 1:3, lid 3
Administratieve rechter	- algemeen - analoog vlg. hfst 8 Awb	- art. 1:4, lid 1 - art. 1:4, lid 2
Bezwaar en beroep	- bezwaar - administratief beroep - beroep	- art. 1:5, lid 1 - art. 1:5, lid 2 - art. 1:5, lid 3

Belangrijk is overigens wel dat de wijze van definiëren van deze kernbegrippen de Awb ontstijgt. In plaats van de redactie, 'In deze wet wordt onder een besluit verstaan; ...', is sprake van een algemener omschrijving, 'Onder besluit wordt verstaan: ...'. Deze wijze van redigeren brengt mee dat de genoemde begrippen ook in bestuurswetgeving buiten de Awb aldus moeten worden opgevat, tenzij in de desbetreffende regeling een afwijkende definitie wordt toegepast (soms ook een aangevulde definitie, zoals de uitbreiding van het besluitbegrip in art. 138 Algemene bijstandswet).

Behalve begripsbepalingen zijn (in titel 1.2) enkele bijzondere regels opgenomen ingeval van implementatie van bindende besluiten van organen van de EG. Ook is het bepaalde in art. 1:6 Awb hier – tenslotte – nog van belang. Deze bepaling strekt tot uitsluiting van de werking van de Awb als het gaat om opsporing en vervolging van strafbare feiten, om bepaalde vrijheidsbenemende maatregelen en om besluiten en handelingen in de sfeer van het militair tuchtrecht.

Hoofdstuk 2 - Verkeer tussen burgers en bestuursorganen

Hoofdstuk 2 stelt een aantal eisen aan het verkeer tussen burgers en bestuursorganen, die in acht moeten worden genomen ook zonder dat er sprake is van het nemen van besluiten. Hier vindt men bijvoorbeeld de algemene bevoegdheid voor een burger om zich in zijn contact met het bestuur te laten bijstaan.

Hoofdstuk 3 - Algemene bepalingen over besluiten

Twee punten vragen met name onze aandacht: waarop zijn de algemene bepalingen van Hoofdstuk drie van toepassing en wat houden deze bepalingen in hoofdzaak in.

Toepassing?

beschikking

Als een besluit naar betrokken personen of naar betrokken gevallen concreet mag worden genoemd, spreken wij van een beschikking. Een beschikking is een *besluit dat niet van algemene strekking* is (art. 1:3, lid 2). Conclusie: alle beschikkingen zijn besluiten, maar er zijn meer besluiten dan alleen beschikkingen.

Onder het begrip 'besluit' vallen namelijk niet alleen beslissingen gericht op *concrete normering* (beschikkingen), maar ook beslissingen gericht op *algemene normering*: besluiten van algemene strekking, kortweg ook wel 'bas'. Tot de besluiten van algemene strekking behoren algemeen verbindende voorschriften - behalve wetten in formele zin: die worden door de wetgevende macht, dus niet door bestuursorganen, vastgesteld - beleidsregels (omschreven in art. 1:3, lid 4 Awb) en andere besluiten van algemene strekking, met name besluiten waarbij een algemene norm (bijvoorbeeld uit een algemeen verbindend voorschrift) een naar tijd of plaats beperkte toepassing krijgt (zoals bij gebiedsaanwijzingen) of besluiten tot vaststelling, wijziging, inwerkingtreding of intrekking van 'bassen'.

bepalingen over besluiten

Overigens zijn niet alle bepalingen over besluiten onverkort op alle typen besluiten van toepassing; daarin wordt gedifferentieerd. Op de voorbereiding van *algemeen verbindende voorschriften*, niet zijnde wetten in formele zin (want die zijn niet afkomstig van een bestuursorgaan en dus geen besluit – zie art. 1:1, lid 2 onder a jo art. 1:3, lid 1 Awb), is uit hoofde van art. 3:1, lid 1 Awb bijvoorbeeld wel de bepaling van toepassing, dat de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (art. 3:4, lid 2, Awb). Op *andere handelingen van bestuursorganen* dan besluiten zijn de bepalingen van hoofdstuk 3 (om precies te zijn: de afdelingen 3.2 tot en met 3.5) van overeenkomstige toepassing. Vergelijk hiervoor art. 3:1, lid 2,

Awb. Gevolg hiervan is, dat op niet-publiekrechtelijke rechtshandelingen, te weten rechtshandelingen naar burgerlijk recht, en ook op niet-rechtshandelingen (feitelijke handelingen) de algemene eisen aan besluiten analoog moeten worden toegepast.

In schema:

ALGEMENE BEPALINGEN OVER BESLUITEN (HOOFDSTUK 3 Awb)		
Hoofdingeling	Subindeling	Hoofdstuk 3?
Besluiten	algemeen verbindende voorschriften	art. 3:1, lid 1 Awb – >alleen afd. 3.2 Awb (voorzover...)
	beleidsregels	geheel hoofdstuk 3 (nb afd. 3.4 en 3.5 facultatief)
	andere bassen	
	beschikkingen	
Andere handelingen	rechtshandelingen naar burgerlijk recht feitelijke handelingen 'niet schriftelijke besluiten'	art. 3:1, lid 2 Awb → alleen afd. 3.2 – 3.5 (voorzover...)

Inhoud?

zorgvuldigheidsbeginsel

Een belangrijk onderdeel van hoofdstuk 3 vormt de codificatie van tot nu toe grotendeels in de jurisprudentie ontwikkelde *beginselen van behoorlijk bestuur*. Voorbeelden hiervan zijn het beginsel van zorgvuldige voorbereiding van een besluit (art. 3:2) en het verbod een bestuursbevoegdheid voor een ander doel in te zetten dan waarvoor deze is bedoeld (art. 3:3).

Welbeschouwd vormen de bepalingen van hoofdstuk 3 de neerslag van *elementen* van beginselen van behoorlijk bestuur (zie de zorgvuldige voorbereiding als element van het zorgvuldigheidsbeginsel). Het zorgvuldigheidsbeginsel blijft als meeromvattend, algemeen beginsel van behoorlijk bestuur zijn betekenis behouden – zie ook § 2.5.6. Het blijft mogelijk dat de bestuursrechter een beroep doet op een dergelijk beginsel van behoorlijk bestuur als ongeschreven regel van bestuursrecht, c.q. als algemeen rechtsbeginsel. Vernietiging wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel blijft mogelijk naast toepassing van art. 3:2 Awb.

Hoofdstuk 3 bevat voorts een groot aantal procedurele voorschriften ten aanzien van het voorbereiden, nemen en bekendmaken van besluiten.

Hoofdstuk 4 - Bijzondere bepalingen over besluiten

beschikkingen, subsidies, beleidsregels

In hoofdstuk 4 zijn (in titel 4.1) specifieke eisen opgenomen ten aanzien van *beschikkingen*, een deelcategorie van de besluiten (namelijk de besluiten die niet van algemene strekking zijn). Hierin treffen wij bepalingen aan over het aanvragen van een beschikking, over het voorbereiden daarvan (wanneer vooraf de belanghebbende horen?) en ook over beslistermijnen.

Voorts is dit hoofdstuk de thuisbasis voor twee bijzonder typen besluiten, te weten *subsidies* (titel 4.2) alsmede *beleidsregels* (titel 4.3). Deze beide rechtsfiguren illustreren dat de inhoudelijke betekenis van de Awb voor het bestuursrecht aanzienlijk is. Subsidiëring kan niet langer worden gezien als een vorm van vrijblijvend bestuur, maar dient op grondslag van een deugdelijke wettelijke basis en met in acht neming van duidelijke spelregels plaats te vinden. De opname van beleidsregels in de Awb illustreert, dat deze niet langer worden gezien als richtlijnen met een voornamelijk interne werking, maar als juridisch relevante verschijnselen met belangrijke externe effecten; beleidsregels geven in abstracto aan hoe bestuursorganen een (aan hen toekomende) bevoegdheid willen uitoefenen en deze bestuursorganen zijn bijgevolg gehouden om deze beleidsregels (als regel) na te leven (art. 4:84). De Awb verschaft voor het vaststellen van beleidsregels een algemene regelgevingsbevoegdheid en bevordert dat beleidsmaatstaven in beleidsregels geëxpliciteerd worden.

In aanvulling op het vorige schema kunnen we nu tonen hoe algemene en bijzondere bepalingen elkaar aanvullen:

ALGEMENE EN BIJZONDERE BEPALINGEN OVER (SOORTEN) BESLUITEN (VLGS. HFST. 3 EN 4 Awb)			
Hoofdingeling	Subindeling	Hoofdstuk 3?	Hoofdstuk 4?
Besluiten	algemeen verbindende voorschriften	art. 3:1, lid 1 Awb – >alleen afd. 3.2 Awb (voorzover...)	neen
	beleidsregels	geheel hoofdstuk 3 (nb afd. 3.4 en 3.5 facultatief)	titel 4.3
	andere bassen		neen
	beschikkingen		titel 4.1
	subsidies		titel 4.2
Andere handelingen	rechtshandelingen naar burgerlijk recht feitelijk handelen 'niet schriftelijke besluiten'	art. 3:1, lid 2 Awb → alleen afd. 3.2 – 3.5 (voorzover...)	neen

Hoofdstuk 5 - Handhaving

bevoegdheden bestuursorganen

Hoofdstuk 5 gaat over bestuursrechtelijke *handhaving* en regelt thans het toezicht, de bestuursdwang en de dwangsom. Het gaat om bevoegdheden die aan bestuursorganen toekomen om zelf langs bestuurlijke weg tot handhaving over te gaan. Het toezicht heeft betrekking op de controle op de naleving door burgers van hetgeen bij of krachtens wettelijke voorschrift is bepaald. Aan toezichthouders worden verschillende toezichtbevoegdheden toegekend en er worden algemene regels gesteld voor de tenuitvoerlegging daarvan. Bij bestuurlijke handhaving is het centrale doel het weer op elkaar laten passen van een onrechtmatige situatie op de bestuursrechtelijke norm. Is bijvoorbeeld gebouwd zonder bouwvergunning, dan zal het bouwwerk weer gesloopt moeten worden (door toepassing van *bestuursdwang*). Alsdan klopt de situatie weer met de norm 'Gij zult niet bouwen zonder bouwvergunning.' Ook de bevoegdheid een bestuurlijke *last onder dwangsom* op te leggen (voor organen die bevoegd zijn tot toepassing van bestuursdwang), die er op neer komt dat aan deze of gene burger een plicht tot herstel van de rechtmatige situatie op straffe van het verbeuren van een dwangsom kan worden opgelegd, is thans geregeld. De introductie van de last onder dwangsom volgt op een periode waarin met dit instrument in de praktijk al de nodige positieve ervaringen zijn opgedaan. Inmiddels is in het kader van de voorbereiding van de *vierde tranche* de invoering van de zogenoemde *bestuurlijke boete* aan de orde. Anders dan bestuursdwang en dwangsom gaat het hierbij uitdrukkelijk wel om leedtoevoeging als oogmerk – met uiteraard de navolging van het recht als achterliggend doel. Met het oog op de invoering van deze boete wordt nu ook werk gemaakt van de invulling van afdeling 5.1 met algemene bepalingen inzake handhaving, terwijl voorts een wijziging en henummering van de hoofdstukindeling wordt voorgesteld (zie Hoofdstuk 8).

Hoofdstuk 6 - Algemene bepalingen over bezwaar en beroep

regels voor bestuursorganen en administratieve rechten

Hoofdstuk 6 bevat algemene regels voor bezwaar en beroep. Onder '*bezwaar*' verstaat de Awb het verzoek aan een bestuursorgaan om tot heroverweging van een genomen besluit over te gaan. 'Beroep' is zowel beroep op een ander bestuursorgaan (*administratief beroep*) als ook het beroep op een *administratieve rechter*. Zie de definities in art. 1:5 (en 1:4) Awb.

Uit deze begripsomschrijvingen blijkt, dat dit hoofdstuk regels bevat die zowel *door bestuursorganen* moeten worden toegepast - bij de behandeling van bezwaar of administratief beroep, dit zijn bestuurlijke voorprocedures - alsook regels die *door de bestuursrechter* moeten worden gevolgd, in geval van administratieve rechtspraak.

Een voorbeeld: de Awb kent een uniforme termijn van zes weken voor het indienen van een bezwaar- of beroepschrift (art. 6:7 Awb). Of men nu als burger een procedure van bezwaar of van administratief beroep binnen het bestuur voert, dan wel beroep bij de administratieve rechter instelt, steeds geldt dezelfde termijn. Zo blijkt, dat de Awb niet alleen bepalingen kent, die zich richten tot bestuursorganen óf tot rechters, maar ook bepalingen die geadresseerd zijn aan bestuursorganen én aan rechterlijke instanties.

Hoofdstuk 7 - Bijzondere bepalingen over bezwaar en administratief beroep

specifieke regels

In hoofdstuk 7 staan specifieke regels aangegeven voor bezwaar en administratief beroep, dat wil zeggen procedures die door bestuursorganen zelf moeten worden afgewikkeld, voorafgaand aan een eventueel

beroep op de administratieve rechter. Inhoudelijk verschillen de regelingen van bezwaar en administratief beroep weinig. De Awb heeft echter een duidelijke voorkeur voor de bezwaarschriftprocedure. Deze voorkeur bestaat vooral omdat door de bezwaarschriftprocedure de verantwoordelijkheid voor een hernieuwde beoordeling van een besluit blijft liggen bij *hetzelfde* orgaan dat ook oorspronkelijk belast was met het nemen van het besluit. Het bestuursorgaan dient het eigen besluit in volledige heroverweging te nemen, dat wil zeggen te toetsen aan rechtmatigheid én doelmatigheid. Een ander voordeel van de bezwaarschriftprocedure is de vermindering van de werklast van de rechter, door het vooraf weggeven van een deel van de bezwaren en ook door het beschikbaar zijn van een beter uitgekristalliseerd geschil, indien na de bezwaarschriftprocedure toch de stap naar de rechter wordt gezet. Voorts wordt de kwaliteit van de besluitvorming door bestuursorganen bevorderd, omdat het bestuur eerst de kans krijgt in eigen huis een besluit zo nodig te verbeteren, alvorens eventueel rechterlijke tussenkomst wordt gezocht.

De Awb introduceert, gelet op de genoemde voordelen, een algemeen *verplichte bezwaarschriftprocedure* (art. 7:1 Awb). Tenzij reeds op een andere wijze is voorzien in hernieuwde beoordeling van een besluit (bijvoorbeeld: er is een wettelijke voorziening van administratief beroep) is de belanghebbende verplicht eerst bezwaar te maken. Pas daarna kan de administratieve rechter worden benaderd. De verplichting eerst bezwaar te maken tegen een besluit vervalt onder meer indien een beschikking zeer uitvoerig is voorbereid (door toepassing van de zogenaamde 'uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure', Afd. 3.5 Awb). Inmiddels is, als vervolg op de eerste evaluatie van de Awb, een voorstel in voorbereiding dat er in zal moeten voorzien dat in bepaalde gevallen (waarin het volgen van de bezwaarschriftenprocedure 'onvoldoende toegevoegde waarde' zal hebben) de mogelijkheid bestaat om rechtstreeks ('rauwelijks') beroep in te stellen bij de administratieve rechter. De Awb bevat een tamelijk uitgebreide procedureregeling voor de behandeling van een bezwaarschrift, waardoor de procedure met behoorlijke waarborgen - zoals het in beginsel horen van belanghebbenden, alvorens op het bezwaar te beslissen - is omgeven.

Hoofdstuk 8 - Beroep bij de rechtbank integratie in gewone rechtspraak

Hoofdstuk 8 bevat het procesrecht voor het beroep bij de rechtbank (in aanvulling op de algemene regels van hoofdstuk 6). Bij de rechtbanken is een sector bestuursrecht in het leven geroepen. Dit is een uitvloeisel van de *Herziening van de rechterlijke organisatie*. Doel van de herziening is om de rechtspraak in bestuursrechtelijke geschillen te integreren met de gewone rechtspraak (waarin de straf- en civiele rechtspraak is ondergebracht). Anders dan in een land als Duitsland is niet gekozen voor een samenhangend stelsel van algemene administratieve rechtspraak - los van de gewone rechter - maar is gekozen voor integratie. De rechtbank zal zo kunnen gaan fungeren als 'geïntegreerd gerecht van eerste aanleg'. Voor zover de rechtbank bestuursrechtelijke geschillen behandelt - organisatorisch ondergebracht bij de sector bestuursrecht - fungeert de rechtbank als administratieve rechter.

De rechtspraak in hoger beroep zal voorlopig nog bij verschillende instanties in handen blijven. Hoofdregel is: hoger beroep in ambtenarenzaken en sociale-verzekeringskwesties wordt behandeld door de *Centrale Raad van Beroep*, de overige zaken door de *Raad van State, Afdeling bestuursrechtspraak*. Wel is het te hanteren procesrecht voor de verschillende instanties gelijk getrokken. Het in hoofdstuk 8 van de Awb geregelde procesrecht is in respectievelijk de Beroepswet (voor de Centrale Raad van Beroep) en in de Wet op de Raad van State (Afdeling bestuursrechtspraak) van toepassing verklaard op de behandeling van het hoger beroep.

beroep belanghebbende

De bevoegdheid beroep in te stellen bij de rechtbank in een bestuursrechtelijk geschil komt toe aan de belanghebbende die een *besluit* wil aanvechten (art. 8:1 Awb). Hoewel onder het besluitbegrip niet alleen beschikkingen vallen, maar ook beslissingen gericht op algemene normering (besluiten van algemene strekking), is beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en tegen beleidsregels uitgesloten (art. 8:2 Awb). Het voornemen bestond om deze uitzondering per 1999 te laten vervallen. Inmiddels is tot uitstel daarvan besloten (Wet van 24 december 1998, Stb 1998, 738). In de praktijk gaat het veelal om beroep tegen beschikkingen. In sommige gevallen wordt beroep ingesteld tegen een besluit van algemene strekking dat geen wet of beleidsregel inhoudt, bijvoorbeeld een gebiedsaanwijzing. (Bijvoorbeeld: in afwijking van het algemene gebod om een hond aangelijnd te houden, is het in een bepaald gebied toegestaan het aanlijnen na te laten.) Een gebiedsaanwijzing ontbeert een concreet karakter en valt daardoor buiten het begrip beschikking, het is geen algemeen verbindend voorschrift omdat het enkel de concretisering (in casu beperking) daarvan naar plaats betreft; er is echter wel sprake van een besluit.

Hoofdstuk 9 - Klachtprocedures minimumeisen klachten- behandeling

Dit hoofdstuk regelt bepaalde klachtprocedures. Het onderwerp is met voorrang, voorafgaand aan de vierde tranche Awb, opgenomen. Gekozen is voor een opzet waarin een aantal minimumeisen worden gesteld voor een behoorlijke behandeling van klachten door bestuursorganen. *Interne klachtprocedures* (klachtbehandeling door bestuursorganen zelf) worden op deze wijze procedureel geregeld. In veel gevallen zal na de interne klachtbehandeling de stap naar de Nationale ombudsman gezet kunnen worden.

Hoofdstuk 10 - Bepalingen over bestuursorganen bestuurlijk organisatierecht

Hoofdstuk 10 bevat een aantal onderwerpen die tot het bestuurlijk organisatierecht kunnen worden gerekend. Het betreft allereerst mandaat en delegatie, waarbij het gaat om het opdragen van de uitoefening van bevoegdheden, en om het overdragen van bevoegdheden (en de bijbehorende verantwoordelijkheid). In het kader van de *vierde tranche* wordt hieraan nog het onderwerp attributie toegevoegd, zij het slechts voor de toekenning van bevoegdheden aan ondergeschikte ambtenaren. Voorts zijn algemene regels gegeven voor het toezicht op bestuursorganen. Het betreft in het bijzonder toezicht uitgeoefend door middel van goedkeuring (preventief toezicht) of door vernietiging, al dan niet voorafgegaan door schorsing (repressief toezicht).

Hoofdstuk 11 - Slotbepalingen slotbepalingen

De Awb wordt afgesloten met een viertal slotbepalingen, respectievelijk inzake de periodieke evaluatie (de eerste keer drie jaar na inwerkingtreding van de Awb, daarna steeds om de vijf jaren), de inwerkingtreding, de bekendmaking en de citeertitel van de Awb.

2.5.2 Gelaagde structuur

opbouw van algemeen naar specifiek

Wanneer men de structuur van de Awb beziet, dan ontstaat het beeld van een '*gelaagde structuur*', dat wil zeggen een opbouw die van algemeen naar specifiek verloopt. Deze structuur brengt met zich mee, dat soms moet worden teruggewerkt in de wet, omdat ook eerdere, reeds algemener geregelde, onderwerpen van belang blijken te zijn. Bijvoorbeeld: een beschikking op een bezwaarschrift is geregeld in hoofdstuk 7, maar kan niet worden genomen zonder tevens acht te slaan op de algemene regels voor bezwaar (en beroep) van hoofdstuk 6. Maar een beschikking op een bezwaarschrift valt in beginsel tevens onder de regels die voor beschikkingen in het algemeen gelden (hoofdstuk 4) en ook onder de algemenere categorie van de besluiten (hoofdstuk 3). Weliswaar is in art. 7:14 bepaald dat afdeling 7.2 uit hoofdstuk 7 als 'bijzondere wet' moet worden toegepast, doordat grote delen van de hoofdstukken 3 en 4 buiten toepassing worden verklaard, maar daarop zijn toch weer uitzonderingen gemaakt; onderdelen van die eerdere hoofdstukken moeten dus toch in beschouwing worden genomen. Voorts moet nog bedacht worden dat de algemene 'verkeersregels' van hoofdstuk 2 van toepassing zijn. Tenslotte moet worden gewerkt met de in hoofdstuk 1 omschreven begrippen.

Schematisch kunnen we de gelaagde structuur voor respectievelijk de non-contentieuze fase (leidend tot een (in beginsel) definitief bestuursbesluit) en de contentieuze fase (van de beslechting van een geschil over een (in beginsel) definitief bestuursbesluit) verbeelden op een wijze waarbij de voorschriften van algemeen naar bijzonder staan gerangschikt :

Gelaagde structuur non-contentieuze fase	
Definities	Hoofdstuk 1 - (m.n. art. 1:1 t/m 1:3)
'Algemeen'	Hoofdstuk 2 - alle handelingen ('Verkeer')
'Algemeen bijzonder'	Hoofdstuk 3 - alle besluiten (nb. algemeen verbindende voorschriften & andere handelingen)
'Bijzonder'	Hoofdstuk 4 - typen van besluiten <ul style="list-style-type: none">• beschikkingen (titel 4.1)• subsidies (titel 4.2)• beleidsregels (titel 4.3)• geldschulden (titel 4.4 - 4^e tranche) NB bijzondere eisen t.a.v. handhaving (hfst. 5)

Het is zaak om in de non-contentieuze fase per handeling steeds cumulatief de verschillende eisen van boven naar beneden te inventariseren en wel in drie lagen (hoofdstuk 2-3-4). Zo krijgt men zicht op de eisen vanuit de Awb. Daarnaast moet natuurlijk worden gelet op de voorschriften uit andere algemene wetten (bijvoorbeeld de gemeente- of provinciewet) en op bijzondere wetten waarin de grondslag (bevoegdheid) voor de desbetreffende handeling is gegeven (bijvoorbeeld de Wet milieubeheer).

Gelaagde structuur contentieuze fase	
Definities	Hoofdstuk 1 - (m.n. ook art. 1:4 en 1:5)
'Algemeen'	Hoofdstuk 6 – algemene bepalingen voor bezwaar en beroep
'Bijzonder 1'	Hoofdstuk 7 – bijzondere bepalingen over bezwaar en administratief beroep <ul style="list-style-type: none"> • afd. 7.1 – bijz. bepalingen over bezwaar • afd. 7.2 – bijz. bepalingen over administratief beroep nb. toepasselijkheid Hfst. 2
'Bijzonder 2'	Hoofdstuk 8 – bijzondere bepalingen over het beroep bij de rechtbank

Voor de contentieuze fase geldt een structuur met twee te cumuleren lagen: een algemene laag met voorschriften voor zowel bezwaar als beroep, en een bijzondere laag al naargelang het gaat om bezwaar of administratief beroep en een bijzondere laag voor het beroep bij de rechtbank.

Al met al blijkt, dat de Awb weliswaar zeer systematisch in elkaar steekt en ook naar verhouding kort is, maar toch enige oefening vergt om mee te kunnen werken. Dat komt de toegankelijkheid en gebruiksvriendelijkheid voor de burger niet altijd ten goede.

3 De beleidvoerders: plaatsbepaling in de bestuurlijke organisatie

Introductie

organisatorische kant openbaar bestuur

In dit hoofdstuk kijken wij naar de instanties die zijn belast met het (uit)voeren van bestuursbeleid. In bestuursrechtelijke termen betekent dit dat de nadruk ligt op bestuursorganen, de eenheden die de dragers van bestuurlijke bevoegdheden zijn. Om te beginnen staan wij stil bij de wijze waarop bestuursorganen passen in onze bestuurlijke organisatie. Daarbij komt Nederland als een *gedecentraliseerde eenheidsstaat* naar voren (§ 3.1). Daarna verleggen wij de aandacht naar het begrip *bestuursorgaan*, inclusief de voor de bestuurspraktijk belangrijke *zelfstandige bestuursorganen* (§ 3.2). Aansluitend besteden wij enige aandacht aan degenen die de bevoegdheden in de praktijk moeten uitvoeren: *bestuurders* (§ 3.3) en *ambtenaren* (§ 3.4). Om ook iets te besturen te hebben, is er behoefte aan bevoegdheden. Bestuursorganen kunnen *bestuursbevoegdheden* op verschillende wijzen verkrijgen, namelijk via *attributie*, *delegatie* of *mandaat* (§ 3.5).

Wij houden ons derhalve achtereenvolgens bezig met de vraag 'waar vind je een bestuursbevoegdheid' (de bestuurlijke organisatie) en met de vraag 'waar komen die bestuursbevoegdheden vandaan?' (bevoegdheidstoedeling). Daarmee betreft dit hoofdstuk in belangrijke mate de organisatorische kant van het openbaar bestuur.

3.1 Gedecentraliseerde eenheidsstaat

Voor een goed begrip van het concept 'decentrale eenheidsstaat' moeten we beide componenten uit dit concept in beeld brengen. In § 3.1.1 wordt (beknopt) ingegaan op het fenomeen 'eenheidsstaat' en in § 3.1.2 (wat uitgebreider) op het verschijnsel 'decentralisatie'.

3.1.1 Eenheidsstaat

bestuurlijke organisatie Nederland

De bestuurlijke organisatie in ons land kan worden gekenschetst als een gedecentraliseerde eenheidsstaat. Nederland is dus in de eerste plaats een eenheidsstaat en geen federale staat (zoals Duitsland, of de Verenigde Staten). Een federale staat is opgebouwd uit deelstaten die samen een bond, een federatie, vormen. De bond beschikt in beginsel slechts over bevoegdheden die de deelstaten willen overdragen (defensie, buitenlands beleid, essentiële fiscale aangelegenheden en dergelijke). In ons land is dat anders. Een Nederlandse provincie neemt staatsrechtelijk een heel andere positie in dan een Duitse deelstaat. De bestuurlijke organisatie van ons land is gecentraliseerd. Zo gaan bijvoorbeeld wettelijke regels van de rijksoverheid boven wetgeving door lagere lichamen als provincies en gemeenten. Ook zijn er toezichtbevoegdheden, waardoor de rijksoverheid mogelijkheden heeft om zonodig bepaalde besluiten van lagere overheden af te dwingen.

3.1.2 Decentralisatie

Vier karakteristieke aspecten en elementen van het verschijnsel decentralisatie zullen achtereenvolgens de revue passeren:

1. de eigen verantwoordelijkheid;
2. het verschijnsel 'Autonomie';
3. het verschijnsel 'Medebewind';
4. het onderscheid territoriale en functionele decentralisatie.

Ad. 1 - Bestuur op eigen verantwoordelijkheid

decentrale bevoegdheden

Maar: de hiërarchie is niet onbeperkt, het is geen simpele top-down structuur. We spreken immers van een *gedecentraliseerde* eenheidsstaat. Er zijn dus ook bewust eigen bevoegdheden gelegd bij lagere overheden. Dat is het decentrale element. Kenmerkend voor decentralisatie is: besturen op eigen gezag, op eigen verantwoordelijkheid. Lagere overheden oefenen in ons staatsbestel eigen bevoegdheden uit.

Ad. 1 - Autonomie

kenmerken

Bestuursbevoegdheden van lagere overheden kunnen voortkomen uit autonomie of uit medebewind. Zie voor de grondslag van autonomie van gemeenten en provincies art. 124 lid 1 Grondwet: 'Voor provincies en gemeenten wordt de bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake hun huishouding aan hun besturen overgelaten.' Uit deze omschrijving blijkt, dat autonomie zowel regeling als bestuur raakt, dus zowel het maken van verordeningen als het uitvoeren van bestuurlijke taken. In de tweede plaats blijkt voor autonomie kenmerkend te zijn, dat het de 'huishouding' van de gemeente of provincie betreft. Het is nogal lastig om positief te omschrijven wat onder de eigen 'huishouding' moet worden verstaan. Praktisch gezien is vooral een negatieve aanduiding van belang: zaken die al door een hogere overheid zijn ingevuld door regelgeving en bestuurlijke maatregelen, behoren niet (meer) tot de huishouding van een lagere overheid. Zo is bijvoorbeeld het bodembeschermingsbeleid in eerste instantie door de provinciebesturen ontwikkeld. Toen later landelijke wetgeving de bodembescherming regelde, verdween het onderwerp - voor zover daadwerkelijk geregeld - uit de provinciale huishouding. Daarmee is de rol van de provincie op dit beleidsterrein niet uitgespeeld, maar wel veranderd. Voorzover in de wetgeving (Wet bodembescherming, Wet milieubeheer) een beroep wordt gedaan op inbreng van de provincie, gebeurt dat in medebewind.

Een voorbeeld van een onderwerp dat tot de gemeentelijke huishouding behoort is het in de meeste gemeentelijke APV's (Algemene Plaatselijke Verordeningen) te vinden verbod bomen te kappen zonder vergunning. Dat men een boom slechts mag kappen met een vergunning is geen landelijke regeling. Een gemeente kan dus besluiten om dat zelf wel te regelen. Een kapverbod, gekoppeld aan een vergunningstelsel, wordt dan meestal opgenomen in de APV.

c. Medebewind

taakopdracht

De constitutionele grondslag voor medebewind biedt art. 124 lid 2 Grondwet: 'Regeling en bestuur kunnen van de besturen van provincies en gemeenten worden gevorderd bij of krachtens de wet.' 'Wet' betekent in de Grondwet altijd: wet in formele zin, een wet tot stand gebracht door samenwerking van regering en Staten-Generaal. Een wet in formele zin is een hogere wet dan verordeningen van gemeenten en provincies. Door zo'n hogere wet kan de 'medewerking' worden 'gevoerd', lees: opgedragen. Bijvoorbeeld: in de Wet milieubeheer (Wm) is het afgeven van een milieuvergunning in de eerste plaats een verantwoordelijkheid van de gemeenten (de colleges van B en W). Gemeenten krijgen die taak door de Wm, een wet in formele zin, opgelegd. Hier is sprake van taakopdracht aan een lagere overheid. Die lagere overheid heeft dan overigens nog wel enige beleidsvrijheid bij het uitvoeren van die taak. Een gemeente is geen verlengstuk van 'Den Haag'. Het is een misverstand te denken dat medebewind geen ruimte laat voor eigen beleidsruimte aan de kant van de gemeente of provincie. Het is heel goed mogelijk - maar in concreto afhankelijk van wat de wet daarover bepaalt - dat een medebewindstaak juist ruimte kent om naar eigen inzicht tot besluiten te komen. Sterker nog: medebewind draagt inhoudelijk slechts bij aan decentralisatie, indien beleidsvrijheid wordt gelaten aan de lagere overheid. Zo wordt in artikel 10 lid 1 Wet op de Ruimtelijke Organisatie (WRO) aan de gemeenteraad opgedragen om voor het buitengebied een bestemmingsplan op te stellen (medebewind). Ten aanzien van de concrete invulling van deze 'opdracht' bestaat voor elke gemeente echter een grote mate aan beleidsvrijheid.

In het voorbeeld van de milieuvergunning vindt de taakopdracht plaats door een wet in formele zin (de Wm). Aangezien de Grondwet in art. 124, lid 2, spreekt van 'bij of krachtens de wet', is het ook mogelijk dat medebewind wordt opgedragen in een lagere, op een wet in formele zin gebaseerde, regeling. Vooral de figuur van de door de regering uitgevaardigde algemene maatregel van bestuur (amvb) is in dit verband van belang. Zo biedt de Wet bodembescherming (art. 6 en verder) de grondslag voor het uitvaardigen van algemene maatregelen van bestuur, inhoudende nadere regels in het belang van de bescherming van de bodem. Een voorbeeld van zo'n amvb is het Lozingenbesluit bodembescherming (Stb. 1995, 39). De toepassing van de nadere regels in deze amvb is (in art. 3, lid 1, van de amvb) opgedragen aan het college van burgemeester en wethouders van de gemeente waar de lozing in de bodem plaatsvindt.

Medebewind betreft, net als autonomie, 'regeling en bestuur'. In het voorbeeld van het Lozingenbesluit wordt een bestuurlijke taak opgedragen. Het is ook mogelijk, dat een regelgevende taak wordt opgelegd. Een voorbeeld biedt art. 10.10 Wm: 'De gemeenteraad stelt bij verordening regels vast inzake het zich ontdoen van huishoudelijke afvalstoffen'. Een ander voorbeeld is te vinden in artikel 8 Woningwet (Ww): 'De gemeenteraad stelt een bouwverordening vast...'. Voor 'stelt' moeten wij lezen: 'moet stellen' (wetten bevatten normatieve uitspraken). De gemeenteraad verkrijgt hier een opdracht tot regeling, tot het vaststellen van een afvalstoffenverordening of een bouwverordening. Die verordeningen regelen hoe burgers hun huishoudelijk afval op een ordentelijke wijze kwijt kunnen c.q. het gebruik van woningen,

woonketen, woonwagens, ander gebouwen, bouwwerken en standplaatsen. De door de gemeenteraad (de gemeentelijke 'wetgever') vast te stellen verordening is een voorbeeld van een medebewindsverordening.

Ad. 3 - Territoriale en functionele decentralisatie

Gemeenten en provincies hebben algemene taken, op hun eigen grondgebied. Wij noemen dit 'territoriale decentralisatie'. Dit organisatieprincipe gaat uit van het overdragen van een algemene bestuursbevoegdheid aan een deelgebied (een territoire). Wij spreken in dit geval van een 'gebiedscorporatie'.

In onze gedecentraliseerde eenheidsstaat bestaat ook ruimte voor een tweede vorm van decentralisatie, namelijk 'functionele decentralisatie'. De beperking zit hier in het takenpakket (de functie). Daarom spreken wij nu van functionele decentralisatie en van een 'doelcorporatie'.

Decentralisatie (hetzij van territoriale dan wel van functionele aard) houdt in: het overlaten of overdragen van bevoegdheden aan lagere organen. Die lagere lichamen besturen vervolgens - het zij benadrukt - met eigen bevoegdheden en op eigen verantwoordelijkheid. Daarin onderscheidt decentralisatie zich van 'deconcentratie', waarbij sprake is van geografische spreiding van een bestuurstaak, maar zonder overdracht van bevoegdheden en verantwoordelijkheden. Op rijksniveau zijn de belastingdienst, de inspectie volksgesondheid of de onderwijsinspectie voorbeelden van gedecentraliseerde diensten; op gemeentelijk niveau is de vestiging van een stadskantoor in een stadsdeel, uit een oogpunt van spreiding van ambtelijke diensten, een voorbeeld van deconcentratie.

In veel gemeenten zijn zogenaamde wijkbureaus ingericht. Daarbij treedt een wijkwethouder als politiek verantwoordelijke op, terwijl een stadsdeelcoördinator de ambtelijke leiding heeft. In deze gevallen is er sprake van binnengemeentelijke deconcentratie. De in Amsterdam en Rotterdam ingestelde stadsdeelraden zijn echter vertegenwoordigende lichamen die rechtstreeks verkozen worden. Hier is sprake van binnengemeentelijke decentralisatie (vergelijk: artikel 87 Gemeentewet).

Samengevat:

Nederland als gedecentraliseerde eenheidsstaat:

- Nederland is een eenheidsstaat, geen federale staat
- met decentrale elementen; voor provincies en gemeenten:
 - via autonomie ('huishouding')
 - of uit medebewind (zie art. 124 Grondwet)
- de decentralisatie betreft zowel regeling als bestuur
- decentralisatie kan zowel van territoriale als van functionele aard zijn
- verder kan er nog sprake zijn van deconcentratie: een geografische spreiding van een bestuurstaak.

3.2 Bestuursorganen

De allereerste bepaling van de Awb (art. 1:1) behelst een omschrijving van een bestuursorgaan. De wet onderscheidt twee soorten bestuursorganen:

- a. een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld;
- b. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.

In het Awb-jargon wordt op basis van deze tweedeling gesproken over '*a-organen*' respectievelijk '*b-organen*'. We zullen deze beide typen in respectievelijk § 3.2.1 en § 3.2.2 uitwerken. Vervolgens gaan we nog in op enkele uitgezonderde organen (§ 3.2.3) en op zelfstandige bestuursorganen (§ 3.2.4).

3.2.1 A-organen

definitie

De 'a-organen' zijn, als 'orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld', de bestuursorganen die tot het openbaar bestuur zelf behoren.

Bijvoorbeeld: elke gemeente kent, naast een raad en een burgemeester, een college van burgemeester en wethouders (art. 6 Gemeentewet). Het college van B en W is belast met het dagelijks bestuur van de gemeente (art. 160 Gemeentewet). Wij hebben hier te maken met een bestuursorgaan van de gemeente. Is de gemeente een 'rechtspersoon krachtens publiekrecht'? De terminologie is een beetje lastig, omdat het antwoord niet in het publiekrecht, maar in het Burgerlijk Wetboek (Boek 2, rechtspersonen) is te

vinden. Uit art. 2:1, lid 1, BW volgt namelijk, dat de gemeente rechtspersoonlijkheid bezit. De verlening van rechtspersoonlijkheid aan de gemeente geschiedt dus op de keper beschouwd uit het privaatrecht. Het verlenen van rechtspersoonlijkheid maakt het mogelijk, dat de gemeente in het privaatrechtelijke rechtsverkeer opereert. De hoofdtaak van de gemeente ligt echter uiteraard in het publiekrecht. Daarom wordt ook wel, ietwat verwarrend, gesproken van een 'publiekrechtelijke rechtspersoon' (de Awb-omschrijving 'rechtspersoon krachtens publiekrecht' komt hier dicht in de buurt), of een 'openbaar lichaam'. Aangezien rechtspersoonlijkheid, zoals we hierna nog zullen zien, wordt geregeld in het privaatrecht (boek 2 BW), is het feitelijk onjuist om te spreken van een publiekrechtelijke rechtspersoon. Het college van B en W vormt een bestuursorgaan van het openbaar lichaam gemeente. Het past aldus in de categorie van de 'a-organen'.

Bij de uitwerking van dit voorbeeld van het bestuursorgaan 'college van B en W' ontmoeten wij het algemene begrip 'rechtspersoon' en de begrippen 'rechtspersoon krachtens publiekrecht', of ook wel 'openbaar lichaam'. Achtereenvolgens willen we stilstaan bij een drietal 'kernbegrippen' van de bestuurlijke organisatie, te weten:

1. de rechtspersoon;
2. het openbaar lichaam;
3. bestuursorganen van openbare lichamen.

Ad. 1 - Rechtspersoon omschrijving

Het begrip rechtspersoon is in eerste instantie een begrip uit het *privaatrecht*. Een rechtspersoon is een juridische constructie waardoor ook verbanden die geen natuurlijke persoon zijn, drager van rechten en plichten kunnen zijn. U kunt als natuurlijke persoon in het rechtsverkeer opereren. Vooral voor het kunnen opereren in het vermogensrecht is dat van belang. U bent in staat een leenovereenkomst te sluiten waardoor u een geldschuld aangaat, een arbeidsovereenkomst aan te gaan waardoor u inkomsten verwerft in de vorm van een salaris, etc. Maar ook verenigingen, stichtingen en dergelijke kunnen in het vermogensrecht opereren. Ook zij kunnen verplichtingen aangaan, of voordelen behalen. Zij kunnen ook dragers van rechten en plichten zijn. Die mogelijkheid hebben zij, doordat zij als rechtspersoon worden bestempeld. Zo kunnen zij op een door de wet geregelde manier aan het rechtsleven deelnemen. Het rechtspersonenrecht is in de eerste plaats een onderdeel van het privaatrecht. Het is geregeld in het Burgerlijk Wetboek, en wel in Boek 2. In art. 3 van Boek 2 (BW 2:3) staat dat onder meer verenigingen, NV's, BV's en stichtingen rechtspersoonlijkheid bezitten. Deze rechtsvormen zijn in de eerste plaats bedoeld voor het 'particuliere' rechtsverkeer. Zoals wij nog zullen zien, maakt ook de overheid in ruime mate gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen, hetgeen leidt tot een vermenging van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke elementen.

rechtspersonen binnen het openbaar bestuur

Thans gaat het ons om een andere verbinding met het begrip rechtspersoon, namelijk de vaststelling dat het openbaar bestuur zelf ook uit eenheden is opgebouwd die als rechtspersonen kunnen worden gekwalificeerd. Dat is nodig omdat ook de overheid, net als particulieren, in het rechtsverkeer, in het bijzonder in het vermogensrechtelijke verkeer, moet kunnen opereren. Ook de overheid leent geld, of leent geld uit, betaalt salarissen, geeft financiële garanties af etc. De aanschaf van een dienstauto voor een minister verschilt juridisch niet wezenlijk van de aankoop van een dienstauto voor de president-directeur van Philips. Als de betaling niet op tijd geschiedt, is er in beide gevallen sprake van wanprestatie of zoals het thans formeel heet 'tekortkoming in de nakoming van de verbintenis' (zie onder meer art. 6:265 BW). Voorts kunnen beide typen dienstauto's een aanrijding veroorzaken, waardoor schade ontstaat die - wegens het plegen van een onrechtmatige daad - moet worden vergoed. In gevallen waarin vermogensrechten of -plichten in het geding zijn, gaat het erom binnen het openbaar bestuur de *rechtspersonen* aan te kunnen wijzen. Dat zijn de eenheden die dan van belang zijn.

rechtspersonen traceren

Hoe komen wij binnen de bestuurlijke organisatie de rechtspersonen op het spoor? Ook nu werpen wij een blik in het rechtspersonenrecht: Boek 2 BW is een belangrijke bron. Art. 2:1, lid 1, BW zegt: 'De Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, alsmede alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend, bezitten rechtspersoonlijkheid.' Met 'lichamen' wordt hier kortweg 'openbare lichamen' - waarover zo dadelijk meer - bedoeld.

Conclusie:

1. de Staat, provincies, gemeenten en waterschappen zijn (openbare) lichamen beschikkend over rechtspersoonlijkheid;
2. ook *andere* openbare lichamen die over verordenende bevoegdheden beschikken hebben rechtspersoonlijkheid; denk aan de produkt- en bedrijfsschappen van de PBO (publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie).

Daarmee is het verhaal echter nog niet uit. Want art. 2:1, lid 2, BW zegt: 'Andere lichamen waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen, bezitten slechts rechtspersoonlijkheid, indien dit uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt.'

Dus:

3. de wet kan aan andere openbare lichamen rechtspersoonlijkheid verlenen. Zo kunnen gemeenten op basis van art. 2 WGR (Wet gemeenschappelijke regelingen) voor hun samenwerking een nieuw openbaar lichaam oprichten, zonder eigen verordenende bevoegdheid. De rechtspersoonlijkheid vloeit dan dus niet rechtstreeks uit Boek 2 BW voort (optie twee, hierboven, is niet van toepassing). De rechtspersoonlijkheid vloeit voort uit de bepalingen ter zake in de WGR zelf.

wie zijn rechtspersonen?

Het systeem komt er op neer, dat de meest vertrouwde openbare lichamen binnen het openbaar bestuur (Staat, provincie, gemeente, waterschap) rechtstreeks op basis van Boek 2 BW rechtspersoonlijkheid bezitten. Andere openbare lichamen met verordenende bevoegdheid hebben eveneens op basis van Boek 2 BW rechtspersoonlijkheid. Voor overige openbare lichamen is het noodzakelijk de specifieke wet te raadplegen waaraan zo'n lichaam zijn bestaansrecht ontleent; het BW staat toe dat bij specifieke wettelijke bepaling rechtspersoonlijkheid wordt verleend.

Samengevat:

Rechtspersonen binnen het openbaar bestuur

- BW 2:1, lid 1:
 1. Staat, provincie, gemeente en waterschap zijn (als openbare lichamen) rechtspersoon;
 2. ook andere openbare lichamen die verordenende bevoegdheden hebben zijn rechtspersoon (bijvoorbeeld: de lichamen die tot de PBO behoren)
- BW 2:1, lid 2:
 3. de wet kan aan andere openbare lichamen rechtspersoonlijkheid verlenen. (bijvoorbeeld: universiteiten).

Wij wijzen er nog op, dat men soms binnen de overheid eenheden tegenkomt die bedrijfseconomisch tot op zekere hoogte op eigen benen staan. Het is dan echter zaak te bekijken of er juridisch wel sprake is van een aparte eenheid. Bijvoorbeeld: bij gemeenten kennen wij de 'tak van dienst'. Deze is juridisch niet, maar bedrijfseconomisch wel zelfstandig. Soms wordt gesproken van een 'gemeentebedrijf', bijvoorbeeld een 'gemeentelijk sportbedrijf'. Een dergelijk 'bedrijf' met de status van tak van dienst is organisatorisch een onderdeel van de gemeente en vormt geen eigen rechtspersoon.

Ad. 3 - Openbaar lichaam

omschrijving

Wij hebben zojuist gezien dat een openbaar lichaam, onder voorwaarden, rechtspersoon is. Via de brug van het openbaar lichaam komen wij uit bij de rechtspersoon. Het begrip openbaar lichaam hoort thuis in het *publiekrecht*. Het is een bouwsteen voor de organisatie van publiekrechtelijke bevoegdheden, een element in het bestuurlijk organisatierecht. Wat is nu een openbaar lichaam? Daaronder verstaan wij:

1. een organisatie, met een
2. bestuur, dat
3. publiekrechtelijke bevoegdheden bezit.

Het begrip 'openbaar lichaam' is een kernbegrip in de organisatie van het openbaar bestuur. Wij hebben vastgesteld, dat in Boek 2 BW de Staat en een aantal lagere 'lichamen' rechtspersoonlijkheid wordt verleend. De staat is een georganiseerd verband met een bestuur (de regering: Koning plus ministers) dat over publiekrechtelijke bevoegdheden beschikt. Daarbinnen zijn weer lagere openbare lichamen aan te wijzen. Na 'aftrek' daarvan is het materieel de rijksoverheid - het centrale bestuur - die voor invulling van het openbaar lichaam staat zorgt. De lagere openbare lichamen verzorgen het decentrale bestuur; zij worden in hoofdstuk 7 van de Grondwet behandeld. We onderscheiden drie typen:

**a - Openbare lichamen in de Grondwet
taken**

Dit hoofdstuk draagt als opschrift: provincies, gemeenten, waterschappen en andere openbare lichamen. Provincies, gemeenten en waterschappen zijn derhalve openbare lichamen, maar er zijn méér openbare lichamen dan alleen deze.

Provincies en gemeenten doen aan algemeen bestuur, zij hebben immers allerlei soorten bestuurstaken. De beperking zit in het feit dat de bestuursbevoegdheden niet verder reiken dan het eigen gebied. Zij vormen daarmee voorbeelden van territoriale decentralisatie. De inrichting van provincies en gemeenten is - ter uitvoering van art. 132 Grondwet - geregeld in de Provinciewet respectievelijk de Gemeentewet. Het waterschap is een vorm van taakgericht bestuur, er zijn alleen maar taken op het terrein van het waterbeheer. Bovendien worden de waterstaattaken op een beperkt grondgebied uitgeoefend, dus in praktische zin is sprake van een mengvorm van territoriaal en functioneel bestuur. De provincie speelt een belangrijke rol in relatie tot de waterschappen. De organisatie van het waterschapsbestel verloopt immers via de provinciale verordening, zie art. 133 Grondwet: 'De opheffing en instelling van waterschappen (...) geschieden volgens bij de wet te stellen regels bij provinciale verordening...' De wetgeving die relevant is voor de organisatie van de waterschappen is de Waterschapswet.

**b - Openbare lichamen voor beroep en bedrijf
totstandkoming openbare lichamen**

Ook de 'andere' openbare lichamen die op basis van de Grondwet mogelijk zijn, kunnen zowel langs de lijn van territoriale decentralisatie als via functionele decentralisatie tot stand worden gebracht. Wij beginnen achteraan, bij het functioneel gedecentraliseerde bestuur. In art. 134 Grondwet, waar de 'andere' openbare lichamen worden genoemd, wordt namelijk expliciet verwezen naar een voor ons land belangrijke vorm van functioneel bestuur: de openbare lichamen voor beroep en bedrijf, ofwel de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie (PBO). Art. 134 lid 1 luidt: 'Bij of krachtens de wet kunnen openbare lichamen voor beroep en bedrijf en andere openbare lichamen worden ingesteld en opgeheven.' Wij kunnen uit deze bepaling afleiden, dat ook andere openbare lichamen *bij wet* kunnen worden ingesteld. Let wel: aangezien de Grondwet hier spreekt van 'bij wet' dient instelling bij wet in formele zin te geschieden.

In ieder geval kunnen bij wet openbare lichamen voor beroep en bedrijf in het leven worden geroepen. 'De wet regelt de taken en de inrichting van deze openbare lichamen', (dus ook die voor beroep en bedrijf) aldus art. 134 lid 2 Grondwet. Bedoelde wet is de Wet op de Bedrijfsorganisatie. Daarin worden onder meer productschappen en bedrijfsschappen geregeld. Het eerste type organiseert langs verticale lijn de productiestructuur; denk bijvoorbeeld aan het productschap voor vlees- en vleesproducten. Het tweede type brengt langs horizontale lijn branchegenoten bijeen, zoals het bedrijfsschap horeca. Zowel product- als bedrijfsschappen hebben binnen het eigen takenpakket voor ons economisch bestel belangrijke bestuursbevoegdheden en ook verordenende (dus: regelgevende) bevoegdheden. De hele structuur van product- en bedrijfsschappen was ooit bedoeld om onze gehele economische structuur te dekken. Daarbinnen zouden arbeid en kapitaal, werkgevers en werknemers, harmonieus moeten samenwerken. Het is ideologisch verbonden met de corporatistische staat, zoals die vooral uit confessionele hoek werd gesteund. In de ooit gedroomde omvang is het corporatistische model er nooit gekomen. Maar wel is de basisstructuur daarvan aanwezig en ook bestendig gebleken: product- en bedrijfsschappen die elk een sector van het economisch leven binnen zekere grenzen reguleren.

c - Andere openbare lichamen

In art. 134 Grw. is, als gezegd, de mogelijkheid geopend om naast de met zoveel woorden genoemde openbare lichamen voor beroep en bedrijf (de PBO) ook - nog weer - andere openbare lichamen in het leven te roepen. Deze bepaling kan worden toegepast op zowel 'andere' functionele lichamen alsook op territoriale eenheden.

functioneel bestuur

Voorbeelden van 'andere' openbare lichamen met specifieke bestuurlijke taken zijn: universiteiten, de Kamers van Koophandel, havenschappen (zoals het havenschap Delfzijl, dat de verantwoordelijkheid heeft voor het beheer van de Eemshaven) en recreatieschappen (bijvoorbeeld voor het beheer van enkele recreatiegebieden; zo'n 'schap' is een op de Wet gemeenschappelijke regelingen gebaseerd samenwerkingsverband tussen - meestal - gemeenten). Deze met vele andere voorbeelden aan te vullen opsomming bevat openbare lichamen die steeds over een specifiek takenpakket beschikken; zij nemen deel aan het functionele bestuur.

territoriaal bestuur

Een voorbeeld op het terrein van het territoriale bestuur uit het verleden van onze bestuurlijke (re)organisatie is het 'Openbaar Lichaam Rijnmond'. De toenmalige Wet Openbaar Lichaam Rijnmond

vond zijn constitutionele grondslag in art. 134 Grondwet. Het openbaar lichaam Rijnmond was bedoeld als voorloper van een provincie Rijnmond, die er nooit gekomen is, waarna opheffing plaatsvond. De 'Kaderwet bestuur in verandering' maakt het voor een beperkt aantal gebieden in ons land mogelijk om een 'regionaal openbaar lichaam' te vormen. Zo is bijvoorbeeld een Regionaal Openbaar Lichaam Twente tot stand gebracht. Dit is een vorm van regionaal bestuur met een breed takenpakket. De wettelijke grondslag hiervoor is de genoemde Kaderwet; deze wet stoelt op zijn beurt op art. 134 Grondwet. Of er in de nabije toekomst nog ruimte is voor deze regionale openbare lichamen is zeer de vraag. Waarschijnlijk zullen zij 'gewone' openbare lichamen op basis van de Wet Gemeenschappelijke Regelingen (art. 8 lid 1), worden met een aanmerkelijk minder uitgebreid taken- en bevoegdhedenpakket dan aanvankelijk de bedoeling was.

Ad. 4 - Bestuursorganen van openbare lichamen raadplegen van publiekrechtelijke regelingen

Nu wij iets meer weten van de begrippen 'rechtspersoon' en 'openbaar lichaam', keren wij terug naar de bestuursorganen die de bestuurstaken van openbare lichamen - in de terminologie van de Awb: rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld - moeten uitvoeren. Let op: bestuursorganen zijn altijd onderdeel van een openbaar lichaam (in het geval van a-organen) dan wel ze hebben een specifieke publiekrechtelijke bevoegdheid toebedeeld gekregen (in het geval van b-organen, zie hierna). Om te weten te komen welke bestuursorganen een bepaald openbaar lichaam kent, zal de publiekrechtelijke regeling geraadpleegd moeten worden waarin het desbetreffende openbaar lichaam zijn basis vindt. Om de bestuursstructuur van een gemeente te leren kennen, moet de Gemeentewet worden geraadpleegd, waardoor wij de gemeenteraad, het college van B en W en de burgemeester als de belangrijkste bestuursorganen tegenkomen. Uit de Grondwet kunnen wij afleiden, dat zowel de regering (Koning plus ministers), alsook de ministers en staatssecretarissen afzonderlijk bestuursorganen van de staat, in het bijzonder van de rijksoverheid, zijn. Al dergelijke organen zijn bestuursorganen van openbare lichamen: 'a-organen' (art. 1:1, lid 1, onder a, Awb).

Bij een 'a-orgaan' is het voldoende om vast te stellen, dat er een orgaan van een openbaar lichaam is. Of dat orgaan ook daadwerkelijk 'openbaar gezag' uitoefent, doet op zichzelf niet ter zake. Het criterium 'openbaar gezag uitoefenen' is wel nodig om te bepalen of wij te maken hebben met een 'b-orgaan'. Een belangrijk bestuursrechtelijk gevolg van de status van 'a-orgaan' is dat *alle* handelingen van het orgaan onder het bereik van de Awb vallen: zowel het nemen van besluiten (zijnde publiekrechtelijke rechtshandelingen), als het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen, alsook het verrichten van feitelijke handelingen. (Privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen zijn 'andere handelingen van bestuursorganen' waarop de normen van de Awb voor zover mogelijk van overeenkomstige toepassing zijn; zie art. 3:1, lid 2, Awb.) Wanneer het bestuursorgaan B&W van het openbaar lichaam de gemeente een privaatrechtelijke overeenkomst sluit, dan zijn daarop ook de regels van de Awb van toepassing.

3.2.2 B-organen

Lang niet alle bestuurstaken worden door openbare lichamen uitgevoerd. Heel wat publieke taken worden uitgevoerd door organen die 'op afstand' van de overheid zelf staan. Denk aan zelfstandige bestuursorganen (zoals het Commissariaat voor de Media) of ook aan privaatrechtelijke rechtspersonen met een bestuurlijke taak (zoals de bedrijfsverenigingen).

'bestuur door particulieren'

Een sprekend voorbeeld van een b-orgaan met privaatrechtelijke rechtsvorm, van wat men zou kunnen noemen 'bestuur door particulieren', is de Stichting Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR). Aan deze stichting is een voor het verkeer heel belangrijke bestuurstak toegekend: de afgifte van rijvaardigheidsbewijzen. De wettelijke basis daarvoor is de Wegenverkeerswet (art. 107) en het Wegenverkeersreglement. Als deze particuliere stichting een rijvaardigheidsbewijs afgeeft, dan is dat een noodzakelijke - en al bijna voldoende - voorwaarde om van de overheid een rijbewijs te verkrijgen. De stichting is geen deel van een openbaar lichaam, maar bestuurt dapper mee. Dat is evenzeer het geval met bedrijfsverenigingen, die een deel van de sociale zekerheid uitvoeren, en met schoolbesturen in het bijzonder onderwijs, voor zover zij diploma's verlenen.

Het zou ongelukkig zijn, als al die organen enkel en alleen omdat zij geen deel uitmaken van een openbaar lichaam (een 'rechtspersoon krachtens publiekrecht') niet als bestuursorgaan aangemerkt zouden kunnen worden. Dan zouden daaraan immers geen eisen van behoorlijk bestuur (zoals in belangrijke mate neergelegd in de Awb) kunnen worden gesteld. Daarom kent de Awb de categorie van

de 'b-organen', dat wil zeggen organen die geen deel uitmaken van een openbaar lichaam, maar die wel 'openbaar gezag' uitoefenen, dat wil zeggen een deel van de bestuurstaak voor hun rekening nemen.

verschil a- en b-orgaan

Een belangrijk verschil met de a-organen is, dat de b-organen alleen maar bestuursorgaan zijn voor zover zij openbaar gezag uitoefenen.

Laten wij het voorbeeld nemen van een particulier garagebedrijf. Niemand zal in de verkoop van auto's en in het plegen van onderhoud aan auto's snel iets 'bestuursrechtelijks' zien. Er is bij dit type activiteiten geen sprake van het uitoefenen van openbaar gezag. Dat verandert echter, zodra een automobilist niet alleen groot onderhoud aan zijn auto laat plegen maar ook vraagt om een bewijs dat de auto is goedgekeurd. Boven een leeftijd van drie jaar moeten auto's ('motorrijtuigen' in de wettelijke terminologie) immers verplicht periodiek worden gekeurd. Die plicht vloeit niet voort uit een contract met de garage, maar is een algemene verplichting die voortvloeit uit de wegenverkeerswetgeving (art. 72 tot en met 74 Wegenverkeerswet 1994). Als een garagebedrijf door de minister van Verkeer en Waterstaat is erkend als keuringsstation, is het bedrijf bevoegd tot het afgeven van keuringsbewijzen. Voor zover het garagebedrijf keuringsbewijzen afgeeft, oefent het openbaar gezag uit. In de kwaliteit van keuringsstation neemt het bedrijf deel aan de bestuurstaak en is het te beschouwen als bestuursorgaan, als 'b-orgaan' wel te verstaan. De hoedanigheid van bestuursorgaan is nodig om besluiten (in de zin van de Awb) te kunnen nemen. Het afgeven van een keuringsbewijs (inclusief het weigeren daarvan) levert dan ook een Awb-besluit op. (Uit onder meer ABRS 3 november 1994, AB 1995, 13, blijkt dat een keuringstation een bestuursorgaan is, dat besluiten neemt.) Duidelijk is, dat alle overige activiteiten van het garagebedrijf niets te maken hebben met het uitoefenen van openbaar gezag en dus niet door het bestuursrecht worden beheerst.

Wat het bestanddeel 'openbaar gezag' betreft behoeven vier punten wat nader de aandacht:

a - Openbaar gezag door privaatrechtelijke rechtspersonen kenmerken

Op allerlei terreinen zien wij, dat overheid en particulieren samenwerken om gemeenschappelijke belangen te behartigen. Talloze stichtingen en vennootschappen bieden daarvan voorbeelden (stichting Thuiszorg, NV Afvalinzameling etc. etc.) Niet al deze samenwerkingsvormen leveren ogenblikkelijk evenzovele bestuursorganen op. Waar het om gaat is de vraag: wordt er *openbaar gezag* uitgeoefend? Alleen als dat aanwijsbaar het geval is, is sprake van deelnemen aan de bestuurstaak en daarmee van een 'b-orgaan'.

Zo zal men in een vereniging die fokkers van een bepaald paardenras bijeenbrengt niet onmiddellijk een bestuursorgaan zien. Als een paardenfokker echter slechts via 'zijn' vereniging een dekkingsbewijs kan verkrijgen, komen de kaarten anders te liggen. Nu is immers sprake van een afhankelijkheidsrelatie, die bovendien met aanzienlijke financiële belangen is omgeven. De vereniging oefent dus voor wat betreft deze specifieke taak 'openbaar gezag' uit. Net als in het voorbeeld van de garage die tevens keuringsstation is, moet de vereniging voor deze activiteit worden aangemerkt als bestuursorgaan. De vereniging doet dit niet als onderdeel van een openbaar lichaam, dus is zij geen a-orgaan. Door het uitoefenen van openbaar gezag is zij echter wel b-orgaan, althans voor zover er een bestuurstaak wordt verricht (Rechtbank Roermond, 9 november 1995, Awb-katern, 17 februari 1996, blz. 46 (nr. 18)).

b - B-organen in de publiekrechtelijke sfeer

Voor de status van 'b-orgaan' is dus beslissend het uitoefenen van openbaar gezag, zeg maar het deelnemen aan de bestuurstaak. Zo beschouwd is elk orgaan, dat over een bestuursbevoegdheid beschikt (los van de vraag: is het onderdeel van een openbaar lichaam?) een bestuursorgaan. B-organen hebben nogal eens een privaatrechtelijke rechtsvorm, zoals in het voorbeeld van de vereniging van paardenfokkers. Dat is echter niet noodzakelijk het geval. Ook in de publiekrechtelijke sfeer komen bestuursorganen voor, die geen onderdeel uitmaken van een openbaar lichaam. De Wet gemeenschappelijke regelingen (WGR) biedt daarvan een voorbeeld. Op basis van de WGR kan een orgaan in het leven worden geroepen waaraan bestuursbevoegdheden worden toegekend, zonder dat er een nieuw openbaar lichaam wordt opgericht. Er is dus alleen maar een nieuw, gemeenschappelijk bestuursorgaan. Bijvoorbeeld: een aantal gemeenten besluit tot oprichting van een intergemeentelijke cultuurcommissie, die de programmering van culturele activiteiten in de deelnemende gemeenten moet verzorgen en het bestuur van de culturele instellingen gaat vormen. Dat nieuwe orgaan is geen deel van een openbaar lichaam (ook niet van de samenwerkende gemeenten). Toch zijn er wel bestuurstaken aan toegekend.

c - B-orgaan voor zover sprake is van openbaar gezag

Bedenk steeds: een b-orgaan is alleen maar bestuursorgaan voor zover er een bestuursbevoegdheid wordt uitgeoefend. Binnen het domein van die bestuurstaak - rijvaardigheidsbewijzen afgeven, diploma's verlenen en dergelijke - zijn de regels van de Awb vervolgens voluit van toepassing. De producten van besluitvorming binnen het bereik van de bestuurlijke taak hebben een publiekrechtelijk karakter en leveren - als ook aan de overige begripskenmerken van een besluit is voldaan - 'besluiten' op in de zin van de Awb. Voor de rechtsbescherming betekent dit dat de weg naar de bestuursrechter daarmee open staat.

d - Openbaar gezag over burger en/of over personeel rechtspositie personeel

Het tot nu toe besproken criterium van het uitoefenen van openbaar gezag richt zich op de relatie tussen het (potentiële) bestuursorgaan aan de ene kant en de burger aan de andere kant. Een specifieke situatie kan zich nog voordoen ten aanzien van de rechtspositie van het personeel bij een orgaan. In de (ambtenaren)rechtspraak is herhaaldelijk vastgesteld, dat personeel dat in dienst is bij een orgaan waarop de overheid overwegende invloed heeft, de status heeft van ambtenaar. Aldus is sprake van het uitoefenen van gezag in de richting van het personeel. Het is mogelijk, dat een orgaan ten opzichte van personeelsleden als bestuursorgaan moet worden aangemerkt. Dit kan samengaan met het uitoefenen van 'openbaar gezag' naar buiten toe, maar dat hoeft niet noodzakelijk het geval te zijn. Een voorbeeld uit de rechtspraak van dit laatste is een verpleeginrichting waarvan het personeel de status van ambtenaar kreeg toegekend, vanwege overheersende invloed van de gemeente.

3.2.3 Uitgezonderde organen

De Awb zondert een aantal organen, die - hetzij via het 'a-spoor', hetzij via het 'b-spoor' - mogelijk bestuursorgaan genoemd zouden kunnen worden, uitdrukkelijk uit. In het tweede lid van art. 1:1 Awb zijn namelijk bepaalde categorieën organen uitdrukkelijk van het begrip bestuursorgaan uitgesloten. Het gaat om organen die strikt genomen, door toepassing van art. 1:1, lid 1, als bestuursorgaan opgevat zouden kunnen worden, maar waarvan het onwenselijk is deze daadwerkelijk als bestuursorgaan aan te merken. De achtergrond van deze uitzonderingen is de tot de rechtsstaatsidee behorende machtscheiding. Zo zijn de wetgevende macht (hieronder vallen regering en Staten-Generaal in hun gezamenlijke rol als wetgever) en de rechtsprekende macht uitdrukkelijk uitgezonderd. Op grond van hun onafhankelijke positie geldt hetzelfde voor instanties als de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman. Slechts voor zover de in lid 2 (onder b tot en met f) uitgezonderde organen beslissingen nemen ten aanzien van hun personeel, zijn zij te beschouwen als bestuursorgaan. Dientengevolge is het besluit van de Nationale ombudsman om een van zijn medewerkers te ontslaan wél een door een bestuursorgaan genomen beslissing, waardoor het als een besluit kan worden gekwalificeerd. Dat brengt weer als consequentie mee, dat de weg naar de bestuursrechter openstaat. Een door de Nationale ombudsman naar aanleiding van een klacht uitgebracht rapport is echter geen besluit, aangezien de Nationale ombudsman in deze rol niet als een bestuursorgaan opereert.

3.2.4 Zelfstandige bestuursorganen

Een aantal aspecten van het fenomeen van de zelfstandige bestuursorganen (zbo's) willen hier beknopt behandelen. Het betreft:

1. de mate van zelfstandigheid;
2. de (algemene) voordelen;
3. de (algemene) nadelen;
4. het vergelijk met deconcentratie;
5. het vergelijk met agentschappen;
6. het vergelijk met privatisering.

Ad. 1 – Zelfstandigheid (belangrijkste kenmerken van zbo's) wanneer zelfstandig?

De zogeheten zelfstandige bestuursorganen (zbo's) nemen een eigen plaats in in de bestuurlijke organisatie. Zij komen - volgens vast spraakgebruik - voor op het niveau van de centrale overheid. (Ook provincies en gemeenten kunnen op een vergelijkbare wijze bestuurlijke taken 'op afstand' zetten, namelijk door het instellen van functionele commissies.) Een zelfstandig bestuursorgaan is in de eerste plaats een bestuursorgaan. Daarom moet eerst 'gewoon' worden vastgesteld of wij, hetzij via de 'a-lijn' dan wel langs 'de b-lijn', te maken hebben met een bestuursorgaan. Kortom: ondubbelzinnig moet

vaststaan dat er een bestuursorgaan in de zin van de Awb is. Zbo's zijn instanties die over bestuurlijke bevoegdheden beschikken en waarvan het functioneren overwegend wordt beheerst door publiekrechtelijke normen. Deze bevoegdheden zijn hun toegekend door middel van een wet (of eventueel een algemene maatregel van bestuur). Het instellen van zbo's is een vorm van *functionele decentralisatie*. Opgemerkt zij, dat het feit dat het functioneren van een zbo onder het beslag van het publiekrecht valt, niet wegneemt dat de enkele organisatievorm ontleend kan zijn aan het privaatrecht. Bijvoorbeeld: de BV OV-studentenjaarkaart is een zbo.

geen ministeriële verantwoordelijkheid

Waarin schuilt nu de zelfstandigheid? Die zit - met alle variaties van dien - in het feit dat het orgaan 'op afstand' van de departementale organisatie is gezet en voor het dagelijks functioneren *buiten* de *ministeriële verantwoordelijkheid* valt. Het zijn daarmee bestuursorganen die staatsrechtelijk en organisatorisch een bijzondere positie innemen. Zij zijn bedoeld om de taken van de departementen te ontlasten, aldus de rijksoverheid af te slanken en daardoor de verantwoordelijkheid van de ministers te beperken. Zelfstandige bestuursorganen staan buiten de hiërarchie van het departement en vallen daardoor ook buiten de ministeriële verantwoordelijkheid: de minister is immers het hoofd van het departement, zegt art. 44, lid 1, Grondwet. Hij vormt de bestuurlijke top van de departementale organisatie en draagt daarvoor de politieke verantwoordelijkheid. Door bepaalde taken uit het departement te plaatsen, vervallen de bevoegdheden van de minister. Omdat de minister niet langer bevoegd en dus evenmin verantwoordelijk is, ontbreekt ook de politieke controle door het parlement.

Door de vorming van zbo's is de minister niet langer politiek verantwoordelijk voor de dagelijkse uitvoering van soms heel specifieke taken. Voorbeelden van zelfstandige bestuursorganen zijn het Commissariaat voor de Media (dat de nakoming van de omroepwetgeving controleert en zonnodig sancties uitdeelt als het ontnemen van zendtijd of het opleggen van boetes), de Kiesraad (die de verkiezingen in goede banen moet leiden), de Monumentenraad, de Centrale Landinrichtingscommissie, het College ter Beoordeling van Geneesmiddelen en het College van Toezicht Sociale Verzekeringen (CTSV).

Indien de minister toch over bepaalde bevoegdheden dient te beschikken ten aanzien van een zbo, is het nodig dat expliciet wettelijk te regelen. Het is wenselijk - maar lang niet altijd realiteit - dat in de wettelijke regeling waarin het zbo zijn tehuis vindt, duidelijk is aangegeven voor welke hoofdzaken de minister nog eigen bevoegdheden behoudt en dus ook - spiegelbeeldig daaraan - wel verantwoordelijk kan worden gehouden. Te denken valt aan de benoeming van bestuursleden, financieel toezicht en dergelijke.

Ad. 2 - Voordelen van zbo's

In de literatuur (vgl. - onder meer - M.M. den Boer en S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen*, in: A.F. Gaastra en S.E. Zijlstra, *Handboek Bestuurlijk Organisatierecht*, Elsevier, Den Haag 1997 (losbladige) en S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat*, Den Haag 1997) worden als 9algemene) voordelen van het instellen van een zbo genoemd:

- a. Parlement en regering houden zich meer bezig met de hoofdlijnen van beleid, niet met details van de uitvoering. Dit past in het streven naar afgeslankte 'kerndepartementen';
- b. Door het instellen van zbo's worden substantiële onderdelen van de uitvoering onttrokken aan een vorm van politieke verantwoordelijkheid van de minister die feitelijk maar zeer beperkt kan worden waargemaakt. Het bevordert een duidelijker toerekening van verantwoordelijkheid. De minister blijft het 'toerekeningspunt' voor zover het gaat om de algemene beleidslijnen. Het zbo kan worden aangesproken op de concrete gevolgen van haar eigen optreden;
- c. Het voorkomt machtsconcentratie bij de centrale overheid zelf;
- d. Het bevordert een duidelijker scheiding tussen aan de ene kant het stellen van algemene regels alsmede het formuleren van beleidskaders en aan de andere kant de concrete beleidsuitvoering. De centrale overheid stelt globaal de beleidskaders vast waarbinnen het zelfstandige bestuursorgaan haar concrete bestuurlijke optreden vorm dient te geven. Op deze wijze blijft de vorming van beleid voorbehouden aan de centrale overheid, terwijl het zelfstandige bestuursorgaan de beleidsuitvoering voor haar rekening neemt;
- e. Het instellen van een zbo biedt mogelijkheden tot het inzetten van specifieke deskundigheid;
- f. Directe betrokkenheid van belanghebbenden en/of 'belangstellenden' bij de beleidsuitvoering is mogelijk.

Ad. 3 - Nadelen van zbo's

Als voornaamste nadelen van zbo's worden genoemd:

- a. Door opsplitsing van het bestuur in zelfstandig opererende eenheden vermindert de overzichtelijkheid van het bestuur; dit nadeel is echter geringer indien het gaat om een duidelijk herkenbare, specifieke taak;
- b. Door het ontbreken van ministeriële verantwoordelijkheid voor de concrete uitvoering valt een belangrijk instrument van publieke controle (politieke controle door de volksvertegenwoordiging) weg. In deze lacune zal door andere vormen van controle moeten worden voorzien: bestuursrechter, openbaarheid, Nationale ombudsman en Algemene Rekenkamer.

Laatstgenoemd bezwaar is inmiddels in belangrijke mate ondervangen. Besluiten van zbo's kunnen door de bestuursrechter worden getoetst. De Wet openbaarheid van bestuur (WOB) en de Wet Nationale ombudsman zijn inmiddels - via een verzamel-algemene maatregel van bestuur - van toepassing op een bonte verzameling zelfstandige bestuursorganen (Stb. 1993, 535; in werking getreden per 1 november 1993).

Al onttrekken de concrete activiteiten/besluiten van een zbo zich aan de ministeriële verantwoordelijkheid, de minister kan heel goed bevoegd worden gemaakt om *algemene* regels te stellen, c.q. aanwijzingen (instructies) te geven. Daarnaast kan voor bepaalde categorieën van besluiten een 'goedkeuringsrecht' worden toegekend aan de minister, voor nader te bepalen (categorieën) besluiten. Het is, kortom, mogelijk het juiste evenwicht te vinden tussen zelfstandigheid aan de kant van het zbo en controle en verantwoording aan de andere kant.

Ad. 4 - Zbo naast gedeconcentreerde dienst plaats zbo

Zelfstandige bestuursorganen verschillen van 'gedeconcentreerde rijksdiensten' als de inspectie ruimtelijke ordening, of de belastinginspectie. Gedeconcentreerde rijksdiensten zijn geografisch opgedeeld over het land en hebben feitelijk een zekere mate van zelfstandigheid. Niettemin vallen zij staatsrechtelijk gezien onder de verantwoordelijkheid van de betrokken ministers. Datzelfde geldt voor het Openbaar Ministerie (OM), waarvoor de minister van Justitie politiek verantwoordelijk is. Als het OM zou bepalen om het telen van nederviet niet langer te vervolgen, dan kan de minister daarvoor in het parlement ter verantwoording worden geroepen.

Kortom: bij een gedeconcentreerde dienst is sprake van geografische spreiding, met behoud van centrale sturing, dus met behoud van de ministeriële verantwoordelijkheid. Daarin verschilt zo'n dienst van een zbo.

Ad. 5 - Zbo naast agentschap

De vorming van een zelfstandig bestuursorgaan kan worden gezien als een vorm van externe, overwegend publiekrechtelijke, verzelfstandiging. Een minder vergaande vorm is *interne* verzelfstandiging. Dit houdt in de toekenning van een zekere mate van zelfstandigheid aan een overheidsdienst, terwijl deze in politiek-juridisch opzicht nog altijd deel blijft uitmaken van het desbetreffende departement. In dit verband spreekt men van agentschappen (J. van der Bij, Publiekrechtelijke verzelfstandiging: agentschap versus zelfstandig bestuursorgaan, Bestuurswetenschappen 1993/3, p. 97-107). Het instellen van een agentschap is een vorm van interne, publiekrechtelijke, verzelfstandiging. De instandhouding van de banden met de departementale organisatie houdt in, dat besluiten 'door' een agentschap namens en onder volledige verantwoordelijkheid van de minister worden genomen. (De rechtsfiguur van het mandaat past hierbij.) Doelstelling van het vormen van een agentschap is het verlenen van ruimte voor een meer 'bedrijfsmatig' functioneren. Aan het agentschap kan uitwerking worden gegeven door zelfbeheer en contractmanagement. De politieke en ambtelijke top van een departement sluit een contract met het management van een bepaalde overheidsdienst over de door de dienst te verrichten taken en de daartoe te besteden middelen. Binnen de contractvoorwaarden wordt aan het management overgelaten om de taken op een eigen wijze te vervullen.

Ad. 6 - Zbo naast privatisering

Zelfstandige bestuursorganen zijn voorbeelden van wat wij kunnen noemen externe publiekrechtelijke verzelfstandiging. Anders dan bij 'privatisering', waarbij taken naar de vrije markt worden overgebracht, is sprake van een reorganisatie in publiekrechtelijke sfeer, met behoud van de status van bestuursorgaan. Privatisering kan worden beschouwd als de meest vergaande vorm van verzelfstandiging, doordat de desbetreffende 'uitvoerende' instantie als zelfstandig privaatrechtelijk rechtspersoon los komt te staan van de overheid; de taak wordt overgeheveld naar 'de markt', en daarmee overwegend naar het terrein van het privaatrecht.

3.3 Bestuurders

De term 'bestuurders' kan uiteraard gebezigd worden als in het normale spraakgebruik. In het juridisch debat moeten we echter wat preciezer zijn, opdat we bevoegdheden en verantwoordelijkheden goed bepalen. Aan de hand van een zestal aspecten van dit begrip kunnen we – hopelijk – te gewenste scherpere bereiken. het betreft:

1. het onderscheid ambts – ambtsdrager;
2. het continuïteitsbeginsel;
3. het eenhoofdig ambt;
4. het meerhoofdig ambt;
5. het onderscheid met parlementariërs;
6. het onderscheid (?) met Raads- en Statenleden;
7. het onderscheid met ambtenaren.

Ad. 1 - Ambt en ambtsdrager scheiding functie en functionaris

De personen die ervoor zorgen dat bestuursorganen geen abstracties blijven, maar daadwerkelijk functioneren, zijn de 'bestuurders'. Door hen verkrijgen bestuursorganen vlees en bloed. Het is nodig de functie - het *ambt* - en de persoon of personen die het ambt vervullen - de *ambtsdragers* - uit elkaar te houden.

Ad. 2 - Continuïteitsbeginsel samenhang niet doorbreken

Ambten blijven, personen komen en gaan. In hoeverre zijn nieuwe bestuurders, andere personen, gebonden aan besluiten van voorgangers? In hoeverre is het ambt gebonden? Uitgangspunt in ons bestuur is het 'continuïteitsbeginsel'. Voor bekleders van een ambt geldt: vroegere besluiten worden geacht te zijn (over)genomen door de huidige ambtsdrager(s). Dit neemt niet weg dat er binnen de grenzen van behoorlijk bestuur - denk aan beginselen van rechtszekerheid en zorgvuldigheid - wel ruimte is om beleid bij te stellen. Dit kan echter niet zonder meer vanuit de gedachte 'nieuwe bezems vegen schoon' of 'wij beginnen vanaf nul'.

Ad. 3 – Het eenhoofdig ambt: individuele verantwoordelijkheid

inhoud functie en bevoegdheden

Vooraf bij een eenhoofdig ambt is het wel eens moeilijk te onderscheiden tussen ambt en persoon. 'De burgemeester van Enschede' (het ambt) en 'de heer Mans' (de persoon) lijken nu eenmaal erg op elkaar. Het burgemeesterschap is echter mede zo'n begeerde functie, omdat de burgemeester niet alleen lid (tevens voorzitter) is van het college van B en W, maar ook zelf - op grond van de Gemeentewet - een bestuursorgaan. De burgemeester van Enschede – om maar bij het voorbeeld te blijven - beschikt immers over een aantal eigen bevoegdheden (onder meer op het terrein van de openbare orde en veiligheid; denk aan het desnoods verbieden van een wedstrijd betaald voetbal). De bevoegdheden die tot deze functie behoren, kunnen daarom zondig ook door een loco-burgemeester (een wethouder die tot taak heeft de burgemeester zondig te vervangen) worden uitgeoefend. De positie van de commissaris der Koning (CdK) bij een provincie is in dit opzicht vergelijkbaar. Zowel burgemeester als CdK zijn overigens wel (individuele) verantwoording schuldig aan gemeenteraad respectievelijk provinciale staten voor de uitoefening van eigen bevoegdheden.

Soms is de vermenging tussen ambt en persoon problematisch: voormalig minister Peper van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksaangelegenheden was verantwoordelijk voor de integriteit van het openbaar bestuur terwijl hijzelf – in zijn vorige functie als burgemeester van Rotterdam- ter verantwoording werd geroepen voor zijn functioneren (met name zijn declaratiegedrag).

Ministeriële verantwoordelijkheid

Op het niveau van de rijksoverheid ligt het zwaartepunt van het bestuur bij de minister, eveneens een eenhoofdig ambt. Een deel van de taak van de minister kan aan een staatssecretaris worden overgelaten, die vervolgens - overigens met behoud van de verantwoordelijkheid van de minister - een eigen politieke verantwoordelijkheid heeft tegenover het parlement (art. 46, tweede lid, Grondwet). Korthedshalve spreken wij uitsluitend over de minister. Uitgangspunt van het bestuur op rijksniveau is geen collegiaal, maar individueel bestuur. De minister is zelf een bestuursorgaan; hij geeft leiding aan een departement en is dus hoofd van alle daartoe behorende ambtenaren. Daarbij past het uitgangspunt van de individuele

ministeriële verantwoordelijkheid. De minister moet zich tegenover het parlement verantwoorden voor het door hem gevoerde beleid. Hij kan zich niet verschuilen achter besluitvorming in de ministerraad. De ministerraad is in formele zin het overlegorgaan waarin de hoofdlijnen van het kabinetsbeleid worden besproken. Afhankelijk van het bredere belang van een bepaald onderwerp kan de politieke verantwoordelijkheid worden uitgebreid tot meer ministers, of tot het gehele kabinet (kabinetskwestie). Uitgangspunt is echter de individuele ministeriële verantwoordelijkheid. Het behoort tot het ongeschreven staatsrecht dat een minister die niet langer het vertrouwen geniet van de volksvertegenwoordiging, ontslag moet nemen. Denk aan het aftreden van de ministers Hirsch Ballin en Van Thijn naar aanleiding van de 'IRT-affaire' (Interregionaal Recherche-team) en aan het aftreden van staatssecretaris Linschoten vanwege de 'CTSV-kwestie' (College van Toezicht voor de Sociale Verzekeringen). Ook het voortijdig opstappen van minister Peper moet in dit licht worden gezien. Deze bewindspersonen hadden al eerst zelf de conclusie getrokken dat een onbelemmerd politiek functioneren niet langer tot de mogelijkheden behoorde. In de 'kwestie Peper' kreeg de Kamer al evenmin de kans om het vertrouwen in de minister op te zeggen; voor de materie in de Tweede Kamer aan de orde kwam, was Peper al opgestapt.

Ad. 4 – Het meerhoofdig ambt: collegiale verantwoordelijkheid collegiaal bestuur

Door het college van B en W naast de burgemeester te plaatsen wordt duidelijk, dat een ambt meerhoofdig dan wel eenhoofdig kan zijn. Bij de gemeenten en de provincies berust het zwaartepunt van het dagelijks bestuur bij meerhoofdige bestuursorganen, de colleges van B en W respectievelijk van GS. Uitgangspunt is hier collegiaal bestuur. Juridisch gezien is een wethouder of een gedeputeerde uitsluitend verantwoording verschuldigd voor het 'door het college' gevoerde beleid (art. 169 Gemeentewet; art. 166-167 Provinciewet). Een wethouder of gedeputeerde heeft op grond van de taakverdeling binnen het college wel een eigen portefeuille, waarop hij als eerste aanspreekbaar is. Gaat er binnen die portefeuille iets helemaal mis, dan neemt - of krijgt - de betrokken wethouder daarvoor de primaire politieke verantwoordelijkheid.

In uitzonderlijke situaties zal het college als geheel ook politiek verantwoordelijk worden gehouden, hetgeen tot het opzeggen van vertrouwen in het college kan leiden. Nadat de gemeente Emmen in een diepe bestuurlijke crisis terecht was gekomen, is het gehele college - inclusief de burgemeester - opgestapt. Is sprake van een meer afgebakende bestuurlijke kwestie, dan verhindert de uiteindelijke collegiale verantwoordelijkheid niet dat (slechts) de eerstverantwoordelijke wethouder vertrekt. Zo trad een Haagse wethouder van cultuur af wegens een groot tekort bij het gemeentemuseum en stapte een Rotterdamse wethouder van sociale zaken op wegens het niet publiceren van een onderzoek naar de omvang van de bijstandsfraude in zijn gemeente.

De gekozen dagelijks bestuurders van gemeenten en provincies (wethouders, gedeputeerden) kunnen wegens gebrek aan vertrouwen door de organen aan wie zij zich hebben te verantwoorden - gemeenteraad, Provinciale Staten - worden ontslagen. In Gemeente- en Provinciewet is deze 'vertrouwensregel' met zoveel woorden neergelegd (art. 49 Provinciewet; art. 49 Gemeentewet). Voor de door de Kroon (regering) benoemde dagelijks bestuurders bij gemeente en provincie - de CdK, de burgemeester - geldt de vertrouwensregel formeel niet; wel hebben zij zich tegenover raad c.q. staten te verantwoorden. Bij een vertrouwensbreuk zal de regering tot ontslag over kunnen gaan.

Ad. 5 - Parlementariërs zijn geen bestuurders

Het parlement opereert enerzijds - als het gaat om verantwoording door de ministers - als controleur van de regering, anderzijds ook als medewetgever. De parlementariërs zijn daarmee, anders dan de ministers en staatssecretarissen, geen 'bestuurders'. De beide Kamers der Staten-Generaal zijn geen bestuursorganen, zoals uitdrukkelijk in de Awb aangegeven (art. 1:1, lid, onder b).

Ad. 6 - Raads- en statenleden: wel bestuurders

Dit is anders bij de gemeenteraad en bij Provinciale Staten. De Gemeente- en Provinciewet hanteren immers een 'monistisch' bestuursstelsel, waarin het zwaartepunt bij de raad en de staten ligt. Indicatief daarvoor is, dat wethouders en gedeputeerden (nog?) niet alleen door, maar ook vanuit de raad respectievelijk staten worden gekozen. Gemeenteraad en Provinciale Staten zijn zelf ook bestuursorganen. Raads- en statenleden kunnen daarom - anders dan parlementariërs - wél als 'bestuurders' worden aangeduid. Zij zijn echter geen dagelijks bestuurders.

Ad. 7 - Bestuurders zijn geen ambtenaren

Bestuurders zijn geen ambtenaren. Als het goed is, kun je dat - bij een goede bestuurder - ook aan de bestuursstijl merken. Daar gaat het ons nu echter niet om. De rechtspositie van bestuurders is voor wat betreft salaris, pensioen, en dergelijke als (verbeterd) 'ambtelijk' te kwalificeren. Maar bestuurders zijn

geen ambtenaren in de zin van Ambtenarenwet. Zij zijn zelf 'de baas' en verkeren dus niet in de voor een ambtenaar kenmerkende ondergeschikte positie. Nu iets over echte ambtenaren.

3.4 Ambtenaren

omschrijving

Uitvoerige behandeling van het ambtenarenrecht, op zichzelf een belangrijk deel terrein van het bestuursrecht, past niet in de opzet van dit boek. Wij beperken ons tot een enkele opmerking. Om te weten te komen wat een 'ambtenaar' is, moeten wij de Ambtenarenwet (Aw.) raadplegen. Een ambtenaar is in de zin van deze wet 'degene die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn' (art. 1 Aw). Alle diensten en bedrijven die door de Staat en de openbare lichamen worden beheerd, behoren tot de openbare dienst. Degenen die zijn aangesteld via een arbeidscontract naar burgerlijk recht ontberen de status van ambtenaar. Kenmerkend voor de aanstelling van een ambtenaar is nu juist dat hij bij beschikking wordt aangesteld (art. 1:3 lid 2 Awb).

Voor een goed begrip van de ambtelijke functie is het zaak wat nader in te gaan op:

1. de ambtelijke rechtspositie;
2. de toepasselijkheid van grondrechten.

Ad. 1 – De ambtelijke rechtspositie

speciale regeling

Van oudsher is de rechtspositie van de ambtenaar op een speciale manier geregeld. De achtergrond daarvan was de gedachte, dat een ambtenaar eenzijdig, bij beschikking, is aangesteld en in een ondergeschiktheidsrelatie tot bestuurders verkeert. In die zin is sprake van een 'zwakke' positie. Vandaar dat, ter compensatie, een aparte regeling van de materiële rechtspositie van de ambtenaar (ontslagbescherming, wachtgeldregelingen en dergelijke) en ook speciale rechtsbescherming (via de ambtenarenrechter) gerechtvaardigd werd geacht.

Tegenwoordig is de tendens, dat de rechtspositie van ambtenaren steeds meer gelijk wordt getrokken met die van werknemers in de particuliere sector. Dat heeft te maken met de opvatting dat de positie van ambtenaren toch niet zo 'zwak' is, met de wens uit sociaal oogpunt overheidspersoneel en particulier personeel zoveel mogelijk gelijk te behandelen, en ook met de noodzaak de overheidsuitgaven op dit terrein te beperken. In de materiële sfeer blijkt de afbouw van de bijzondere ambtenarenpositie bijvoorbeeld uit het feit dat speciale wachtgeld- en arbeidsongeschiktheidsregelingen hoe langer hoe meer gelijk worden gesteld met 'gewone' uitkeringen.

De rechtsbescherming van een ambtenaar verschilt in organisatorische zin nog steeds van die van een arbeidscontractant bij de overheid. Laatstgenoemde zal zich in geval van een arbeidsconflict moeten wenden tot de gewone rechter (namelijk de kantonrechter). De bij beschikking - dus: bij besluit - aangestelde ambtenaar kan een besluit dat zijn rechtspositie raakt als belanghebbende aanvechten bij de bestuursrechter. Organisatorisch is dat, in eerste aanleg, niet langer het ambtenarenrecht, maar de rechtbank (sector bestuursrecht). Hoger beroep in ambtenarenzaken staat open bij de Centrale Raad van Beroep.

Ad. 2 - Ambtenaar en grondrechten

gelijkschakeling

Ook op immaterieel terrein is gelijkschakeling gaande. Een illustratie daarvan biedt het thema ambtenaar en *grondrechten*. In de klassieke benadering werd de positie van de ambtenaar dusdanig speciaal geacht, dat voor een ambtenaar in beginsel geen aanspraak zou kunnen bestaan op de uitoefening van grondrechten (zoals de vrijheid van meningsuiting). De huidige benadering gaat ervan uit, dat een ambtenaar (in functie) in beginsel *wel* aanspraak kan maken op grondrechten, tenzij... Het 'tenzij' betreft de - in de wet aan te geven - beperking dat diens speciale positie ongehinderd genot van een grondrecht zou verhinderen. Zo ligt het voor de hand dat de vrijheid van meningsuiting gelet op de aard van de ambtelijke functie bepaalde beperkingen kent.

Ook de ontwikkeling van het stakingsrecht voor ambtenaren past in de tendens naar 'gelijke behandeling'. Aanvankelijk was het uitgangspunt: 'niet staken, tenzij...'. Tegenwoordig gaat de rechter uit van het adagium 'staken mag, tenzij...' (de openbare dienst ernstig wordt ontwricht; zulks ter beoordeling van de rechter).

3.5 Bestuursbevoegdheden: waar vandaan?

bronnen

Wij kennen nu enkele hoofdlijnen van de bestuurlijke organisatie. De eenheden daarbinnen willen uiteraard ook graag iets te besturen hebben. Daarin krijgen zij echter niet de vrije hand. Voor zover besturen het nemen van bindende beslissingen inhoudt, dient daarvoor een *bevoegdheid in de wet* aanwijsbaar te zijn. In het eerste hoofdstuk hebben wij immers vastgesteld, dat besturen op grond van het tot de rechtsstaatsidee behorende legaliteitsbeginsel steeds een wettelijke grondslag behoeft. Naar geldend recht wordt van dat uitgangspunt slechts bij hoge uitzondering afgeweken, namelijk daar waar een bestuursbevoegdheid weliswaar niet op een expliciete wettelijke bepaling kan worden teruggevoerd, maar wel kan worden herleid tot een 'publieke taak'. (De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State inzake de Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers (30 november 1995, de Gemeentestem 7024, 4) is een van de zeldzame voorbeelden van toepassing van het publieke taakcriterium. Zie daarover nader hoofdstuk 4.)

wettelijke grondslag

Als hoofdregel moeten wij derhalve op zoek naar een wettelijke grondslag voor een concrete bestuursbevoegdheid. Wij verstaan onder een bevoegdheid om te 'besturen' weer een bestuurlijke activiteit die niet typisch tot regelgeving, of tot geschilbeslechting, behoort. Wij hebben gezien dat binnen de bestuurlijke organisatie bevoegdheden om te besturen worden toegekend aan eenheden die wij *bestuursorganen* kunnen noemen. Hoe komen bevoegdheden voor bestuursorganen nu tot stand? Wat zijn, anders gezegd, de '*bronnen*' van bestuursbevoegdheden? Het kan zijn, dat de wet rechtstreeks een bevoegdheid toekent aan een bestuursorgaan ('attributie'). Het kan echter ook zo zijn, dat het 'ontvangende' orgaan een bevoegdheid weer doorgeeft aan een ander ('delegatie'). Voorts komt het veelvuldig voor, dat een bevoegdheid niet 'echt' wordt doorgegeven, maar namens een bestuursorgaan door een ander wordt uitgeoefend ('mandaat'). Deze drie rechtsfiguren nemen wij nu (in resp. § 3.5.1, § 3.5.2 en § 3.5.3) onder de loep.

3.5.1 Attributie

Kenmerkend voor attributie is, dat de wet een publiekrechtelijke bevoegdheid in het leven roept en rechtstreeks toedeelt aan een bestuursorgaan. Attributie houdt het scheppen van een nieuwe bevoegdheid in. Het kan daarbij gaan om regelgeving en bestuur, maar evenzeer om het toedelen van de bevoegdheid tot het verrichten van feitelijke handelingen. Op vier punten willen we hier kort stilstaan:

1. attributie bij algemeen verbindend voorschrift;
2. attributie aan een ambtenaar;
3. algemene en bijzondere aanwijzingen;
4. nieuwe voorstellen in de vierde tranche van de Awb.

Ad. 1 - Attributie bij algemeen verbindend voorschrift toekenning bevoegdheden

Als wij zeggen dat 'de wet' een bevoegdheid toekent, welke wetten bedoelen wij dan? Welke wetgever is bij machte te attribueren? Het globale antwoord daarop luidt, dat attributie kan plaatsvinden bij wet in materiële zin, bij algemeen verbindend voorschrift. Zowel hogere als lagere wetgevers kunnen attributie van een bestuursbevoegdheid bewerkstelligen. Zo kan de 'parlementaire' wetgever (regering en parlement) bij wet een bevoegdheid toekennen aan een bestuursorgaan. Hetzelfde kan - op rijksniveau - ook geschieden bij een lagere regeling (algemene maatregel van bestuur, ministeriële regeling). Om de regels op elkaar aan te laten sluiten hebben wij wel de staatsrechtelijke afspraak gemaakt dat de lagere regels zijn afgeleid van de hogere ('lex superior derogat lex inferior').

Bijvoorbeeld: rijden onder invloed is in art. 8 van de Wegenverkeerswet 1994 verboden gesteld; art. 163 voegt daar de plicht aan toe om mee te werken aan een blaastest of bloedproef. Art. 163, lid 10, van de wet verschaft de bevoegdheid om bij algemene maatregel van bestuur (amvb) nadere regels te stellen over de wijze waarop deze proeven worden afgenomen. Dat is gebeurd in het Besluit alcoholonderzoeken (Stb. 1994, 815). Dit besluit verschaft, in art. 11, aan de minister (van Justitie) de bevoegdheid nog weer nadere regels te stellen ten aanzien van de uitvoering van deze onderzoeken; een dergelijke regeling heeft de status van een ministeriële regeling. Aldus dalen wij via delegatie van wetgevende bevoegdheden van een wet in formele zin (een 'parlementaire' wet), via een amvb af naar een ministeriële regeling. Aldus is de wetgevende bevoegdheid netjes geregeld. Elk van deze drie typen wetgeving (wet in formele zin, amvb, ministeriële regeling) kan bestuurlijke bevoegdheden attribueren. Zo bepaalt het Besluit alcoholonderzoeken, dat de minister van Justitie de geldigheidsduur bepaalt van de

goedkeuring van apparatuur die voor adem-analyse mag worden gebruikt. Hier zien wij, dat een amvb een bestuurlijke bevoegdheid toekent aan een minister; dit is een voorbeeld van attributie vanuit een amvb. In art. 163, lid 1, Wegenverkeerswet 1994 vinden wij eveneens een voorbeeld van attributie van een bevoegdheid (in de opsporings sfeer). Hier wordt namelijk aan de opsporingsambtenaar de bevoegdheid toegekend om van een bestuurder van een voertuig de medewerking aan een blaastest te vorderen. Dit is een voorbeeld van attributie uit een wet in formele zin.

Het gegeven dat attributie van een bestuurlijke bevoegdheid kan geschieden bij algemeen verbindend voorschrift brengt mee, dat ook in door een lagere overheid vastgestelde algemeen verbindende voorschriften bestuurlijke bevoegdheden geschapen kunnen worden. Een voorbeeld: in een Algemene Plaatselijke Verordening, een door de raad vastgestelde gemeentelijke verordening, wordt aan het college van B en W de bevoegdheid verschaft om gevaarlijke honden te laten muilkorven.

Ad. 2 - Attributie aan een ambtenaar spanningsveld

Attributie van een bestuursbevoegdheid geschiedt doorgaans aan een bestuursorgaan. Sommige bevoegdheden worden door de wet echter rechtstreeks toegekend aan een ambtenaar. Resultaat daarvan is, dat de ambtenaar, voor zover hij de aan hem toegekende bevoegdheid uitoefent, zelfs als het bevoegde bestuursorgaan (in de zin van de Awb) moet worden beschouwd. In een bestuursrechtelijke procedure zal de ambtenaar voor de rechter in zijn hoedanigheid van bestuursorgaan een door hem genomen besluit moeten verdedigen. Desondanks blijft hij ambtenaar en blijft hij ondergeschikt aan zijn politiek-bestuurlijke superieuren. De redenering daarachter is, dat attributie van een specifieke bevoegdheid aan een ambtenaar de hiërarchische relatie waarin deze verkeert op zich niet doorbreekt. Hier treedt een lastige spanning op.

Ad. 3 - Algemene en bijzondere aanwijzingen

Dat bleek bijvoorbeeld in de zaak rond de belastingaanslag van voormalig TV-presentator Wibo van der L. In art. 11, lid 1, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen is aan de belastinginspecteur de bevoegdheid toegekend om de aanslag vast te stellen. Deze attributie doorbreekt de ondergeschiktheidsrelatie met de politieke 'baas', de staatssecretaris van financiën, niet. De toenmalige staatssecretaris gaf de inspecteur opdracht de aanslag van Van der L. anders vast te stellen. Los van de politieke opportuniteit van deze handelwijze, was juridisch relevant of de staatssecretaris hiertoe bevoegd was. Onomstreden is, dat de staatssecretaris zogeheten *algemene aanwijzingen* aan de belastinginspecteurs mag geven. Dat gebeurt met de regelmaat van de klok, in de vorm van circulaire. Maar in dit geval werd een instructie in een concreet geval gegeven, een (overigens in meerdere betekenissen) *'bijzondere' instructie*. Dat riep de vraag op of zo de zelfstandige bevoegdheidsuitoefening door de inspecteur niet op onaanvaardbare wijze werd doorkruist. Om kort te gaan: de meerderheidsopvatting van ter zake geraadpleegde bestuursjuristen was, dat de bevoegdheid van de staatssecretaris tot het geven van een bijzondere aanwijzing wel aanwezig was. De wetgever had de bevoegdheid immers aan de inspecteur geattribueerd, wetende dat deze een ondergeschikte positie inneemt. Let wel: de bijzondere instructies kunnen door de politieke superieur desnoods met disciplinaire maatregelen worden afgedwongen. Zo kan deze uiteindelijk zijn zin krijgen. Wat echter op grond van de wet niet kan is het zelf, als staatssecretaris, vaststellen van een omstreden aanslag. Daartoe ontbreekt de wettelijke bevoegdheid immers. Uiteraard geldt voor de staatssecretaris ten aanzien van zijn handelen wel de politieke verantwoordelijkheid ten aanzien van de volksvertegenwoordiging.

Ad. 4 – Voorstellen vierde tranche Awb

In het Voorontwerp van de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht staan twee artikelen over attributie. Deze twee artikelen zullen de in te voegen afdeling 10.1.3. (na mandaat en delegatie!) gaan vormen.

Artikel 10.1.3.1 gaat over het (kunnen) geven van algemene en bijzondere aanwijzingen aan *ondergeschikten*: 'Indien een bevoegdheid is toegedeeld aan een persoon of college, werkzaam onder de verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, kan dit bestuursorgaan per geval of in het algemeen instructies geven ter zake van de uitoefening van die bevoegdheid'. Hiermee wordt in de toekomst wettelijk geregeld dat algemene en bijzondere aanwijzingen kunnen worden gegeven door politieke verantwoordelijke bestuursorganen. De ondergeschiktheidsrelatie wordt derhalve door deze regeling niet doorbroken. Wellicht ten overvloede zij opgemerkt dat het bij de categorie 'werkzaam onder verantwoordelijkheid van' nooit kan gaan om zelfstandige bestuursorganen.

Artikel 10.1.3.2. regelt de inlichtingenplicht ten aanzien van een geattribueerde bevoegdheid. Het voegestelde artikel luidt: 'Degene aan wie een bevoegdheid is toegeëld, verschaft het bestuursorgaan onder wiens verantwoordelijkheid hij werkzaam is, op diens verzoek inlichtingen over de uitoefening van de bevoegdheid'. Hiermee wordt nog eens extra de hiërarchische relatie tussen geattribueerde en bestuursorgaan benadrukt.

Overigens blijft, evenals dat bij delegatie, voorop staan dat het verantwoordelijke bestuursorgaan, onder wiens hoede de ambtenaar werkt die over een geattribueerde bevoegdheid beschikt, niet zelf die bevoegdheid kan gaan uitoefenen.

3.5.2 Delegatie

kenmerken

De term 'delegatie' wordt veelvuldig toegepast in 'organisatiekundige' discussies. Taken en bevoegdheden moeten 'laag in de organisatie' worden gedelegeerd en medewerkers moeten door 'maximale' delegatie zoveel mogelijk 'eigen verantwoordelijkheid' hebben, zo heet het dan. Bij dergelijke discussies is vanuit bestuursjuridisch opzicht niet altijd even duidelijk welke betekenis wordt toegekend aan het begrip 'delegatie'. Toch is duidelijkheid daarover wel nodig. De uitoefening van bestuurlijke taken gaat immers gepaard met het nemen van beslissingen die de rechtspositie van burgers beïnvloeden. Daarom is het nodig nauwkeurig vast te stellen of daartoe een bevoegdheid aanwezig is en of die bevoegdheid ook door de juiste personen (bestuurders, ambtenaren) wordt uitgeoefend. Het openbaar bestuur kan zich niet veroorloven op een slordige wijze om te gaan met de verdeling van bevoegdheden. Delegatie en ook mandaat (zie hierna) moeten op een duidelijke wijze worden geregeld. We zullen hierna proberen de term delegatie wat scherper te omschrijven (zie Ad. 1). Vervolgens gaan we nog in op delegatie aan ondergeschikten (Ad. 2), het vereiste van een wettelijke grondslag (Ad. 3), op het verlies van bevoegdheid bij delegatie (Ad. 4) en op de (resterende) invloedsmogelijkheden van de delegans (hij die delegeert – Ad. 5).

Ad. 1 – delegatie gedefinieerd

definitie

Wanneer wij hier spreken van 'delegatie' dan bedoelen wij daarmee delegatie in de bestuursrechtelijke zin van het woord, een rechtsfiguur met een aantal eigen kenmerken. Voor een omschrijving van het begrip kunnen wij te rade gaan bij de Awb. Art. 10:13 Awb geeft de volgende begripsbepaling: 'Onder *delegatie* wordt verstaan: *het overdragen door een bestuursorgaan van zijn bevoegdheid tot het nemen van besluiten aan een ander die deze onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent*'.

Het overdragende orgaan noemen wij de 'delegans', het ontvangende orgaan 'delegataris'.

Uit de definitie blijkt in de eerste plaats, dat sprake is van overdracht door een bestuursorgaan van 'zijn' bevoegdheid. Dit vooronderstelt, dat het overdragende orgaan die bevoegdheid allereerst heeft verkregen. Aan delegatie gaat dus attributie vooraf. Eerst moet de wet een bestuursbevoegdheid aan een orgaan hebben toegekend. Pas dan is overdracht mogelijk. Eventueel kan een orgaan 'zijn' bevoegdheid niet rechtstreeks uit de wet hebben verkregen, maar door delegatie; dan spreken wij van 'subdelegatie'. In dat geval wordt een bevoegdheid ten tweede male ge(sub)delegeerd. Hoe dan ook: een orgaan moet wel eerst op de juiste wijze een bevoegdheid toebedeeld hebben gekregen, om deze door te kunnen geven. In een enkel geval maakt een wet het mogelijk, dat een orgaan niet een eigen bevoegdheid overdraagt aan een ander, maar een bevoegdheid van een ander orgaan aan een derde. Denk aan de delegatie door de gemeenteraad (delegans) aan een gemeenteambtenaar (delegataris, de 'derde') van een bevoegdheid die aan B en W toekomt. Op die situatie zijn de 'normale' delegatieregels van overeenkomstige toepassing (art. 10:20 Awb).

Ten tweede blijkt, dat delegatie de overdracht tot het nemen van *besluiten* betreft. Hiervoor moeten wij weer lezen: besluiten in de zin van de Awb. Het gaat dus om de bevoegdheid om publiekrechtelijke rechtshandelingen te verrichten.

Ten derde is een wezenskenmerk van delegatie dat sprake is van een zodanige overdracht van een bevoegdheid, dat het ontvangende orgaan de bevoegdheid *onder eigen verantwoordelijkheid* uitoefent. Er is dus sprake van het overhevelen van bevoegdheid plus verantwoordelijkheid. Daarin verschilt delegatie van mandaat.

Ad. 2 - Delegatie aan niet-ondergeschikten niet delegeren aan onder- geschikte

Delegatie houdt in overdracht van een bevoegdheid aan 'een ander'. Aan wie? In ieder geval niet aan een ondergeschikte, aldus expliciet art. 10.14 Awb. Waarom? Omdat delegatie aan een ondergeschikte, net als bij attributie aan een ondergeschikte, een gewrongen constructie oplevert. Zie de in de vorige paragraaf besproken problematiek (de gespleten positie van de belastinginspecteur met een geatribueerde bevoegdheid tot het vaststellen van een aanslag). Om parallele problemen bij delegatie aan een ondergeschikte voortaan te voorkomen, introduceert de Awb een verbod op deze voorheen rechtens wel aanvaarde constructie.

Delegatie is derhalve uitsluitend mogelijk aan 'niet-ondergeschikten'. Wie komen daarvoor in aanmerking? Bijvoorbeeld zelfstandige bestuursorganen, of andere ('a'- dan wel 'b'-) organen. Zo kan de minister van OCW - mits de wet hem dat toestaat - besluiten om een hem door de wet toegekende bevoegdheid op het terrein van de studiefinanciering niet zelf uit te oefenen, maar over te dragen aan het zelfstandig bestuursorgaan Informatie Beheer Groep. Of een gemeente kan bijvoorbeeld besluiten om de afgifte van huisvestingsvergunningen te delegeren aan de plaatselijke Stichting Woonruimteverdeling, een samenwerkingsverband van woningbouwcorporaties dat als bestuursorgaan (een 'b-orgaan') kan worden aangemerkt.

Ad. 3 - Delegatie behoeft een wettelijke grondslag belangrijke voorwaarde

Duidelijk is, dat de uitoefening van bestuurlijke bevoegdheden door toepassing van delegatie drastisch verandert. De door de wet aanvankelijk opgezette bevoegdheidsstructuur wordt doorbroken; het patroon van wettelijke bevoegdheden komt er anders uit te zien. Dit is juridisch alleen aanvaardbaar, indien de wetgever zelf met de optie van delegatie rekening heeft willen houden. Een belangrijke voorwaarde voor delegatie is daarom, dat de wet de grondslag voor delegatie moet bevatten. Deze algemene eis is thans neergelegd in art. 10:15 Awb: '*delegatie geschiedt slechts indien in de bevoegdheid daartoe bij wettelijk voorschrift is voorzien*.' De Awb eist een grondslag in een 'wettelijk voorschrift', hetgeen weer gelijk kan worden gesteld met een algemeen verbindend voorschrift. Een regeling met de status van een algemeen verbindend voorschrift moet de mogelijkheid bieden van delegatie. Ontbreekt zo'n wettelijke grondslag en wordt niettemin gedelegeerd, dan is de delegatieconstructie niet op rechtmatige wijze tot stand gekomen. Besluiten die op basis van zo'n gebrekkige delegatie tot stand zijn gekomen, zullen dan ook door de rechter onrechtmatig worden geacht en zijn rijp voor vernietiging.

Ad. 4 - Delegans is bevoegdheid kwijt onherroepelijk

Als een bestuursorgaan een bevoegdheid heeft gedelegeerd, dan kan hij deze niet meer zelf uitoefenen (art. 10:17 Awb). Hij is de bevoegdheid kwijt. Zo zal de gemeente die - zie het zojuist geven voorbeeld - de bevoegdheid heeft overgedragen om huisvestingsvergunningen af te geven en van mening is dat alleenstaanden nu te veel achter het net vissen bij de verdeling van woonruimte, niet kunnen besluiten om die vergunningen dan maar zelf af te geven. Of stel: de minister van OCW heeft de bevoegdheid om de PC Hooft-prijs voor literatuur uit te reiken gedelegeerd aan de Stichting Fonds voor de Letteren. Gegeven deze delegatie kon de minister niet besluiten om de dreigende uitreiking van deze prijs aan een omstreden literator als Hugo Brandt Corstius te verhinderen door de prijs dan maar zelf aan een ander (Leni Saris?) uit te reiken.

Ad. 5 - Invloed op de gedelegeerde mogelijkheden

Houdt delegatie nu in, dat de delegans iedere mogelijkheid tot beïnvloeding van de gedelegeerde (de delegataris) uit handen geeft? Nee, zo ver gaat het niet.

Wel is mogelijk:

- het maken van een 'voorbehoud' bij delegatie: de delegans behoudt zichzelf uitdrukkelijk een deel van de bevoegdheid voor; er is nu sprake van partiële, of geclausuleerde, delegatie;
- het (geheel of ten dele) 'intrekken' van delegatie (art. 10.18 Awb);
- het uitoefenen van invloed door het formuleren van beleidsregels (art. 10.16, lid 1- zie ook art. 4:81 lid 1 Awb);
- het vragen van verantwoording aan de delegataris; deze is namelijk verplicht om inlichtingen te verstrekken aan de delegans over de bevoegdheidsuitoefening (art. 10.16, lid 2, Awb).

3.5.3 Mandaat

geen overdracht van bevoegdheid

Een overeenkomst tussen delegatie en mandaat is, dat een toegekende bevoegdheid niet door het bestuursorgaan zelf wordt uitgeoefend, maar door een ander. Een wezenlijk verschil is echter, dat bij mandaat - anders dan bij delegatie - geen werkelijke overdracht van een bevoegdheid plaatsvindt. Mandaat houdt in, dat een bestuursbevoegdheid niet door het orgaan dat de bevoegdheid 'bezit' zelf wordt uitgeoefend, maar door een ander. Het gaat derhalve om het door een ander (laten) uitvoeren van een bevoegdheid. In Awb-terminen wordt onder mandaat verstaan: '*de bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan besluiten te nemen*' (art. 10:1). Het orgaan dat het mandaat verleent noemen wij de mandaatgever (ook wel: 'mandans'), degene die het mandaat ontvangt duiden wij aan als de gemandateerde (of: 'mandataris').

besluiten namens bestuursorganen

Door te spreken van 'in naam van' wordt duidelijk, dat besluiten namens het bestuursorgaan worden genomen. Het besluit zoals dat naar buiten wordt gebracht moet ook aangeven namens welk bestuursorgaan het in mandaat genomen besluit is genomen (art. 10:10 Awb). De bevoegdheid blijft dus waar hij is: van een verschuiving van bevoegdheid, laat staan van verantwoordelijkheid, is geen sprake. Het is mogelijk niet alleen de bevoegdheid om zaken af te doen te mandateren ('afdoeningsmandaat'), maar daaraan gekoppeld ook de bevoegdheid om de besluiten te ondertekenen ('ondertekeningsmandaat'; zie art. 10:11 Awb, let ook op de daar gemaakte uitzonderingen voor de gevallen waarin de wet of de aard van de bevoegdheid zich tegen ondertekeningsmandaat verzetten). Als het college van B en W de bevoegdheid te beslissen op bouw aanvragen voor garages bij woonhuizen aan de directeur van de gemeentelijke Bouwdienst mandateert, kan daaraan dus het mandaat worden verbonden om die beslissing zelf te ondertekenen ('namens het college van Burgemeester en Wethouders: de directeur van de Bouwdienst'). Als de ondertekeningsbevoegdheid niet is overgelaten, dan wordt de beslissing feitelijk door de directeur afgedaan, maar vindt ondertekening op de gebruikelijke wijze plaats (door burgemeester en gemeentesecretaris).

We zullen nu achtereenvolgens nog stilstaan bij enkele specifieke onderwerpen inzake mandaat, te weten:

1. het mandaat om *besluiten* te nemen;
2. de (niet vereiste!) wettelijke grondslag voor mandaat;
3. algemene grenzen aan de toelaatbaarheid van mandaat;
4. algemeen en bijzonder mandaat;
5. het geven van instructies;
6. zelf blijven beslissen door de mandans;
7. ondermandaat;
8. mandaat aan niet-ondergeschikten.

Ad. 1 - Mandaat om besluiten te nemen

In naam van een bestuursorgaan worden *besluiten* genomen, dus weer: beslissingen genomen, met als inhoud publiekrechtelijke rechtshandelingen. Zo kan een college van B en W in een mandaatbesluit neerleggen, dat beslissingen over kapvergunningen namens het college door de directeur van de gemeentelijke milieudienst mogen worden afgehandeld. Dit is een voorbeeld van het mandateren van de bevoegdheid een 'besluit' te nemen. Als de directeur, met juiste gebruikmaking van zijn mandaat, een beslissing neemt over een aanvraag voor een kapvergunning, dan geldt dit als een besluit van de mandaatgever (het college van B en W); zie uitdrukkelijk art. 10:2 Awb.

Als niet het nemen van besluiten in het geding is, maar de bevoegdheid om privaatrechtelijke rechtshandelingen of 'andere' handelingen (feitelijke handelingen) te verrichten, dan moeten de mandaatregels - zoals die voor het nemen van besluiten in de Awb zijn geformuleerd - overeenkomstig worden toegepast (art. 10:12 Awb). Denk aan de bevoegdheid om overeenkomsten te sluiten over de aankoop van gemeentelijke grond (privaatrechtelijke rechtshandelingen), respectievelijk aan het selectief spuiten met chemische onkruidbestrijdingsmiddelen op bepaalde verharde oppervlakten door de gemeentelijke milieudienst (feitelijk handelen).

Ad. 2 - Mandaat behoeft geen wettelijke grondslag

Nu de door de wetgever aanvankelijk toebedeelde bevoegdheden niet verschuiven, is er - in tegenstelling tot delegatie - geen noodzaak om voor de mogelijkheid van mandaat een uitdrukkelijke grondslag in de wet te verlangen. Uitgangspunt in het bestuursrecht is dan ook al lange tijd, dat mandaat op zichzelf - zonder uitdrukkelijke toestemming uit de wet - is toegelaten.

Ad. 3 - Mandaat niet toelaatbaar

uitzonderingen

Het beginsel dat mandaat zonder meer is toegestaan lijdt slechts uitzondering, indien:

1. de *wet* mandaat van een bepaalde bevoegdheid uitdrukkelijk verbiedt;
2. de *aard van de bevoegdheid* zich verzet tegen mandaatverlening.

Deze reeds langer in de rechtspraak gehuldigde opvattingen zijn nu in de Awb vastgelegd (art. 10.3). De Awb somt bovendien zelf een aantal gevallen op waarin mandaat ontoelaatbaar is.

beroepschrift

Een van die gevallen is het nemen van een beslissing op een beroepschrift. Wij weten, dat de Awb onder 'beroep' zowel beroep op de administratieve rechter verstaat, als ook administratief beroep. Hier hebben wij te maken met het (niet mogen mandateren van) de bevoegdheid van een bestuursorgaan om op een beroepschrift te beslissen: dit is administratief beroep. De gemaakte uitzondering is begrijpelijk, aangezien de doelstelling van administratief beroep nu juist is, dat het als beroepsorgaan aangewezen bestuursorgaan *zelf* op het beroep beslist.

Stel: een gemeenteraad heeft in de subsidieverordening welzijn vastgelegd, dat tegen door het college van B en W geweigerde subsidies beroep mogelijk is bij de raad. Welzijnsinstellingen die van dit beroepsrecht gebruik wensen te maken, zouden vreemd opkijken, indien de beslissing op het bij de raad ingediende beroepschrift in mandaat door de directeur van de Welzijnsdienst genomen zou worden. In zo'n geval verwacht men, terecht, een beslissing van de raad zelf. De Awb verplicht daar ook toe.

beslissen op bezwaarschrift

Mandaat om op een bezwaarschrift te beslissen kan in de bestuurspraktijk niet helemaal worden gemist. Op sommige terreinen worden nu eenmaal erg veel beschikkingen genomen - in wat wel oneerbiedig 'beschikkingenfabieken' worden genoemd - waartegen massaal bezwaarschriften worden ingediend. Denk aan bezwaarschriften op het terrein van de studiefinanciering of op fiscaal gebied. Het is dan om praktische redenen nodig om het beslissen op bezwaarschriften te mandateren. Vandaar dat de Awb deze mogelijkheid niet uitsluit; wel wordt de voorwaarde gesteld, dat degene aan wie mandaat wordt verleend om op een bezwaarschrift te beslissen *niet* dezelfde is als degene die ook al de eerste beslissing nam. Zo kan men er in een grote organisatie als bijvoorbeeld de belastingdienst voor zorgen, dat een andere belastingambtenaar - bij voorkeur iemand die ook iets hoger staat in de ambtelijke hiërarchie - op het bezwaarschrift beslist dan de ambtenaar die aanvankelijk (in mandaat) de belastingaanslag vaststelde. Zo wordt toch, als waarborg voor de burger, een zekere afstand geschapen tussen de beslisser in eerste instantie (het oorspronkelijke besluit, de belastingaanslag) en de beslisser op het bezwaarschrift.

Ad. 4 - Algemeen en bijzonder mandaat wanneer verleend?

Mandaat komt in de praktijk van het openbaar bestuur zeer veelvuldig voor. Mandaat kan worden verleend voor een categorie zaken ('algemeen mandaat'), of voor een bepaald geval ('bijzonder mandaat'); zie art. 10:5 Awb. Een voorbeeld van het eerste is het mandaat van het college van Gedeputeerde Staten aan de provinciale directeur culturele zaken om subsidies ter bevordering van regionale en streekcultuur tot een bedrag van f 5000 af te handelen. Een voorbeeld van bijzonder mandaat is het besluit om aan dezelfde directeur ook de bevoegdheid te mandateren om te beslissen op de subsidieaanvraag voor een in de provincie eenmalig te houden cultureel festival, begroot op f 50 000. Een algemeen mandaat moet schriftelijk worden verleend; hetzelfde geldt voor bijzonder mandaat aan een niet-ondergeschikte (art. 10:5 Awb).

duidelijke formulering

Zoals hiervoor al opgemerkt, is het niet alleen bij delegatie, maar ook bij mandaat van groot belang dat het mandaatbesluit duidelijk is geformuleerd. Of het nu om een algemeen of om een bijzonder mandaat gaat, uit het mandaatbesluit moet ondubbelzinnig blijken welke bevoegdheden onder welke condities aan wie zijn gemandateerd. Zo zijn formuleringen in een mandaatbesluit als 'indien de aard van de zaak en de omstandigheden daartoe aanleiding geven' of 'in het licht van de bestaande bestuurspraktijk' veel te vaag om te bepalen wanneer nu wel en wanneer geen mandaat is verleend. Een mandaatbesluit waarin deze termen voorkwamen werd dan ook door de rechter wegens strijd met de rechtszekerheid onverbindend geacht (Vz. ABRS 20 oktober 1995, AB 1996, 46).

Ad. 5 - Instructies uitwerking instructies

De constructie van mandaat past goed in een ondergeschiktheidsrelatie; dit komt dan ook verreweg het meeste voor. Uiteraard blijven alle mogelijkheden tot het geven van instructies aan de mandataris recht overeind. Die instructies kunnen van algemene aard zijn, of betrekking hebben op een bijzonder geval (art. 10:6 Awb). Een instructie van algemene aard houdt in, dat de mandaatverlener voor een categorie gevallen aangeeft hoe daarmee moet worden omgegaan.

Stel bijvoorbeeld, dat in een provinciebestuur belangrijke bevoegdheden op personeelsgebied zijn gemandateerd aan de directeur personeel en organisatie (P en O), waaronder de bevoegdheid tot het vergoeden van kosten wegens bijscholing. Een algemene instructie kan dan inhouden, dat voortaan - om budgettaire redenen - geen kosten meer worden vergoed van commerciële seminars met een kostprijs boven de f 1000 per dag. Een bijzondere instructie betreft een concreet geval. Deze kan inhouden, dat bij wijze van gemotiveerde uitzondering aan de directeur P en O zelf toestemming wordt verleend om een eendaags seminar bij te wonen tegen een kostprijs van f 1200, omdat dit seminar elders zeer nuttig is gebleken om het op juridisch correcte wijze omgaan met delegatie en mandaat in een organisatie onder de knie te krijgen.

Ad. 6 - Zelf beslissen door mandaatverlener blijft mogelijk bevoegdheid blijft

Ook de bevoegdheid om, ondanks de mandaatverlening, in een incidenteel geval *zelf* te beslissen, blijft aanwezig (zo uitdrukkelijk art. 10:7 Awb).

Stel: de staatssecretaris van sportzaken heeft de bevoegdheid om de professionele sport te subsidiëren gemandateerd aan de directeur-generaal sportzaken. Nu komt er een aanvraag binnen van het Nederlands Olympisch Comité, gericht op de ondersteuning van een potentiële nieuwe Olympische sport (fierljeppen). De staatssecretaris is nu zonder meer bevoegd om haar directeur-generaal opdracht te geven hiervoor een genereuze subsidie ter beschikking te stellen. De staatssecretaris acht dit een passend gebaar in de richting van vooral de Friese slootpringers, ter compensatie van het weer niet doorgaan van de Elfstedentocht. De directeur-generaal blijkt echter weinig te voelen voor het zonder meer uitvoeren van de instructie. Hij voorziet op zichzelf goede kansen voor een eerste plaats voor Nederland in deze tak van sport bij de volgende Olympische spelen. Hij beoogt echter het belang van het Koninklijk Huis te beschermen. Hij vreest namelijk, dat de Kroonprins bij het behalen van een gouden medaille door een Nederlander natte voeten zal halen bij het uitvoeren van zijn vreugdedans. Nu kan de staatssecretaris, die zelf niet bang is voor gezondheidsrisico's door natte voeten, proberen haar zin te krijgen door naleving van de instructie af te dwingen. Zij kan daarbij immers gebruik maken van de instrumenten die het ambtenarenrecht biedt. De staatssecretaris kan, als zij dat te omslachtig en te traag vindt, desnoods ook *zelf* de subsidie verlenen. De bevoegdheid daartoe blijft zij, ondanks het mandaat, behouden.

Ad. 7 - Ondermandaat submandaat

In het zojuist gegeven voorbeeld is sprake van het verlenen van mandaat aan een ondergeschikte, die het mandaat zelf uitvoert. In de praktijk van het openbaar bestuur vindt echter veelvuldig nog weer een volgend mandaat plaats, lager in de organisatie. Zo zal een directeur-generaal op een departement alleen al fysiek niet in staat zijn om alle aan hem verleende mandaten zelf uit te voeren. Er is dan behoefte aan het 'door-mandateren' van bevoegdheden aan anderen (directeuren, medewerkers). Wij spreken dan van 'ondermandaat' (of: submandaat). Art. 10:9 Awb laat deze mogelijkheid open, maar stelt de voorwaarde dat de mandaatgever het ondermandaat moet toestaan.

Laten wij weer even ter illustratie de staatssecretaris van sport in beeld brengen. Stel dat zij aan de directeur-generaal sportzaken de taak heeft gemandateerd om namens haar te beslissen over subsidies ter ondersteuning van de professionele sport. In dit algemene, dus schriftelijk vastgelegde, mandaatbesluit, kan worden voorzien in de mogelijkheid van ondermandaat aan bepaalde medewerkers van de directeur-generaal. Die mogelijkheid kan ook worden geclausuleerd. Bijvoorbeeld: ondermandaat is toegestaan, mits het niet de ondersteuning betreft van de voorbereiding van sporters op de Olympische spelen. Dergelijke subsidie-aanvragen moeten dan door de directeur-generaal zelf worden afgedaan. Op ondermandaat moeten de voor mandaat geldende regels zoveel mogelijk overeenkomstig worden toegepast (art. 10:9, lid 2, Awb).

Ad. 8 - Mandaat aan niet-ondergeschikten instemming nodig

Mandaat aan niet-ondergeschikten ligt minder voor de hand, maar is niet geheel uitgesloten. De wet kan daar uitdrukkelijk de mogelijkheid toe openen. Als deze ontbreekt, is instemming van de gemandateerde nodig (art. 10:4 Awb). Toch is mandaat aan een niet-ondergeschikte een beetje lastige constructie. Aan

de ene kant blijft door het mandaat de bevoegdheid aanwezig om als mandaatverlener instructies te geven, maar door de afwezigheid van een ondergeschiktheidsrelatie (anders dan in de relatie staatssecretaris - directeur-generaal) zijn er geen directe mogelijkheden om naleving van die instructies zonodig af te dwingen. Vandaar dat mandaat aan ondergeschikten de meest gebruikelijke gang van zaken is.

Vragen

1 Geef aan hoe de gedecentraliseerde eenheidsstaat Nederland staatsrechtelijk is vormgegeven.

2 Wij kennen in Nederland de 'commissies van gebiedsaanwijzing'. Deze vervullen een rol bij de spreiding van apothekers en apotheekhoudende huisartsen. De taken van de commissies van gebiedsaanwijzing zijn de volgende:

- a. het aanwijzen van een groter of kleiner gebied waarbinnen apotheken of apotheekhoudende huisartsen werken;
- b. het verlenen van vergunningen tot uitoefening der artsenijbereidkunde (farmacie);
- c. het verlenen van vergunningen aan niet-apotheekhoudende geneeskundigen tot het bereiden en afleveren van geneesmiddelen ten behoeve van eigen patiënten;

Deze commissies maken geen deel uit van de vrije markt en vallen niet onder de ministeriële verantwoordelijkheid.

Hier is sprake van:

- a. een agentschap;
- b. een gedeconcentreerde dienst;
- c. een zelfstandig privaatrechtelijk rechtspersoon;
- d. een zelfstandig bestuursorgaan.

3 De heer Jansen is arbeidscontractant bij de Gemeente Amsterdam. Is hij ambtenaar in de zin van art. 1 Ambtenarenwet?

4 Stelling 1: Aan delegatie gaat altijd attributie vooraf.

Stelling 2: Een besluit dat door een gemandateerde is getekend kan gelden als een besluit van de mandaatgever.

- a. 1 en 2 zijn niet waar;
- b. 1 is waar, 2 is niet waar;
- c. 1 is niet waar, 2 is waar;
- d. 1 en 2 zijn waar.

4 **Beleid gereguleerd: besturen op basis van algemeen verbindende voorschriften**

Leerdoel

De stof van dit hoofdstuk is gericht op de verwerving van kennis van en inzicht in respectievelijk:

- de betekenis van het legaliteitsbeginsel;
- het begrip algemeen verbindend voorschrift;
- de belangrijkste kenmerken van bestuursrechtelijke wetgeving;
- wetgeving als toetsingskader voor het besturen.

Introductie

bestuurlijke activiteiten

In het vorige hoofdstuk hebben wij de beleidvoerders en hun plaats in de bestuurlijke organisatie leren kennen. Wij weten nu hoe een bestuursorgaan kan worden 'herkend' en ook hoe bestuursorganen een bevoegdheid kunnen verwerven (attributie), doorgeven (delegatie), of laten uitoefenen (mandaat). Thans is het tijd om te kijken naar de bestuurlijke activiteiten die bestuursorganen ontplooiën. In dit hoofdstuk staat de relatie tussen besturen en wetgeving centraal. In een democratische rechtsstaat is het algemene uitgangspunt immers, dat besturen plaatsvindt op basis van door de wet geleverde bevoegdheden (legaliteitsbeginsel). Wetgeving bevat algemene regels voor het besturen. In aanvulling daarop wordt het nemen van bestuurlijke beslissingen eveneens genormeerd door beleidsregels, plannen, beleidsnota's, of beleidsovereenkomsten. De wettelijke basis voor bestuurlijk handelen vormt echter het startpunt van beschouwing en past daarom bij uitstek in het eerste deel over legitimatie voor het besturen.

wat is een wet?

Wanneer wij spreken over een 'wet' moeten wij duidelijk maken wat wij daaronder verstaan. Vaak wordt bij het begrip 'wet' uitsluitend gedacht aan een wet zoals die in 'Den Haag', na behandeling in het parlement, tot stand is gekomen. Die gedachte is onjuist. In de ruime (materiële) zin van het woord kan 'wet' namelijk synoniem worden gesteld met *algemeen verbindend voorschrift*. Daartoe behoren ook 'niet-Haagse' regelingen, zoals bijvoorbeeld een gemeentelijke verordening. In dit hoofdstuk zullen wij via het legaliteitsbeginsel als aanloop (§ 4.1) het begrip algemeen verbindend voorschrift preciseren (in § 4.2), om daarna verschillende 'soorten' wetgeving te inventariseren (§ 4.3). Vervolgens besteden wij aandacht aan enkele inhoudelijke kenmerken van bestuursrechtelijke wetgeving: weinig gedragsregels voor burgers, schakeling van normstelling, beleidsvrijheid voor bestuursorganen (§ 4.4). Hierna (in § 4.5) wisselt het perspectief naar de positie van de rechter: in hoeverre is deze in de gelegenheid om wetgeving te toetsen (zowel toetsing *van* een wet, alsook toetsing van een bestuurlijke beslissing *aan* een wet).

4.1 Legaliteitsbeginsel

herleiden bestuurs- bevoegdheid

Het legaliteitsbeginsel verlangt ondermeer dat een bestuursbevoegdheid kan worden herleid tot een grondslag in de wet ('geen bevoegdheid zonder grondslag in de wet'). Naar huidige opvatting moet aan *iedere* bevoegdheid van het bestuur - niet alleen wanneer rechten en vrijheden van burgers worden beperkt - de eis van een wettelijke grondslag worden gesteld. Zo verlangt de Awb ook bij het verlenen van subsidies een grondslag in een subsidieregeling (art. 4:23, lid 1 Awb). Een belangrijke reden om het legaliteitsbeginsel als algemene eis serieus te nemen, is dat op die manier wordt verzekerd dat de volksvertegenwoordiging (op landelijk dan wel op decentraal niveau) is betrokken bij het formuleren van regels waardoor burgers worden gebonden (zie hierover eerder § 1.3).

Het gebeurt in ons land naar geldend recht hoogst zelden dat een bestuurlijke bevoegdheid wordt erkend, zonder dat daar een expliciete wettelijke grondslag voor kan worden aangewezen. Bij hoge uitzondering komt het voor, dat een bestuursbevoegdheid wordt herleid tot enkel een 'publieke taak' van het desbetreffende bestuursorgaan (het dienen van een algemeen belang). Er is een klassiek geval (1923) uit de waterschapswereld, waarbij door de Hoge Raad een grondslag voor een bestuursbevoegdheid werd gevonden in de publieke taak van het orgaan, dus in het ongeschreven recht. In dat geval was een vitaal waterstaatsbelang - waterkering - in het geding. In die situatie accepteerde de rechter, dat het

bestuursorgaan in het algemeen belang was opgetreden, ook al ontbrak een uitdrukkelijke wettelijke bevoegdheid daartoe.

Een recentere voorbeeld is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State inzake de Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers. Deze door de rechter als bestuursorgaan bestempelde stichting is belast met het bieden van een geldelijke tegemoetkoming aan oud-mijnwerkers, die door hun werk in de mijnen zijn gaan lijden aan de ziekte silicose. Ondanks het ontbreken van een expliciete wettelijke regeling voor de activiteiten van de stichting, concludeerde de Afdeling bestuursrechtspraak dat sprake is van het uitoefenen van een overheidstaak. Door de stichting genomen beslissingen over toekenning of afwijzing van vergoedingen dragen daarom het karakter van een publiekrechtelijke rechtshandeling (een besluit in de zin van art. 1:3, eerste lid, van de Awb). De uitspraak illustreert hoe, bij wijze van uitzondering, ondanks het ontbreken van een onderliggende wettelijke regeling toch sprake kan zijn van een bevoegdheid om te besturen. De grondslag daarvoor ligt in het feit dat sprake is van het behartigen van een publieke taak (zie Afdeling bestuursrechtspraak 30 november 1995, AB 1996, 136 m.nt. Michiels).

herleiden tot grondslag in de wet

Duidelijk is, dat het publieke-taakcriterium een soms noodzakelijke uitzondering vormt op de regel, dat uitoefening van een bestuursbevoegdheid herleid moet kunnen worden tot een uitdrukkelijke grondslag in de wet (indachtig het legaliteitsbeginsel). Het legaliteitsbeginsel kan echter slechts van reële betekenis zijn, indien voor burgers belangrijke besluiten ook daadwerkelijk via de weg van wetgeving tot stand komen. De rechter kan daarbij een controlerende rol vervullen. Een voorbeeld van het 'bewaken' van de eis van een wettelijke grondslag is het door de Hoge Raad in 1973 gewezen fluorideringsarrest. Waar draaide het om? De waterleidingbedrijven waren van plan fluor toe te voegen aan het drinkwater, om tandbederf tegen te gaan. Op zichzelf is dat een nobele doelstelling. Het middel, toevoegen van fluor aan het drinkwater, was echter bij de bevolking niet onomstreden. Sommige mensen waren niet gediend van een dergelijke chemische toevoeging aan het drinkwater. De vraag werd dan ook opgeworpen, of er wel een wettelijke bevoegdheid aanwezig was om fluor aan het drinkwater toe te voegen. Op grond van de toenmalige beroepsmogelijkheden werd deze vraag eerst aan de Kroon voorgelegd (1970, dit is KB 14 augustus 1970, AB 1971, 73; 'Fluoridering I'). De Kroon redeneerde dat 'zolang de wetgever ter zake van het fluorideren van drinkwater geen nadere speciale regels heeft gesteld' op grond van de zorgvuldigheid - als beginsel van behoorlijk bestuur - tenminste de eis moet worden gesteld, dat in voldoende mate ongefloreerde drinkwater te krijgen is. De Kroon achtte de maatregel derhalve onzorgvuldig, indien niet aan de minderheid van de bevolking die daartegen bezwaar had de mogelijkheid werd geboden om water zonder fluor te verkrijgen. Duidelijk is, dat deze regel technisch moeilijk uitvoerbaar is. Zou dit bijvoorbeeld moeten leiden tot het in het gehele land rond laten rijden van tankauto's met ongefloreerde drinkwater, ter distributie onder de bezwaarden?

rechter als grensrechter

In een later stadium moest ook de Hoge Raad zich over de fluorideringskwestie buigen. De Hoge Raad ging in 1973 ('Fluoridering II') een stap verder door te stellen: 'Een maatregel van zo ingrijpende aard behoeft een wettelijke grondslag' (HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386). De Raad redeneerde als volgt:

- het gaat om het toevoegen van stoffen aan het drinkwater teneinde daarmee een buiten de drinkwatervoorziening gelegen doel te dienen;
- het is een maatregel van ingrijpende aard;
- in de Waterleidingwet is geen aanwijzing te vinden, dat de wetgever de vrijheid heeft willen geven tot het treffen van de voorgestelde maatregelen.

Het toevoegen van fluor aan het drinkwater was onder deze omstandigheden naar het oordeel van de Hoge Raad derhalve onrechtmatig. Deze in vergelijking met de Kroon principiële opstelling hecht veel gewicht aan het ontbreken van een wettelijke grondslag voor een activiteit met een *ingrijpend* karakter. De rol van de rechter als grensrechter, als bewaker van de eis van een wettelijke grondslag, wordt hierdoor geïllustreerd. Deze benadering blijft tot op de dag van vandaag van belang, aangezien het legaliteitsbeginsel alleen maar inhoud heeft, als beslissingen die voor burgers van ingrijpende betekenis zijn ook inderdaad op grondslag van de wet worden genomen. Alleen dan verschaft de wetgever ook daadwerkelijk richtlijnen aan het bestuur.

ruimere opvatting legaliteitsbeginsel

In de literatuur wordt vanwege het feit dat het niet altijd lukt om belangrijke besluiten op grondslag van de wet te laten nemen door sommigen gepleit voor een ruimere interpretatie van het legaliteitsbeginsel (Scheltema, NJB 1996, Van Ommeren, proefschrift 1996). Daarbij als wel tot In een ruime opvatting houdt

het legaliteitsbeginsel in, dat bestuursorganen hun besluiten in ieder geval baseren op algemene regels. Deze algemene regels zouden in deze opvatting ook een andere dan een formeelwettelijke status mogen hebben (bijvoorbeeld die van beleidsregels). In de ruimere betekenis eist het legaliteitsbeginsel binding van bestuursbeslissingen aan algemene regels. Daarmee worden vooral rechtsbeginselen als het rechtszekerheidsbeginsel, het verbod van willekeur en het gelijkheidsbeginsel gediend. Problematisch is dat als we deze benadering strikt doorzetten, met name het democratiebeginsel minder goed tot z'n recht dreigt te komen. De legaliteitseis strekt dan namelijk niet meer tot het constitueren van een bevoegdheid maar hooguit nog tot het normeren van bevoegdheidsuitoefening. Het democratisch gehalte van het besturen is niet langer juridisch verankerd – met de eis van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag – en zal zich politiek, door parlementaire controle op het bestuur, moeten bewijzen.

impliciete bevoegdheden

Inmiddels is de discussie over het legaliteitsbeginsel nog verhevigd door uitspraken van de hoogste bestuursrechters over bestuursbesluiten inzake schadevergoeding en terugvordering door het bestuur (zie § 5.1 en m.n. § 5.3 en § 6.1.5). Daarbij wordt wel aangenomen dat het bestuur beschikt over impliciete of accessoire bevoegdheden die bij de uitoefening van andere (wel) bij wet toegekende bevoegdheden grondslag kunnen bieden voor toekenning en schadevergoeding aan burgers, of het terugvorderen van onverschuldigd door het bestuur aan burgers gedane betalingen (zie ook de Algemene verbintenisschepende beginselen, in § 5.3).

4.2 Algemeen verbindende voorschriften

Laten we het fenomeen algemeen verbindend voorschrift wat nader bekijken. Hoe verhoudt zich dit begrip met name tot het begrip 'wet'? Daarop wordt ingegaan in § 4.2.1. Indachtig de vooraanstaande rol van de Awb (zie hoofdstuk 2) ligt het voor de hand om vervolgens de rol van het algemeen verbindend voorschrift in de Awb te bestuderen (zie § 4.2.2). Tenslotte kunnen we dan de balans opmaken van wat nu precies de relevantie is van algemeen verbindend voorschrift als kwalificatie (zie § 4.2.3).

4.2.1 Wat is een wet?

Wanneer wij termen als 'wet', 'wettelijke regel' of 'wettelijk voorschrift' tegenkomen, is het van belang na te gaan wat daaronder wordt verstaan. Om te beginnen moeten wij ons realiseren, dat het begrip 'wet' in ons staats- en bestuursrecht op twee manieren wordt gehanteerd: a) in formele zin en b) in materiële zin.

Ad a - Wet in formele zin

totstandkoming

Het gaat om twee verschillende wetsbegrippen, met elk een eigen focus. Bij een wet in formele zin kijken wij uitsluitend naar de wijze van totstandkoming van de regeling. Is de regeling tot stand gekomen door samenwerking van regering en Staten-Generaal (samen: de formele wetgever), op grond van art. 81-88 Grondwet, dan is sprake van een wet in formele zin. Wij kijken dan niet naar de inhoud van de regeling.

Ad b - Wet in materiële zin (algemeen verbindend voorschrift)

algemene normen

Kenmerkend voor een regeling is, dat deze algemene normen bevat voor gedragingen, of voor het nemen van beslissingen. De status van een regeling kan verschillen. Wij kunnen onderscheiden tussen:

- a. algemeen verbindende voorschriften
- b. interne regelingen
- c. beleidsregels.

Algemeen verbindende voorschriften onderscheiden zich van interne regelingen, doordat de eerste wel en de laatste niet naar buiten werken. Beleidsregels zijn - anders dan bij algemeen voorschrift - op schrift gestelde algemene regels bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan. Deze kunnen de uitleg van wettelijke voorschriften, de vaststelling van feiten of de afweging van belangen betreffen (art. 1:3, vierde lid, Awb).

Schematisch ziet het onderscheid wet in formele zin – wet in materiële zin er nu aldus uit:

WETSBEGRIJF	
Wet in formele zin	Wet in materiële zin

Kijk naar de wijze van totstandkomen	Kijk naar de inhoud van de regeling
Is het een regeling die tot stand is gebracht door regering en Staten-Generaal samen, volgens de in art. 81 e.v. Grondwet toegekende bevoegdheid?	Is het een regeling die: <ul style="list-style-type: none"> - door een tot wetgeving bevoegde instantie is vastgesteld; - algemeen (d.w.z. tot een ieder gericht) is; - abstract (d.w.z. voor herhaalde toepassing vatbaar) is; - en die naar buiten werkend is?

vier criteria

Om vast te kunnen stellen of een regeling een wet in materiële zin (een algemeen verbindend voorschrift) is, moeten wij - zie het schema - de volgende criteria hanteren:

1. is er een tot wetgeving *bevoegd* orgaan?
2. is sprake van *algemene* werking, dat wil zeggen: is de regeling van toepassing op een onbepaald aantal personen (gericht op 'een ieder')?
3. is sprake van *abstracte* werking, dat houdt in: is de regeling van toepassing op een onbepaald aantal gevallen (*voor herhaalde toepassing vatbaar*)?
4. heeft de regeling *externe werking*: is sprake van werking buiten het (desbetreffende) overheidsapparaat – beter, naar burgers, ambtenaren of naar andere bestuursorganen?

Als we deze criteria toepassen zullen we vervolgens waarnemen dat de beide omschrijvingen (wet in formele zin, wet in materiële zin) elkaar niet uitsluiten. Drie gevallen zijn nu interessant:

- a. de handeling is wel een algemeen verbindend voorschrift, maar geen wet in formele zin;
- b. de handeling is geen algemeen verbindend voorschrift, maar wel een wet in formele zin;
- c. de handeling is zowel een algemeen verbindend voorschrift, als een wet in formele zin.

a - Wel algemeen verbindend voorschrift, geen wet in formele zin

Inmiddels is duidelijk, dat er regelingen zijn die niet door regering en Staten-Generaal tezamen tot stand worden gebracht (en dus geen wetten in formele zin zijn), maar die wel behoren tot de in ons land geldende algemeen verbindende voorschriften.

Denk bijvoorbeeld aan een gemeentelijke afvalstoffenverordening. De *bevoegdheid* tot het stellen van regels over het inzamelen van huishoudelijk afval ontleent het gemeentebestuur aan art. 10.10 Wet milieubeheer ('De gemeenteraad stelt bij verordening regels vast inzake het zich ontdoen van huishoudelijke afvalstoffen. (...)'). Er is dus een bevoegdheid tot wetgeving aanwezig. De afvalstoffenverordening bevat onder meer regels over het aantal keren per week dat huisvuil wordt opgehaald, over het gescheiden inzamelen daarvan en dergelijke. Naar inhoud zijn dit regels die alle burgers in de desbetreffende gemeente binden; zij zijn daarmee *algemeen*. De regels zijn bovendien geschikt voor herhaalde toepassing; men kan niet van tevoren uitrekenen op hoeveel gevallen de regeling zal worden toegepast. Daarmee is de regeling van een *abstract* karakter. De regels werken bovendien naar buiten toe: het gaat immers om regels voor de inwoners van de gemeente. Daarmee is ook voldaan aan het criterium van de *externe werking*. Voor gemeenteamttenaren opgestelde huisregels inzake het legen van de prullenbakken op het gemeentehuis zijn naar buiten toe niet relevant; deze vormen een interne regeling.

Een gemeentelijke afvalstoffenverordening voldoet aldus aan de criteria voor een algemeen verbindend voorschrift. Aangezien niet de formele wetgever, maar de gemeenteraad de verordening vaststelt, is geen sprake van een wet in formele zin.

b - Geen algemeen verbindend voorschrift, wel wet in formele zin

geen abstracte regels

Zijn er wetten in formele zin die *geen* algemeen verbindende voorschriften zijn? Ja, dat is mogelijk. Het formele wetsbegrip zegt immers nog niets over de inhoud van de wet. Denk bijvoorbeeld aan begrotingswet. Deze wordt bij wet vastgesteld. Een begrotingswet is daarmee een wet in formele zin. Toch bevat een begrotingswet naar zijn aard geen algemene, abstracte, de burgers bindende regels. Een begrotingswet voorziet in een machtiging aan de regering tot het doen van bepaalde uitgaven. Het is geen wet die kan worden gekwalificeerd als een algemeen verbindend voorschrift.

c - Zowel algemeen verbindend voorschrift als wet in formele zin

De combinatie, dat wil zeggen een wet in formele zin die *tevens* een wet in materiële zin kan worden genoemd, komt frequent voor. Denk aan wetten als de Wet milieubeheer en de Wet op de ruimtelijke ordening. Dit zijn willekeurige voorbeelden van 'echte' wetgeving, van wetten die in ieder geval ten dele algemene, de burgers bindende, regels bevatten.

Grondwet

Het praktisch belang van kennis van beide wetsbegrippen - het formele en het materiële wetsbegrip - kan onder meer worden geïllustreerd aan de hand van de Grondwet. Zoals in de staatsrechtelijke literatuur uitvoerig uit de doeken wordt gedaan, betekent het woord 'wet' overal waar dat in de Grondwet voorkomt: wet in formele zin. Zo bepaalt art. 8 Grondwet dat het recht van vereniging alleen 'bij de wet' (en alleen in het belang van de openbare orde) kan worden beperkt. Hieruit vloeit voort, dat een inperking van dit grondrecht slechts in een wet in formele zin mag geschieden. Aangezien de Grondwetsbepaling spreekt van 'bij' de wet betekent dit in constitutionele terminologie dat beperking alleen in de wet zelf (en niet krachtens de wet in een lagere wettelijke regeling) mag plaatsvinden (zie § 1.3.2, Ad. 2). Gevolg hiervan is, dat een gemeentelijke verordening bijvoorbeeld niet de bepaling mag bevatten, dat ter plaatse ter bescherming van de openbare orde geen vereniging mag worden opgericht ter bevordering van de naaktrecreatie.

4.2.2 Algemeen verbindend voorschrift en Awb

toepassing wettelijk voorschrift

In de Awb wordt op diverse plaatsen de term 'wettelijk voorschrift' gehanteerd. Deze term wordt gehanteerd waar de verhouding aan de orde is tussen de Awb zelf en een andere wettelijke regeling (zie § 2.4.5). Zie bijvoorbeeld art. 4:1, waar is geregeld dat een aanvraag voor een beschikking schriftelijk wordt gedaan, tenzij *bij wettelijk voorschrift* anders is bepaald. De aanduiding 'wettelijk voorschrift' komt ook op tal van andere plaatsen in de Awb voor. Wat moet daaronder nu worden verstaan? Raadpleging van de memorie van toelichting leert, dat de term wettelijk voorschrift synoniem mag worden gesteld met 'algemeen verbindend voorschrift'.

Toegepast op art. 4:1 Awb houdt dit in, dat een algemeen verbindend voorschrift mag bepalen, dat de aanvraag tot het geven van een beschikking - in afwijking van de hoofdregel - mondeling kan worden ingediend. Zo zou de Wet individuele huursubsidie kunnen bepalen, dat een aanvraag mondeling kan worden gedaan. Zo ook zou een gemeentelijke subsidieverordening kunnen regelen, dat een subsidieaanvraag mondeling of telefonisch kan worden ingediend. In beide gevallen is voldaan aan de voorwaarde dat de afwijkende regeling in een wettelijk voorschrift moet zijn neergelegd.

Een besluit, inhoudende algemeen verbindende voorschriften

De Awb spreekt op een aantal plaatsen (bijvoorbeeld in art. 3:1, lid 1) van een 'besluit, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift'. Wat moeten wij daaronder verstaan? Duidelijk is, dat het hier om een samengestelde omschrijving gaat. In de eerste plaats moet het gaan om een besluit. In de tweede plaats moet het besluit naar inhoud een algemeen verbindend voorschrift zijn.

Wetgevende macht uitgezonderd

Een besluit is, zoals blijkt uit art. 1:3, lid 1, Awb, afkomstig van een 'bestuursorgaan'. De 'wetgevende macht' is uitdrukkelijk uitgezonderd van de bestuursorganen, zoals blijkt uit art. 1:1, lid 2, onder a, Awb (zie § 3.2). Onder 'wetgevende macht' moet worden verstaan: de wetgever in formele zin, dat wil zeggen regering en Staten-Generaal. Wetten in formele zin zijn daarmee (indirect) uitgezonderd van het besluitbegrip. Het maakt daarbij niet uit of het wetten zijn die tevens wetten in materiële zin genoemd kunnen worden. Als beslissingen van de wetgevende macht zijn het immers hoe dan ook geen beslissingen, afkomstig van een bestuursorgaan. Daarmee vervalt een ontstaansvoorwaarde voor een 'besluit'.

algemeen verbindend voorschrift

Het bestanddeel 'algemeen verbindend voorschrift' in de samenstelling 'besluit, inhoudende een algemeen voorschrift' heeft dezelfde algemene betekenis als waar wij tot nu toe over spraken. Iedere door een tot wetgeving bevoegd orgaan vastgestelde algemene, abstracte en extern werkende regeling past derhalve onder het begrip algemeen verbindend voorschrift zoals ook bedoeld in de Awb. Mits een algemeen verbindend voorschrift is vastgesteld door een bestuursorgaan, is voldaan aan de kenmerken van een besluit. Een naar buiten werkende, voor herhaalde toepassing vatbare, algemene regeling is immers op te vatten als een publiekrechtelijke rechtshandeling.

Een en ander houdt in, dat een 'besluit, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift' een deelverzameling vormt van alle denkbare algemeen verbindende voorschriften. Alleen die algemeen verbindende voorschriften die tevens een *besluit* zijn, behoren hiertoe. Praktisch is van groot belang, dat beslissingen van de wetgevende macht zijn uitgezonderd. Daarmee valt een wet als de Wet bodembescherming erbuiten. Dat is immers een door regering en Staten-Generaal (samen: de wetgevende macht) vastgestelde wet. Een op de Wet bodembescherming gebaseerde algemene maatregel van bestuur (amvb) daarentegen is wel een 'besluit, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift'. Een amvb is immers vastgesteld door de regering (de Kroon), dus door een bestuursorgaan in de zin van Awb.

Conclusie: alle algemeen verbindende voorschriften die niet afkomstig zijn van de wetgevende macht, behoren tot de 'besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften'. Schematisch:

ALGEMEEN VERBINDENDE VOORSCHRIFTEN EN DE Awb	
Niet besluiten	Besluiten
Vgl. art. 1:1, lid 2, sub a Awb	Vgl. art. 1:3, lid 1 Awb (+ art. 3:1, lid 1 Awb)

Besluit van algemene strekking

Aangezien wij spreken over algemeen verbindende voorschriften, is evident dat wij meer in het bijzonder te maken hebben met 'besluiten van algemene strekking'. Deze staan immers - zie art. 1:3, lid 2, Awb - tegenover de beschikkingen, als besluiten die niet van algemene strekking zijn. De categorie besluiten van algemene strekking omvat – als gezegd – meer dan alleen de algemeen verbindende voorschriften. Ook beleidsregels, de besluiten waarin een algemeen verbindend voorschrift naar tijd en plaats geconcretiseerd wordt (bijvoorbeeld een vliegverbod boven een stadscentrum alwaar een grote betoging wordt gehouden) en besluiten inzake inwerkingtreding, bekendmaking, goedkeuring of intrekking van voornoemde besluiten van algemene strekking, zijn besluiten van algemene strekking. Schematisch:

SOORTEN BESLUITEN (m.n. besluiten van algemene strekking)	
Besluit van algemene strekking	<ul style="list-style-type: none"> • een algemeen verbindend voorschrift (avv); • een beleidsregel; • een naar tijd en/of plaats beperkte toepassing van een avv; • beslissing tot inwerkingtreding, bekendmaking, goedkeuring of intrekking van een avv.
Beschikking	<ul style="list-style-type: none"> • diversen: vergunningen, statusverlenend, subsidies, sancties etc.

4.2.3 Relevantie kwalificatie 'algemeen verbindend voorschrift'

Wat is nu de relevantie van de kwalificatie van een beslissing als een 'besluit, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift'? Op tenminste de volgende twee punten is dit van belang:

1. voor de algemene eisen voor de totstandkoming van dit soort besluiten;
2. voor de rechtsbescherming tegen dit soort besluiten.

Ad. 1 - Algemene eisen aan besluiten van toepassing algemene bepalingen over besluiten

In de eerste plaats zijn door de kwalificatie als 'besluit' de *algemene bepalingen over besluiten*, zoals te vinden in hoofdstuk 3 Awb, in beginsel van toepassing. Voor de toepasbaarheid op besluiten met als inhoud algemeen verbindende voorschriften gelden slechts enkele beperkingen, zo blijkt uit art. 3:1, lid 1 Awb.

bepalingen over zorgvuldigheid en belangen- afweging

De bepalingen over zorgvuldigheid en belangenafweging (afdeling 3:2 Awb) zijn slechts van toepassing voor zover de *aard* van de besluiten zich daartegen niet verzet. Zie art. 3:1, lid 1, onder a. Dat betekent, dat ook bij het uitvaardigen van algemeen verbindende voorschriften mag worden gerekend op een zorgvuldige voorbereiding, op inzet van een bevoegdheid voor het doel waarvoor deze is bestemd, en op een evenwichtige belangenafweging. Er is immers geen reden om dergelijke fundamentele eisen (beginselen van behoorlijk bestuur) die als vanzelfsprekend worden gesteld aan het nemen van besluiten in concrete gevallen, niet ook toe te passen op het uitvaardigen van algemene regels in wetgeving. Een belangrijk argument om eisen ten aanzien van zorgvuldigheid en belangenafweging ook aan algemeen

verbindende voorschriften te stellen, is dat in de rechtspraak een ontwikkeling had plaatsgevonden naar toetsing van (lagere) wetgeving aan rechtsbeginselen (zie § 5). Als de rechter bereid blijkt om lagere wetgeving te toetsen aan ongeschreven recht, dan is er weinig bezwaar tegen om de kern van dergelijke algemene eisen op te schrijven in de Awb. Met de clausule 'voor zover de aard van de besluiten zich daartegen niet verzet' wordt vervolgens bereikt, dat rekening wordt gehouden met het eigen karakter van wetgeving. Zo heeft bij het maken van algemeen verbindende voorschriften net als bij het uitvaardigen van een beschikking een afweging van belangen plaats, maar is die bij het maken van wetgeving van een veel globaler karakter. De rechter zal zich ten opzichte van wetgeving (dan ook) terughoudender moeten opstellen. Bij het opstellen van wettelijke regels door bestuursorganen moet aan het bestuur immers de nodige ruimte worden gelaten om maatschappelijke belangen tegen elkaar af te wegen.

publicatie van wetgeving

Uit art. 3:1, lid 1, onder b, blijkt nog, dat afdeling 3.6, over bekendmaking en mededeling, niet van toepassing is. In publicatie van wetgeving is namelijk al op andere wijzen voorzien. Zo regelt de Bekendmakingswet de publicatie van regelgeving die van rijkswege wordt uitgevaardigd. Voor bijvoorbeeld de provincies en gemeenten zijn in Provinciewet en Gemeentewet reeds voorzieningen getroffen ten aanzien van de bekendmaking van verordeningen.

Ad. 2 - Rechtsbescherming

algemene beroeps- mogelijkheid tegen besluiten

Een tweede gevolg van de kwalificatie van een besluit als een 'besluit, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift' betreft de rechtsbescherming (mogelijkheden van bezwaar en beroep). Voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming maakt het verschil of wij te maken hebben met een besluit, inhoudende algemeen verbindende voorschriften, of met een besluit van een ander karakter. In art. 8:2, onder a, is namelijk bepaald, dat (onder andere) geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift. De wetgever heeft voor de algemeen verbindende voorschriften een uitzondering willen maken op de algemene beroepsmogelijkheid tegen besluiten (de hoofdregel van art. 8:1). Een der achterliggende gedachten daarbij is, dat de toegang tot de rechter pas open zou moeten staan vanaf het moment dat een uitvoerend besluit iemand rechtstreeks in zijn belang treft. Dus: wel beroep tegen een aanslag onroerend-zaakbelasting, geen beroep tegen de belastingverordening waarin de heffing van deze belasting is geregeld.

Samengevat kan over het besluitbegrip in relatie tot algemeen verbindende voorschriften op grond van de Awb het volgende worden gezegd.

'Besluiten, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift':

- kunnen alleen algemeen verbindende voorschriften zijn die afkomstig zijn van een bestuursorgaan, dus niet afkomstig van de wetgevende macht (zie art. 1:3, lid 1 jo art. 1:1, lid 2, sub a Awb);
- behoren tot de groep der besluit van algemene strekking (zoals a contrario blijkt uit art. 1:3, lid 2), kortom het zijn besluiten van algemene strekking, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift

Gevolgen van deze status van besluiten van algemene strekking, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift zijn dat:

- de algemene eisen voor besluiten van toepassing zijn, zij het echter (gelet op art. 3:1, lid 1 Awb) slechts de eisen van afd. 3.2 Awb, voorzover de aard van deze algemeen verbindende voorschriften zich daartegen niet verzet), en in elk geval niet de bepalingen over bekendmaking en mededeling (afdeling 3.6);
- geen beroep open staat bij de bestuursrechter (op grond van art. 8:2, sub a Awb).

4.3 Wetgeving in soorten

We hebben tot nog toe het karakter van wetgeving in abstracto bekeken (en zo aangelegd tegen de Awb). Maar om welke soorten wetgeving gaat het concreet naar herkomst? In § 4.3.1 inventariseren we wetgeving van internationale herkomst, in § 4.3.2 wetgeving vanwege het rijk, in § 4.3.3 wetgeving van provincie en gemeente, in § 4.3.4 wetgeving door functionele lichamen. Daarmee hebben we het gehele palet redelijk in kaart. Dan is het natuurlijk nog wel zaak om inzicht te hebben in de onderlinge verhoudingen tussen de desbetreffende wetgeving (zie daarvoor § 4.3.5).

4.3.1 Wetgeving van internationale herkomst

welke categorieën?

Uit het voorgaande is duidelijk geworden, dat er allerlei 'soorten' wetgeving zijn. Algemeen verbindende voorschriften komen in allerlei soorten en maten voor.

Om te beginnen zijn er in Nederland geldende algemeen verbindende voorschriften van internationale herkomst, die vanwege het open karakter van het Nederlandse rechtstelsel direct doorwerken in onze rechtsorde (art. 93 Grondwet). Daarnaast hebben Europeesrechtelijke regelingen, vanwege de eigen betekenis van het Europese recht voor het nationale recht, directe werking in ons land. Zie verder hoofdstuk 11. Daarom zetten wij eerst enkele categorieën algemeen verbindende voorschriften van internationale herkomst op een rij.

Algemeen verbindende voorschriften van internationale herkomst

- Direct werkende bepalingen van:
 - verdragen, of van
 - besluiten van volkenrechtelijke organisaties
- Regelingen van communautaire instellingen:
 - verordening,
 - richtlijn

Op het niveau van de rijksoverheid kunnen wij drie typen algemeen verbindende voorschriften onderscheiden. Daartussen bestaat een hiërarchische verhouding.

4.3.2 Wetgeving vanwege de rijksoverheid

Algemeen verbindende voorschriften vanwege de rijksoverheid

- wet (in formele, tevens in materiële zin):
 - vastgesteld door regering en Staten-Generaal tezamen
 - de Raad van State gehoord
 - gepubliceerd in het Staatsblad
- algemene maatregel van bestuur:
 - vastgesteld door de regering
 - de Raad van State gehoord
 - gepubliceerd in het Staatsblad
- ministeriële regeling:
 - vastgesteld door de minister
 - gepubliceerd in de Staatscourant

wet

De bevoegdheid tot het vaststellen van een *wet* vloeit voort uit de Grondwet (art. 81 en verder). Advies van de Raad van State over een wetsvoorstel is verplicht, op grond van art. 73, lid 1, Grondwet.

algemene maatregel van bestuur

De bevoegdheid tot vaststellen van een *algemene maatregel van bestuur* (amvb) moet herleid kunnen worden tot de wet waarop de amvb berust (delegatie van wetgevende bevoegdheid uit de wet). Slechts bij wijze van hoge uitzondering kan, als tijdelijke voorziening, een zogenaamde zelfstandige - niet op de wet gebaseerde - amvb worden vastgesteld. De vorm waarin een algemene maatregel van bestuur wordt gegoten is het Koninklijk Besluit (art. 89, eerste lid, Grondwet). Als bijzondere eis geldt, dat de Raad van State over de amvb moet worden gehoord (art. 73, lid, Grondwet).

ministeriële regeling

De bevoegdheid tot het vaststellen van een *ministeriële regeling* kan een minister ontleenen aan een wet, of aan een amvb (gedelegeerde wetgevende bevoegdheid). Een ministeriële regeling behoeft - anders dan een amvb - niet te worden besproken in de ministerraad.

4.3.3 Wetgeving door provincies en gemeenten

vaststellen provinciale of gemeentelijke verordening

De bestuurslagen die de decentrale overheid vormen - provincies en gemeenten - hebben de bevoegdheid om verordeningen vast te stellen die de aanwezigen op het eigen territorium binden. De bevoegdheid tot het vaststellen van een provinciale of gemeentelijke verordening is - op basis van de

constitutionele grondslag van art. 124 Grondwet - gebaseerd op de Provinciewet (art. 143, art. 145) respectievelijk de Gemeentewet (art. 147, art. 149). De bevoegdheid tot het vaststellen van een verordening berust bij de vertegenwoordigende organen: Provinciale Staten respectievelijk Gemeenteraad. Aldus is een democratische legitimatie van de regelgeving verzekerd. De verordeningen van gemeenten en provincies kunnen zowel in autonomie (passend binnen de eigen huishouding) als in medebewind (krachtens een in een hogere wet opgelegde verplichting) tot stand worden gebracht (zie § 3.1.2). Verordeningen van provincies en gemeenten staan lager op de wetgevingsladder dan rijkswetgeving. Provinciale verordeningen gaan weer boven gemeentelijke verordeningen (zie ook hierna).

Algemeen verbindende voorschriften vanwege provincies en gemeenten

- Provincies:
 - provinciale verordeningen
- Gemeenten:
 - gemeentelijke verordeningen

4.3.4 Wetgeving door functionele lichamen

Zoals wij weten (uit hoofdstuk 3) bestaat het openbaar bestuur in ons land voor een ander deel ook uit lichamen en organen met specifieke bestuurstaken: het functionele bestuur. Ook in de sfeer van het functionele bestuur komen allerlei openbare lichamen met wetgevende (verordenende) bevoegdheden voor.

waterschappen

In de eerste plaats zijn dat de 'waterschappen'. Het vaststellen van waterschapsverordening geschiedt door het algemeen bestuur van het waterschap (art. 78, lid 1, Waterschapswet). Een waterschapsverordening die bepalingen bevat die door straffen of door bestuursdwang gehandhaafd kunnen worden (dit zijn de meeste verordeningen) heet een 'keur'. Een waterschapsverordening mag niet in strijd zijn met een wet, amvb, of provinciale verordening (art. 59, lid 1, Waterschapswet).

bedrijfslichamen

De in de Wet op de Bedrijfsorganisatie geregelde 'bedrijfslichamen' bezitten op grond van die wet - binnen hun taak, voor met name genoemde onderwerpen - de bevoegdheid tot het vaststellen van verordeningen waardoor de bedrijfsgenoten worden gebonden.

andere openbare lichamen

De Grondwet (art. 134, lid 2) maakt het voorts mogelijk, dat bij wet andere 'openbare lichamen' in het leven worden geroepen, die met verordenende bevoegdheid worden bekleed (zie § 3.2.2). Daarvan kunnen allerlei voorbeelden worden genoemd, zoals de Nederlandse orde van advocaten (een zogeheten beroepslichaam), een universiteit, of de arbeidsvoorzieningsorganisatie. Voor dergelijke lichamen moet steeds in de instellingswet worden nagegaan op welke wijze de verordenende bevoegdheid is begrensd.

zelfstandig bestuursorgaan

Voorts is het nog denkbaar dat bij wet een 'zelfstandig bestuursorgaan' wordt ingesteld, waaraan de bevoegdheid wordt toegekend om - binnen aangegeven grenzen - algemeen verbindende voorschriften uit te vaardigen (zie voorts § 3.2.5).

Algemeen verbindend voorschrift (wetgeving) door functionele bestuurlijke eenheden

- Waterschap:
 - keur
- Bedrijfslichamen (in de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie):
 - verordeningen
- Andere functionele openbare lichamen (als bedoeld in art. 134 Grondwet; bijvoorbeeld: de Universiteiten):
 - verordeningen*
- Zelfstandige bestuursorganen (bijvoorbeeld: de Verzekeringskamer):
 - verordeningen (Mits zij beschikken over een bevoegdheid daartoe, die een uitwerking bevatten van door het rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften.)

De met * aangegeven term 'verordeningen' is geen vaste terminologie; het is ook mogelijk dat deze wel algemeen verbindende voorschriften zijn, maar anders worden genoemd. Niet het label is van belang, maar de materiële status van algemeen verbindende voorschrift.

4.3.5 Voorrangsregels

drie regels

Uit het overzicht wordt duidelijk, dat er allerlei 'soorten' algemeen verbindende voorschriften voorkomen, die elk van betekenis zijn voor de 'aansturing' van bestuursorganen. Voor zover verschillende typen algemeen verbindende voorschriften soortgelijke onderwerpen bestrijken, is het nodig daarin een bepaalde rangorde aan te brengen. Drie voorrangsregels zijn daarbij van belang:

1. de hogere wet gaat voor de lagere wet;
2. de bijzondere wet gaat voor de algemene wet;
3. de nieuwe wet gaat voor de oude wet.

Achtereenvolgens staan we kort stil bij deze regels.

Ad. 1 - Hoger gaat voor lager

internationaal recht

De eerste voorrangsregel moet ook als eerste leidraad worden toegepast. Wij moeten bedenken, dat bepalingen van *internationaal recht* (direct werkende bepalingen van verdragen, dat wil zeggen bepalingen die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden, boven nationale regelingen gaan; art. 94 Grondwet). Hetzelfde geldt voor direct werkende bepalingen van Europees recht.

Grondwet

Na toetsing aan direct werkende bepalingen van internationaal recht volgt toetsing aan de Grondwet. In ons constitutionele stelsel heeft de Grondwet - als wet in formele zin - echter formeel dezelfde status als een andere wet in formele zin. Met andere woorden: zij staan op dezelfde sport van de wetgevingsladder. Het verschil tussen de Grondwet aan de ene kant en andere wetten in formele zin aan de andere kant is echter, dat de Grondwet zich minder gemakkelijk laat wijzigen. Voor Grondwetswijziging is immers een speciale, zware - hier niet nader besproken - procedure nodig. Wij spreken van een 'rigide' constitutie, een Grondwet die moeilijker wordt gewijzigd dan een gewone wet in formele zin. Naar inhoud bevat de Grondwet een aantal wezenlijke spelregels van ons staatsbestel, waardoor de rechter de Grondwet ook met gepaste eerbied zal behandelen (zie voorts § 4.5).

nationale regelgeving

Binnen de *nationale* regelgeving geldt voor het algemeen bestuur een rangorde tussen:

1. rijkswetgeving
2. provinciale verordeningen
3. gemeentelijke verordeningen.

Deze rangorde kan worden afgeleid uit specifieke bepalingen in respectievelijk de Gemeentewet (art. 121 en 122) en de Provinciewet (art. 118 en 119).

rijkswetgeving

Binnen de wetgeving op rijksniveau geldt de volgende rangorde:

1. wet;
2. algemene maatregel van bestuur;
3. ministeriële regeling.

Zie over deze onderwerpen reeds § 4.3.2.

De status van algemeen verbindende voorschriften die zijn uitgevaardigd door 'functionele lichamen' is afhankelijk van hetgeen daarover in de instellingswetten is bepaald. De grenzen aan de verordenende bevoegdheid van deze bestuurseenheden kunnen daarom niet in algemene termen worden aangeduid. Zie daarover reeds § 4.3.4.

Ad. 2 - Bijzonder gaat voor algemeen

Voor het geval twee regelingen van gelijke rang (bijvoorbeeld: twee wetten in formele zin) eenzelfde onderwerp verschillend regelen en daardoor met elkaar in tegenspraak lijken, kan gebruik worden gemaakt van de vertrouwde regel dat de bijzonder regel voor de algemene gaat. Deze problematiek heeft met de komst van de Awb aan betekenis gewonnen. Zo zien we in art. 20.1 Wet milieubeheer een

regeling voor het beroep tegen – kortgezegd - bepaalde ‘milieubesluiten’ die afwijkt van de regeling voor het beroep tegen besluiten van art. 8:1 Awb. In dit geval gaat de bijzondere regeling van de Wet milieubeheer voor de algemene regeling van de Awb. Voor ongeregelde gevallen moet de rechter wel eens oplossingen bedenken waarbij hij moet nagaan of de wetgever heeft bedoeld aan te sluiten bij een bijzondere of juist bij de algemene regeling.

Ad. 3 – Nieuw gaat voor oud

Wanneer twee wetten hetzelfde onderwerp bestrijken en de samenloop niet oplosbaar is met behulp van de eerdergenoemde beide voorrangregels, gaat de nieuwere wet boven de oudere (art. 5 Wet Algemene Bepalingen).

4.4 Kenmerken van bestuursrechtelijke wetgeving

Het is nu zaak nader te bekijken wat de typerende kenmerken zijn van bestuursrechtelijke wetgeving. Drie kenmerken zijn in het bijzonder interessant, te weten het relatief geringe aantal gedragsregels voor burgers, de gelede structuur van normstelling en het veelvuldig voorkomen van beleidsvrijheid In § 4.4.1 tot en met § 4.4.3 gaan respectievelijk op deze kenmerken in.

4.4.1 Weinig gedragsregels

weinig gedragsregels voor burgers

Een eerste kenmerk van tot het bestuursrecht te rekenen wetgeving (zoals onderwijswetgeving, wetgeving op het terrein van de sociale zekerheid, milieuwetgeving, ruimtelijke wetgeving en dergelijke) is, dat er naar verhouding weinig gedragsregels voor burgers in voorkomen.

Dit kenmerk valt op bij vergelijking met andere delen van het recht. In het strafrecht en in het burgerlijk recht bestaat een groot deel van de rechtsnormen uit tot de burger gerichte normen over hoe zich te gedragen (gedragsregels). Neem bijvoorbeeld art. 310 Wetboek van Strafrecht: ‘Hij die enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort wegneemt, met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen, wordt, als schuldig aan diefstal, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.’ Voor de goede verstaander: Gij zult niet stelen. Of neem een voorbeeld uit het burgerlijk recht: art. 6:248 BW: ‘Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte, of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.’ Ofwel: de overeenkomst strekt partijen tot wet.

Dergelijke straf- respectievelijk privaatrechtelijke normen richten zich rechtstreeks, in de vorm van gedragsvoorschriften, tot de burger. Deze kan door raadpleging van de wet te weten komen waar hij aan toe is.

bevoegdheidsregels

In het bestuursrecht is dat echter veel lastiger. Verreweg de meeste normen hebben daar een andere inhoud dan aan een burger voor te schrijven hoe zich te gedragen. Een groot deel van de normen richt zich niet tot de burger, maar tot bestuursorganen. Het zijn geen gedragsregels, maar *bevoegdheidsregels*. Een bestuursorgaan mag bijvoorbeeld een vergunning afgeven, waarbij de wet allerlei regels verschaft over hoe dat moet gebeuren. De burger ontdekt dan dus pas in de vergunning zelf aan welke normen hij heeft te voldoen.

Zie voor een voorbeeld de Wet milieubeheer (Wm), hoofdstuk afvalstoffen, titel 10.5: de verwijdering van gevaarlijke afvalstoffen. Daarin zijn nauwelijks bepalingen te vinden die zich rechtstreeks tot de burger wenden. Art. 10.30, lid 1, Wm luidt: ‘Het is verboden zich door afgifte aan een ander van gevaarlijke afvalstoffen te ontdoen.’ Het tweede lid van deze bepaling regelt, dat het verbod niet geldt indien gevaarlijke afvalstoffen worden afgegeven aan een persoon: a) die krachtens art. 10.36 of 10.37 bevoegd is de betrokken afvalstoffen in te zamelen (...). Kortom: de gedragsregel (opgenomen in het eerste lid) verwijst ogenblikkelijk (in het tweede lid) naar de aanwezigheid van een vergunning, een bestuursbevoegdheid dus.

Als in bestuursrechtelijke wetgeving door de bank genomen maar weinig gedragsregels voor burgers voorkomen, waaruit bestaan die wetten dan wel? De volgende typen bepalingen zijn in ruime mate voorradig: tot bestuursorganen gerichte bepalingen over het gebruik van bevoegdheden (competentiebepalingen), organisatorische bepalingen, procedurebepalingen en financiële bepalingen.

Wij vatten samen.

1e Kenmerk - bestuurlijke wetgeving:

- VEEL
Bevoegdheidsnormen (voor bestuursorganen) en:
 - organisatieregels
 - procedureregels
 - financiële regels
- WEINIG
Gedrag norms (voor burgers)

Het komt er op neer, dat de uiteindelijke normen voor de burger veelal pas in de op basis van wettelijke (en andere) regels te nemen concrete beslissing zijn te vinden. In het voorbeeld van zoëven: de milieuvergunning. In een algemenere bestuursrechtelijke term geduid: in de *beschikking* (een besluit in een concreet geval, dus niet van algemene strekking).

De beschikking is dan het eindpunt van een langgerekt proces van normstelling. Dat brengt ons bij het tweede kenmerk van bestuursrechtelijke wetten.

4.4.2 Gelede normstelling

gelede normstelling

Als wij de voor de bestuurstaak in wetgeving neergelegde normen bezien, dan roept dit een ingewikkeld beeld op.

Wij zien namelijk vaak in bestuursrechtelijke wetgeving het patroon dat sprake is van een juridisch regime, dat in meerdere typen wetgeving is neergelegd. Vaak is het niet voldoende om in slechts één wet na te zoeken welke regels gelden. Veelal moeten er meerdere soorten wetgeving worden geraadpleegd om er achter te komen welke normen er nu in totaal van toepassing zijn op een te nemen besluit. De normstelling in de wetgeving vertoont daarmee een geleed of geschakeld beeld. In het bestuursrechtelijke handboek van de hand van Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male wordt dit verschijnsel aangeduid als 'gelede' normstelling. De eerste auteur, Van Wijk, is de geestelijke vader van deze beeldende term. 'Geleed' wil zeggen: opgedeeld in fasen. Het proces van normstelling in de bestuursrechtelijke wetgeving vindt vaak in meerdere fasen plaats.

ongelede normstelling

Om beter zicht te krijgen op wat hiermee wordt bedoeld, is het nuttig om na te gaan wat het tegenovergestelde is. Wat is ongelede (niet-geschakelde) normstelling? Daarvan is sprake, als rechtstreeks uit de wet zelf kan worden afgeleid welke normen toepasselijk zijn. Deze constructie komt wederom naar verhouding vaker voor in het strafrecht en in het burgerlijk recht. Zie de hierboven gegeven voorbeelden van tot de burger gerichte gedragsnormen, die zich rechtstreeks uit de wet laten halen. De normen waaraan de burger zich heeft te houden, staan redelijk overzichtelijk in de wet zelf vermeld. In het bestuursrecht is dat ongebruikelijk. Hier is het eerder uitzondering dan regel, dat onmiddellijk rechtstreeks uit de wet blijkt welke regels van toepassing zijn. Vaak moet een hele keten van regelgeving worden langsgelopen. Wij zeiden al: veelal is pas in de concrete beslissing van het bestuur, in de beschikking, vastgelegd welke regels voor de burger gelden (wat mag wel, wat niet). Die beschikking steunt vaak op een hele reeks wettelijke maatregelen. Met andere woorden: de beschikking is vaak het eindpunt van een proces van met elkaar geschakelde ('gelede') normen.

gelede normstelling

Deze gelede normstelling ontstaat op twee manieren:

1. er zijn vaak meerdere juridische regimes van toepassing (bijvoorbeeld: een nieuw bedrijf heeft te maken met bouw-, milieu- en vestigingswetgeving);
2. binnen één zo'n wettelijk regime is meestal weer sprake van delegatie van normstelling. Dat wil zeggen: de normstelling wordt vanuit de formele wet weer naar lagere wetgevers doorgegeven.

In schema:

2e Kenmerk - bestuursrechtelijke wetgeving

- Gelede normstelling, dat wil zeggen: normstelling in fasen, zowel:
 - verschillende juridische regimes naast elkaar, alsook
 - binnen één regime:
delegatie van normstelling

Op rijksniveau houdt delegatie van wetgevende bevoegdheid veelal in, dat een wet in formele zin de grondslag bevat voor nadere bepalingen 'bij of krachtens algemene maatregel van bestuur'. Een willekeurig voorbeeld biedt art. 3a Bestrijdingsmiddelenwet 1962, waarin de grondslag is te vinden voor het stellen van nadere eisen aan de toelating van bestrijdingsmiddelen 'bij of krachtens algemene maatregel van bestuur'. 'Bij' algemene maatregel van bestuur wil zeggen, dat in de amvb zelf nadere regels zijn te vinden; 'krachtens' amvb houdt in, dat de amvb zelf weer de grondslag kan bevatten voor nadere regeling in een regeling van lagere rang, dat wil zeggen een ministeriële regeling.

Gedelegeerde normstelling:

- voorbeeld 1
 - wet in formele zin: 'bij of krachtens algemene maatregel van bestuur'; d.w.z.:
 - algemene maatregel van bestuur
 - ministeriële regeling

ministeriële regeling

Tevens is het mogelijk, dat een wet in formele zin zelf - met overslaan van het niveau van de amvb - de grondslag bevat voor nadere regeling door de minister (bij ministeriële regeling). Zie voor een voorbeeld de Wet verontreiniging oppervlaktewateren. In art. 1a., eerste en tweede lid, verschaft deze wet (aan de regering) de bevoegdheid om bij amvb grenswaarden te stellen aan onder meer maximale concentraties van bepaalde stoffen in het oppervlaktewater. In het derde lid wordt een uitzondering gemaakt voor gevallen waarin het vaststellen van een dergelijke grenswaarde voortvloeit uit een voor Nederland verbindende verplichting uit het internationale recht. In die gevallen mogen de grenswaarden namelijk bij ministeriële regeling worden vastgesteld, door de minister van volkshuisvesting, ruimtelijke ordening en milieubeheer. De redenering achter dit verschil is, dat met een lichtere status van de regeling kan worden volstaan als er voor de rijksoverheid toch niet veel meer te kiezen valt.

Gedelegeerde normstelling:

- voorbeeld 2
 - wet in formele zin: 'de minister is bevoegd nadere regels te stellen'; d.w.z.:
 - ministeriële regeling

medebewinds- verordening

Delegatie van regelgevende bevoegdheid behoeft zich niet te beperken tot het niveau van de rijksoverheid. Ook andere lichamen, bijvoorbeeld lagere overheden, kunnen daarin worden betrokken. Als voorbeeld nemen wij een geval, waarin een wet in formele zin de grondslag bevat voor het vaststellen van een gemeentelijke verordening. Aangezien het hier gaat om een door een hogere wet aan de gemeente geboden mogelijkheid (of opdracht) tot nadere regelgeving van een bepaald onderwerp, is sprake van een gemeentelijke *medebewindsverordening*. Een voorbeeld biedt art. 2 van de Huisvestingswet: 'Indien het naar het oordeel van de gemeenteraad noodzakelijk is regelen te stellen met betrekking tot het in gebruik nemen of geven van woonruimte (...) stelt de gemeenteraad een huisvestingsverordening vast.' Indien een gemeente inderdaad overgaat tot het vaststellen van een huisvestingsverordening, bevat deze in aanvulling op het reeds landelijk bij wet geregelde een aantal specifieke plaatselijke regels. Op basis van het totale complex aan beschikbare regels neemt het gemeentebestuur beschikkingen (zoals beslissingen over huisvestingsvergunningen, zie art. 7 Huisvestingswet).

Gedelegeerde normstelling:

- voorbeeld 3
 - wet in formele zin:
 - gemeentelijke medebewindsverordening
 - beschikking

Uit deze voorbeelden blijkt, dat door het verschijnen van delegatie van regelgevende bevoegdheden een 'geschakeld' of 'geleed' regelbestand ontstaat, dat de achtergrond vormt voor het nemen van concrete bestuursrechtelijke beslissingen.

samenloop

De zaak wordt nog ingewikkelder wanneer wij bedenken dat in een concrete zaak meerdere bestuursjuridische regimes samen kunnen lopen, waarbij binnen elk van die regimes weer delegatie van regelgeving plaats heeft gevonden. Wij nemen als - niet uitgewerkt, maar schematisch gepresenteerd - voorbeeld de vestiging van een bedrijf. In zo'n geval heeft het bedrijf waarschijnlijk te maken met

tenminste drie wetgevings-'regimes': 1) regels met betrekking tot bouwen (planologische en bouwtechnische voorschriften); 2) milieu-eisen en 3) vestigingsregels.

Verskillende juridische 'regimes' + gelede normstelling
voorbeeld: vestiging bedrijf

- Bouwregels
 - ! Woningwet

 - ! Bouwbesluit (amvb)

 - ! Wet op de Ruimtelijke Ordening

 - bestemmingsplan (vast te stellen door gemeenteraad)
 - bouwvergunning

- Milieuregels
 - ! Wet milieubeheer
 - Inrichtingen en vergunningenbesluit (amvb)

 - ! sectorwetten, onder meer Wet verontreiniging oppervlaktewateren
 - milieuvergunning(en)

- Vestigingsregels
 - ! Vestigingswet bedrijven
 - vestigingsvergunning

4.4.3 Beleidsvrijheid

Wij hebben gezien, dat de normstelling in bestuursrechtelijke wetgeving zich over meerdere schakels verdeelt ('geschakelde', of ook 'gelede' normstelling). In het samenstel van normen is bovendien nog niet duidelijk terug te vinden welke gedragsnormen nu precies gelden voor burgers; als eerste kenmerk noemden wij immers het in geringe mate voorkomen van gedragsnormen voor burgers. Mede door deze combinatie van factoren wordt veel aan het bestuur overgelaten: er blijft in het algemeen nog een meer of minder ruime mate van *beleidsvrijheid* over voor bestuursorganen. Beleidsvrijheid houdt in, dat er ruimte is voor een bestuursorgaan om zelf belangen af te wegen. De wijze waarop het orgaan omgaat met zijn beleidsvrijheid is vervolgens gebonden aan de grenzen van het recht, het bestuursrecht voorop (zie § 1.2).

Eerder hebben wij al uiteengezet hoe in het bestuursrecht, ter controle van het gebruik van beleidsvrije bevoegdheden, maatstaven zijn ontwikkeld (met name de beginselen van behoorlijk bestuur) die in aanvulling op in de wet neergelegde eisen kunnen worden toegepast (zie § 1.3). Ook het gebruik van beleidsvrije bevoegdheden moet aan eisen van recht voldoen (rechtmatigheid). Beleidsvrijheid is geen vrijbrief aan een bestuursorgaan om te doen en te laten wat men wil. Rechtmatig bestuur vereist besturen 'met beleid'.

4.5 Rechterlijke controle van wetgeving

In deze paragraaf kiezen wij het perspectief van de rechter die te maken krijgt met de beoordeling van algemeen verbindende voorschriften. De rechter kan hiermee ruwweg op twee manieren in aanraking komen. Allereerst kan het zijn dat hij de rechtmatigheid van wetgeving zelf moet vaststellen, door toetsing aan hogere wetgeving of aan ongeschreven recht. Dit is de kwestie van toetsing *van* de wet. Vervolgens kan de rechter geroepen worden om de rechtmatigheid van een ander soort overheidshandeling op rechtmatigheid te onderzoeken en daarbij de wet als toetsingsmaatstaf gebruiken. Dan hebben we het over toetsing *aan* de wet. Deze beide vragen worden respectievelijk in § 4.5.1 en § 4.5.2 aan de orde gesteld.

4.5.1 Toetsing van de wet

Bij toetsing *van* de wet gaat het dus om toetsing van de rechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift zelf. Deze vraag kan zowel direct als indirect op het bordje van de rechter terecht komen.

Aangezien de bevoegdheid van de bestuursrechter (nog) is beperkt tot besluiten, die geen algemeen verbindende voorschriften zijn (zie art. 8:2, sub a Awb), moet een vordering waarbij de onrechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift wordt gesteld, worden ingediend bij de burgerlijke rechter. Deze komt dan voor de vraag te staan of de aan hem voorgelegde wet (in materiële zin) zich verdraagt met hogere wettelijke bepalingen en met het ongeschreven recht, in het bijzonder algemene rechtsbeginselen. Ook langs indirecte weg kan de rechter - zowel de bestuurs-, de straf- als de burgerlijke rechter - bij de toetsing van een besluit of handeling voor de vraag komen te staan of de wettelijke regeling waarop deze steunt wel in overeenstemming is met het recht. In dat geval richt het beroep of de vordering zich niet rechtstreeks tegen het wettelijk voorschrift zelf, maar worden de achterliggende wettelijke regelingen op hun houdbaarheid getoetst.

Dit kan met een voorbeeld worden toegelicht. In de gemeente Enschede braken zomer 1996 ongeregelde heden uit op het terrein van een supermarkt, waar illegale autocrosses werden gehouden. De burgemeester zag zich genoodzaakt een samscholingsverbod in te stellen, neergelegd in een door hem vastgestelde noodverordening. Overtreding van de noodverordening leverde een strafbaar feit op. Wegens overtreding van het samscholingsverbod werden diverse aanhoudingen verricht, die tot strafrechtelijke vervolging leidden. De strafrechter diende alvorens tot veroordelingen over te gaan, te controleren of de noodverordening op de juiste wijze (bevoegd, met in acht neming van de in de Gemeentewet gestelde regels, en dergelijke) was vastgesteld. In concreto was daar niets mis mee. Stel echter, dat de rechter tot de conclusie had moeten komen, dat de verordening zich niet verdroeg met hogere regels en/of met rechtsbeginselen, dan zou de verordening onrechtmatig geacht moeten worden. De rechter zou in zo'n geval de verordening buiten toepassing hebben moeten laten. Op basis van een onrechtmatige verordening kunnen immers geen veroordelingen wegens strafbare feiten worden gebaseerd.

toetsing besluit

In het voorbeeld kwam de strafrechter ter sprake. Als de bestuursrechter zich over de toetsing van een besluit moet buigen, zal hij eveneens na moeten gaan of de wettelijke regeling waarop het besluit steunt, deugdelijk is. Zo is het bijvoorbeeld denkbaar dat een nationale regeling door de rechter in strijd wordt geacht met een dwingende regel van Europees recht. In dat geval zal hij de nationale regel buiten toepassing moeten laten.

In deze paragraaf volgt nog een enkele opmerking over de rol van de rechter bij de toetsing van wetgeving. Wij moeten hier een verschil maken tussen:

1. toetsing van wetten in formele zin; en
2. toetsing van lagere wetgeving.

Ad. 1 - Toetsing van een wet in formele zin toetsingsverbod

De speelruimte voor de rechter om een wet in formele zin aan het recht te toetsen is beperkt. Zo is het hem niet gegeven om zich een oordeel te vormen over de vraag of een wet in formele zin zich verdraagt met de *Grondwet*. Dit zogeheten toetsingsverbod is in de Grondwet (art. 120) vastgelegd.

De achtergrond van dit toetsingsverbod is gelegen in de constitutionele verhouding tussen wetgever en rechter (scheiding der machten). Het past de rechter niet om het werk van de hoogste nationale wetgever vergaand te controleren. De formele wetgever bestaat immers behalve uit de regering ook uit de Staten-Generaal, de democratisch gekozen volksvertegenwoordiging. Deze behoort, zo luidt de redenering, het laatste woord te hebben. Zouden er door de volksvertegenwoordiging als medewetgever fouten worden gemaakt, dan behoren die door de democratische controle daarop, dus door verkiezingen, te worden gecorrigeerd. Het primaat behoort ook bij de volksvertegenwoordiging te liggen waar het gaat om de taak van het controleren van wetten in formele zin op grondwettigheid. Het primaat wordt hier gelegd bij het beginsel van de democratie.

Deze benadering verdient echter wel enige nuancering. Het is de rechter in ons rechtsstelsel namelijk wel mogelijk gemaakt om wetten in formele zin te toetsen aan direct werkende bepalingen van internationaal recht. Men denke aan in internationale verdragen vastgelegde mensenrechten en ook aan het communautaire (EG) recht. In die gevallen zijn de wetten dus toch niet 'onschendbaar', dat wil zeggen vrij van rechterlijke toetsing. Aan deze reeds bestaande mogelijkheid kan dan ook een belangrijk argument worden ontleend voor het openstellen van de mogelijkheid dat de rechter formele wetten zou gaan toetsen aan de Grondwet. Het huidige toetsingsverbod van art. 120 Grondwet zou dan geschrapt moeten worden. Het rechterlijk college dat over de bevoegdheid zou gaan beschikken een dergelijke constitutionele toetsing uit te voeren (waarschijnlijk de Hoge Raad), zou in dat geval als een constitutioneel hof gaan fungeren.

toetsing aan algemene rechtsbeginselen

Behalve toetsing van formele wetten aan de Grondwet is nog van belang of de rechter bevoegd is om dergelijke wetten te toetsen aan algemene *rechtsbeginselen*. Het komt immers nogal eens voor, dat de wetgever stappen zet waardoor maatschappelijke belangen rechtstreeks worden geraakt en men zich afvraagt of zaken niet te overhaast worden doorgevoerd. In juridische termen betekent dit, dat aan de wetgever soms met recht de vraag kan worden gesteld of voldoende rekening is gehouden met de fundamentele waarde der rechtszekerheid. Akkoord, de vraag laat zich stellen, maar wat is het antwoord? Als het antwoord van de rechter moet komen, dan moet deze zich eerst de vraag stellen of hij in ons constitutionele stelsel wel geroepen is daarover uitspraken te doen. De verhouding wetgever-bestuur is hier wederom in het geding. Toen de rechter zich in de kwestie van de Harmonisatiewet (1989) over de vraag moest buigen of deze wet zich verdroeg met het beginsel der rechtszekerheid, bracht de zichzelf opgelegde terughoudendheid hem ertoe de wetgever niet daadwerkelijk terecht te wijzen. Uit de uitspraak blijkt echter wel, dat de rechter (de Hoge Raad) inhoudelijk vond dat de rechtszekerheid inderdaad niet was gediend met de wet.

Het *Harmonisatiewet-arrest* (Hoge Raad 14 april 1989, NJ 1989 469) getuigt hiervan. De Harmonisatiewet bracht met zich mee, dat voor studenten die met een tweede studie waren begonnen de jaren van de eerste studie meetelden voor de maximale inschrijvingsduur. Zij konden dus over hun tweede studie naar verhouding minder lang doen dan onder de oude wetgeving. De landelijke studentenvakbond spande een kort geding tegen de Staat der Nederlanden, een vordering uit onrechtmatige daad wegens wetgeving in strijd met de rechtszekerheid. De President van de Rechtbank Den Haag oordeelde in kort geding, dat de wet inderdaad in strijd was met de rechtszekerheid. Hij constateerde dat er talloze slachtoffers waren, die in het bijzonder door het ontbreken van overgangsbepalingen concreet werden benadeeld. De grondslag voor dit oordeel was gebaseerd op een vondst, namelijk op het Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden. Daarin kwam namelijk de term rechtszekerheid ('rechtszekerheidsgarantie') voor. De Hoge Raad kwam, zoals verwacht, tot de conclusie dat deze vlieger niet opging. Het Statuut voor het Koninkrijk was niet voor een dergelijke toetsing bedoeld en was dus verkeerd toegepast. De Hoge Raad meende bovendien, dat de President teveel op de stoel van de wetgever was gaan zitten. De rechter moet zeker bij het toetsen van een wet in formele zin de nodige terughoudendheid betrachten, dat raakt de kern van ons staatsbestel. Uit de overwegingen van de Hoge Raad blijkt echter ook, dat deze toetsing aan het rechtszekerheidsbeginsel op zichzelf niet uitgesloten acht. Sterker nog, uit een overweging 'terzijde' blijkt, dat onze hoogste rechter vond dat het beginsel der rechtszekerheid inderdaad is geschonden. ('Hoezeer hij de te dezen bestreden Harmonisatiewet in strijd acht met gerechtvaardigde verwachtingen van de betrokken studenten en derhalve met het rechtszekerheidsbeginsel.') Daaraan worden echter geen consequenties verbonden, aangezien de rechter anders iets zou doen dat niet past in ons staatsbestel. Het arrest bevat een fraai overzicht van argumenten pro en contra toetsing van een formele wet aan rechtsbeginselen.

Toetsing door de rechter van een wet in formele zin

- toetsing aan dwingend internationaal recht?
 - ja

- toetsing aan de Grondwet?
 - nee, wegens toetsingsverbod in Grondwet (art. 120)

- toetsing aan rechtsbeginselen?
 - past niet in ons staatsbestel (aldus de Hoge Raad)

Ad. 2 - Toetsing van lagere wetgeving

toetsing lagere aan hogere wetgeving

Het is onomstreden dat de rechter een algemeen verbindend voorschrift van een lagere rang dan een wet in formele zin mag toetsen aan 'hogere regelgeving'. Als de rechter meent, dat een regeling is strijdig met een hogere regeling, dan zal hij deze onverbindend moeten verklaren dan wel in het concrete geval buiten toepassing moeten laten. Onverbindend verklaren betekent: aan de regeling wordt in algemene zin verbindende kracht onzegd. Buiten toepassing laten wil zeggen: in een concreet geval kan de regeling niet worden toegepast. Wij gaan hier niet nader in op de vraag welke oplossing in welk geval aangewezen is.

Een voorbeeld van toetsing van een lagere regeling aan een hogere biedt de volgende situatie. In het verleden hebben gemeenten geprobeerd het kraken van woningen tegen te gaan door gemeentelijk anti-kraakverordeningen vast te stellen. Bij het ontbreken van landelijke wetgeving ter zake was daar ook aanleiding toe. Nu wij inmiddels de Leegstandswet kennen, een wet die met een wat verhullende naam

het kraken tegengaat, is er geen ruimte meer voor dergelijke gemeentelijke verordeningen. Zou een gemeente toch een anti-kraakverordening vaststellen, dan zal de rechter deze wegens strijd met een wet in formele zin onverbindend verklaren dan wel buiten toepassing laten.

toetsing aan rechtsbeginselen?

Moet de rechter volstaan met toetsen van lagere wetgeving aan hogere wetgeving, of is er ruimte voor toetsing van deze wetgeving van lagere rang (dan een wet in formele zin) aan *rechtsbeginselen*? De rechtspraak beantwoordt deze vraag positief.

Illustratief voor deze tendens is het *Landbouwvliegers-arrest* (Hoge Raad 16 mei 1986, NJ 1987, 251). Het ging ook hier om een bij de burgerlijke rechter aangespannen procedure uit onrechtmatige daad. De beweerde onrechtmatige wetgeving was geen wet in formele zin, maar een ministeriële regeling. Op basis van de Bestrijdingsmiddelenwet had de toenmalige staatssecretaris van Landbouw en Visserij een uitvoeringsregeling vastgesteld. (De vaststelling door de staatssecretaris verhindert niet van een ministeriële regeling te kunnen spreken). Deze regeling had de status van 'vanwege het Rijk' vastgestelde algemeen verbindende voorschriften. In de regeling werden de afstanden bepaald, die bij het met behulp van vliegtuigen bespuiten van gewassen met bestrijdingsmiddelen ten opzichte van diverse soorten bebouwing in acht moeten worden genomen. Daartegen ageerden de belangenverenigingen van landbouwvliegers. Zij verwachtten, dat deze uitvoeringsregeling het op efficiënte wijze spuiten van bestrijdingsmiddelen met behulp van vliegtuigen zeer zou bemoeilijken. De rechter moest vaststellen, dat de door de staatssecretaris vastgestelde regeling niet in strijd was met een hogere regeling. De vervolgvraag was toen: is de regeling in strijd met rechtsbeginselen? Op dit punt rees kritiek. De eerste rechter, de President van de Rechtbank Den Haag achtte de maatregel in strijd met het rechtsbeginsel van de zorgvuldigheid (er had namelijk geen overleg plaatsgevonden met de concreet aanwijsbare organisaties van belanghebbenden) en ook met het beginsel van motivering. In cassatie moest de Hoge Raad zich uitspreken over de toelaatbaarheid van rechterlijke toetsing aan rechtsbeginselen. De Hoge Raad achtte dit in beginsel toegestaan. Wel voegde de raad daar aan toe, dat deze toetsing op een afstandelijke wijze - dus met respect voor de eigen verantwoordelijkheid van de lagere wetgever - moet worden uitgevoerd. Er is in deze visie slechts ruimte voor daadwerkelijk ingrijpen door de rechter als een algemeen verbindend voorschrift op een kennelijk onredelijke wijze (dus: evident) in strijd is met een rechtsbeginsel. Toetsing aan rechtsbeginselen (waaronder 'beginselen van behoorlijke wetgeving') verloopt aldus via de sluis van willekeur. Het eindoordeel van de Hoge Raad luidde, dat de regeling in concreto niet op kennelijk onredelijke wijze in strijd was met rechtsbeginselen. Niettemin was de principiële vraag naar de toelaatbaarheid van toetsing van lagere wetgeving aan rechtsbeginselen - via de poort van de kennelijke onredelijkheid (willekeur) - positief beantwoord. Deze algemene lijn is in latere jurisprudentie bevestigd, zij het dat bij latere gevallen ook wel rechtstreeks aan rechtsbeginselen (zoals het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel) is getoetst zonder dat daarbij dus de willekeurstoets als sluis is gebruikt (HR 1 december 1993, AB 1994, 55).

De grenzen van de rechterlijke bemoeienis bij de toetsing van wetgeving blijven behalve door de rechtspraak mede bepaald door art. 11 van de Wet Algemene Bepalingen: de rechter mag niet de innerlijke waarde van een wet beoordelen. De rechter mag een wet niet op zijn politieke inhoud toetsen. Ook daarin ligt een aansporing tot terughoudendheid.

Aan de andere kant is er zeker reden om de rechter de bevoegdheid te geven op te treden waar algemeen verbindende voorschriften evident in strijd zijn met algemene rechtsbeginselen. Zoals ook in het voorbeeld van het *Landbouwvliegers-arrest* aan de orde was, zijn er vele voorbeelden van door bestuursorganen vastgestelde regelingen (ook wel 'bestuurswetgeving' genoemd). De keuze om een bepaald onderwerp nader te regelen bij algemeen verbindend voorschrift of bij beleidsregels is nogal eens afhankelijk van toevallige factoren. Het zou uit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming ongelukkig zijn als 'bestuurswetgevers' (lagere wetgevers) de rechterlijk controle zouden kunnen ontspringen door stelselmatig te kiezen voor de vorm van algemeen verbindende voorschriften.

Toetsing door de rechter van een lagere wet

- toetsing aan dwingend internationaal recht?
 - ja

- toetsing aan hogere wetten, waaronder de Grondwet?
 - ja

- toetsing aan rechtsbeginselen?
 - ja, mits via de sluis van 'kennelijke onredelijkheid' (aldus de Hoge Raad)

4.5.2 Toetsing aan de wet

Staat de juridische houdbaarheid van een algemeen verbindend voorschrift vast, dan kan de bestuursrechter volstaan met het toetsen van een besluit aan de regeling: dit is toetsing *aan* de wet. Toetsing van besluiten aan de wet (en vervolgens aan rechtsbeginselen) behoort bij de voor een rechter gebruikelijke taak. We willen er hier een enkele opmerking over maken (in hoofdstuk 9 komen we hier nog op terug).

Voldaan aan wettelijke eisen?

Wanneer een bestuursrechter een besluit moet toetsen aan het recht, zal hij eerst onderzoeken of het besluit voldoet aan wettelijke eisen. Kern van het vereiste van rechtmatigheid is immers de eis van wetmatigheid. De rechter zal - indachtig het legaliteitsvereiste - op zoek gaan naar de wettelijke grondslag voor een bevoegdheid. Als die aanwezig blijkt, zal hij vervolgens nagaan of het besluit is genomen in overeenstemming met de procedurele en inhoudelijke eisen die de wet daaraan stelt.

Wij moeten overigens bedenken, dat niet iedere schending van een wettelijk voorschrift ogenblikkelijk leidt tot vernietiging van het besluit. Art. 6:22 Awb maakt het namelijk mogelijk om een besluit, ondanks schending van een vormvoorschrift, in stand te laten indien de belangen van betrokkenen zich daar niet tegen verzetten.

schending van vormvoorschrift

Bij toepassing van art. 6:22 Awb gaat het om schending van een vormvoorschrift. Het is echter ook mogelijk, dat de rechter al toetsend tot het oordeel komt, dat een bepaald wettelijk voorschrift dat meer is dan een vormvoorschrift weliswaar is geschonden, maar daaraan eigenlijk geen gevolgen verbonden zouden moeten worden. Deze conclusie dringt zich op in situaties waarin naleving van de wet op gespannen voet staat met respect voor rechtsbeginselen, in het bijzonder beginselen van behoorlijk bestuur.

Tot de taak van de rechter behoort, zoals al enkele keren ter sprake kwam, niet alleen toetsing aan de wet, maar ook aan ongeschreven recht. Voor de bestuursrechter is deze opdracht vastgelegd in art. 8:77, lid 2, Awb: 'Indien de uitspraak strekt tot gegrondverklaring van het beroep, wordt in de uitspraak vermeld welke geschreven of ongeschreven rechtsregel of welk algemeen rechtsbeginsel geschonden wordt geoordeeld.' Hieruit blijkt, dat ook het ongeschreven recht - ongeschreven rechtsregels en algemene rechtsbeginselen - tot de rechterlijke toetsingsgronden wordt gerekend. Hiertoe behoren wat de bestuursrechtelijke rechtsbeginselen betreft ook de beginselen van behoorlijk bestuur (zoals het vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel). Ook deze beginselen behoren derhalve tot het toetsingsarsenaal van de bestuursrechter.

In de rechtspraak is onder een aantal voorwaarden aanvaard, dat naleving van een beginsel van behoorlijk bestuur zwaarder weegt dan het uitgangspunt dat wettelijke voorschriften worden nageleefd. In dat geval wordt toepassing van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (als rechtsbeginsel) 'tegen de wet' (*contra legem*) aanvaard. De rechter laat alsdan het beginsel van behoorlijk bestuur prevaleren boven toetsing aan de (letter van de) wet.

Een dergelijke toepassing is de geclausuleerde uitzondering op de hoofdregel, dat een bestuursbesluit zich moet verdragen met wettelijke voorschriften. Afwijken van de wet ten gunste van een beginsel kan natuurlijk niet zomaar. Daar moeten goede argumenten voor zijn. Vandaar dat in de rechtspraak de volgende beperkingen zijn geformuleerd ten aanzien van toepassing 'contra legem' van rechtsbeginselen:

1. alleen bij een *materieel beginsel*; met name het beginsel van vertrouwen c.q. rechtszekerheid en het gelijkheidsbeginsel; enkele schending van formele beginselen als het zorgvuldigheids- of het motiveringsbeginsel is niet voldoende;
2. belangen van *derden* mogen niet worden geschaad; daaruit vloeit voort dat toepassing bij bijvoorbeeld financiële beschikkingen als uitkeringen of belastingen wel toelaatbaar is, maar niet bij vergunningverlening;
3. *schade* - die zou ontstaan door vast te houden aan naleving van de wet - moet vaststaan.

algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Onder deze voorwaarden vormen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als het ware een ongeschreven hardheidsclausule. Duidelijk is, dat toepassing van beginselen 'contra legem' overbodig is, indien de wettelijke regeling zelf een (dus geschreven) hardheidsclausule kent. In dat geval voorziet de regeling immers al in een mogelijkheid om van de in het algemeen gestelde regels af te wijken indien toepassing daarvan in een concreet geval tot een volkomen onredelijk resultaat zou leiden.

Voorbeelden van toepassing 'contra legem' van rechtsbeginselen komen nog wel eens voor op het terrein van het belastingrecht. Dat is niet zo verwonderlijk, omdat dit terrein in belangrijke mate wordt beheerst door een dicht net van wettelijk regels. Strikte toepassing daarvan leidt soms - buiten de

hardheidsclausules - tot onredelijke resultaten. Neem het voorbeeld van een circulaire waarin door de staatssecretaris van Financiën uiteen wordt gezet hoe een bepaalde belasting moet worden geheven. Deze circulaire is bekend gemaakt aan de belastinginspecties en wordt door hen al toegepast. Naar het oordeel van een bepaalde belastingplichtige wordt de circulaire echter in zijn geval ten onrechte niet op hem toegepast. Bij het door de rechter te beslechten geschil tussen deze belastingplichtige en de inspecteur blijkt dat de circulaire fouten bevat, dat wil zeggen op onderdelen in strijd is met de belastingwetgeving. Buiten dat blijkt de rechter echter wel te vinden, dat de circulaire op zichzelf in concreto toegepast zou moeten worden. Wat nu? Waaraan met voorrang worden gegeven? Aan toepassing van de wet? Of aan toepassing van de gebrekkige circulaire? In zo'n geval zal de rechter - in lijn met jurisprudentie op dit punt - concluderen dat door het bekend maken van de circulaire het vertrouwensbeginsel is geactiveerd. De belastingplichtige mag daarom rekenen op toepassing van de richtlijn. Aan het vertrouwensbeginsel (een materieel beginsel van behoorlijk bestuur) kan voorrang worden verleend. Aan de beide overige voorwaarden is immers ook voldaan (geen belangen van derden geschaad; schade staat vast).

Rechtsbeginselen toepassen contra legem?

alleen indien:

- materieel beginsel geschonden (vooral: vertrouwen/gelijkheid)
- belangen derden niet geschaad
- schade vaststaat

5. Beleid genormeerd: eisen van behoorlijk besturen

Leerdoel

De stof van dit hoofdstuk is gericht op de verwerving van kennis van en inzicht in:

- de rol van ongeschreven beginselen in het bestuursrecht;
- de inhoud van enkele van de belangrijkste beginselen van het bestuursrecht.

Introductie

Beslisnormen

In de Inleiding tot dit boek werd reeds aangegeven dat de dimensie van de Legitimatatie van het besturen thans geacht mag worden meer te omvatten dan de eis van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag voor het besturen. De ontwikkeling van de bestuursrechtspraak van na de Tweede Wereldoorlog heeft, mede door toedoen van de 'terugtrek van de wetgever', verschillende ongeschreven rechtsbeginselen tot wasdom gebracht. Die beginselen had oorspronkelijk met name het karakter van rechterlijke toetsingsmaatstaf maar hebben zich met name onder de Wet Arob (1978-1994) ontwikkeld tot beslisnormen voor het besturen. Zo heeft ook de Awb-wetgever een aantal van deze normen uitdrukkelijk als 'algemene normen voor het besturen' gecodificeerd (zie PG Awb I, p. 208). Men zou kunnen zeggen dat daarmee een van de aspiraties van het legaliteitsbeginsel, namelijk de wens het besturen te binden aan algemene regels, anders dan ooit gerealiseerd lijkt te worden. Nog niet alle algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn gecodificeerd (met name ontbreken nog het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwens- en het rechtszekerheidsbeginsel), maar de bedoeling is dat bij latere tranches ook daarvoor een regeling wordt vastgesteld.

Abbb's en Avsb's

Inmiddels is onder de Awb, naast de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (hierna Abbb's), nog een nieuwe categorie van ongeschreven beginselen in beeld gekomen. Het betreft de zogenoemde algemene rechtsbeginselen, die zich zowel in het privaatrecht als in het publiekrecht doen gevoelen. Deze beginselen hebben, anders dan de Abbb, niet zozeer een normerende functie als wel de functie van het scheppen van verplichtingen in de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur, zoals de verplichting om hetgeen onverschuldigd werd betaald, terug te betalen. Omdat dergelijke verplichtingen wel worden aangeduid als verbintenissen zullen we deze beginselen aanduiden als algemene verbintenis-scheppende beginselen (kortweg Avsb's). Ook aan deze beginselen zal in dit hoofdstuk aandacht worden besteed. Het gaat in dit hoofdstuk – kortom – om de algemene normen die, al dan niet gecodificeerd, in aansluiting op het legaliteitsbeginsel, in het bijzonder de eis van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag, het besturen nader normeren. Die normering is van belang omdat daarmee (aanvullende) grenzen aan, enerzijds, de rechtmatige uitoefening van het overheidsgezag worden gesteld en, anderzijds, aan de over en weer bestaande verplichtingen in de rechtsbetrekking tussen overheid en burger. Bij de behandeling wordt allereerst ingegaan op de plaats en betekenis van rechtsbeginselen (§ 5.1), vervolgens op de Abbb (§ 5.2) en op de Avsb's (§ 5.3). Tenslotte ronden we af met een enkele concluderende opmerking (§ 5.4).

5.1 Plaats en betekenis van rechtsbeginselen

Gedagsregels

Ook rechtsbeginselen kunnen we aanduiden als gedagsregels. Een typerend verschil met geschreven gedagsregels is allereerst het doorgaans meer vage karakter van rechtsbeginselen. Dit houdt verband met het ten principale ongeschreven karakter, maar ook met het feit dat bij rechtsbeginselen het aspect van een bepaalde ethische aspiratie of tendentie domineert; er is wel een beperking tot een bepaalde toepassingsfeer ('als...') en natuurlijk ook een aanduiding van wenselijk gedrag ('dan...') maar heel precies hoeft dat niet te zijn. Denk in dit verband aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel (zie ook art. 3:2 Awb). Dit verlangt dat als het bestuur een beslissing neemt, dan eerst de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen moet worden vergaard. Wat dit rechtsbeginsel precies van het bestuur verlangt, is niet aanstonds duidelijk. Zo is er geen maatstaf voor de mate van uitgebreidheid en diepgang van het onderzoek naar feiten en belangen. Toch is de kern duidelijk: het gaat niet aan – het is bestuurlijk onbehoorlijk – dat een bestuursorgaan beslissingen neemt zonder zich van die feiten en belangen rekenschap te geven, en bij wijze van spreken door het toepassen van I-Ching tot zijn beslissingen komt.

Dit gegeven sluit aan bij de zienswijze dat rechtsbeginselen hun gezag louter en alleen ontleen aan hun materiële inhoud. Positieve gelding (dat wil zeggen gezag van geldend recht) ontstaat bij

rechtsbeginselen niet door positivering in formele zin (zoals bij geschreven gedragsregels, vergelijk de procedure van wetgeving in formele zin, art. 81 e.v. GW), maar door de enkele overtuigingskracht van de norm die de inhoud ervan bepaald. Er moet een objectieve overtuiging zijn, die als het ware de sfeer van subjectieve opvattingen van individuele rechtssubjecten overstijgt, en die ook voldoende krachtig is om te billijken dat deze in rechte afdwingbaar wordt – want juist in dat laatste ligt een belangrijk omslagpunt van morele normen naar rechtsnormen. Voor de evolutie van een morele of ethische norm tot een rechtsnorm is tevens vereist dat de norminhoud in voldoende mate eenduidig kenbaar is. Een beginsel moet natuurlijk wel als een rechtens hanteerbare gedragsregel kunnen fungeren wil de daarin begrepen ethische norm tot beginsel van geldend recht kunnen evolueren. De eerder aangehaalde 'als-dan componenten' van de gedragsregel moeten voldoende duidelijk zijn en ook een voldoende discriminerend vermogen bezitten (wel in deze situatie toepassen, niet in die; niet verplichten tot dit gedrag, wel tot dat).

Gezag als rechtsnorm

Of aan de eisen van overtuiging en bruikbaarheid als rechtsnorm is voldaan kan natuurlijk in abstracto met gedachte-experimenten worden beproefd, en in dit opzicht levert de rechtsgeleerde literatuur een belangrijke bijdrage aan het zich ontwikkelen van (nieuwe) rechtsbeginselen, het bewijs voor het bereiken van het gezag van rechtsnorm is toch uiteindelijk gelegen in de receptie van die norm in één der takken van de overheid. In het bijzonder moeten we dan kijken naar het 'ex officio' invoeren van de desbetreffende norm als rechtsbeginsel, kortom als onderdeel van een naar buiten gerichte uiting van formele aard. Te denken valt aan een onderdeel van de motivering voor een bestuursbesluit, aan een deel van een beleidsregel of plan, maar ook aan wetgeving – waarin een beginsel als onderwerp of als deel van de toelichting figureert. In het bijzonder gezaghebbend is wel een beginsel dat uitdrukkelijk deel uitmaakt van de overwegingen in een rechterlijke uitspraak.

Een academische vraag is of het bij deze verschijningsvormen nu gaat om bewijs van het bestaan van een rechtsbeginsel, of toch om het in formele zin verwerven van gezag als rechtsnorm. Het hangt er maar vanaf of men oordeelt dat rechters enkel doen aan rechtsvinding (het recht is er al, de rechter roept het slechts in) of dat rechters (net als de wetgever, gesteund door het bestuur als 'uitvoerder') beschikken over een rechtsvormende bevoegdheid (en dus ethische normen zelfstandig het formele gezag van geldend recht kunnen meegeven). Deze vraag kan hier in het midden blijven als we aanvaarden dat de rechtspraak een dominante rol vervult bij de erkenning van rechtsbeginselen - aangezien ten langen leste bij de rechter wordt bepaald of de daarin besloten liggende norm in rechte afdwingbaar is. Het is de rechter die aan de norm de facto het gezag van alternatieve rechtsbron mee geeft, als rechtsbeginsel, aanvullend op of misschien juist concurrerend met wetgeving (om maar te zwijgen van bestuursrechtelijk gewoonterecht).

Algemeen rechtsbewustzijn

Zeker is dat vanuit de rechtspraak een belangrijke stap is gezet in de richting van de erkenning van de rol van rechtsbeginselen in het publiekrecht. In het bijzonder zij hier gewezen op de erkenning van het verbod van détournement de pouvoir (HR 14 januari 1949, ARB p. 751 – Zandvoortse woonruimteverbod), het verbod van willekeur (HR 25 februari 1949, ARB, p. 778 – Doetinchemse woonruimteverbod) en fair play (HR 28 juni 1951, ARB 1952, p. 64 – Hilversumse kleuterschool). Overigens werd ook in de sfeer van het bestuurlijk toezicht, zoals in de vorm van spontane vernietiging, een beroep op beginselen gedaan (vergelijk KB 17 januari 1952, Stb. 32, Gst. 5158 - Voorlopige bouwvergunning Amsterdam). De wetgever is er overigens aansluitend toe overgegaan om te verwijzen naar rechtsbeginselen als rechterlijke toetsingsmaatstaf. De Commissie De Monchy die in 1950 een ontwerp opstelde voor een Wet beroep administratieve beschikkingen lanceerde in dat verband de term algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In de Wet arbo (Administratieve rechtsbescherming bedrijfsorganisatie), van 1954, wordt uitdrukkelijk gesproken van 'strijd met enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur'. De verwijzing naar het 'rechtsbewustzijn' strekte ertoe te verankeren dat het moest gaan om normen die niet slechts een morele lading hebben, maar om normen met een zekere rechtswaarde – zonder dat daarmee nu een uitspraak wordt gedaan over het natuur- of cultuurrechtelijk karakter van dit 'rechtsbewustzijn'. De wetgever heeft deze formule ook op verschillende andere plaatsen nog gebruikt. Zo ook in art. 8, lid 1 onder d van de procesrechtelijke voorloper van de Awb, de Wet Arob (Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen). Het is met name de rechtspraak op basis van deze wet geweest die heeft geleid tot een veelheid van Abbb en eveneens tot een veelheid van uit die Abbb ontleende meer concrete, maar nog altijd ongeschreven, gedragsregels. Die (dubbele) veelheid en het gegeven dat deze beginselen zowel in de praktijk als in de dogmatiek de betekenis van algemene bestuurs- of beslisnormen verwierven, heeft er toe geleid dat in de Awb een soortgelijke bepaling (als art. 8, lid 1 onder d Wet Arob) ontbreekt. In art. 8:77, lid 2 Awb wordt de bestuursrechter wel verplicht om bij gegrondverklaring van het beroep in de uitspraak te vermelden

'welke geschreven of ongeschreven rechtsregel of welk algemeen rechtsbeginsel geschonden wordt geoordeeld'. Geen verwijzing dus meer naar een algemeen rechtsbewustzijn, omdat de wetgever van oordeel was dat inmiddels voldoende erkenning bestond voor de toepassing van rechtsbeginselen in het publiekrecht.

Codificatie

Vele van die beginselen, althans van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, werden in diezelfde Awb uitdrukkelijk als bestuurs- of beslisnormen opgenomen – sommigen in algemene zin (vergelijk art. 3:2, 3:3 en 3:4 Awb), anderen gespecificeerd in meer nauwkeurige regels voor bijzondere soorten besluiten (vergelijk de titels uit Hoofdstuk 4), of voor bijzondere aspecten van besluitvorming (vergelijk afdeling 3.3, 3.4 en 3.5 Awb). Die codificatie betrof niet alle Abbb (bijvoorbeeld niet het gelijkheidsbeginsel en niet het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel) en daarbij heeft de wetgever, zowel met de verwijzing in art. 8:77, lid 2 Awb naar algemene rechtsbeginselen (overbodig als die allemaal al in de Awb zouden zijn gecodificeerd) als met een aparte overweging dienaangaande in de memorie van Toelichting bij de Awb (MvT Awb II, 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 9) duidelijk gemaakt dat de codificatie van Abbb in de Awb geen halt toeroept aan rechtsbeginselen in het publiekrecht buiten de Awb. Erkend wordt dat zich nieuwe rechtsbeginselen kunnen ontwikkelen of dat alsnog andere rechtsbeginselen worden ontwaard en ook wat de thans gecodificeerde rechtsbeginselen betreft is niet uitgesloten dat deze zich – in ongeschreven vorm – verder ontwikkelen. Wat dat laatste betreft stelt de wetgever zich op het standpunt dat de rechter bij specifiek en nauwkeurig gecodificeerde regels ontleend aan rechtsbeginselen minder ruimte voor eigen rechtsvinding kan veroorloven. Het is echter maar de vraag of rechters daar ook zo over denken.

Verhouding tot het legaliteitsbeginsel

Daarmee komen we op een punt dat ook hierboven al werd aangeroerd, namelijk de verhouding tussen gedragsnormen in de vorm van rechtsbeginselen en gedragsnormen in de vorm van geschreven rechtsregels. Bij de laatste categorie is in het bestuursrecht (zoals we zagen in Hoofdstuk 1) een belangrijke plaats weggelegd voor het legaliteitsbeginsel. Daarmee ontlene geschreven gedragsregels hun gezag ontlene aan de uitingen van de wetgever en aldus aan hun democratische grondslag. In dat licht kan men aan de rechtsbeginselen een concurrente status toedichten. Zij ontlene hun gezag immers aan het ongeschreven recht, of zo men (nog) wil aan het 'algemeen rechtsbewustzijn'. Concurrent wil in dit verband zeggen dat de rechter bij zijn beoordeling van overheids-handelen een rechtsbron kan inroepen die zich onttrekt aan het gezag van wetgever en bestuur. Men kan zelfs zeggen dat de ongeschreven rechtsbeginselen een waarborg bieden tegen de willekeur van de meerderheid; tegen de vrees dat een regerende meerderheid bij wetgeving en bestuur voorbijgaat aan de belangen van enkelingen of minderheden en/of de regeermacht enkel aanwendt tot eigen baat.

contra legem

Dat gezegd zijnde blijkt uit praktijk en doctrine dat rechtsbeginselen, en met name de Abbb, veeleer worden gezien als aanvulling van het legaliteitsbeginsel. Niet als zelfstandige bevoegdheidsgrondslag, maar vanuit hun normerende rol. Daarmee vormen zij enerzijds een interpretatief hulpmiddel (bevoegdheidsregels moeten zoveel mogelijk in conformiteit met de Abbb worden uitgelegd) en bieden zij anderzijds een normatief richtsnoer voor de invulling van de door de wet aan het bestuur gelaten ruimte – ter bepaling op welke wijze wordt beslist en op welke wijze de beslissing naar buiten wordt gebracht (de procedurele of formele kant), respectievelijk wat wordt beslist, dat wil zeggen welke (rechts)gevolgen worden beoogd (de inhoudelijke of materiële kant). Dat er niettemin toch ook sprake kan zijn van een directe 'botsing' tussen geschreven gedragsregels en rechtsbeginselen werd in hoofdstuk 4 duidelijk toen het ging over toetsing van lagere regelgeving aan rechtsbeginselen. Duidelijk werd dat rechtsbeginselen krachtig genoeg kunnen zijn om producten van wetgeving opzij te zetten, maar dat de rechter daartoe niet snel overgaat – kennelijke onredelijkheid of althans evidente strijd met een rechtsbeginsel is vereist wil de geschreven gedragsregel moeten wijken. Een soortgelijke benadering zien we ook bij de zogenoemde 'contra-*legem*' jurisprudentie. Daarin gaat het om gevallen waarin het bestuur door toedoen van een rechtsbeginsel, geacht wordt te handelen in afwijking van de voor dat geval toepasselijke geschreven gedragsregel. Klassiekers zijn de gevallen waarin een beroep *contra-*legem** wordt gedaan op het vertrouwensbeginsel. Het betreft dan situaties waarin het bestuur bij een burger de gerechtvaardigde verwachting heeft opgewekt dat op een bepaalde, van de toepasselijke geschreven gedragsregel afwijkende wijze zal worden beslist, bijvoorbeeld de toezegging dat de aanslag inkomstenbelasting voor jaar x het bedrag y niet te boven zal gaan, terwijl later komt vast te staan dat uit hoofde van de wettelijke voorschriften een aanmerkelijk hoger bedrag z zal moeten worden afgedragen (vergelijk HR 12 april 1978, AB 1979, 262 m.nt. Van der Burg –

Doorbraakarresten). Aangenomen wordt dat onder enkele voorwaarden inderdaad van het bestuur mag worden verlangd dat wordt afgeweken van de wet. De belangrijkste voorwaarden zijn (zie ook Van Wijk/Konijnenbelt&Van Male (1999), p. 407-408): 1) het moet gaan om een 'materieel beginsel', dat wil zeggen een beginsel dat in casu een inhoudelijk andere beslissing, voorschrijft (denk naast het vertrouwensbeginsel ook aan het gelijkheidsbeginsel); 2) belangen van derden (andere burgers) en het algemeene belang mogen niet in de knel komen (daarom gaat het veelal om kwesties van overschrijding van wettelijke termijnen of van financiële relaties tussen de overheid en één burger, zoals bij uitkeringen, subsidies, belastingen en schadevergoedingen); 3) de schade voor de betrokken burger moet voldoende vaststaan, want 'contra-legem gaan' is een zwaar middel dat niet te snel moet worden toegepast.

Hoe moeten dergelijke botsingen (toetsing van regelgeving, contra-legem gaan) nu worden verenigd met de idee van rechtsbeginselen als aanvulling op geschreven recht? Het heeft er immers meer van weg dat 'het democratisch postulaat' hier voluit botst met 'het rechtspostulaat'! Voor wie hecht aan het aanvullend en interpretatief karakter van beginselen, gaat het om een schijntegenstelling. De 'botsing' wordt afgedaan als een in het concrete geval (dus niet in abstracto; voor de algemene gelding van een regel heerst het primaat van de wetgever) anders toepassen van wettelijke (bevoegdheids)voorschriften. De idee is dan dat door contra-legem gaan, beter wordt voldaan aan oogmerken van de geschreven regeling, en indien een regeling strijdig wordt geacht met rechtsbeginselen, juist recht wordt gedaan aan de uitgangspunten die aan de legaliteitsbeginselen ten grondslag liggen (zoals gelijkheid, rechtszekerheid en consistentie). Ziet men rechtsbeginselen vooral als 'tegenhanger', dan is afwijken van de wet meer een kwestie van het stellen van de rechtvaardigheid in het concrete geval ('Einzelfallgerechtigheit', terwille van individuele rechtsbedeling) boven de rechtvaardigheid van de norm ('Normgerechtigheit', terwille van rechtsgelijkheid en consistentie).

Abbb contra Avsb

Al met al hebben we nu in algemene zin enig zicht op het verschijnsel rechtsbeginselen in het bestuursrecht. Enige aanscherping is mogelijk door te rubriceren. Veel van wat hiervoor werd gesteld is met name ontleend aan de opkomst en de positie van de Abbb. Zoals gezegd zijn sinds 1997 ook de Avsb in het bestuursrecht een rol gaan spelen. Qua karakter lopen deze beide groepen van beginselen uiteen.

De Abbb zijn gedragsregels die het rechtshandelen en (uitzonderingen daargelaten) ook het feitelijk handelen van de overheid normeren. Zij schrijven voor dat het overheidshandelen zich zowel naar vorm als naar inhoud op een behoorlijke wijze voltrekt – bijgevolg wordt in de literatuur vaak ook een onderscheid gemaakt tussen formele en materiële Abbb. In alle gevallen betreft het eenzijdige gedragsverplichtingen van de overheid als een waarborg voor burgers – een soort compensatie voor het gezags- en machtsoverwicht van de overheid tegenover de burger, mede gelet op de terugtrek van de wetgever. De Abbb behelzen algemene verplichtingen en geen persoonlijke aanspraken van burgers. Natuurlijk kan het voor een burger lonen om zich te beroepen op een Abbb, teneinde via (dreiging met ingrijpen door) de rechter een andere, gunstiger, beslissing te verkrijgen. Het gaat echter om normen die in algemene en objectieve zin uitdrukking geven aan de eisen van behoorlijk overheidsbestuur, niet om normen die primair gericht zijn om het vestigen van bijzondere, persoonlijke aanspraken. Schending van Abbb kan, zoals bij het vertrouwensbeginsel, wel leiden tot een persoonlijke aanspraak – bijvoorbeeld op schadevergoeding. Dit volgt dan uit de hierna te noemen Avsb. Voor sommige Abbb (met name rechtsgelijkheid, rechtszekerheid, het willekeurverbod, en het specialiteitsbeginsel) geldt dat zij ook wel worden aangemerkt als algemene rechtsbeginselen. Dit houdt verband met het feit dat deze beginselen niet alleen zien op behoorlijk besturen, maar ook op behoorlijk wetgeven en/of op behoorlijke rechtspraak – men zou kunnen zeggen dat het Abbb in kwestie een loot aan een stam is die ook normerend is voor andere soorten handelingen, mogelijk zelfs buiten de sfeer van het publiekrecht.

Dat laatste geldt in elk geval voor een aantal Avsb. Als gezegd gaat het bij de Avsb in het publiekrecht om beginselen die eveneens gedragsnormerend zijn, maar enkel binnen een bepaalde context, te weten een rechtsbetrekking tussen overheid en burger, en bovendien op een bepaalde wijze, te weten verbintenisscheppend. Dat wil zeggen dat uit de Avsb in bepaalde gevallen verplichtingen voor een van beide partijen voortvloeien (verbintenissen), waarop door de wederpartij in de rechtsbetrekking persoonlijk een beroep kan worden gedaan – dit in contrast tot de Abbb. Dit is een rechtsfiguur die we tot voor kort alleen kenden in het privaatrecht. De algemene regels voor privaatrechtelijke verbintenissen zijn gecodificeerd in Boek 6 van het BW : Titel 3, Onrechtmatige daad; Titel 5, Overeenkomsten; Titel 4, verbintenissen uit andere bron (te weten Zaakwaarneming, Onverschuldigde betaling en Ongerechtvaardigde verrijking). Thans wordt aangenomen dat enkele van deze bronnen van

verbintenissen scheuten zijn aan de stam van algemene rechtsbeginselen en wel in die zin algemeen dat zij ook van toepassing zijn op publiekrechtelijke rechtsverhoudingen. Naast deze algemene rechtsbeginselen als Avsb, is inmiddels ook een typisch publiekrechtelijk rechtsbeginsel – een rechtsbeginsel dat niet buiten het publiekrecht van toepassing is – te weten het beginsel van gelijkheid voor de publieke lasten (*égalité devant les charges publiques*: de lasten van de behartiging van het of een algemeen belang mogen niet eenzijdig en onevenredig rusten op de schouders van één of enkele personen), aangemerkt als Avsb. Een opmerkelijk verschil met de Abbb is dat de Avsb niet alleen eenzijdige verplichtingen voor de overheid kunnen meebrengen, maar ook verplichtingen van de burger jegens de overheid. Als een burger een aan hem toe te rekenen botsing veroorzaakt met de dienstwagen van een minister, brengt dat een schadevergoedingsplicht mee van deze burger tegenover de overheid als eigenaar van de auto. Als een burger van de overheid subsidie ontvangt voor het verrichten van een bepaalde activiteit en hij verzuimt deze activiteit uit te voeren, ontstaat een verplichting van de burger tot terugbetaling van de verstrekte subsidiegelden aan de desbetreffende overheid. Het gaat bij de Avsb dus niet alleen op gedragsregels die een verplichting meebrengen waarop de wederpartij persoonlijk aanspraak kan maken, het is ook nog eens zo dat de plicht ook op de burger kan rusten en de aanspraak ligt bij de overheid.

Objectief en subjectief bestuursrecht?

Omdat deze ontwikkeling nog zo nieuw is, is het precieze karakter van de ontwikkeling nog niet geheel duidelijk en is evenmin precies duidelijk hoe de scheidslijnen moeten worden getrokken. Zo werd het voornoemde *égalité*-beginsel ook wel als Abbb aangemerkt. Is het nu zo dat het hier om een algemeen publiekrechtelijk rechtsbeginsel gaat dat zich zowel als Abbb en als Avsb kan manifesteren? Deze en andere vragen zullen hopelijk op termijn goed kunnen worden beantwoord. Volgens de schrijver dezes (MAH) tekent zich een soort tweedeling af met enerzijds de wereld van het objectieve bestuursrecht, waarin de eenzijdige (wijze van)behartiging van het algemeen belang *erga omnes* (d.w.z. tegenover iedereen; de samenleving als geheel) centraal staat en waarin juridische eisen een objectief karakter hebben, zonder dus te resulteren in persoonlijke aanspraken van burgers. Anderzijds is er de wereld van het subjectieve bestuursrecht, waarin het gaat om rechtsbetrekkingen tussen overheid en burger die voortvloeien uit het intreden van rechtsgevolgen die hetzij zijn beoogd in het rechtshandelen van de overheid (in de objectieve wereld van het bestuursrecht, zoals bij de toekenning van een subsidie of uitkering), hetzij (afgezien van enig oogmerk) voortvloeien uit de Avsb (zoals bij onrechtmatig overheidshandelen). Anders dan in de objectieve wereld gaat het hier dus juist wel om persoonlijke aanspraken op bepaalde prestaties van de wederpartij.

Rest nog op te merken dat we ons in dit hoofdstuk beperken tot de in het algemeen in het bestuursrecht toepasselijke rechtsbeginselen (te weten Abbb's en Avsb's, het legaliteitsbeginsel kwam reeds in hoofdstuk 1 aan de orde). We gaan niet in op rechtsbeginselen die enkel in een bepaald bijzonder deel van het bestuursrecht van toepassing zijn (zoals bijvoorbeeld het beginsel 'de vervuiler betaalt' in het milieurecht). Overigens is het bij dergelijke bijzondere rechtsbeginselen de vraag of het eigenlijk wel om rechtsbeginselen gaat of veeleer om beleidsuitgangspunten (die al dan niet in geschreven recht zijn verankerd). Wij kunnen die vraag hier laten rusten en richten ons nu achtereenvolgens op de onderscheiden groepen: de Abbb (§ 5.2) en de Avsb (§ 5.3).

5.2 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur (Abbb)

Over de historie van de Abbb is inmiddels voldoende gezegd. Voor de bespreking hier is het van belang nogmaals te wijzen op het feit dat de Abbb met de invoering van de Awb ook door de wetgever uitdrukkelijk zijn erkend als bestuursnormen; als normen voor het nemen van beslissingen. Dat rechtvaardigt ook dat we juist in dit eerste deel over Legitimatie voor het besturen deze beginselen reeds aan de orde stellen – en dan niet alleen de beginselen die (en zoals ze) zijn gecodificeerd, maar alle in het geldend recht erkende Abbb. Dit is overigens geen uitzonderlijke benadering. In het bekende bestuursrechtelijke handboek Hoofdstukken van bestuursrecht (elfde druk, a.w.) worden de Abbb ook behandeld in hoofdstukken met de titel: Rechtsnormen voor het besturen (I en II), en wel los van de behandeling van de rechtsbescherming. Dit wil natuurlijk niet zeggen dat de Abbb niet ook nog steeds als toetsingsnormen (zie art. 8:77, lid 2 Awb) worden gebruikt. Over de wijze waarop de rechter hiermee omgaat meer in Hoofdstuk 9.

We zullen hier nu achtereenvolgens verschillende Abbb langslopen. Daarbij zij aangetekend dat het ten principale ongeschreven karakter van de Abbb meebrengt dat dit overzicht slechts een momentopname is – de Abbb zijn immers met de algemene rechtsontwikkeling in het publiekrecht (mogelijk) aan verandering

onderhevig. Ook moet worden bedacht dat de omschrijving en typering van elk afzonderlijk Abbb is gebaseerd op de regels zoals deze thans uit de Awb en de rechtspraak kunnen worden afgeleid. Daarmee wordt niet meer, maar ook niet minder, dan de algemene kern van het desbetreffende beginsel besproken. Het voert voor deze inleiding te ver om de toepassing van onderscheiden beginselen voor verschillende soorten overheidshandelen onder mogelijk nog weer verschillende (feitelijke) condities uit te werken.

Omdat het eigenlijk toch wel zo overzichtelijk is bespreken wij hier de onderscheiden Abbb in twee groepen. Eerst de formele Abbb en vervolgens de materiële Abbb – een en ander met de kanttekening dat veel Abbb in meer of mindere mate zowel formele als materiële aspecten hebben. Waar nodig wordt een beginsel gesplitst en dus twee keer opgenomen.

We onderscheiden tenminste de volgende Abbb:

Als formele Abbb,

1. het formele zorgvuldigheidsbeginsel
2. het fair-play beginsel
3. het formele rechtszekerheidsbeginsel
4. het motiveringsbeginsel.

Als materiële Abbb,

5. het specialiteitsbeginsel
6. het materiële rechtszekerheidsbeginsel
7. het vertrouwensbeginsel
8. het gelijkheidsbeginsel
9. het verbod van willekeur/het evenredigheidsbeginsel (waaronder proportionaliteit, materiële zorgvuldigheid en de égalité devant les charges publiques)

Ad 1 – Het formele zorgvuldigheidsbeginsel

inventarisatie feiten en belangen

Dit beginsel beoogt te verzekeren dat een overheidshandeling op een zorgvuldige wijze wordt voorbereid. Dit verlangt tenminste dat de voor een beslissing relevante feiten op een rij worden gezet. Zo de te nemen beslissing gepaard gaat met de plicht tot het plegen van een belangenafweging, moeten de betrokken belangen in de besluitvoorbereiding worden betrokken. Dat behelst volgens dit beginsel dat er in elk geval kennis moet zijn over de aard en het gewicht van die belangen.

Hoewel van procedurele aard, het gaat immers om de wijze van voorbereiding, strekt dit beginsel er uiteraard toe de inhoudelijke kwaliteit, of zo men wil, de rationaliteit van de te nemen beslissing te bevorderen. Daarbij geldt dat naarmate de belangen zwaarder zijn of de beslissing ingrijpender, een grotere mate van zorgvuldigheid wordt verlangd (zie bijvoorbeeld President Rechtbank Leeuwarden, 22 december 1995, JB1996/ 94, inzake bijzondere omstandigheden bij de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid). Een onderscheid kan ook worden gemaakt naargelang het gaat om een beslissing van algemene strekking of een beslissing voor een individueel geval (zie over dit onderscheid nog Hoofdstuk 6). Doorgaans zal het bij beslissingen van algemene strekking zo zijn dat niet kan worden gevegd dat kennis wordt vergaard van de effecten van de beslissing op elk individueel door de beslissing geraakte persoon. Zeker is wel dat in algemene zin moet worden nagegaan of er gevallen denkbaar zijn waarbij het besluit onevenredige lasten (zie ad 10) zou kunnen meebrengen.

In algemene zin is het uit hoofde van het zorgvuldigheidsbeginsel voorschreven bestuursgedrag (ook) verwoord in art. 3:2 Awb. Daarmee is dit beginsel van toepassing op besluiten, maar ingevolge art. 3:1, lid 2 Awb in beginsel ook op andere handelingen. Een paar elementen behoeven specifieke aandacht:

Advisering

Als de kennis benodigd voor een goede beoordeling van feiten en betrokken belangen een gespecialiseerd karakter draagt, wint het bestuur advies in. Voor bepaalde bijzondere gevallen is in toepassing van advisering reeds door de wetgever voorzien (zie art. 42, lid 2 Woningwet – het welstandsadvies). In dergelijke gevallen worden de eisen van zorgvuldigheid nog versterkt door enkele specifieke regels, zoals neergelegd in Afdeling 3.3 (Advisering). Belangrijk is in dit verband vooral dat de het bestuur niet alleen zorg moet dragen dat de adviseur goed zijn werk kan doen (vergelijk art. 3:6 en 3:7 Awb), maar ook dat het bestuur zich nimmer achter een adviseur kan 'verschuilen'. Het bestuur houdt de verantwoordelijkheid voor de uiteindelijk te nemen beslissing. Art. 3:9 Awb brengt dit tot uitdrukking door het bestuur te verplichten uitgebrachte adviezen te toetsen op zorgvuldigheid. Dit behelst dat moet worden gezien of de adviseur procedureel op een juiste wijze te werk is gegaan (vergelijk Rechtbank Den

Haag 9 februari 1994, JB 1994, nr. 35). Daartoe kan, niettegenstaande het 'specialistisch karakter' van de materie, ook het advies zelf worden getoetst, zij het marginaal: op inconsistenties of andere aperte fouten. Algemeen wordt aangenomen dat deze toetsingsverplichting ook geldt in gevallen waarbij wordt geadviseerd zonder dat daartoe een expliciete wettelijke basis is gegeven.

Hoorplicht

Betrokkenen worden – uitzonderingen daargelaten - in de gelegenheid gesteld hun zienswijze over een voorgenomen besluit naar voren te brengen. Deze hoorplicht geldt in het bijzonder waar het belastende beslissingen betreft, dat wil zeggen beslissingen die met een beperking van vrijheid of een vermogensnadeel gepaard gaan, maar ook bij begunstigende besluiten. Dit hangt samen met het gegeven dat hoewel het horen onder omstandigheden kan bijdragen aan het democratisch gehalte van de beslissing en tevens kan werken als 'pro-active rechtsbescherming', het er in de context van het zorgvuldigheidsbeginsel primair om gaat dat wordt besloten op een juiste feitelijke grondslag – kortom op basis van een zo goed mogelijk inzicht in feiten en betrokken belangen (zie PG Awb I, p. 252-253). We komen dit uitgangspunt in zijn meest pure vorm ook tegen in de algemene regels voor het nemen van beschikkingen (besluiten die niet van algemene strekking zijn), in het bijzonder art. 4:7 en art. 4:8 Awb. Daarin wordt bepaald dat respectievelijk de aanvrager of een andere belanghebbende in de gelegenheid moet worden gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen, met als doel te verzekeren dat de aan de beslissing (hier een beschikking) ten grondslag liggende gegevens correct zijn.

Openbare voorbereiding

Een wat ruimere strekking van de hoorplicht (als bedoeld in voornoemde artikelen) vinden in de regeling van twee openbare voorbereidingsprocedures uit de Awb, te weten die van afdeling 3.4 en 3.5 van deze wet. Deze procedures zijn van belang met het oog op twee, al dan niet cumulatief geldende omstandigheden: 1) het is voor het bestuur moeilijk te overzien wie precies belanghebbend zullen zijn bij de te nemen beslissing ('onbekende derde-belanghebbenden'- die wel via openbare kennisgeving kunnen worden bereikt), en 2) de te nemen beslissing heeft een complex en/of ingrijpend karakter waardoor het wenselijk is vroegtijdig (aan de hand van een ontwerp-beslissing) de opvattingen van betrokkenen (in elk geval van belanghebbenden) te vernemen (en met hen van gedachten te wisselen). Of in een concreet geval aan deze omstandigheden is voldaan wordt door de 'Awb-wetgever' overgelaten aan beroep géén bezwaarschriftprocedure hoeft te worden doorlopen (zie art. 3:10, lid 1 en art. 3:14 Awb). Bij het schrijven van deze tekst is overigens een wetswijziging in voorbereiding die moet leiden tot integratie van beide procedures tot één (uniforme) Openbare voorbereidingsprocedure in afdeling 3.4 die op 1 januari 2001 in werking zou moeten treden. Opmerkelijk is dat de zorgvuldigheidseisen bij de openbare voorbereidingsprocedure(s) zich wel degelijk ook uitstrekken tot elementen van het democratisch gehalte (inspraak) en pro-actieve rechtsbescherming. Het rechtsbeschermingsaspect komt – impliciet - ook tot uitdrukking in het feit dat indien toepassing is gegeven aan een uitgebreide voorbereidingsprocedure (thans alleen bij de procedure van afd. 3.5, na wetswijziging bij de procedure van afd. 3.4) voorafgaand aan beroep géén bezwaarschriftprocedure hoeft te worden doorlopen (zie art. 7:1, lid 1 onder d Awb). Er is (thans) ook een - enigszins omstreden - terminologische aanwijzing voor het verzwaarde karakter van de openbare voorbereidingsprocedure. Op dit moment wordt in art. 4:7 en 4:8 de term 'zienswijze' en in art. 3:24 (van afd. 3.5) de term 'bedenkingen' gebruikt. De term zienswijze zou louter duiden op de technisch-inhoudelijke kant van de beslissing - de juiste feitenvaststelling (men zou kunnen zeggen, de formele zorgvuldigheid in enge zin). De term bedenkingen zou echter tevens ruimte bieden voor opinievorming met betrekking tot de bij het nemen van de beslissing aanwezige keuzeruimte – daarom zou deze term ook eerst passend zijn daar waar een ontwerpbeslissing is uitgebracht. Bij het wetsvoorstel tot samenvoeging van afd. 3.4 en 3.5 Awb heeft de regering zich (mede ter vermindering van 'juridisering') op het standpunt gesteld dat ook onder de term zienswijze, zo van toepassing op de fase na het uitbrengen van een ontwerpbeslissing, de mogelijkheid tot opiniërende uitingen moet worden begrepen. Uit het Voorontwerp van de Commissie algemene regels van bestuursrecht, het Advies van de Raad van State en het Verslag blijkt dat er ook stemmen opgaan om het onderscheid wel te (blijven) maken (resp. TK 1999-2000, 27023, B, p. 1-2; nr. 3, p. 18-19; nr. 4, p. 5). Hoe dit ook zij, gelet op art. 4:7 en art. 4:8 Awb (met name ook de daarbij opgevoerde uitzonderingen) en op het feit dat de enkele toepassing van deze bepalingen zelf de bezwaarschriftenprocedure niet terzijde stelt, mag worden aangenomen dat het technische aspect domineert. Deze uitleg brengt ook mee dat voor het horen op grond van deze bepalingen onder omstandigheden kan worden volstaan met een telefoontje. Erg groot hoeven de bestuurslasten niet te zijn.

Overigens verdient hier nog aantekening dat in de openbare voorbereidingsprocedure van afd. 3.5 uitdrukkelijk ook is voorzien in een bepaling aangaande advisering (art. 3:23 Awb). In de voorgestelde (geïntegreerde) openbare voorbereidingsprocedure van afd. 3.4 (nieuw) wordt advisering eveneens genoemd. Het betreft hier echter niet meer dan de procedurele 'inbedding' van het advies.

Zorgvuldig beslissen

Niet in de Awb opgenomen is de eis dat na een zorgvuldige voorbereiding de beslissing wordt genomen overeenkomstig de bedoelingen van het bestuursorgaan (en niet anders). Ook hierin blijkt de praktijk grilliger dan de wetgever kan overzien. Langs de band van het ongeschreven recht heeft de rechter niettemin kunnen ingrijpen bij deze vorm van schending van het zorgvuldigheidsbeginsel (vergelijk ABRS 30 oktober 1998, JB 280 m.nt. FV-dJ/F.A.M. S.).

Ad 2 – Het fair-play beginsel (zorgvuldige bejegening)

In de kern beschouwd komt het fair-play beginsel erop neer dat het bestuur de burger zorgvuldig (fatsoenlijk) moet bejegenen. Met name moet worden voorkomen dat de besluitvorming zodanig is ingericht dat de burger niet goed voor zijn eigen belang kan opkomen.

Klassiek zijn in dit verband de zaken waarbij het bestuur met opzet talmt met het verlenen van medewerking (zoals bij het geven van een voorgeschreven advies – HR 25 juni 1951, AA 1952, p. 1574, Hilversumse kleuterschool) om zichzelf, ten nadele van de burger, in een betere positie te brengen. Uit deze gevallen blijkt dat het met name van belang is dat de overheid 'open kaart speelt'. Dat wil niet zeggen dat de overheid over alle procedurele voornemens steeds tekst en uitleg moet geven, maar wel dat niet opzettelijk over dergelijke voornemens mag worden gezwegen als redelijkerwijs mag worden aangenomen dat de burger daardoor in de behartiging van zijn belangen wordt benadeeld.

Vooringenomenheid

Ook procedureel relevant is in dit verband dat de burger moet kunnen vertrouwen op een onpartijdige behandeling. Dit impliceert dat het bestuur zonder vooringenomenheid zijn taak vervult – anders gezegd, dat zij zich enkel door (ter zake relevante – zie ook het specialiteitsbeginsel) zakelijke argumenten laat leiden. De burger moet een faire kans krijgen datgene te realiseren wat binnen de grenzen van recht en beleid (geen strijd met het algemeen belang) is toegelaten. Derhalve dient het bestuur er ook tegen te waken dat personen met een persoonlijk belang bij de besluitvorming daarop invloed kunnen uitoefenen (vergelijk HR 5 juni 1964, NJ 1964, 405 – woningbouwcorporatie). Inmiddels is deze regel ook opgenomen in de Awb, te weten in art. 2:4 Awb. De plaatsing van deze bepaling in het hoofdstuk inzake het 'verkeer tussen burgers en bestuursorganen' maakt wel duidelijk dat het ook volgens de Awb-wetgever gaat om een in het algemeen te respecteren gedragsregel.

Détournement de procedure

Ook kan nog worden gewezen op de regel dat een procedure niet mag worden gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij is bestemd – ook wel het verbod van détournement de procedure. Dit betreft in die zin fair-play of zorgvuldige bejegening dat dit verbod vooral toepassing vindt in het geval het bestuur kiest voor een andere, met minder waarborgen voor de burger omgeven procedure. Een 'lichtere procedure' mag echter, zo er al een keuze mogelijkheid bestaat, alleen worden gevolgd als het ook daadwerkelijk om lichte gevallen gaat (vergelijk Vz. ABRS 6 maart 1995, AB 1996, 60 m.nt. FM – aanscherping van een milieuv vergunning via de lichte procedure van de revisie vergunning, in plaats van de zwaardere wijzigingsprocedure). Dit aspect van het fair-play beginsel is niet gecodificeerd maar werkt in de praktijk wel mee bij de interpretatie van bevoegdheidsregels.

Ten slotte zij nog gewezen op de in de Awb opgenomen regels inzake - ondermeer - de bevoegdheid tot het zich laten bijstaan of het machtigen van een vertegenwoordiger (art. 2:1 en art. 2:2 Awb), het gebruik van een andere taal (afdeling 2.2 Awb), de verplichting van het bestuur (en ook de rechter) tot doorzending van verkeerd geadresseerde geschriften aan de bevoegde instantie (art. 2: 3 en 6:15 Awb), de verplichting van het bestuur tot het bieden van de mogelijkheid tot het aanvullen van een onvolledige aanvraag (art. 4:5 Awb) en het bij bekendmaking van een besluit wijzen op de mogelijkheid van bezwaar en beroep (art. 3:45 Awb). Al deze (en soortgelijke andere) regels strekken ertoe dat het bestuur (soms actief) meewerkt aan de mogelijkheid van burgers om op te komen voor hun eigen belang.

Ad 3 – Het formele rechtszekerheidsbeginsel

Dit beginsel houdt niet zozeer verband met de procedure van besluitvorming als wel met de jegens burgers in acht te nemen duidelijkheid inzake de het moment van inwerkingtreding en de precieze inhoud van door het bestuur genomen burgers bindende besluiten.

Bekendmaking

Het eerste aspect ziet op de eis van een behoorlijke bekendmaking van besluiten. Daarbij gaat het hier enkel om de duidelijkheid zelf, niet de inhoud, gelijk de eis van motivering en de eisen ten aanzien van de keuze van het moment van inwerkingtreding. Omdat het zo belangrijk is dat beslissingen op

een duidelijke wijze worden bekend gemaakt en het daarbij kan uitmaken om welk type beslissing het gaat is in afdeling 3.6 Awb een algemene regeling opgenomen voor de bekendmaking van besluiten. Het belangrijkste onderscheid dat daarbij wordt gemaakt is dat tussen besluiten die zijn gericht tot één of meer belanghebbenden (persoongerichte beschikkingen) en andere besluiten (zaakbeschikkingen en besluiten van algemene strekking – zie voor de definities hoofdstuk 6). Voor elke groep is sprake van specifieke bekendmakingsregels, resp. art. 3:41 Awb (bekendmaking aan belanghebbende(n) door toezending of uitreiking) en art. 3:42 (bekendmaking door publicatie en/of terinzagelegging). De sanctie op het niet volgens deze regels bekendmaken van een besluit is dat het desbetreffende besluit niet inwerking treedt (art. 3:40 Awb – vergelijk Rechtbank Maastricht 28 februari 1996, JB 1996, nr. 106).

Algemeen verbindende voorschriften

In de systematiek van de Awb is voor algemeen verbindende voorschriften (in art. 3:1, lid 1 Awb ondermeer) een uitzondering gemaakt op voornoemde bekendmakingsregels. Deze uitzondering behelst geen uitzondering op het formele rechtszekerheidsbeginsel, maar houdt verband met het gegeven dat voor dergelijke regels steeds specifieke, in bijzondere regelingen opgenomen, bekendmakingsregels gelden - men vergelijkte onder andere op rijksniveau (wetten in formele zin, Amvb's, ministeriële regelingen) de bekendmakingswet van 1988; op provinciaal niveau (o.m. provinciale verordeningen) art. 136-138 Provw.; op gemeentelijk niveau (o.m. gemeentelijke verordeningen).

onduidelijk besluit

Dit aspect van de formele rechtszekerheid moge welhaast voor zich spreken. Uiteraard moeten beslissingen (nog afgezien van de motivering) duidelijk en eenduidig zijn geformuleerd. Duidelijkheid wil zeggen dat inhoud en reikwijdte voor de betrokkenen duidelijk kenbaar moeten zijn. Eenduidigheid ligt in het verlengde hiervan: het moet niet zo zijn dat een burger voor de uitleg van een beslissing nog weer te rade moet gaan bij andere bestuursorganen. Klassiek voor dit aspect van de formele rechtszekerheid is het Roetzwakke-kolenarrest (HR 20 december 1955, NJ 1956, 209) waarbij de Hoge Raad viel over een vergunningsvoorschrift waarin de vergunninghouder werd verplicht tot het in zijn inrichting stoken van roetzwakke kolen van een 'ten genoegen van B&W' vast te stellen kwaliteit. Dit voorschrift liet door de beoordelingsvrijheid van B&W teveel rechtsonzekerheid bij de vergunninghouder over de inhoud van de verplichting. Duidelijk zal zijn dat de aard van de beslissing gevolgen zal hebben voor de eisen die daaraan in termen van duidelijkheid en eenduidigheid worden gesteld. Zo zullen enerzijds de eisen scherper worden gesteld bij belastende beslissingen (zoals bij het opleggen van sancties) dan bij begunstigende beslissingen – al moet hierbij worden bedacht dat sommige begunstigende beslissingen met voorwaarden gepaard gaan die strikt moeten worden nageleefd, bij subsidiebeschikkingen zelfs op straffe van terugvordering. Aan de andere kant zullen besluiten van algemene strekking (en met name algemeen verbindende voorschriften) doorgaans wel vage bepalingen mogen bevatten, in samenhang met bevoegdheden van uitvoeringsorganen tot het geven van toepassing in concrete gevallen. Op dit moment bevat de Awb geen regels voor dit aspect van het formele rechtszekerheidsbeginsel.

Ad 4 – Het motiveringsbeginsel

Dit beginsel heeft, hoewel het hier wordt gerangschikt onder de formele Abbb, zowel een formeel als een materieel aspect.

Kenbare motivering

Het formele aspect behelst dat beslissingen vergezeld gaan van een voor burgers kenbare motivering. De burger moet redelijkerwijs in staat zijn de dragende overwegingen achter een voor hem relevante beslissing te achterhalen. In zekere zin ligt deze eis in het verlengde van het fair-play beginsel: een belanghebbende moet in staat zijn (op zo efficiënt mogelijke wijze) inzicht te krijgen in de jegens hem genomen beslissing teneinde bij een voor hem onwelgevallig besluit, effectief op te kunnen komen voor zijn eigen belangen. In algemene zin geldt dat de overheid zich, door het kenbaar maken van de motivering voor zijn beslissingen, openstelt voor kritiek. Dit vergroot in abstracto het vertrouwen in de behoorlijkheid van het besturen en mogelijk ook de rationaliteit van de besluitvorming – vooraf, omdat de wetenschap dat de motieven kenbaar moeten worden gemaakt, reeds voor het nemen van een beslissing een stimulans tot een zorgvuldige voorbereiding zal zijn, en achteraf, omdat eventuele gerichte kritiek eerder tot verbetering van de beslissing kan leiden. De Awb-wetgever heeft het belang van dit formele aspect van het motiveringsbeginsel – voor besluiten en daarmee vergelijkbare andere handelingen - onderkend en terzake in hoofdstuk 3 Awb een beknopte algemene regeling getroffen. In art. 3:47 en 3:48 Awb worden, voor besluiten, respectievelijk regels gegeven voor de wijze waarop de motivering kenbaar moet worden gemaakt (hoofdtype: bij bekendmaking van het besluit), de inhoud van de motivering (zo

mogelijk ook de wettelijke grondslag van het besluit) en uitzonderingen op deze verplichting. Voor twee bijzondere gevallen zijn nog afzonderlijke regels gesteld.

Advisering en motivering

Voor de situatie waarbij voor het nemen van een besluit advies is ingewonnen, is voorzien in resp. verlichting van de motiveringsplicht (zo het besluit het advies volgt en dit advies ter kennis is gegeven en zelf de motivering bevat – art. 3:49 Awb) en verzwarende van de motiveringsplicht (zo het bestuur beslist om het op wettelijke grondslag uitgebracht advies juist niet op te volgen – art. 3:50 Awb).

Beleidsregels en motivering

Voor de situatie waarin bij het besluit een beroep wordt gedaan op een vaste gedragslijn die is vastgelegd in een beleidsregel (dit zijn - kortgezegd - regels die aangeven hoe een bepaalde bevoegdheid in het algemeen zal worden toegepast; zie art. 1:3, lid 4 en afd. 4.3 Awb, alsmede hoofdstuk 6 van dit boek) geldt eveneens een verlichting van de motiveringsplicht, indien en voorzover de beleidsregel is bekendgemaakt en gemotiveerd overeenkomstig afd. 3.6 en 3.7 Awb. Een en ander vloeit voort uit art. 4:82 Awb.

Het materiële aspect van het motiveringsaspect is eveneens, zij het zeer summier, neergelegd in de Awb en wel in art. 3:46 Awb: 'Een besluit dient te berusten op een deugdelijke motivering.' Als synoniem van deugdelijkheid komen we ook de term draagkrachtigheid wel tegen: de motivering moet het besluit kunnen dragen. De bouwstenen van een deugdelijke of draagkrachtige motivering hangen nauw samen met de bevoegdheidsgrondslag van de genomen beslissing. Uitgaande van de 'als-dan structuur' van de bevoegdheidsbepaling, moet de motivering respectievelijk getuigen van een juiste beoordeling (als: is aan de condities voor bevoegdheidsuitoefening voldaan?) en van een juiste beslissing (zo nee, besluiten dat de bevoegdheid niet kan worden uitgeoefend; zo ja, beslissen conform het wettelijk voorgeschreven besluit of, indien daarbij beleidsvrijheid wordt gelaten, besluiten op basis van een (nadere) belangenafweging). De verschillende sleutelementen van deze schakels moeten in de motivering naar voren komen: selectie van de toepasselijke regel (onderzoek eventuele strijd met hogere regels); interpretatie van die regel(s); vaststelling van alle relevante feiten en belangen; kwalificatie van deze feiten en belangen; (zo nodig) de afweging van belangen; en natuurlijk de logische correcte en overtuigende conclusie uit alle voorafgaande stappen. Belangrijk is dat deze stappen niet slechts in abstracto zijn gezet, maar dat deze in concreto, dat wil zeggen toegesneden op de omstandigheden van het geval, worden uitgewerkt. Het komt vaak voor dat een motivering tekort schiet juist omdat niet wordt ingegaan op door de burger in kwestie gestelde bijzondere omstandigheden van het geval (vergelijk CRvB 28 oktober 1982, AB 1983, 110 – herplaatsing onderwijzer). Dat geldt eveneens voor de fase van de bezwaarschriftenprocedure. In de beslissing op een bezwaarschrift moet een inhoudelijke reactie zijn te vinden op de in het bezwaarschrift aangevoerde grieven op straffe van vernietiging wegens strijd met art. 3:46 Awb (vergelijk Rechtbank Den Bosch 14 oktober 1994, JB1994, nr. 300).

Het motiveringsbeginsel wordt hier gepresenteerd een formeel Abbb. Die kwalificatie kan licht aanleiding geven tot de gedachte dat schending van het motiveringsbeginsel wel geen al te grote consequenties zal hebben – zeker als het enkel gaat om het verzuim om de motivering kenbaar te maken. Toch wijst de ervaring uit dat – zeker bij gebreken in de deugdelijkheid – schending van het motiveringsbeginsel vaak aanleiding geeft tot een heroverweging die wel degelijk tot gevolg heeft dat de beslissing in kwestie (op onderdelen) wordt herzien.

Ad 5 – het specialiteitsbeginsel (het verbod van détournement de pouvoir)

We belanden thans bij de inhoudelijke beginselen. Eén van de klassiekers daarvan is het specialiteitsbeginsel. Dit beginsel, dat wel als publiekrechtelijk rechtsbeginsel wordt gezien omdat het niet alleen ziet op behoorlijk besturen maar ook op behoorlijke regelgeving, schrijft voor dat overheidsbevoegdheden alleen mogen worden gebruikt voor het doel met het oog waarop die bevoegdheid is gegeven. Dit uitgangspunt ligt dicht aan tegen het legaliteitsbeginsel. Daarin ligt immers het algemene uitgangspunt besloten, dat de overheid niet in de rechten en plichten van burgers mag ingrijpen, tenzij daartoe een uitdrukkelijke wettelijke grondslag is gegeven. Het specialiteitsbeginsel vergrendelt dit uitgangspunt door daarbij te preciseren dat een eenmaal gegeven bevoegdheid ook enkel mag worden gebruikt voor behartiging van het door de wetgever beoogde doel. Zo werd het bestuur in het klassiek geworden Zandvoortse woonruimtevoorderingsarrest (HR 14 januari 1949, NJ 1949, 559) op de vingers getikt omdat het een bevoegdheid die bedoeld was om in de naoorlogse woningnood een doelmatige woonruimteverdeling te verzekeren, gebruikte om in te grijpen in de huurprijsontwikkeling. In een andere 'klassieker', oordeelde de bestuursrechter dat een dansvergunning op grond van de Drank- en Horecawet niet kon worden geweigerd op grond van morele bedenkingen tegen het dansen aangezien

de vergunningvereiste enkel was gesteld met het oog het tegengaan van de negatieve effecten van de combinatie drank&dansen (HR 9 april 1976, HN 1976, 162).

In feite heeft het specialiteitsbeginsel een tweeledige werking.

Primaat wetgever

Enerzijds wordt het bestuur inhoudelijk gebonden aan de doelstellingen die volgens de wetgever billijken dat van overheidswege wordt ingegrepen in rechten en plichten van burgers. In dit opzicht bevestigt het specialiteitsbeginsel het primaat van de wetgever. Hierbij moet worden bedacht dat alleen de grondwetgever en de wetgever in formele zin beschikken over de bevoegdheid om voluit *het* algemeen belang te behartigen door het stellen van regels. Dit komt heel duidelijk naar voren in het 'formele wetsbegrip' van art. 81 Gw: naar doel of inhoud is deze bevoegdheid niet begrensd (anders dan de opdrachten tot wetgeving in formele zin van art. 103-111 Gw). Slechts de vorm en daarmee de procedure wordt bepaald. Als de wetgever in formele zin deze algemene bevoegdheid aanwendt om aan andere organen specifieke bevoegdheden toe te kennen, worden binnen het algemeen belang bepaalde publiekrechtelijke belangen gepositieerd. Die positivering behelst dat de behartiging van deze publiekrechtelijke belangen wordt opgedragen aan daartoe met die bevoegdheden uitgeruste andere overheidsorganen. Deze organen hebben tot taak die bevoegdheden aan te wenden tot het publiekrechtelijke doel waarvoor zij zijn gegeven. Het bestuur (laat staan bestuurder) mag toegekende bevoegdheden dus niet gebruiken om zo maar andere, laat staan eigen belangen te behartigen, doch enkel voor de behartiging van de *door de wetgever* uit het algemeen belang afgeleide publiekrechtelijke belangen.

Vrijheid burgers

Anderzijds bevestigt het specialiteitsbeginsel dat het bestuur is gehouden de burger maximaal de vrijheid te laten eigen doelen na te streven. De overheid mag slechts ingrijpen als die vrijheid in strijd komt met dat algemeen – publiekrechtelijke - belang met het oog waarop aan het bestuur specifieke bevoegdheden zijn toegekend. Dit aspect, doorgaans aangeduid als het verbod van détournement de pouvoir, brengt mee dat het bestuur in de relatie tot burgers enkel door het specialiteitsbeginsel wordt beperkt voorzover het gaat om ingrijpen dat de vrijheid van burgers inperkt. Een goed voorbeeld hiervan biedt de bevoegdheid van art. 8.10 Wm, uit hoofde waarvan het bestuur de aanvraag van een milieuvergunning kan afwijzen indien zulks met het oog op het belang van de bescherming van het milieu geboden is. Kortom, weigeren van zo'n vergunning voor een bedrijf – lees: beperking van de vrijheid van de aanvrager - is op grond van deze bevoegdheid slechts mogelijk als dit wordt gerechtvaardigd door zorg voor het milieu. Andere overwegingen, zoals bijvoorbeeld concurrentieoverwegingen (omdat er al vele soortgelijke bedrijven zijn) is niet, althans niet op grond van deze bevoegdheid, toegelaten. Dit neemt echter *niet* weg dat het bestuur zou kunnen beslissen om, niettegenstaande te verwachten nadelen voor het milieu, de vergunning juist wel te verlenen, bijvoorbeeld omdat het bedrijf veel werkgelegenheid zal opleveren. Er bestaat, met andere woorden, geen bezwaar tegen dat andere algemene belangen (in casu de werkgelegenheid) ten voordele van de aanvrager, wordt meegewogen. Het specialiteitsbeginsel behelst dus geen verbod om andere dan het belang met het oog waarop de bevoegdheid is gegeven mee te wegen, doch enkel een verbod om de vrijheid van burgers te beperken uit andere hoofde dan dat belang.

Het is niet altijd even gemakkelijk om te bepalen wat precies de reikwijdte is van een gegeven bevoegdheid. Relatief gemakkelijk zijn de gevallen van nevensgeschikte bevoegdheden, zoals de drank- en horeca-vergunning en de milieuvergunning, zodat de grens van de ene bevoegdheid kan worden getrokken daar waar de andere bevoegdheid begint – al is dat theoretisch makkelijker gezegd dan in de praktijk toegepast. In deze, maar zeker ook in andere gevallen zal door middel van interpretatie moeten worden bepaald welke doelen in het geding zijn. Overigens moeten we vaststellen dat hedendaagse wetgeving op het punt van de doeleinde van bevoegdheden doorgaans preciezer is. In dergelijke gevallen lost het verbod van détournement de pouvoir zich eigenlijk geheel op in de lezing van de wet zelf. Bij wetsteksten en toelichtingen daarop die minder duidelijk zijn over de achterliggende doelen verkrijgt het beginsel meer zelfstandig betekenis. Ook als aanwending van een bevoegdheid voor een verkeerd doel als strijdig met de wet kan worden aangemerkt verkiest de rechter, als hij oordeelt dat deze aanwendungen rust op 'goede bedoelingen', soms de minder pijnlijke aanduiding van schending van het verbod van détournement de pouvoir. Tenslotte lijkt het er op dat het specialiteitsbeginsel met name ook bewijsrechtelijk relevant is. De rechter verlangt bij twijfel over motieven achter een besluit van het bestuur een extra duidelijke adstructie, teneinde zeker te zijn dat niet eigenlijke op oneigenlijke motieven werd beslist.

Het specialiteitsbeginsel is in de Awb gecodificeerd in art. 3:3, dat het beginsel in zeer algemene zin schetst, alsmede in art. 3:4, lid 1 Awb. Laatstgenoemde bepaling heeft als algemene strekking dat het bestuur, zo sprake is van beleidsvrijheid, gehouden is tot het plegen van een afweging van belangen (zie hoofdstuk 1). Teneinde nu te voorkomen dat daarbij (onder andere) belangen worden betrokken die vanwege het verbod van détournement de pouvoir niet (ten nadele van direct-belanghebbenden) mogen meewegen, wordt aanstonds in lid 1 in fine een beperking aangebracht (ook overigens voor te ver verwijderde belangen – ongeacht of deze wel of niet aansluiten bij het te behartigen belang).

Ad 6 – Het materiële rechtszekerheidsbeginsel

Dit beginsel ziet op de bestendigheid van recht, in het bijzonder van de rechtspositie van burgers. Uiteraard brengt de taak van de overheid om het algemeen belang (of daarvan afgesplitste publiekrechtelijke belangen) te behartigen mee dat rechtsposities van burgers wijziging kunnen ondergaan. Dit dient echter te geschieden met enig respect voor bestaande rechtsverhoudingen. In algemene zin geldt dat met name de voorzienbaarheid van beoogde wijzigingen door het bestuur in het oog moet worden gehouden – onvoorzienbaar nadeel moet worden voorkomen (vergelijk Van Wijk/Konijnenbelt&Van Male, p. 360). Het beginsel is – kortom – vooral relevant bij burgers belastend overheidsoptreden –gelijk ook het legaliteitsbeginsel, althans de eis van een bevoegdheidsgrondslag voor overheids-handelen, primair geldt voor eenzijdig verplichtend optreden: vrijheidsbeperking, onteigening, belastingheffing, sociale uitkeringen en dergelijke.

Art. 3:40 Awb (Een besluit treedt niet in werking voordat het is bekend gemaakt) kan worden gezien als een wettelijke positivering van (een deel van) het materiële rechtszekerheidsbeginsel (vergelijk ook art. 88 en 89 Gw, alsmede art. 139 Gemw.). Overigens sluit deze bepaling terugwerkendheid van besluiten niet uit; van die terugwerkendheid kan echter pas sprake zijn vanaf het moment van inwerkingtreding (vergelijk PG Awb 1, p. 231). Wel wordt aangenomen –zonder dat dit uit de Awb blijkt – dat terugwerkende kracht van benadelende besluiten in beginsel niet is toegelaten – de omstandigheden moeten wel heel bijzonder en zwaarwegend zijn (met name ook in die zin dat er geen redelijke alternatieven meer zijn) wil op dit uitgangspunt een uitzondering mogen worden gemaakt. Meer in het algemeen geldt dat het bestuur moet onverhoedse – onvoorziene - wijzigingen in rechten en plichten van burgers moet proberen te voorkomen. Inachtneming van een termijn waarbinnen burgers zich op een nieuw rechtsregiem kunnen instellen strekt tot aanbeveling.

Ad 7 – Het vertrouwensbeginsel gewekte verwachtingen

Het vertrouwensbeginsel sluit aan bij het rechtszekerheidsbeginsel maar is specifiek naar strekking. Het rechtszekerheidsbeginsel ziet op de duidelijkheid en bestendigheid van het objectieve recht (erga omnes); het vertrouwensbeginsel ziet op bestendigheid in subjectieve rechtsverhouding tussen burger en bestuur. In de kern houdt het vertrouwensbeginsel in dat het bestuur is gehouden om opgewekte verwachtingen na te komen, althans verwachtingen die in de rechtsverhouding tussen één of enkele burgers en het bestuur zijn opgewekt.

Nu is het natuurlijk niet zo dat het bestuur gehouden is aan elke mogelijke verwachting die omtrent zijn handelen kan bestaan, tegemoet te komen. Wil een rechtsverhouding tussen burger(s) en bestuur op grond van opgewekte verwachtingen kunnen ontstaan, een rechtsverhouding waaruit voor het bestuur een plicht tot inlossing van het ontstane vertrouwen voortvloeit, dan moeten deze verwachtingen in elk geval een zodanig karakter hebben dat zij bij deze burger(s) het vertrouwen konden opwekken dat het bestuur op een bepaalde wijze zou handelen (m.i.v. nalaten, zoals bij gedogen). Ook moet duidelijk zijn dat de burger(s) in kwestie nadeel ondervindt als het bestuur de verwachting niet inlost. Meer concreet moet aan de volgende – hier beknopt aan te duiden - voorwaarden worden voldaan:

Voorwaarden vertrouwensbeginsel

1. de verwachting moet zijn opgewekt door het bevoegde gezag of door iemand, dat wil zeggen een functionaris, waarvan een redelijkheid mag/mocht worden aangenomen dat hij sprak uit naam van het bevoegd gezag (de zogenaamde toerekenbare schijn). Een bevoegd gezag kan als regel slechts zichzelf en niet andere bestuursorganen binden. Individuele leden van colleges kunnen – opnieuw als regel - het gehele college binden. Moeilijk ligt het als verwachtingen worden opgewekt door ambtenaren. Het zal afhangen van de bevoegdheden van deze ambtenaar, dan wel van diens ambtelijke positie en de wijze waarop hij of zij zich heeft uitgesproken of aan de uitspraken verwachtingen mogen worden ontleend.

2. daarmee zijn we bij de wijze waarop de verwachtingen zijn opgewekt. Men spreekt in dit verband wel van verschillende vertrouwensbronnen die verschillende gradaties van sterkte van daardoor opgewekte verwachtingen (Addink, p. 144-145). Hierbij kan men denken aan eerdere beschikkingen (bijvoorbeeld tot subsidieverstrekking in eerdere jaren), om overeenkomsten (bijvoorbeeld over de wijze waarop een bevoegdheid, zoals tot handhaving, zal worden gebruikt, om toezeggingen (in algemene zin, zoals ter toelichting op een regeling, of bijzonder, naar een bepaalde persoon toe), om verstrekte inlichtingen (opnieuw hetzij algemeen, hetzij bijzonder), maar ook om gedogen (als het bestuur willens en wetens niet optreedt tegen een illegale toestand) en om het gevoerde beleid (al dan niet in beleidsregels vastgelegd – al kan men hierbij ook aan de materiële rechtszekerheid denken).
3. er moet sprake zijn van nadeel dat zou ontstaan zo de verwachtingen niet worden ingelost en dat niet zou zijn ontstaan indien de verwachting niet was opgewekt. Men spreekt hierbij wel van het dispositievereiste. Als een verwachting is opgewekt dat een bouwvergunning zal worden verleend en degene die wil bouwen reeds wat grondwerkzaamheden laat verrichten, bouwmaterialen aanschaf en dergelijke meer, mag worden aangenomen dat schade zal optreden als de verwachting niet gestand wordt gedaan. Dat is natuurlijk wel iets anders dan het geval waarin iemand weliswaar vertrouwde op toekenning van een vergunning maar nog geen kosten heeft gemaakt. Twee punten zijn hierbij wel van belang. Allereerst dat in dit voorbeeld de vraag rijst of de burger in kwestie zich niet, wat de grondwerkzaamheden betreft, heeft begeven in vergunningplichtige handelingen zonder dat de benodigde vergunning was afgegeven. Opgewekte verwachtingen rechtvaardigen niet om zonder de benodigde toestemming dat te doen waar die toestemming formeel nog voor moet afkomen! Onkosten gemaakt voor dergelijk illegaal handelen leveren geen rechtens relevante dispositie op. In de tweede plaats zijn er gevallen waarin de bestuursrechter het dispositievereiste niet laat gelden, zoals in het geval sprake is van individuele toezeggingen door een belastinginspecteur omtrent de hoogte van de op te leggen aanslag.
4. tenslotte kunnen er omstandigheden zijn waaronder gerechtvaardigd vertrouwen niet, althans niet in natura, kan worden gehonoreerd. Zo is denkbaar dat de behartiging van het algemeen of publiekrechtelijk belang zich tegen honorering verzet (er zijn onvoldoende middelen, het beleid is inmiddels aangescherpt of de verwachting berust op een misslag die, indien gestand gedaan, een onaanvaardbare beleidsdoorkruising zou meebrengen). Ook is het mogelijk dat het vertrouwen is gewekt op basis van onjuiste informatie verstrekt door de burger(s) in kwestie zelf. Tenslotte is denkbaar dat nakoming van de opgewekte verwachtingen zou leiden tot (een onaanvaardbare) strijd met de wet (we komen dan bij de vraag of het bestuur contra legem mag gaan – zie § 5.1). In dergelijke gevallen is het overigens niet zo dat als honorering van verwachtingen achterwege moet blijven de burger in kwestie met lege handen blijft staan. Indien en voorzover hij of zij is gedisponeerd kan aan de kant van het bestuur een schadevergoedingsplicht ontstaan.

Het vertrouwensbeginsel is (nog) niet als zodanig in de Awb gecodificeerd. Mogelijk komt het onderwerp aan de orde bij de vijfde tranche, als ook regels over intrekking en wijziging van beschikkingen worden gesteld.

Ad 8 – Het gelijkheidsbeginsel

‘Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.’, aldus luidt de tekst van art. 1 Gw. Deze bepaling geeft uitdrukking aan een van de meest fundamentele publiekrechtelijke rechtsbeginselen, te weten het gelijkheidsbeginsel, zowel naar de positieve als de negatieve kant ervan.

Gelijkheidsmaatstaven

Positief is het gebod uit de eerste volzin: gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld. Dit wil zeggen dat voorafgaand aan het nemen van een beslissing de algemeen relevante criteria moeten worden bepaald en vervolgens naar die maatstaf moet worden beslist. Deze maatstaven zullen, vanuit het gelijkheidsbeginsel beschouwd de rol vervullen van ‘gelijkheidsmaatstaven’ aan de hand waarvan gelijke gevallen gelijk en ongelijke gevallen in de mate van hun ongelijkheid ongelijk moeten worden behandeld (D.W.P. Ruiters, Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht, Preadvies VAR XCIII, Alphen aan den Rijn 1985).

Discrimatieverbod

Negatief is de strekking van de tweede volzin, dat het verbod van discriminatie verwoordt. Dit verbod heeft een absolute strekking en sluit uit dat binnen of buiten voornoemde criteria onderscheid wordt

gemaakt naar godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, of daarmee gelijk te stellen categorieën. Discriminatie behelst negatief onderscheid maken, dat wil zeggen ten nadele van personen – positieve discriminatie (bijvoorbeeld ten bate van de emancipatie van allochtonen) is – niet op voorhand – uitgesloten.

Ongerechtvaardigd ongelijk behandelen

De negatieve kant van het gelijkheidsbeginsel heeft echter een ruimere strekking: het is verboden gelijke gevallen – ongerechtvaardigd – ongelijk te behandelen. Het is juist die kant van het gelijkheidsbeginsel die zich in de hantering van dit beginsel als Abbb het duidelijkst manifesteert en dan in het bijzonder met betrekking tot bestuursbeslissingen voor individuele gevallen. De positieve kant van het gelijkheidsbeginsel laat zich immers, benevens strijd met het discriminatieverbod (bij apert absolute categorieën), moeilijk normeren – al zeker niet door de rechter. Bij het stellen van beslissingscriteria gaat het primair om een beleidsmatige keuze waar de rechter, tenzij de grenzen der redelijkheid of evenredigheid worden geschonden (zie Ad 9), buiten heeft te blijven. Eenmaal gesteld moet ook de toepassing van de criteria consistent zijn, ook dat wordt echter in de praktijk van de rechterlijke toetsing veelal onder andere Abbb gebracht, zoals strijd met het willekeurverbod (zie Ad 9) en ondeugdelijkheid van de motivering (zie Ad 4). Het accent in de jurisprudentie ligt derhalve op de negatieve kant van het gelijkheidsbeginsel.

De aanscherping tot gevallen van 'ongerechtvaardigde ongelijke behandeling' heeft een dubbele functie. Enerzijds wordt verwezen naar het gegeven dat beslissen juist meebrengt dat onderscheid tussen gevallen wordt gemaakt en dat het er om gaat alleen de *rechtens* ongelijke gevallen te bestrijden. Dit wil zeggen dat enkel de gegeven beslissingscriteria, mits zelf rechtmatig gegeven, het compas bieden voor de te nemen beslissing. In het licht van die criteria moeten de feiten van het geval worden beoordeeld. Daarbij komt ook de tweede functie van het adjectief 'ongerechtvaardigd' om de hoek kijken: geen enkel geval is feitelijk geheel gelijk aan een ander geval. Er zijn altijd wel richtingen waarin gevallen zich feitelijk onderscheiden. Als die verschillen geen relevantie hebben voor de toepassing van de criteria, moeten zij worden genegeerd op straffe van schending van het gelijkheidsbeginsel. Probleem is echter dat de kwalificatie van feiten in termen van juridische criteria veelal met beoordelingsmarges gepaard gaat (zelfs bij numerieke criteria, zoals bij snelheidsovertredingen). Ongerechtvaardigd geeft aan dat de rechter het gelijkheidsbeginsel niet inroept indien redelijk denkende mensen van mening kunnen verschillen of bepaalde gevallen gemeten aan de toepasselijke criteria nu wel of juist niet gelijk zijn.

Adstructie-plicht

Dit laatste gegeven verklaart mogelijk ook waarom we in de jurisprudentie verhoudingsgewijs niet vaak een succesvol beroep op het gelijkheidsbeginsel tegen komen. Ook verklaart het mogelijk waarom rechters eisers, die zich op dit beginsel beroepen, verplichten om een degelijke adstructie te geven van hun stelling. Deze eisers zullen met een verwijzing naar de feiten (van een of meer andere gevallen en van het bestreden geval) en naar de geldende criteria, gerede twijfel moeten wekken over of het gelijkheidsbeginsel wel in acht is genomen (vergelijk Rechtbank Amsterdam 14 februari 1995, JB 1995/129). Van belang is in dit verband ook dat de gevallen of het geval waarmee een vergelijking wordt gemaakt wel representatief zijn voor de betreffende beslissingsbevoegdheid. Een beroep op het gelijkheidsbeginsel zal niet slagen als een vergelijking wordt gemaakt met bijvoorbeeld eerdere foutieve beslissingen (onjuiste feitenvaststelling en/of uitleg of toepassing van wet of beleid) en bewuste afwijkingen (positieve discriminatie, voorkomen onevenredigheid, experimenten, alsmede overgangsrechtelijke gevallen. Met name de categorie 'bewuste afwijkingen' maakt duidelijk dat het gelijkheidsbeginsel een relatieve betekenis heeft; bij bijzondere omstandigheden (bijvoorbeeld bij vrees voor aantasting van onevenredig nadeel) kan (ten faveure van de desbetreffende burger) van het algemene beleid worden afgeweken. Aan de andere kant is het gelijkheidsbeginsel wel weer zo fundamenteel dat het, in bijzondere omstandigheden, contra legem moet worden toegepast.

Gelijkheidsbeginsel in de Awb

Het gelijkheidsbeginsel is niet in de Awb gecodificeerd. Volgens de regering is met art. 1 Gw (en aanverwante regelingen) wel een voldoende mate van verankering aan dit beginsel gegeven. Overigens dient de in art. 2:4 Awb geregelde eis van onpartijdigheid van bestuursorganen natuurlijk toch wel de 'doelen' van het gelijkheidsbeginsel (TK 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 53 e.v.). Het verbod van vooringenomenheid (lid 1) en het gebod te waken tegen 'persoonlijke belangen' (lid 2) dragen, hoewel zij niet de volle lading van het gelijkheidsbeginsel dekken, stellig eraan bij dat beslissingen enkel worden genomen op basis van relevante 'gelijkheidsmaatstaven'.

Ad 9 – Willekeur en evenredigheid (waaronder proportionaliteit, materiele zorgvuldigheid en de égalité devant les charges publiques)

In het Doetinchemse woonruimtevoorderingsarrest (HR 25 februari 1949, NJ 1949, 558) moet de Hoge Raad in cassatie – kortgezegd - oordelen over de vraag of in het kader van de beslissing inzake woonruimtevoordering op een rechtens juiste wijze is afgewogen tussen het belang van de woonruimtevoordering ten behoeve van woonruimtebehoefigen enerzijds en het belang van 'rust' voor de – beweerdelijk – geestelijk labiele eigenaars-bewoners van de desbetreffende woonruimte anderzijds. De Hoge Raad oordeelt dat in casu van willekeur geen sprake is geweest en geeft in dat verband aan dat van willekeur sprake is 'als moet worden aangenomen dat de vorderende autoriteit bij afweging van de in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot een vordering heeft kunnen komen en dus afweging van die belangen geacht moet worden niet te hebben plaatsgehad.'

Deze omschrijving geeft heel treffend aan waar het de rechter (zeker aanvankelijk) om te doen was. Niet om het zelf nemen van bestuursbeslissingen door materieel het eigen oordeel over hoe de belangenafweging heeft uit te vallen aan het bestuur op te leggen. Wel het verzekeren van het in gevallen van beleidsvrije bevoegdheden uitvoeren, door het bestuur, van een belangenafweging. Beleidsvrijheid behelst immers (zoals we in hoofdstuk 1 reeds zagen) een plicht tot belangenafweging. De wetgever laat beslissingsruimte aan het bestuur om op maat van de omstandigheden van het geval de finale beleidskeuzes te maken. Dat is een vrijheid – het bestuur mag kiezen – maar ook een plicht – het bestuur moet kiezen op basis van een belangenafweging. De Hoge Raad maakte duidelijk dat het 'mogen kiezen' niet mag worden aangewend om te maskeren of de keuze wel op basis van een belangenafweging is gemaakt. Daarbij volstaat niet dat het bestuur (formeel) verklaart de betrokken belangen te hebben afgewogen. Dat een afweging heeft plaatsgevonden wordt door de rechter (materieel) getoetst door de eis dat het resultaat ervan niet zo onredelijk mag zijn dat (wel) moet worden aangenomen dat die afweging niet (echt) heeft plaatsgevonden. Een prachtige oplossing: belangenafweging mag alleen belangenafweging heten als het tot niet-redelijke resultaten leidt. De Hoge Raad concludeert bij (apert) onredelijke uitkomsten dat de afweging (kennelijk) niet heeft plaatsgevonden. Daarmee hoeft de rechter zich niet met de belangenafweging zelf bezig te houden – dat is voorbehouden aan het bestuur; alleen onredelijke resultaten worden uitgesloten omdat aan de plicht tot belangenafweging niet is voldaan.

'Marginale toetsing'

Deze benadering verklaart ook de term 'marginale toetsing': de rechter laat zich niet in met de vraag welke van de denkbare onderscheiden uitkomsten van een redelijke belangenafweging de voorkeur verdient. Opnieuw: dat is een zaak van het bestuur. Alleen wat de grenzen van de redelijkheid te buiten gaat wordt afgestraft. Aldus wordt ook de taakverdeling uit de Trias Politica bevestigd: de rechter verzekert slechts dat de wil van de wetgever (het bestuur mag en moet de belangenafweging afronden) het bestuur tot wet strekt.

Daarmee hebben we het startpunt van de ontwikkeling van het rechtsbeginsel inhoudende het verbod van willekeur in beeld. Het beginsel is in deze strekking ook te vinden in art. 3:4, lid 1 Awb, dat de plicht tot het uitvoeren van een belangenafweging codificeert.

Willekeur en evenredigheid

In deze benadering past het dat de rechter pas ingrijpt bij kennelijke of aperte onredelijkheid/willekeur. De rechter moet – om met Scheltema te spreken – van z'n stoel vallen bij het aanschouwen van het bestreden besluit. Toch heeft zich in de loop van de tijd een ontwikkeling voorgedaan waarbij de rechter meer inhoudelijke redelijkheidscriteria is gaan toepassen. Daarin heeft ongetwijfeld meegespeeld dat naast het evenwicht in de Trias, juist de onmiddellijke rechtsbescherming van burgers zelf steeds meer op de voorgrond is getreden. De in samenhang daarmee ontstane, meer inhoudelijke toetsing markeert de 'synergie' of (neutraler) de samenloop die is opgetreden tussen het verbod van willekeur enerzijds (dat eigenlijk slechts ziet op 'enormiteiten') en het evenredigheidsbeginsel anderzijds (dat meer specifieke, inhoudelijke maatstaven aanreikt). Zo kon het zijn dat de rechter maatstaven ontwikkelde waarmee niet alleen een kennelijke gebrek aan belangenafweging werd gecorrigeerd, maar hij ook inhoudelijke normen stelde voor de wijze van afwegen. Het evenredigheidsbeginsel is met name tot wasdom gekomen in het sanctierecht, in gevallen waarbij de overheid ter handhaving van het publiekrecht correctief optreedt tegenover burgers die publiekrechtelijke regels overtreden. De daarin toegepaste evenredigheidsmaatstaf werd door de rechter gebruikt om een indringend – dus niet louter marginaal – inhoudelijk oordeel te geven over toepassing van sancties. Het feit dat de bestuursrechter hierin indringend toetst(e) is er waarschijnlijk mede aan toe te schrijven dat het bij beslissingen over sanctionering minder aankomt op algemene belangenafweging en meer op beoordeling van de ernst van de overtreding en de hoedanigheid van de overtreder. Het gaat dus niet zozeer om afwegingen inzake de concretisering van een publiekrechtelijk belang (zoals bij de beslissing op aanvraag van een vergunning), maar veeleer om het vaststellen van consequenties die het recht verbindt aan niet naleving van hetgeen bij of krachtens wettelijk voorschrift is voorgeschreven.

Drie evenredigheden

Het evenredigheidsbeginsel heeft zich gaandeweg een positie verworven waarbij het bestuur aan een drietal inhoudelijke maatstaven is onderworpen. We noemen ze even kort:

- de eis van proportionaliteit tussen de met een beslissing te dienen belangen en de door de beslissing benadeelde belangen. Simpel gezegd: de voordelen van een beslissing moeten groter zijn dan de nadelen;
- de eis van streven naar de minste last, ook wel de materiële zorgvuldigheid, houdt in dat niet alleen de voordelen van een beslissing zwaarder moeten wegen dan de nadelen, maar ook dat getracht moet worden – met behoud van de beoogde voordelen – de nadelen zo klein mogelijk te laten zijn. De overheid mag nadelen van een beslissing voor individuele burgers niet enkel afdoen met een beroep op proportionaliteit – onderzocht moet worden of de voordelen ook kunnen worden gerealiseerd op een wijze die minder nadelig is;
- de eis van égalité devant les charges publiques, dat wil zeggen van gelijkheid voor de publieke last. De nadelen van een beslissing mogen niet eenzijdig rusten op de ‘schoulers’ van een enkeling (terwijl anderen enkel de voordelen plukken). Het gaat hier om de evenredigheid van de publieke lastenverdeling tussen burgers onderling. Die wordt wel uitgedrukt als het ‘normaal maatschappelijk risico’: eerst als dat risico wordt overschreden – en dus meer dan voor alle burgers in een soortgelijke positie normaal te dragen lasten worden opgelegd – dient de overheid dit onevenredig nadeel te voorkomen of te compenseren. In het laatste geval wordt wel gesproken van ‘nadeel- of bestuurscompensatie’. Ook spreekt men wel van ‘schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad’; de vergoeding wordt immers niet gegeven vanwege onrechtmatigheid van de beslissing zelf (de maatstaven van proportionaliteit en minste last kunnen geheel zijn gerespecteerd), maar vanwege de verdeling van de lasten die ervan het gevolg zijn. De compensatie van die lasten is voldoende om de beslissing vervolgens te effectueren (vergelijk als klassiekers ARRS 12 januari 1982, AB 1982, 299 m.nt Van Wijmen en ARRS 22 november 1983, AB 1984, 154 m.nt. De Planque [Paul Krugerbrug 1 en 2]).

Het willekeurverbod speelt bij de toepassing door de rechter van deze evenredigheidsmaatstaven in zoverre nog een rol dat daar, waar beleidskeuzes worden gemaakt (en dus echt een weging van belangen aan de orde is) de rechter terughoudend moet optreden. Hij mag pas ingrijpen als sprake is van (onredelijke) onevenredigheid en dat is wat anders dan dat hij een afwegingsresultaat dat hem als rechter het meest evenredig voorkomt dwingend aan het bestuur (en de burger) mag opleggen – daarmee zou hij de beleidsvrijheid die de wetgever juist bij het bestuur heeft willen leggen, immers ongedaan maken (vergelijk ABRS 9 mei 1996, AB 1997, 91 m.nt. PvB; JB 1996/158 m.nt. F.A.M. S). Inmiddels wordt aangenomen dat art. 3:4, lid 2 Awb de voornoemde drie evenredigheidsmaatstaven omvat en deze door de rechter moeten worden toegepast in de sleutel van het verbod van willekeur (vergelijk PG Awb I, p. 100). Dat laatste bracht mee dat de Awb-wetgever, in zijn wens Abbb nu niet als toetsingscriteria maar als beslis- of bestuursnormen te codificeren, bij dit voorschrift voor een probleem stond. Bij een positieve redactie – niet verbod van onevenredigheid, maar de plicht tot evenredigheid – zou de rechter tot een veel te inhoudelijke toets worden verleid. Daar staat tegenover dat de gecodificeerde norm nu een zo ruim karakter heeft dat het toch niet echt een beslisnorm is geworden. Niettemin heeft de bepaling in afdeling 3.2 Awb stellig zijn plaats. Opmerkelijk is overigens dat het tweede lid eigenlijk niet goed spoort met het égalité'-beginsel dat immers niet gaat over de verhouding tussen doel van het besluit en de nadelen daarvan voor belanghebbenden, maar over de verhouding tussen de benadeelde belangenhebbende en andere burgers in een soortgelijke positie. Mogelijk wordt voor het égalité'-beginsel, in het kader van een aparte regeling van het verschijnsel bestuurscompensatie, in de vijfde tranche van de Awb nog een aparte regeling gegeven. Overigens valt op dat het tweede lid van art. 3:4 Awb is toegespitst op de verhouding tot (de nadelen van) belanghebbenden, kortom, op de relatie tussen algemene belangen enerzijds (besloten in het doel van het besluit) en bijzondere belangen van belanghebbenden anderzijds. De verhouding tussen verschillende algemene belangen onderling – denk aan de afweging milieu versus werkgelegenheid bij een aanvraag van een milieuvergunning - blijft buiten beeld. Mogelijk heeft de wetgever gemeend dat die laatste verhouding niet nader dan door het bepaalde in lid 1 van art. 3:4 Awb kan worden geregeld.

Twefasentoetsing

Juist op het punt van de toetsing van het beleid heeft zich in de rechtspraak (vergelijk ARRS 11 december 1981, AB 1982, 216) ook een ontwikkeling voorgedaan waarbij de rechter een zogenaemde twefasentoetsing uitvoert. Eerst gaat de rechter na of er sprake is van beleid. Dat hoeft niet op papier te staan, maar van het bestuur wordt wel verwacht dat het een algemene visie heeft op de wijze waarop het een bepaalde bevoegdheid – zelfs al wordt deze voor het eerst uitgeoefend – wil uitoefenen. Materieel

moet er dus beleid zijn, dat wil zeggen een logisch-consistente opvatting over de wijze waarin belangen bij de betreffende bevoegdheid 'in abstracto' worden afgewogen. Als een dergelijke opvatting ontbreekt, is het bestuur kennelijk niet aan een belangenafweging toegekomen – dat geldt ook als het gepresenteerde beleid onredelijk (onevenredig) is. Als deze eerste toets wordt doorstaan dan is aan de orde hoe daaraan toepassing is gegeven 'in concreto', dat wil zeggen in het individuele geval van bevoegdheidsuitoefening. Twee zaken zijn in deze tweede fase in het bijzonder van belang: 1) als bijzondere omstandigheden van dit geval bij toepassing van het beleid 'in abstracto' zou leiden tot (onredelijk) onevenredig nadeel, moet van dat beleid worden afgeweken op een wijze waardoor voordelen daarvan zoveel mogelijk blijven behouden maar de onevenredige nadelen uitblijven; 2) indien van dergelijke bijzondere omstandigheden geen sprake is dient het beleid consistent te worden toegepast. Eigenlijk zagen we dit model al in de casus over kleine afvalcontainers die in Hoofdstuk 1 aan de orde kwam. De tweefasentoetsing is een concept uit de bestuursrechtspraak; een wettelijke vertaling ervan is niet gegeven.

5.3 De algemene verbintenisscheppende beginselen (Avsb)

Een van de belangrijkste nieuwe ontwikkelingen in het bestuursrecht, te weten de toepassing van Algemene verbintenisscheppende beginselen, vindt z'n kiem in de rechtsbescherming. Omdat deze ontwikkeling nog pril is ligt het accent hier meer op een schets van die ontwikkeling en enkele kanttekeningen daarbij, dan op een overzicht van de specifieke Avsb's (die immers nog niet zo zijn uitgekristalliseerd als de Abbb).

Rechtsmachtverdeling

Zoals in Hoofdstuk 9 nog zal blijken is de afbakening van rechtsmacht tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter daarin nog altijd een 'hot item'. Belangrijk element bij die verdeling is of het object van geschil tussen partijen wel of juist niet als besluit (zie Hoofdstuk 2 en 6) is aan te merken. Een belangrijk bestanddeel van het besluitbegrip is dat het een *publiekrechtelijke* rechtshandeling betreft. Daarvoor is beslissend dat de grondslag voor het nemen van een besluit publiekrechtelijk is (een exclusieve wettelijke bevoegdheid of soms een taak). Nu werd lange tijd aangenomen dat geschillen over beslissingen op verzoeken tot schadevergoeding (verzoeken van een burger bij schade door bijvoorbeeld een onrechtmatig sanctiebesluit van de overheid; of verzoeken van de overheid in verband met gemaakte kosten voor sanering van bodemverontreiniging veroorzaakt door een burger), alsmede over geschillen inzake beslissingen inzake onverschuldigde betaling (zoals bij het terugvorderen van subsidies als de gesubsidieerde activiteit niet werd uitgevoerd), bij het ontbreken van een specifieke publiekrechtelijke bevoegdheid, niet als besluit waren aan te merken en daarom voor de burgerlijke rechter moesten worden gebracht.

Reeds in 1994 kwam in een uitspraak van het Centrale Raad van Beroep naar voren dat de beslissing op een zelfstandig (of zuiver) schadevergoedingsverzoek – (ook) onder de Awb - als een besluit kan worden aangemerkt. In een uitspraak (CRvB 28 juli 1994, JB 1994/221 zie ook CRvB 1 december 1994, TAR 1995, 33 m.nt. B.M.P. van Ravels) gaf de Centrale Raad aan, dat hoewel in dit geval de bestuursrechter, vanwege intrekking van het hoger beroep, geen oordeel meer kon geven over vergoeding van renteschade (ten gevolge van een onterechte intrekking van uitkeringen ingevolge de AAW en WAO), het voor verzoekster mogelijk is om een besluit uit te lokken door een verzoek tot schadevergoeding te richten tot het bestuursorgaan. De beslissing op dat verzoek zou, vanwege de samenhang met het eerder vernietigde intrekkingbesluit, als besluit moeten worden aangemerkt. Deze zienswijze werd uiteindelijk gevolgd door de Afdeling Bestuursrechtspraak. In zijn uitspraak in de zaak Nanne (ABRS 21 oktober 1996, JB 1996/232, m.n. HJS, AB 1996, 496 m.nt. NV; vergelijk eerder reeds CRvB 26 juli 1994, JB 1994/220) oordeelde deze bestuursrechter dat een terugvorderingsbeslissing, ook als een uitdrukkelijke wettelijke grondslag daarvoor ontbrak, toch is gericht op rechtsgevolg. Dit rechtsgevolg rust – blijkens overwegingen uit deze uitspraak - op het algemene, ook in het bestuursrecht geldende, rechtsbeginsel dat wat onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd. Dit rechtsbeginsel is van bestuursrechtelijke aard, wanneer zijn werking zich doet gevoelen in door het bestuursrecht beheerste verhoudingen. Voor bestuursorganen schept het dan de bevoegdheid omtrent de aanwending waarvan per geval beslist moet worden met inachtneming van de algemene bestuursrechtelijke normen die de aanwending van discretionaire bevoegdheden beheersen. Zo een beslissing is gericht op publiekrechtelijk rechtsgevolg. De Afdeling kon voor deze zienswijze ook steunen op de wetsgeschiedenis (met name TK 1991/1992, 22 495, nr. 3, p. 246): 'Gelet op het feit dat de onderliggende rechtsverhouding door de administratieve rechter wordt beoordeeld, ligt het in de rede dat ook de terugvorderingsbeslissingen worden beoordeeld door de administratieve kamer van de rechtbank en derhalve worden gekwalificeerd als besluiten in de zin van art. 1:3 van de Awb.'

Reeds in de daaropvolgende maand ging de Afdeling bestuursrechtspraak ook op het punt van beslissingen op aparte schadevergoedingsverzoeken van burgers aan de overheid (wegens beweerd onrechtmatig overheidshandelen), het zogenoemde 'zelfststandig schadebesluit', overstag. In de uitspraak Beurskens (ABRS 18 februari 1997, JB 1997/47 m.nt. HJS, AB 1997, 143 m.nt. Van Buuren; vergelijk de eerdere 'uitschieter', ABRS 29 november 1996, JB 1996/253) stelt de Afdeling dat het verzoek om schadevergoeding niet is gebaseerd op een specifieke wettelijke grondslag maar is toch aan te merken als Awb-besluit. Het publiekrechtelijk rechtsgevolg van dit besluit, voor zover het betreft schade ten gevolge van rechtmatig bestuursoptreden, vloeit voort uit het, mede aan art. 3:4, lid 2 Awb ten grondslag liggende beginsel van 'égalité devant les charges publiques' op grond waarvan bestuursorganen zijn gehouden tot compensatie van onevenredige schade als gevolg van hun op de behartiging van het algemeen belang gerichte optreden. Het gaat om schadevergoeding bij rechtmatige daad – de schadeveroorzakende handeling is rechtmatig, maar het onvergoed laten van de schade zou zelf onrechtmatig zijn. Het égalité-beginsel, dat we hiervoor reeds als Abbb bespraken, is typisch publiekrechtelijk. In de uitspraak Van Vlodrop (ABRS 6 mei 1997, JB 1997/118, AB 1997/229) echter betreft het een beroep op het algemene rechtsbeginsel dat onrechtmatig en toerekenbaar toegebrachte schade moet worden vergoed. Omdat de schade niet is veroorzaakt door een besluit waartegen beroep is opengesteld (te weten een beleidsregel – zie art. 8:2 aanhef en onder a Awb) is bij de bestuursrechter geen beroep tegen de beslissing op het schadevergoedingsverzoek mogelijk. Die beslissing op verzoek zelf is overigens wel een besluit mits de schade is veroorzaakt binnen het kader van de uitoefening van een aan het verwerend bestuursorgaan toekomende bevoegdheid tot het nemen van publiekrechtelijke rechtshandelingen of reeds bij de uitoefening van aan het publiekrecht ontleende taken en bevoegdheden. Dit noemt men wel de eis van de 'materiële connexiteit'. Die connexiteit is belangrijk omdat, nog afgezien van de vraag bij welke rechter men tegen de beslissing op het verzoek kan opkomen, zo het een besluit betreft de waarborgen van de Awb (denk aan de Abbb) daarop van toepassing zijn!

Tenslotte behoeft hier ook vermelding dat ook als algemeen verbintenisscheppend rechtsbeginsel werd erkend de regel dat hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, verplicht is, voorzover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking. Deze formulering is ontleend aan art. 6:212 BW, maar werd overgenomen door de Afdeling bestuursrechtspraak (ABRS 26 augustus 1997, JB 1997/265 m.nt. HJS). Voor de verstrekking van gelden door de minister was weliswaar een publiekrechtelijke grondslag aan te wijzen – zij het moeizaam, omdat de desbetreffende expliciete bepalingen per abuis waren vervallen – maar aan de condities voor de verstrekking werd niet voldaan. Er was dus niet onverschuldigd betaald, maar bij niet terugvordering zou sprake zijn van een ongerechtvaardigde verrijking van verkrijger.

Al met al zijn inmiddels tenminste drie gemeenrechtelijke (dat wil zeggen gemeen aan publiek- en privaatrecht) en één typisch publiekrechtelijk Avsb's in de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters aanvaard als grondslag voor de verplichting tot vergoeding van schade en voor terugbetaling.

Gemeenrechtelijke Avsb's

Het betreft allereerst de gemeenrechtelijke Avsb's:

- het beginsel dat onrechtmatig en toerekenbaar veroorzaakte schade moet worden vergoed;
- het beginsel dat hetgeen onverschuldigd werd betaald, moet worden teruggegeven;
- het beginsel dat hetgeen uit ongerechtvaardigde verrijking ten koste van een ander werd verkregen, moet worden vergoed.

Deze gemeenrechtelijke Avsb's zijn, zoals dat heet, (tevens) publiekrechtelijk van aard indien zij hun werking doen voelen in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding. Zij behelzen zowel voor de burger als voor de overheid de mogelijkheid tot het instellen van een vordering tot nakoming van de uit hun strekking voortvloeiende verplichtingen. Of we over enige tijd in het publiekrecht ook de zaakwaarneming (vergelijk art. 6:198 e.v. BW) als gemeenrechtelijke bron van verbintenis zullen gaan erkennen (beginsel: redelijke kosten gemaakt bij zaakwaarneming moeten worden vergoed) is nog maar de vraag. Essentieel voor de erkenning van gemeenrechtelijke Avsb's is immers dat zij zich laten verenigen met algemene publiekrechtelijke uitgangspunten (anders zijn ze niet gemeenrechtelijk maar uitsluitend typisch privaatrechtelijk). De overheid is gehouden tot behartiging van algemene belangen, niet van bijzondere belangen. Mogelijk sluit dit zaakwaarneming als publiekrechtelijke rechtsfiguur uit.

Met name een beroep van overheidswege op gemeenrechtelijke Avsb's, een beroep dat belastend is voor burgers, oogt problematisch. Verlangt immers niet juist het legaliteitsbeginsel (zie Hoofdstuk 1)

dat tenminste belastend overheidshandelen steeds rust op een uitdrukkelijke wettelijke bevoegdheid? De stelling dat de aangehaalde beginselen zelf bevoegdheidscheppend zijn en er dus geen probleem bestaat, leidt naar rechtsstatelijk 'drijfzand'. Er is dan immers geen waarborg tegen het ontstaan van aldoor nieuwe Avsb's (zoals zaakwaarneming). Dat gezegd zijnde moet worden bedacht dat genoemde Avsb's in feite gedragsregels behelzen die strekken tot bescherming van concrete belangen. Die gedragsregels behoren tot het objectieve recht en dat recht verbindt aan het intreden van bepaalde rechtsfeiten (schade veroorzakend handelen, onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking) een verplichting (tot vergoeding of teruggave) voor een der partijen in een rechtsbetrekking. Aan de kant van de burger zijn het vrijheids- en vermogensrechten die als concrete belangen worden beschermd. Aan de kant van de overheid eveneens vermogensrechten (denk aan het geval van schade aan een dienstwagen veroorzaakt door een burger), maar daarnaast het algemeen of daarvan afgeleide publiekrechtelijke belangen. Die laatste belangen moeten natuurlijk wel voldoende concreet zijn – als gepositieerd uitvloeisel van het primaat van de wetgever (legaliteit!) en zodat de burger ook kon begrijpen dat hij met zijn handelen aan rechtens te respecteren belangen schade toebrengt (rechtszekerheid). De eis dat de beginselen zich doen voelen *in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding* is hierbij van belang. Er moet een onderliggende bevoegdheidsuitoefening zijn en juist die biedt het zicht op het beschermingswaardige publiekrechtelijke belang.

Exclusief publiekrechtelijke Avsb's

Tot op heden is er in deze categorie slechts één beginsel erkend dat een louter publiekrechtelijke strekking heeft:

- het beginsel van evenredigheid voor de publieke lasten, dat ertoe verplicht compensatie te bieden voor schade boven het normaal maatschappelijk risico (vergelijk art. 3:4, lid 2 Awb).

Dit beginsel is ook slechts in die zin erkend dat enkel de overheid (uit rechtmatige daad – zie hoofdstuk 10) schadeplichtig kan zijn. Een tegenhanger – in de zin van *égalité devant les services publiques* – die neerkomt op de mogelijkheid tot afroming van rechtmatig verworven voordeel (bijvoorbeeld bij waardevermeerdering door wijziging van een bestemmingsplan) is thans nog niet aanvaard. Dat dit beginsel wordt geacht in art. 3:4, lid 2 Awb te zijn gecodificeerd, maakt het niet minder tot een beginsel – al was het maar omdat er kritiek bestaat op de vraag of dit artikellid inderdaad de strekking van het beginsel wel dekt. Overigens kan men zich de combinatie Abbb en Avsb wel in die zin voorstellen dat het *égalité*-beginsel z'n schaduw steeds vooruit werpt. Als een bestuursorgaan voorziet dat onevenredig nadeel als gevolg van het bestuurshandelen dreigt op te treden moet, uit hoofde van het *égalité*-beginsel als Abbb, getracht worden dit te voorkomen of, als dit niet goed mogelijk is, moet vooraf voorzien zijn in een adequate (regeling voor de) vergoeding daarvan. Als onevenredig nadeel onverhoopt toch ontstaat, ontstaat, uit hoofde van het *égalité*-beginsel als Avsb, de plicht tot vergoeding.

Of we op korte termijn nog andere exclusief publiekrechtelijke Avsb's zullen gaan zien, zoals bijvoorbeeld het vertrouwensbeginsel (gerechtvaardigde verwachtingen moeten worden gehonoreerd), is nog niet te voorspellen. Naar verwachting zal de rechtspraak van de hoogste bestuursrechtters (ABRS, CRvB en CBB) een terughoudend beeld geven.

5.4 Concluderende opmerkingen

In dit eerste deel van dit boek hebben we inmiddels drie soorten beginselen behandeld:

- een bevoegdheid vereisend beginsel, te weten het legaliteitsbeginsel;
- normerende beginselen, te weten de Abbb;
- verbintenisscheppende beginselen, te weten de Avsb's.

Over het legaliteitsbeginsel is in Hoofdstuk 1 en 4 reeds het een en ander gesteld. Het beginsel schept geen bevoegdheid, maar stelt wel de eis van een bevoegdheid, bij voorkeur van een wettelijke en dus expliciet democratisch gelegitimeerde bevoegdheid. Het zijn de Grondwetgever en de wetgever in formele zin die uit hoofde van dit beginsel zijn geroepen om uit naam van de behartiging van het algemeen belang aan lagere organen bevoegdheden toe te kennen ter behartiging van publiekrechtelijke belangen. Die toekenning zal gepaard moeten gaan met een aanduiding van het te behartigen publiekrechtelijk doel, en kan gepaard gaan met algemene voorschriften over de wijze waarop de bevoegdheid moet worden toegepast.

De Abbb vullen juist die algemene voorschriften voor de uitoefening van bevoegdheden aan, zowel voor vrije als gebonden bevoegdheden. Deze aanvulling met algemene gedragsnormen ontstijgt het nivo van

de publiekrechtelijke belangen die moeten worden behartigd; zij gelden ongeacht de inhoud van die belangen en voorts gelden zij in beginsel ook voor alle soorten van overheidshandelen. De Avsb vormen een meer recente aanvulling, tegen de achtergrond van verschuivingen in de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. Ze zijn specifiek van toepassing in concrete rechtbetrekkingen tussen overheid en burger. Naar herkomst kunnen ze gemeenrechtelijk (tevens werkzaam in het privaatrecht) en exclusief publiekrechtelijk (louter werkzaam in het publiekrecht) zijn.

Belangrijk is om goed het onderscheid te maken tussen Abbb en Avsb's. Het gaat in het bijzonder om de volgende twee aspecten:

1. de Abbb normeren enkel het bestuurshandelen, niet het handelen van burgers - de Avsb's scheppen verplichtingen voor het bestuur, maar mogelijk ook voor burgers tegenover het bestuur;
2. de Abbb behelzen in hoofdzaak waarborgen waarop burgers zich wel kunnen beroepen, maar die niet de strekking hebben van persoonlijke aanspraken - de Avsb's hebben uitdrukkelijk wel de strekking van persoonlijke aanspraken; er ontstaan verplichtingen binnen de rechtsverhouding burger-bestuur en die verplichtingen gaan, voor de wederpartij, gepaard met een vorderingsrecht (dat met een rechtsvordering bij de rechter kan worden verzilverd).

Reeds aan het slot van het vorige hoofdstuk werden enkele opmerkingen gemaakt over de verhouding tussen wetgeving enerzijds en rechtsbeginselen anderzijds. In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk is naast de aanvullende rol van de rechtsbeginselen ook gewezen op het fenomeen van het 'contra legem gaan'. Men kan wel zeggen dat juist op de raakvlakken tussen wetgeving en rechtsbeginselen de oude staatsrechtelijke rolverdeling (Trias politica of het modernere duale stelsel) tussen regeermacht (wetgeving en bestuur) en rechterlijke macht op de voorgrond treedt. Dat behoort te leiden tot wederkerige terughoudendheid: de rechter laat zich niet te zeer in met belangenafweging in abstracto (resultierend in objectiefrechtelijke regels voor allen) en de wetgever laat zich niet te zeer in met belangenafweging in concreto (resultierend in regels voor een enkel individueel geval. Waar beiden elkaar ontmoeten worden – idealiter – het wederzijdse domein en de wederzijds gehanteerde normen zoveel mogelijk gerespecteerd (vergelijk overigens art. 11 en 12 Wet Algemene bepalingen).

Inmiddels is deze nationaal-staatsrechtelijke werkverdeling ondergeschikt geraakt aan de Internationale dimensie in het bestuursrecht. Met name het EVRM en het EG-verdrag, met de daarop gebaseerde jurisprudentie, bieden zicht op rechtsbeginselen met internationaal of supranationaal gezag. Sommigen daarvan vertonen overeenkomsten met nationaalrechtelijke beginselen, andere bieden specifieke aanvullingen. Hun eigen gezag leidt soms tot weer andere uitkomsten voor hun bindendheid in concrete situaties. Het voert voor deze studie – thans nog – te ver om deze beginselen hier te bespreken.

DEEL II

INSTRUMENTEN VOOR HET BESTUREN

6 Beleidsinstrumenten in het bestuursrecht

Leerdoelen

1. De stof van dit hoofdstuk is gericht op het verwerven van een overzicht van de belangrijkste normstellende bestuursrechtelijke instrumenten voor het bestuur;
2. In het bijzonder is dit hoofdstuk gericht op de verwerving van kennis van en inzicht in respectievelijk:
 - het besluitbegrip
 - het besluit van algemene strekking
 - de beschikking
 - de subsidie

Introductie

Op basis van wetgeving moet er worden bestuurd en wel in conformiteit met bestuursrechtelijke normen (waaronder beginselen); zo leerde ons het voorgaande deel. In dit tweede deel zullen wij de instrumenten waarmee bestuurd wordt nader verkennen. In dit zesde hoofdstuk gaat het ons in het bijzonder om de bestuursrechtelijke instrumenten met een normstellend gehalte. In hoofdstuk 7 nemen we de privaatrechtelijke instrumenten voor de bestuurlijke beleidsvoering onder de loep. Het tweede deel wordt afgesloten met de behandeling van bestuursrechtelijke handavingsinstrumenten.

bestuursjuridisch instrumentarium

Van welke bestuursrechtelijke rechtsfiguren bedienen bestuursorganen zich bij de uitvoering van hun bestuursstaak? In het door de Algemene wet bestuursrecht beheerste begrippenapparaat is het van belang te onderscheiden tussen 'besluiten' aan de ene kant en 'andere handelingen' aan de andere kant. In hoofdstuk 2 (§ 2.5), bij de introductie van de structuur van de Awb, kwam dat al inleidend ter sprake. In dit hoofdstuk zullen wij om te beginnen (in § 6.1) het begrip 'besluit' - een belangrijk instrument in de gereedschapskist van het bestuur - systematisch bespreken. Daarna komen enkele typen besluiten aan de orde, te beginnen met de besluiten van algemene strekking (§ 6.2). Over het onderwerp 'algemeen verbindende voorschriften' kunnen wij, met verwijzing naar hoofdstuk 4, kort zijn (§ 6.2.2). Het volgende type 'besluit van algemene strekking', de 'beleidsregels', verdient iets meer aandacht (§ 6.2.3). Daarna (in § 6.2.4) resteert een restcategorie besluiten van algemene strekking, waarin onder meer de 'plannen', de 'gebiedsaanwijzingen' en de 'administratieve maatregelen' thuishoren. Tegenover de besluiten van algemene strekking staan de beschikkingen (te behandelen in § 6.3); een typisch in de concrete uitvoering thuishorende rechtsfiguur. Een in de Awb apart geregeld type beschikkingen zijn de *subsidies* (§ 6.4). Afsluitend (in § 6.5. respectievelijk § 6.6) worden eisen op een rij gezet die door de Awb worden gesteld aan het voorbereiden en nemen van besluiten respectievelijk beschikkingen.

6.1 Wat is een besluit?

Het besluitbegrip is een kernbegrip van de Awb (zie ook Hoofdstuk 2). Het is daarom goed de onderscheiden bestanddelen van dit begrip stuk voor stuk onder de loep te nemen. In § 6.1.1 zullen we de relevantie van de analyse van deze bestanddelen uiteenzetten. Vervolgens gaan we in op het bestanddeel 'beslissing' (§ 6.1.2) op het bestanddeel 'schriftelijk' (§ 6.1.3), het bestanddeel 'publiekrechtelijk' (§ 6.1.4) en tenslotte het bestanddeel 'rechtshandeling' (§ 6.1.4).

6.1.1 Bestanddelen van het besluitbegrip

definitie

Het kernbegrip 'besluit' wordt in de Awb, in art. 1:3, als volgt gedefinieerd: 'een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.' Het lastige van de term 'besluit' is, dat deze deel uitmaakt van ons alledaagse spraakgebruik. Wij besluiten om iemand voor een borrel uit te nodigen, om maar eens iets te noemen. Of een nieuw benoemde staatssecretaris besluit een borrel te organiseren voor zijn persoonlijke staf. Nu komen wij al weer dichterbij de bestuurlijke sfeer. Is nu zo'n besluit van de staatssecretaris een 'besluit' in de zin van de Awb? Nee, dat is het niet. Het is wel een besluit in de huis-tuin-en-keuken-taal, maar geen besluit in de door de Awb geduide, bestuursjuridische, zin van het woord. Het gaat namelijk niet om het verrichten van een publiekrechtelijk rechtshandeling. Met de uitnodiging voor een borrel vestigt de staatssecretaris hooguit een morele verplichting voor zijn staf om

daarvan ook gebruik te maken. Maar er is geen sprake van het vestigen van een rechtsplicht; de rechtspositie van zijn staf wordt door de uitnodiging niet beïnvloed. Dat zou anders zijn bij het besluit zijn personeel bij wijze van disciplinaire maatregel wegens ondermaats presteren vijf vakantiedagen in te houden. Zo'n disciplinaire maatregel beïnvloedt de ambtelijke rechtspositie wel degelijk.

Wanneer wij in het vervolg van dit hoofdstuk spreken van een 'besluit' bedoelen wij daarmee steeds een besluit zoals bedoeld in art. 1:3, lid 1, van de Awb. Kortheidshalve zeggen wij dat er niet iedere keer bij. Om met het begrip 'besluit' zoals neergelegd in de Awb uit de voeten te kunnen, is het nodig om het begrip systematisch in het bestuursrecht te plaatsen. Daartoe bespreken wij achtereenvolgens - eenvoudig in volgorde van de wettelijke definitie - de elementen 'schriftelijk', 'publiekrechtelijk' en 'rechtshandeling'.

6.1.2 Beslissing

primitieve term

Wij weten inmiddels, dat alleen bestuursorganen (zowel a- als b-organen) besluiten kunnen nemen. Als wij geen bestuursorgaan kunnen aanwijzen, kan er evenmin sprake zijn van het nemen van een besluit. Een besluit is een bepaald type beslissing van een bestuursorgaan. De term 'beslissing' wordt niet nader omschreven in de Awb; het is wat men noemt een 'primitieve', tot de omgangstaal behorende, term. Onder een beslissing verstaan wij het maken van een bewuste keuze uit een aantal mogelijke gedragsopties. De burgemeester kan beslissen mee te voetballen in het gemeentelijke voetbalteam. Dat is een beslissing, want hij kan er ook voor kiezen niet mee te doen en alleen te gaan kijken hoe zijn ambtenaren het er af brengen. Zou de burgemeester de beslissing nemen om een voetbalwedstrijd van de plaatselijke betaald voetbalclub te verbieden, wegens gevaar voor verstoring van de openbare orde, dan neemt hij, in de publiekrechtelijke sfeer, een beslissing die rechtsgevolgen heeft. Op dat moment neemt hij een beslissing die een besluit kan worden genoemd.

6.1.3 Schriftelijk

bewijs

Het vereiste dat een besluit schriftelijk wordt genomen is niet om principiële motieven in de wet neergelegd, maar om praktische redenen. Het is op zichzelf goed mogelijk, dat een beslissing wordt genomen door een bestuursorgaan, met als inhoud een publiekrechtelijke rechtshandeling, maar dat dit niet in de schriftelijke vorm geschiedt. Als de burgemeester bijvoorbeeld pas op het allerlaatste moment, wegens acute dreiging van ordeverstoringen, mondeling een voetbalwedstrijd verbiedt, dan voldoet dit voor het overige aan alle eisen die gelden voor een besluit. Niettemin is het geen besluit in de zin van art. 1:3, lid 1, Awb, want het ontbeert de schriftelijke vorm. Ook als zo'n beslissing later op schrift wordt gezet, is nog geen sprake van het nemen van een besluit. Essentieel is immers, dat de beslissing zelf in mondelinge vorm werd genomen. Iets anders is, dat soms mondeling mededelingen worden gedaan over een naderend, schriftelijk te nemen, besluit. In dat geval voldoet het besluit zelf wel aan de eis van schriftelijkheid. Als de mondelinge mededeling niet blijkt te sporen met het schriftelijke besluit, kan dat door een beroep op het vertrouwensbeginsel (een beginsel van behoorlijk bestuur) aan de orde worden gesteld.

Al met al heeft het bestanddeel 'schriftelijk' primair de strekking dat het bewijs van het bestaan van een besluit kan worden geleverd en dat de hoedanigheid (met name inhoud en herkomst) ervan kan worden bepaald. Het bestaan moet blijken uit enig schriftelijk stuk. Dat kan zijn in de vorm van een specifiek document, bijvoorbeeld een brief, maar ook een besluitenlijst waarin expliciet melding wordt gemaakt van het feit dat op een bepaald moment door een bepaalde instantie een besluit is genomen.

6.1.4. Publiekrechtelijk

Het bestanddeel 'publiekrechtelijk' kunnen we op twee manieren benaderen:

1. als positieve karakteristiek, waarbij de verbondenheid met de taak van de overheid centraal staat;
2. als negatieve karakteristiek, waarbij het gaat om de tegenstelling tot de privaatrechtelijke rechtshandeling.

Achtereenvolgens lopen we deze beide invalshoeken na.

Ad. 1 – Positief: verbondenheid met de taak van de overheid
openbaar gezag

In hoofdstuk 1 is het bestuursrecht als deel van het publiekrecht aangeduid. Besluiten zijn rechtshandelingen met een 'publiekrechtelijk karakter'. Er moet met andere woorden sprake zijn van het uitoefenen van openbaar gezag. In verreweg de meeste gevallen blijkt het publiekrechtelijke karakter uit een onderliggende, tot het publiekrecht behorende, wettelijke regeling. Denk aan het afgeven van een bouwvergunning, waarbij de vergunning het algemene, in de Woningwet (art. 40) neergelegde verbod om 'zomaar' te bouwen doorbreekt. Waarom is zo'n verbod in de Woningwet opgenomen? Dat is niet gedaan om het bouwen in ons land tegen te gaan, maar wel om ongeordend bouwen te verhinderen. Om ervoor te zorgen dat nagedacht wordt over plaatsen waar wel en waar niet mag worden gebouwd (toetsing aan het bestemmingsplan) en om er bovendien voor te zorgen dat er zodanig wordt gebouwd dat de bouwwerken niet binnen enkele weken in elkaar storten (toetsing aan bouwtechnische eisen), is het bouwen gereguleerd. Dat gebeurt in het algemeen belang. Het afgeven van bouwvergunningen is typisch een publiekrechtelijke taak.

In een enkel geval kan worden gesproken van het uitoefenen van een publiekrechtelijke bevoegdheid, zonder dat daar een (tot het publiekrecht te rekenen) wettelijke regeling aan ten grondslag ligt. Vanwege het legaliteitsbeginsel behoort een bestuursbevoegdheid weliswaar zijn grondslag te hebben in een wet, maar in een enkele uitzonderingssituatie kan ook bij het ontbreken van een wettelijke grondslag toch een publiekrechtelijke bevoegdheid aanwezig zijn. (Zie hierover hoofdstuk 4, § 4.1) Voorwaarde is dan, dat het gaat om een activiteit die het algemeen belang dient, waardoor sprake is van het behartigen van een 'publieke taak'. Een voorbeeld daarvan is het verlenen van subsidies door een bestuursorgaan, ter stimulering van bepaalde openbare belangen. Bijvoorbeeld: een gemeente subsidieert het ophalen van oud papier door de plaatselijke verenigingen, teneinde het milieubelang te dienen (en bijkomend de verenigingskassen te spekken, alsmede het betalen van gemeentelijke storkosten te beperken), zonder dat er een gemeentelijke subsidieverordening is waarin dit is geregeld. Niettemin is wel sprake van een publieke taak en van het nemen van beslissingen in de publiekrechtelijke sfeer. Als een nieuw opgerichte vereniging wordt uitgesloten van subsidie, onder het motto dat er al voldoende verenigingen meedoen, is deze subsidieweigering op te vatten als een publiekrechtelijke beslissing, ofwel een besluit. Iets anders is, dat de gemeente, gelet op de bij de invoering van de derde tranche Awb opgenomen eis dat subsidiëring een wettelijke grondslag behoeft (art. 4:23 Awb), alsnog een subsidieverordening zal moeten vaststellen. De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak inzake de Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers illustreert duidelijk, hoe ondanks het ontbreken van een onderliggende wettelijke regeling toch kan worden gesproken van het nemen van een besluit, omdat het publiekrechtelijke karakter voortvloeide uit het publieke taakcriterium (vergelijk ABR 30 november 1995, de Gemeentestem 7024, 4). Deze stichting had tot taak om enige financiële compensatie te bieden aan oud-mijnwerkers, dan wel hun nabestaanden, voor de ten gevolge van werkzaamheden in de mijnen opgelopen ziekte silicose. Eerst stelde de Afdeling vast, dat de stichting kon worden beschouwd als een bestuursorgaan (een 'b-orgaan'; zie daarover hoofdstuk 3, § 3.3.3). Vervolgens concludeerde zij dat dit orgaan ook besluiten nam, ook al was de enige basis voor het doen van uitspraken een reglement van de Stichting en ontbrak een wettelijke regeling ter zake. De Afdeling overwoog: 'Nu de uitvoering van het Reglement in het onderhavige geval neerkomt op de uitoefening van een overheidstaak, die in dat Reglement nader is bepaald, draagt het besluit omtrent toekenning van een vergoeding het karakter van een publiekrechtelijke rechtshandeling in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb.'

Waar de Awb in art. 1:3, lid 1, spreekt van 'publiekrechtelijk' wordt vooral bedoeld op de tot het publiekrecht behorende deelreinen van het bestuursrecht (voorbeeld: de afgifte van een milieuvergunning) en het staatsrecht (voorbeeld: een door de minister van Binnenlandse Zaken genomen besluit tot schorsing van een burgemeester). Het strafrecht, het derde deelreinen van het publiekrecht, is voor ons thans minder relevant. De Awb is, zie art. 1:6, niet van toepassing op strafrechtelijke handelingen.

Ad. 2 - Geen privaatrechtelijke rechtshandeling naar BW

Uit de bepaling dat een besluit een publiekrechtelijke rechtshandeling tot inhoud heeft, volgt dat de privaatrechtelijke rechtshandeling wordt buitengesloten. We moeten dan denken aan rechtshandelingen die regeling hebben gevonden in het BW, zoals met name de overeenkomst (art. 6:213 e.v. BW). Dit zijn rechtshandelingen tot het verrichten waarvan natuurlijke en rechtspersonen volgens het BW in beginsel zonder meer bevoegd zijn – anders dan de publiekrechtelijke rechtshandelingen die we niet in het BW vinden en waarvoor juist steeds een exclusieve bevoegdheid (alleen van de specifiek aangegeven organen) is gegeven. Zodra vaststaat dat een door een bestuursorgaan verrichtte handeling weliswaar een rechtshandeling is, maar een van privaatrechtelijke aard, staat daarmee - als regel - vast dat er geen sprake is van een besluit.

Hybriden

In uitzonderingssituaties kan het voorkomen, dat een privaatrechtelijke rechtshandeling *tevens* als een publiekrechtelijke rechtshandeling kan worden gekwalificeerd. Dit zijn rechtshandelingen met een hybride rechtskarakter. Stel: u wilt wat bijverdienen met de verkoop van bloemen op de markt op zaterdag. Daarvoor hebt u van de gemeente een standplaatsvergunning nodig, op grond van de Algemene Plaatselijke Verordening (APV). Maar u blijkt bovendien toestemming nodig te hebben van de gemeente als eigenaar van het marktplein. U moet een stukje gemeentelijke grond huren. Als de gemeente nu in reactie op uw verzoek om bloemen op de markt te mogen verkopen zou zeggen: 'ik verhuur u geen plek op het marktplein' en niet zou reppen over de standplaatsvergunning, dan kunnen wij dit toch opvatten als een impliciet besluit de vergunning te weigeren. In dergelijke gevallen heeft de rechter wel gezegd: een dergelijke beslissing in de privaatrechtelijke sfeer (weigering grond te verhuren) is eigenlijk (ook) een besluit, een beschikking. Zo ook heeft de Afdeling rechtspraak in het verleden de weigering van de gemeente Amsterdam om een inwoner op de lijst van gegadigden voor een koopwoning te plaatsen, opgevat als een rechtshandeling naar burgerlijk recht (de weigering een koopovereenkomst aan te gaan), die tevens inhield de weigering een woonvergunning af te geven. De Afdeling redeneerde, dat impliciet werd geweigerd om de publiekrechtelijke weg te bewandelen, te weten het afgeven van een woonvergunning (in Amsterdam benodigd voor het betrekken van zelfstandige woonruimte, op grond van de toenmalige Woonruimtwet, thans vervangen door de Huisvestingswet).

Een voorbeeld van een 'zuiver' privaatrechtelijke rechtshandeling is de aankoop van een dienstauto voor de burgemeester, of de aankoop van computers voor het ambtelijk apparaat van een gemeente. Eerder zagen wij al, dat op het verrichten van dergelijke rechtshandelingen naar burgerlijk recht wel degelijk ook publiekrechtelijke normen van (overeenkomstige) toepassing zijn. Dit volgt uit art. 3:1, lid 2, Awb. Zeker ook wanneer door middel van het sluiten van een overeenkomst beleidsdoelen worden nagestreefd, is een dergelijke toetsing zinvol. Denk bijvoorbeeld aan een gemeente die ter stimulering van de vaderlandse economie zou besluiten om voortaan alleen nog dienstauto's te kopen die op Nederlandse bodem zijn geassembleerd. Of neem een gemeente die overstapt op het schenken van 'Max Havelaar'-koffie, zuivere koffie dus, met het oog op het versterken van de positie van de arme koffieboeren. Dergelijke overeenkomsten - beleidsovereenkomsten genoemd - zijn en blijven rechtshandelingen naar burgerlijk recht (en dus geen besluiten), maar verdienen, vanwege het nastreven van publieke doelen, tevens toetsing aan publiekrechtelijke maatstaven.

Gemeenrechtelijke beginselen

De beslissing op een verzoek tot schadevergoeding uit (on)rechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking, alsmede de beslissing tot teruggave van hetgeen onverschuldigd werd betaald, werd lange tijd aangemerkt als rechtshandeling naar burgerlijk recht. Het betrof immers aanspraken uit hoofde van verbintenissen naar burgerlijk recht, zoals geregeld in het BW en niet exclusief voorbehouden aan bestuursorganen. Door toedoen van de introductie van – in het voorgaande hoofdstuk besproken – Algemene verbintenisheppende beginselen (Avsb's), waaronder beginselen met een gemeenrechtelijk (gemeen aan publiekrecht en privaatrecht) karakter, is in deze kwalificatie verandering gekomen. De desbetreffende beginselen - die ertoe strekken dat resp. toerekenbaar onrechtmatig veroorzaakte schade moet worden vergoed, wat onverschuldigd is betaald moet worden teruggegeven, dat bij ongerechtvaardigde verrijking te koste van een ander de schade van die ander tot het bedrag van verrijking moet worden vergoed (en dat onevenredige lasten voor de publieke lasten moeten worden gecompenseerd) – worden geacht van bestuursrechtelijke aard te zijn wanneer zij hun werking doen gevoelen in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding (aldus ABRS 21 augustus 1997, JB 1997/265, m.nt. HJS – Van Vlodrop).

Materiële connexiteit

De toepassing van voornoemde rechtsbeginselen leidt echter alleen dan tot beslissingen (inzake schadevergoeding of terugvordering) met een publiekrechtelijk karakter als de grondslag voor de plicht tot schadevergoeding of terugbetaling is gelegen in een publiekrechtelijke rechtsverhouding tussen burger en bestuur. Dit noemt met wel de eis van 'materiële connexiteit' tussen de bestuurlijke beslissing inzake schadevergoeding of terugbetaling enerzijds en de onderliggende publiekrechtelijke rechtsverhouding anderzijds. De opvattingen van bestuursrechters lopen uiteen over de vraag wanneer nu precies sprake is van een (onderliggende) publiekrechtelijke rechtsverhouding. Volgens sommige – 'precieze' - bestuursrechters moet het gaan om de uitoefening van een aan het desbetreffend bestuursorgaan toekomende bevoegdheid tot het nemen van publiekrechtelijke rechtshandelingen (bij voorkeur gewoon besluiten). Volgens andere –'rekkelijke' – bestuursrechters is reeds bij de uitoefening van aan het publiekrecht ontleende taken en bevoegdheden sprake van een publiekrechtelijke rechtsverhouding (waardoor ook feitelijk handelen en handelingen naar burgerlijk

recht een voldoende basis zijn voor materiële connexiteit) – de publiekrechtelijke rechtsbetrekking. Het Cbsf en de CRvB zitten op de precieze lijn, de ABRS en het Cbb op de meer rekkelijke benadering. Voor de toepasselijkheid van de regels uit hoofdstuk 3 en 4 van de Awb is dit natuurlijk van belang (gaat het nu wel of niet om een besluit?). Voor de mogelijkheid van beroep bij de bestuursrechter is het minder relevant omdat alle bestuursrechters ook nog een eis van 'formele connexiteit' stellen: beroep tegen een besluit inzake schadevergoeding of terugbetaling is slechts mogelijk als bij de (desbetreffende) bestuursrechter ook beroep mogelijk was tegen de handeling waaruit de onderliggende publiekrechtelijke rechtsverhouding is ontstaan. Als die handeling een feitelijke handeling of een rechtshandeling naar burgerlijk recht is, is beroep derhalve bij alle bestuursrechters uitgesloten – hierover meer in Hoofdstuk 9.

Voor de goede orde zij hier nog vermeld dat de hier beschreven verruiming van het besluitbegrip niet enkel een ideeetje van de bestuursrechters is. In de wetsgeschiedenis van de Awb zijn reeds aanknopingspunten te vinden voor een ruimere visie op het bestanddeel publiekrechtelijk (vergelijk TK 1991/1992, 22 495, nr. 3, p. 246: 'Gelet op het feit dat de onderliggende rechtsverhouding door de bestuursrechter wordt beoordeeld, ligt het in de rede dat ook de terugvorderingsbeslissingen worden beoordeeld door de administratieve kamer van de rechtbank en derhalve worden gekwalificeerd als besluiten in de zin van art. 1:3 van de Awb.').

6.1.5 Rechtshandeling

Om een goed beeld te krijgen van de betekenis van het bestanddeel 'rechtshandeling' zullen we drie invalshoeken volgen:

1. de invalshoek van rechtsschepping en rechtsvaststelling;
2. de invalshoek van het contrast met feitelijke handelingen;
3. de invalshoek van het negatieve besluit.

Ad. 1 - Rechtscheppende en rechtvaststellende rechtshandelingen

Om voor de kwalificatie 'besluit' in aanmerking te komen moet een in de schriftelijke vorm genomen, publiekrechtelijke, beslissing een 'rechtshandeling' zijn. De inhoud van een besluit is immers een publiekrechtelijke rechtshandeling.

gericht op rechtsgevolg

Kenmerkend voor een rechtshandeling is, dat deze is gericht op een rechtsgevolg, of zoals dat ook wel wordt uitgedrukt dat het een handeling betreft 'met beoogd rechtsgevolg'. Als een ambtenaar in functie tijdens een dienstreis een aanrijding veroorzaakt, dan is sprake van een rechtsfeit waaraan het recht een rechtsgevolg verbindt. Er is immers sprake van een onrechtmatige daad, waaraan een verplichting tot schadevergoeding is gekoppeld. De schadeplicht was echter niet het beoogde rechtsgevolg van de handeling (de ambtenaar wilde geen aanrijding veroorzaken). Er is dus geen sprake van een rechtshandeling. Dit wordt niet anders in het – onwaarschijnlijke – geval dat de schadeplichtigheid wel zou zijn beoogd: de rechtsgevolgen treden in ongeacht het oogmerk!

Beperken wij ons tot de rechtshandelingen, dan moeten wij bedenken dat er twee soorten van beoogde rechtsgevolgen in het geding kunnen zijn: a) een verandering in de wereld van rechten en plichten; b) het bindend vaststellen van rechten en plichten. In het eerste geval (a) is sprake van een rechtscheppende rechtshandeling. De verandering kan inhouden dat rechten of plichten worden geschapen, veranderd, of teniet gedaan. Denk aan het achtereenvolgens verlenen, wijzigen en weer intrekken van een lozingsvergunning. Het verbod om op oppervlaktewater te lozen wordt door de vergunningverlening doorbroken. Door de vergunningverlening wijzigt de rechtspositie van de vergunninghouder. Dat is eveneens het geval bij een latere wijziging en uiteindelijke intrekking.

In het tweede geval (b) spreken wij van een rechtvaststellende rechtshandeling (zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 1999, p. 189 e.v.). Een voorbeeld van een rechtvaststellende rechtshandeling is de beslissing om een bezwaarschrift tegen een vastgestelde belastingaanslag ongegrond te verklaren en (dientengevolge) de aanslag ongewijzigd te laten. Door deze beslissing verandert de rechtspositie van de belastingplichtige op zichzelf niet, maar wordt deze wel bindend vastgesteld.

De positie van de rechtsscheppende rechtshandeling is reeds bestendig erkend. Die van de rechtsvaststellende rechtshandeling heeft in de afgelopen jaar sterk aan betekenis gewonnen. Dit hangt samen met respectievelijk (a) de status van zogenoemde rechtsoordelen en (b) de discussie over de vraag naar de juridische status van beslissingen inzake schadevergoeding of terugbetaling op basis van Avsb's (vergelijk R.J.N. Schlössels, Het besluitbegrip: doos van Pandora of hoofd van Medusa?, NTB 2000/1, p. 1-13).

a. Rechtsoordelen

Rechtsoordelen

Welke juridische status moeten wij toekennen aan zelfstandige en als definitief bedoelde oordelen, niet zijnde een informatieve mededeling, van een bestuursorgaan inzake de toepasselijkheid van een wettelijk voorschrift aangaande de toepassing waarvan het bestuursorgaan bevoegdheden heeft? Het probleem is hoe een dergelijk oordeel als een rechtshandeling (en vervolgens als een besluit) kan worden aangemerkt, aangezien het rechtsgevolgen betreft die rechtstreeks uit het objectieve recht voortvloeien – er zou derhalve geen (aanvullende) rechtshandeling nodig zijn om die rechtgevolgen tot gelding te brengen. De jurisprudentie over deze vraag is nogal wisselvallig (vergelijk F.C.M.A. Michiels, Rechtsoordelen zonder rechtsbescherming, AA 1998/7-8, p. 696). Neem het voorbeeld van iemand die een windmolen wil oprichten en tevoren aan het college van burgemeester en wethouders vraagt of zij daarvoor een milieuvergunning nodig heeft. Zij vraagt aan het bestuur een rechtsoordeel, namelijk over de al dan niet toepasselijkheid van de vergunningplicht ingevolge de bestaande milieuwetgeving. Aanvankelijk werd, wat het antwoord op dergelijke verzoeken betrof, een onderscheid gemaakt tussen gevallen waarin het rechtsoordeel meebracht dat alsnog toestemming (in de vorm van een vergunning) moest worden verkregen en gevallen waarin het oordeel inhield dat geen (nadere) toestemming nodig was. Alleen in het laatste geval werd een besluit aangenomen (zie bijvoorbeeld VzABRS 6 juni 1994, AB 1994, 586). Dit onderscheid was geheel en al toe te schrijven aan het belang van (efficiënte) rechtsbescherming; met name voor derde-belanghebbenden (in het voorbeeld eventuele omwonenden). In het eerste geval moest immers (alsnog) om die toestemming (in het voorbeeld een milieuvergunning) worden gevraagd en tegen het besluit op dat verzoek was dan nog rechtsbescherming mogelijk. In het tweede geval zou de activiteit gewoon kunnen worden verricht en zouden derde-belanghebbenden daartegen hooguit iets uitrichten door te stellen dat de activiteit in strijd met de wet zonder toestemming (in casu vergunning) werd verricht en door het bestuur te verzoeken om handhavend op te treden. Tegen afwijzing van een dergelijk verzoek zou dan weer beroep bij de bestuursrechter mogelijk zijn. Dat was natuurlijk toch wel erg omslachtig en de oplossing was dus om een 'negatief' rechtsoordeel als rechtshandeling en bijgevolg als besluit aan te merken. Dat dit rechtstheoretisch gekunsteld was werd wat later erkend doordat de bestuursrechter een dergelijke beslissing niet meer (direct) als besluit kwalificeerde doch het slechts daarmee voor bezwaar en beroep gelijk stelde (vergelijk ABRS 17 maart 1995, AB 1995, 497 m.nt. FM). Notabene, de aandachtige lezer realiseert zich dat de gecursiveerde beperking meebrengt dat dit rechtsoordeel voor de toepassing van hoofdstuk 3 en 4 van de Awb kennelijk *niet* als besluit wordt aangemerkt! Tenslotte bleek – in 1997 - ook die gelijkstelling met een besluit een brug te ver (ABRS 16 oktober 1997, AB 1997, 438 m.nt. GJ). De algemene lijn lijkt nu te zijn dat een rechtsoordeel wordt aangemerkt als besluit indien voldaan is aan twee voorwaarden (zie ABRS 16 mei 1997, JB 1997/155 m.nt. R.J.N. S.):

- 1) het oordeel is definitief, er is met andere woorden geen voorbehoud dat eerst nog andere beslissingen moeten worden genomen, en;
- 2) er is geen, dan wel enkel een onredelijk bezwarende, mogelijkheid om het beoogde oordeel in het kader van een procedure tegen een ander (echt) besluit in rechte aan de orde te stellen. Dit laatste kan zich in ons voorbeeld voordoen indien B&W reeds duidelijk hebben gemaakt geen milieuvergunning te zullen verlenen (en daarmee zelfs impliciet te kennen geven bij het wel oprichten van de windmolen handhavend te zullen optreden). Het wordt erg omslachtig als nu toch eerst een vergunningaanvraag moet worden opgesteld en ingediend, en daarop een afwijzend oordeel moet zijn verkregen alvorens beroep mogelijk is.

b. beslissingen inzake schadevergoeding of terugbetaling op basis van Avsb's

Avsb's

We bespraken eerder reeds (in § 6.1.3) de beslissingen inzake schadevergoeding of terugbetaling op basis van Avsb's. Toen was dat in het kader van het bestanddeel 'publiekrechtelijk'. Men kan echter juist bij deze beslissingen ook een vraagteken plaatsen bij het bestanddeel 'rechtshandeling'. We hebben immers van doen met beslissingen over verplichtingen die uit het objectieve recht zelf

voortvloeien. De Avsb's zijn in feite objectiefrechtelijke gedragsregels waaruit bij het optreden van een bepaald rechtsfeit (het toerekenbaar onrechtmatig toebrengen van schade, het onverschuldigd betalen, het ongerechtvaardigd worden verrijkt ten koste van een ander, het ongecompenseerd laten van onevenredig nadeel voor de publieke last) een verplichting schept (tot schadevergoeding of terugbetaling). Anders dan de jurisprudentie van de bestuursrechter doet vermoeden, zijn de terzake genomen bestuursbeslissingen niet rechtscheppend: de verplichting tot vergoeding of betaling bestond reeds door het rechtsfeit, onafhankelijk van het bestuurlijke beslissing. Wel kan men spreken van een rechtsvaststellende beslissing: het bestuur stelt vast dat door toedoen van een rechtsfeit uit het objectieve recht (meer precies: uit enig Avsb) een verplichting voortvloeit. Met deze rechtsvaststelling concretiseert het bestuur voor het onderhavige geval welke gevolgen het daaraan verbindt: het al dan niet vorderen van nakoming van een plicht aan de kant van de burger of juist het (op een bepaalde wijze) tegemoet komen aan de verplichting van het bestuur jegens een burger – al naargelang hoe de verhouding ligt. Omdat deze beslissing een concretisering van plichten behelst en ook aangeeft hoe het bestuur verkiest om te gaan met deze verplichtingen (gaat het bestuur eigener beweging over tot vergoeding of betaling en zo ja, hoe, dan wel verlangt het bestuur van de burger vergoeding of betaling en zo ja, hoe en in welke omvang), kan worden gesproken van een rechtshandeling en, als ook aan de andere bestanddelen is voldaan, van een besluit (vergelijk D.W.P. Ruiter, Zelfstandige schadebesluiten, rechtschepping of rechtsvaststelling, NTB 1998/9, p. 281 e.v.).

Wij voegen nog twee opmerkingen toe.

rechtspositie bestuursorganen

In de eerste plaats merken wij op, dat in het publiekrecht niet alleen de rechtsposities van burgers, maar ook die van bestuursorganen van belang zijn. Voor bestuursorganen telt in het bijzonder in hoeverre zij over publiekrechtelijke bevoegdheden beschikken. Als de bevoegdheid van een bestuursorgaan a) verandert, of b) bindend wordt vastgesteld, dan valt dat ook binnen het begrip 'rechtshandeling'. Een voorbeeld van het eerste (a) is het vaststellen van een gewijzigde gemeentelijke verordening die de bevoegdheid van B&W uitbreidt om onroerend zaakbelasting te heffen. Een voorbeeld van het tweede (b): een beslissing op een bezwaarschrift houdt in dat het college van B&W inderdaad bevoegd is om een last onder dwangsom wegens overtreding van de milieuwetgeving uit te doen gaan (bindend vastgesteld, uiteraard behoudens de mogelijkheid van beroep). De desbetreffende verordening respectievelijk beslissing op het bezwaarschrift vormen beide een publiekrechtelijke rechtshandeling.

verlenen van een status

In de tweede plaats merken wij nog op, dat wij tot het 'veranderen' dan wel 'bindend vaststellen' van rechten en plichten ook het verlenen van een bepaalde, juridisch relevante, *status* rekenen. Zo heeft bijvoorbeeld het verlenen van de status 'milieubeschermingsgebied' aan een bepaald territorium op grond van de Wet milieubeheer (en daarop gebaseerde regels) tot gevolg, dat binnen dat gebied een speciaal juridisch regime geldt. Binnen het gebied gelden strengere milieu-eisen dan daarbuiten. Het verlenen van het predikaat 'milieubeschermingsgebied' is daarom te beschouwen als een publiekrechtelijke rechtshandeling.

naar buiten gericht

De door het bestuur beoogde rechtsgevolgen moeten naar buiten zijn gericht, dat wil zeggen effecten sorteren op anderen dan alleen het bestuursorgaan zelf, om van een 'echte' (externe) rechtshandeling te kunnen spreken. 'Echte' rechtshandelingen werken naar buiten toe, dat wil zeggen richting burger, of in de richting van andere bestuursorganen. Anders gezegd: de normadressaten van de rechtshandeling (tot wie is de handeling gericht?) bevinden zich buiten het bestuursorgaan zelf. Soms is het externe effect evident, denk aan het verlenen van een vergunning. Maar ook de gratificatie aan een ambtenaar past onder deze omschrijving, ook al is het effect hiervan meer binnen het bestuur zelf gelegen. De rechtspositie van de ambtenaar wordt er echter door beïnvloed; ook nu spreken wij daarom van een (publiekrechtelijke) rechtshandeling. Soms zijn er twijfelgevallen, zoals de reglementen van orde van Tweede en Eerste Kamer, en van de ministerraad. Deze bevatten spelregels voor de organen die de reglementen vaststellen, maar zijn toch weer niet van zuiver 'interne' betekenis. Er zijn wel enige externe effecten, gelet op het belang van ordelijke besluitvorming door deze organen voor de samenleving.

Ad. 2 - Feitelijke bestuurshandelingen

niet gericht op rechtsgevolg

Tegenover de door het bestuur verrichte (publiekrechtelijke) rechtshandelingen staan de niet-rechtshandelingen, in het bestuursrecht aangeduid als 'feitelijke handelingen'. Feitelijke handelingen door het bestuur ('feitelijke bestuurshandelingen') zijn *niet* gericht op rechtsgevolg. Voorbeelden van feitelijk

handelen zijn: het aanleggen van riolering, het plaatsen van hekken langs de openbare weg in verband met een optocht, het plegen van onderhoud in een plantsoen, en dergelijke. Voordat feitelijke bestuurshandelingen fysiek tot uitvoering worden gebracht, worden er beslissingen genomen, gericht op feitelijk handelen. Zo zal een plantsoen worden onderhouden op basis van een beslissing dat te gaan doen. Misschien is die beslissing wel na rijp beraad door het college van B&W zelf genomen, na klachten van gebruikers van het plantsoen. Vanuit de Awb-systematiek bezien is de beslissing, gericht op het verrichten van een feitelijke handeling door het bestuur, zelf ook een feitelijke handeling. Dat komt omdat het begrip feitelijke handeling als een restcategorie fungeert, als de verzamelbak van door het bestuur verrichte niet-rechtshandelingen. Hoe dan ook: alles wat tot de categorie der feitelijke bestuurshandelingen behoort is geen rechtshandeling en dus ook geen besluit.

Ad. 3 – Het negatieve besluit: ook een besluit?

Het besluitbegrip van art. 1:3, lid 1 Awb is een zogenoemd 'positief besluitbegrip'. Door het besluit moet, aangenomen dat het rechtens zonder gebreken is, rechten en/of plichten bindend worden vastgesteld of daardoor ontstaan, veranderen of tenietgaan. Daaruit rijst de vraag hoe we moeten oordelen over respectievelijk gevallen waarin het besluit op een verzoek:

- a. inhoudende de weigering om te beslissen of de inhoudelijke afwijzing van hetgeen waarom werd verzocht en:
- b. niet (tijdig) wordt genomen.

- a. Weigeren te beslissen of afwijzend beslissen

Weigering te beslissen

In de eerste plaats is het denkbaar, dat een bestuursorgaan met zoveel woorden laat weten niet van zins te zijn om een besluit te nemen. Het gaat hier om een *expliciete weigering* een besluit te nemen.

Een voorbeeld uit de praktijk betreft de volgende situatie. In een bepaalde gemeente had iemand zonder vergunning een dakkapel op zijn woning gezet, om zo een aantrekkelijke extra slaapkamer voor een gezinslid te maken. Dit raakte bekend bij de dienst bouw- en woningtoezicht van de gemeente. Het college van burgemeester en wethouders was echter niet van plan op te treden. Men achtte het belang van de bouwer groter dan het belang van handhaving van de ter zake geldende regels. Wel stond vast, dat er geen vergunning was en dat er evenmin vergunning kon worden verleend, aangezien sprake was van strijd met het geldende bestemmingsplan. Nu deed zich echter een onverwachts probleem voor: de bouwer van de dakkapel vroeg een bouwvergunning aan... Dat was even schrikken. Wat nu? B&W namen toen het wat bijzondere besluit om geen besluit te nemen over deze aanvraag. Men liet dit ook schriftelijk aan betrokkene weten. Aldus werd hem duidelijk gemaakt, dat hij het er verder maar bij moest laten zitten. Nu is er in een dergelijk geval voor de aanvrager, als direct-belanghebbende, niet veel aanleiding verder aan te dringen op een beslissing over zijn aanvraag. Maar stel dat de burens juist helemaal geen trek hebben in een dakkapel die zij als een ontsiering van het straatbeeld beschouwen. In dat geval zouden die graag zien, dat er wel een expliciete beslissing wordt genomen over de bouwvergunning. In die situatie voorziet art. 6:2 Awb. De schriftelijke weigering een besluit te nemen wordt in dit geval - voor de mogelijkheden van bezwaar en beroep - gelijk gesteld met een besluit. Een besluit niet te besluiten is derhalve ook een (rechtens aan te vechten) besluit. Let wel, de waarborgen van hoofdstuk 3 en 4 Awb zijn (weer) niet van toepassing, maar rechtsbescherming kan wel worden ingeroepen en reeds op grond van ongeschreven beginselen heeft het bestuur dan toch wel iets uit te leggen!

Voor de goede orde zij opgemerkt dat dit voorbeeld een wat slinks opererend bestuursorgaan ten tonele voert. Natuurlijk is ook denkbaar dat het bestuur op goede gronden weigert te beslissen. Denk aan het geval dat het ingediende verzoek onvolledig of zelfs onbegrijpelijk is en het bestuur eigenlijk niet kan beslissen of niet weet wat eigenlijk wordt verzocht (en, zo het besluit een beschikking is, de termijn voor aanvulling of verduidelijking is verstreken – zie art. 4:5, lid 1 Awb). Ook is voorstelbaar dat een verzoek naar het verkeerde, dat wil zeggen niet tot het nemen van het gevraagde besluit bevoegde orgaan is gezonden. Ook dan zal het bestuursorgaan kunnen weigeren te beslissen. Overigens lost dit zich vaak op in de doorzendplicht van art. 2:3, lid 1 Awb en ontvangt verzoeker eerst bericht van het wél bevoegde orgaan.

Afwijzende beslissing

In de tweede plaats is het mogelijk dat een verzoek op inhoudelijke gronden wordt afgewezen. Stel dat een burger of een groep burgers verzoekt om wijziging van de gemeentelijke parkeerverordening door invoering van een algeheel parkeerverbod in het gemeentelijke stadscentrum. Indien nu na ampele overweging de gemeenteraad in kwestie besluit om het huidige parkeerregiem, zoals vastgelegd in de vigerende verordening, te handhaven, dan volgt afwijzing van het verzoek. Die afwijzing heeft tot gevolg

dat er geen wijziging optreedt in rechtsposities van burgers (m.n. ook niet van burgers tot 16 jaar). Er is kortom geen sprake van rechtsgevolgen, daarmee evenmin van een rechtshandeling en dus ook niet van een besluit. Toch geldt ook hier dat er behoefte kan bestaan om de afwijzing aan te vechten. Ook daarvoor geeft art. 6:2 sub a Awb een handvat. Onder de term weigering wordt blijkens de toelichting (PG Awb I, p. 281) tevens de inhoudelijke afwijzing begrepen. Opnieuw geldt dat hier uitsluitend sprake is van een besluit voor de toepassing van de bepalingen voor bezwaar en beroep, niet dus voor de toepassing van de waarborgen van de hoofdstukken 3 en 4 van de Awb.

Negatieve beschikkingen

Voor de goede orde zij hier opgemerkt dat voor negatieve beschikkingen, inhoudende een inhoudelijke afwijzing van een verzoek van een belanghebbende (dan een aanvraag genoemd, zie art. 1:3, lid 3 Awb) een afwijkende regeling is getroffen. Dit volgt uit art. 1:3, lid 2 in fine Awb. In § 6.3.3 wordt hierop nader ingegaan. Voor de weigering te beschikken geldt evenwel hetzelfde als voor de weigering een besluit (ex art. 1:3, lid 1 Awb) te nemen.

b. Niet tijdig beslissen niet tijdig nemen van besluit

In het geheel niet beslissen is (in theorie) natuurlijk nimmer als rechtshandeling te kwalificeren; er is zelfs geen handeling, laat staan dat er een rechtshandeling in het geding is. Dit wordt pas anders als het recht onder bepaalde condities aan het niet beslissen rechtsgevolgen verbindt. Een voorbeeld daarvan is art. 46, lid 4 Woningwet, alwaar aan het overschrijden van een beslissingstermijn (van 13 weken) de consequentie wordt verbonden dat een aanvraag om een bouwvergunning van rechtswege is verleend. Van een rechtshandeling kunnen we in dat geval eigenlijk niet spreken. Of de ambtswil van het bestuursorgaan nu wel of niet op die verlening van rechtswege is gericht doet eenvoudig niet terzake. Daarom is ook in art. 46, lid 5 uitdrukkelijk bepaald dat zo'n verlening van rechtswege wordt aangemerkt als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb. In de meeste gevallen ontbreekt echter een regeling als in de Woningwet en krijgt de burger niet door enkel tijdsverloop wat hij of zij wil. Het duurt maar en duurt maar, er komt nooit een beslissing af. Nu zou het erg onbevredigend zijn als de rechtzoekende burger door een inactief bestuursorgaan in een nadelige positie kwam te verkeren. Om er voor te zorgen, dat er dan toch een beroepsmogelijkheid is, regelt art. 6:2 onder b Awb dat het niet tijdig nemen van een besluit, voor de toepassing van de bepalingen over bezwaar en beroep (niet dus die van Hoofdstuk 3 en 4 Awb!) gelijk staat met een besluit. Een nietsdoen wordt gelijk gesteld met een daad: vanaf het moment dat het besluit er had moeten zijn, doen wij net alsof het besluit er is. Het enkele niet-tijdig besluiten is het besluit. Daartegen kan via bezwaar of beroep worden opgekomen, zelfs zonder dat een dergelijk bezwaar of beroep is gebonden aan de overigens gebruikelijke termijn van zes weken (art. 6:12 Awb). Over wat niet tijdig is kunnen opvattingen natuurlijk uiteenlopen. Voor beschikkingen voorziet de Awb dienaangaande in een 'vangnet', te weten in art. 4:13 Awb. Bij het ontbreken van een in een bijzondere wet geregelde termijn geldt de 'redelijke termijn' en deze wordt geacht in ieder geval na acht weken te zijn verstreken. Voor besluiten van algemene strekking is in de Awb geen algemene beslistermijn gegeven. De aard van de beslissing zal primair bepalend zijn. Indien deze besluiten zijn onderworpen aan de Openbare voorbereidingsprocedure (Afd. 3.4 Awb nieuw) geldt de uiterste termijn van 6 maanden (zie art. 3:18, lid 1 Awb), tenzij ingevolge art. 3:18, lid 2 Awb een verlengde termijn van kracht is.

6.2 Besluiten van algemene strekking

eenzijdig karakter

Afgezien van tamelijk zeldzame gevallen van meerzijdige publiekrechtelijke rechtshandelingen (zoals het oprichten van een samenwerkingsverband in het kader van de Wet gemeenschappelijke regelingen), worden rechtshandelingen in het publiekrecht doorgaans gekenmerkt door hun eenzijdige karakter. Dit betekent, dat in juridische zin sprake is van het eenzijdig bepalen van de normstelling. Voor een goed begrip: dit staat los van het feit dat in werkelijkheid in het contact tussen burger en bestuur allerlei tweezijdige elementen aanwezig kunnen zijn. Voorafgaand aan het tot stand komen van een regeling vindt veelal overleg plaats met (organisaties van) belanghebbenden. Denk aan overleg met wasmiddelfabrikanten alvorens nieuwe wettelijke eisen te stellen aan de samenstelling van wasmiddelen. Een beslissing over een vergunning, een subsidie, of de aanstelling van een ambtenaar, vindt plaats na een aanvraag daartoe en veelal na het nodige overleg. Niettemin is juridisch gezien steeds sprake van het nemen van een eenzijdig besluit. Het bestuursorgaan beslist uiteindelijk zelfstandig, eenzijdig, of - en zo ja, hoe - de regeling wordt vastgesteld, de vergunning wordt verleend, de subsidie wordt toegekend, de ambtenaar wordt aangesteld. Het besluit over het in het leven roepen van de rechtsgevolgen wordt dus eenzijdig, niet via wilsovereenstemming, tot stand gebracht.

Deze eenzijdige normstelling kan, zoals uit de gegeven voorbeelden blijkt, van algemene aard zijn (zoals bij wetgeving over de samenstelling van wasmiddelen het geval is), of concreet (vergunning, subsidie, aanstelling van een ambtenaar). Besluiten vallen in de systematiek van de Awb uiteen in besluiten van algemene strekking aan de ene kant en beschikkingen aan de andere kant (zie ook Hoofdstuk 2). Gemeenschappelijk aan beide categorieën besluiten is, dat het om 'eenzijdige' besluiten gaat.

De besluiten van algemene strekking vallen in het systeem van de Awb uiteen in:

- algemeen verbindende voorschriften
- beleidsregels
- overige besluiten van algemene strekking (waaronder plannen en gebiedsaanwijzingen).

Gemeenschappelijk aan deze deelcategorieën is, dat zij een publiekrechtelijke normering van algemene aard bevatten. Daarin onderscheidt het besluit van algemene strekking zich van de beschikking. De onderlinge verschillen tussen de vermelde subcategorieën besluiten van algemene strekking komen nu ter sprake in resp. § 6.2.1 - § 6.2.3.

6.2.1 Algemeen verbindend voorschrift

Onder verwijzing naar hoofdstuk 4, met name § 4.2.1, beperken wij ons - resumerend - tot het volgende. Met algemeen verbindende voorschriften bedoelen wij hetzelfde als wetgeving. Kenmerkend voor een algemeen verbindend voorschrift is dat er:

- a. een bevoegdheid tot wetgeving bestaat, op basis waarvan
- b. een regeling is vastgesteld en bekend gemaakt
- c. van algemene aard (waarvan niet vaststaat op welke personen deze zal worden toegepast – er is sprake van een 'open groep', waarvan de leden niet met name kunnen worden genoemd)
- d. en met een abstract karakter (waarvan evenmin vaststaat op welke gevallen de regeling zal worden toegepast – er is sprake van een onbepaald aantal gevallen waarin de norm herhaald kan worden toegepast).

Algemeen verbindende voorschriften worden ook wel aangeduid als 'wettelijk voorschrift' of als 'wet in materiële zin' (dat is de staatsrechtelijke omschrijving). Voorbeelden van algemeen verbindende voorschriften zijn: een algemene maatregel van bestuur, een gemeentelijke verordening, een waterschapskeur. Ook een door de wetgevende macht in Den Haag (regering en Staten-Generaal samen) vastgestelde wet - die vrijwel altijd aan bovengenoemde kenmerken voldoet - is een algemeen verbindend voorschrift. Zo'n wet is echter geen 'besluit' in de zin van de Awb, omdat de wetgevende macht immers van de bestuursorganen was uitgezonderd. Alleen bestuursorganen kunnen besluiten nemen.

Uitzonderingsposities

Hoewel algemeen verbindende voorschriften, wetgeving in formele zin daargelaten, zijn aan te merken als besluiten, moet het oog worden gehouden op twee belangrijke uitzonderingsposities die op deze categorie besluiten van toepassing zijn:

- a. de algemene regels in de Awb voor de bekendmaking en motivering van besluiten (afd. 3.6 en 3.7 Awb) zijn niet van toepassing, terwijl de waarborgen van afd. 3.2. (zorgvuldigheid, specialiteit, verbod van willekeur en evenredigheid) slechts van toepassing zijn voorzover de aard van de besluiten zich daartegen niet verzet – aldus art. 3:1, lid 1 Awb;
- b. algemeen verbindende voorschriften zijn, naast beleidsregels en enkele accessoire besluiten, uitgesloten van het beroep op de bestuursrechter, zoals geregeld in art. 8:1 Awb – aldus art. 8:2, onder a Awb.

6.2.2 Beleidsregel

De beleidsregels is inmiddels niet meer weg te denken uit het bestuursrecht. De algemene regeling voor beleidsregels die bij de invoering van de derde tranche in de Awb werd geïntroduceerd, heeft definitief het juridisch karakter van dit fenomeen bevestigd.

Verskillende aspecten van beleidsregels verdienen hier aandacht. Achtereenvolgens wordt ingegaan op:

1. hoe nieuw het verschijnsel beleidsregels eigenlijk is;
2. of beleidsregels behoren tot het recht;
3. waarom werd overgegaan tot algemene regeling in de Awb;

4. het onderscheid met algemeen verbindende voorschriften;
5. het besluitkarakter van beleidsregels;
6. het object van beleidsregels;
7. soorten beleidsregels;
8. de bevoegdheid tot beleidsregelgeving;
9. de toepassing van beleidsregels;
10. specifieke voorschriften voor beleidsregels;
11. beroep bij de bestuursrechter tegen beleidsregels;
12. toetsing door de bestuursrechter aan beleidsregels.

Ad. 1 - Een nieuw verschijnsel?

pseudo-wetgeving

Het verschijnsel dat wij tegenwoordig aanduiden als 'beleidsregels' is op zichzelf niet nieuw. In de jaren zestig werd in de Nederlandse staats- en bestuursrechtelijke literatuur reeds geschreven over de plaatsbepaling van allerlei richtlijnen, circulaire, en dergelijke die door bestuursorganen werden uitgevaardigd. De feitelijke betekenis voor de bestuurspraktijk van dergelijke niet-wettelijke regels was toen al aanzienlijk. In de literatuur werd gesproken van 'pseudo-wetgeving', om aan te geven dat zich naast de wettelijke regels een schaduwbestand aan regels had ontwikkeld, dat weliswaar niet tot de wettelijke voorschriften kon worden gerekend, maar daar in veel opzichten wel sterke verwantschap mee vertoonde. Het begrip 'pseudo-wetgeving' is te beschouwen als de directe voorloper van het huidige begrip 'beleidsregels' en werd geïntroduceerd door Van der Hoeven (zie J. van der Hoeven, Pseudo-wetgeving, oratie, 1965, tweede druk, 1967, opgenomen in: Staatsrecht en bestuursrecht, opstellen van J. van der Hoeven, 1984, p. 135-149).

beleidsplicht

Het besef groeide, dat het verschijnsel van de 'pseudo-wetgeving' niet langer kon worden afgedaan als richtlijnen met uitsluitend bestuursinterne werking. Vanwege de werking van de beginselen van behoorlijk bestuur was ook sprake van binding naar buiten. Burgers ontlenen immers verwachtingen aan dergelijke maatstaven (vertrouwensbeginsel) en mogen bestuursorganen houden aan een consistente wijze van opereren (gelet op het verbod van willekeur en de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid). Daardoor ontstaat binding aan en door het recht. Aldus ontwikkelt deze 'zelfbinding' door bestuursorganen zich tot een juridisch relevant verschijnsel met externe effecten. In de bestuursrechtbeoefening ontstaat daarom behoefte de plaats van 'pseudo-wetgeving' nader te bepalen. Het proefschrift van Van Kreveld (J. H. van Kreveld, Beleidsregels in het recht, 1983) levert daaraan een belangrijke bijdrage. Van Kreveld prefereerde het begrip 'beleidsregels' omdat op die manier wordt uitgedrukt, dat het uit een oogpunt van rechtsstatelijke waarborgen positief te waarderen valt, dat bestuursorganen de voorspelbaarheid van hun handelen vergroten door zichzelf aan regels te binden. De *bevoegdheid* tot het vaststellen van beleidsregels was in de visie van Van Kreveld met de bestuursbevoegdheid zelf geïmpliceerd (een 'implied power'). Van een bestuursorgaan dat over beleidsvrijheid beschikt, mag op grond van eisen van behoorlijk bestuur worden verlangd dat het consistent handelt, dus: beleid voert. Tegenwoordig is de gedachte algemeen aanvaard, dat er niet alleen een bevoegdheid tot het formuleren van beleid (in de vorm van beleidsregels) aanwezig is, maar ook een *plicht* dat te doen (zie ook Hoofdstuk 1, § 1.2.2). Kort samengevat:

'Beleidsvrijheid is beleidsplicht'

- als beleidsvrijheid ... dan *beleidsplicht*
dus: op stelselmatige manier beslissen
(want: rechtszekerheid/rechtsgelijkheid)
- rechtmatig bestuur eist
 - 1 voer beleid! (nodig uit oogpunt consistentie)
 - 2 voer geen onredelijk beleid! (hoe precies beleid moet worden gevoerd is een politieke kwestie; vanuit het recht wordt de minimale eis gesteld: beleid moet niet kennelijk onredelijk (lees onevenredig) zijn)
- Beleidsregels zijn geschikt om te voldoen aan de plicht tot het voeren van beleid

Van Kreveld stelde, dat beleidsregels een 'inherente afwijkingsbevoegdheid' kennen. Als er sprake is van een bijzonder geval, dan kan - binnen de grenzen van behoorlijk bestuur, dus tenminste: zorgvuldig en deugdelijk gemotiveerd - van een beleidsregel worden afgeweken. Deze benadering is ook in de bestuursrechtspraak in de loop der jaren als een ijzeren regel terug te vinden. Indien er een bijzonder

geval is, dan is niet alleen de bevoegdheid, maar ook de *plicht* aanwezig om van de beleidsregel af te wijken. Op dit punt verschillen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften fundamenteel van elkaar.

Ad. 2 - Beleidsregels behoren tot het recht belang beleidsregels

Beleidsregels bevatten veelal voor burgers wezenlijke aanspraken. In de administratieve rechtspraak speelt de toetsing van beschikkingen aan beleidsregels al lange tijd een belangrijke rol. In de rechtspraak van de Hoge Raad kwam de vraag op, of behoorlijk gepubliceerde beleidsregels met voor betrokkenen essentiële aanspraken op overheidsprestaties tot het *recht* moeten worden gerekend. Dat is onder meer van belang in verband met de vraag of de Hoge Raad zich als cassatierechter over dergelijke beleidsregels mag uitspreken. In cassatie gaat het immers alleen om toetsing aan het recht (art. 99 Wet op de Rechterlijke Organisatie). De Hoge Raad heeft in 1986 daarop het principiële antwoord gegeven, dat beleidsregels inderdaad onder omstandigheden tot het recht kunnen behoren. In casu ging het om een door de minister van Verkeer en Waterstaat vastgestelde (niet-wettelijke) regeling voor de sloop van binnenvaartschepen. De regeling beoogde capaciteitsvermindering van de binnenvaart te stimuleren door een slooppremie in het vooruitzicht te stellen. De regeling was algemeen gepubliceerd (in de Nederlandse Staatscourant) en bevatte naar inhoud zonder meer voor belanghebbenden wezenlijke aanspraken. Onder die omstandigheden rekende de Hoge Raad deze regeling, met de status van een beleidsregel, tot het recht. Zoals in een later arrest (1990) werd verduidelijkt, zijn er beleidsregels die moeten worden gezien als de Staat jegens betrokkenen (op grond van enig beginsel van behoorlijk bestuur) bindende regelingen, zonder de status van een algemeen verbindend voorschrift (Zie achtereenvolgens Hoge Raad 11 oktober 1985, AB 1986, 84 (Avanti-arrest) en Hoge Raad 28 maart 1990, AB 1990, 306 (Leidraad administratieve boeten 1984)). De Hoge Raad achtte in de gegeven situatie (1990) toepassing 'contra legem' van de (fiscale) beleidsregel geboden. (Hier is sprake van een 'tegen-wettelijke' beleidsregel.)

Ad. 3 - Rijk voor opname in de Awb plaats beleidsregels in Awb

Door de summier geschetste ontwikkeling werd de tijd rijp geacht om in de derde tranche van de Awb het onderwerp beleidsregels te incorporeren (titel 4.3). Alleen al vanwege de zeer grote betekenis voor de bestuurspraktijk kan niet worden volstaan met de stelling dat beleidsregels niet voor regeling door de wetgever in aanmerking komen, omdat zij naar hun aard een buitenwettelijk verschijnsel vormen. Het zou eveneens van weinig realiteitszin getuigen te verwachten, dat beleidsregels uitgebannen zouden kunnen worden door beleidsregels om te zetten in (eventueel gedelegeerde) wetgeving. Beleidsregels 'are here to stay'. Ten opzichte van door ambtenaren opgestelde vuistregels moeten beleidsregels positief worden gewaardeerd, aangezien op deze wijze bestuurlijke sturing plaatsvindt. Per saldo moeten beleidsregels dan ook niet worden gezien als een bedreiging van het legaliteitsbeginsel (in de beperkte zin van: binding van het bestuur aan de wet), maar als een versterking daarvan, in de zin van: binding van het bestuur aan de eis van rechtmatigheid.

In essentie gaat het om regels voor de uitoefening van een beleidsvrije bevoegdheid door een bestuursorgaan. Beleidsregels zijn geschikt om aan burgers duidelijk te maken hoe je als bestuursorgaan met de verkregen beleidsvrijheid om denkt te gaan. Dit is in het huidige bestuursrecht - naast algemeen verbindende voorschriften - een tweede methode om algemene regels te formuleren voor het uitoefenen van een bestuursbevoegdheid. In dat geval formuleert niet de wetgever die regels, maar doet het bestuursorgaan dat zelf.

Neem het voorbeeld van een minister die twintig miljoen gulden extra krijgt om de beeldende kunst financieel te stimuleren. Stel, dat de wettelijke basis daarvoor is een summiere wet, waarin niet meer staat dan dat de minister naar eigen inzicht tot besteding van de middelen mag overgaan. In die situatie is het vaststellen van beleidsregels een geschikte methode om duidelijk te maken volgens criteria de financiën zullen worden besteed. Dat schept duidelijkheid naar buiten, onder meer in de richting van belanghebbende kunstenaars.

Ad. 4 - Geen algemeen verbindende voorschriften niet afwijken van algemeen verbindende voorschriften

Wij zullen nu eerst bezien op basis van welke begripsbepaling een regeling in de Awb is getroffen. Een overeenkomst met een algemeen verbindend voorschrift is, dat ook een beleidsregel algemene normen voor de uitoefening van een bestuursbevoegdheid bevat. Er zijn echter verschillende belangrijke verschilpunten die goed in het oog moeten worden gehouden:

- a. van een beleidsregel mag worden afgeweken als sprake is van een bijzonder geval (zie art. 4:84 Awb), maar afwijken van een algemeen verbindend voorschrift is (in beginsel; behoudens bij toepassing van Abbb contra legem – zie Hoofdstuk 4, § 4.5.2) niet toelaatbaar;
- b. de beleidsregel bindt primair het bestuursorgaan zelf en slechts in afgeleide zin (indirect) ook derden. Een algemeen verbindend voorschrift daarentegen verbindt uit zichzelf, rechtstreeks;
- c. in een algemeen verbindend voorschrift is het mogelijk bestuursbevoegdheden toe te kennen of over te dragen; dat kan niet in een beleidsregel;
- d. anders dan in een algemeen verbindend voorschrift kan bij beleidsregel evenmin een beperking worden aangebracht op in de grondwet geregelde 'klassieke' grondrechten.

Het verschil tussen een beleidsregel en een algemeen verbindend voorschrift is ook in de begripsomschrijving zoals vervat in de Awb opgenomen. In art. 1:3, vierde lid, Awb, wordt een beleidsregel omschreven als 'een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, ... (...).'

Van belang is, dat dit een zogeheten *materiële* begripsomschrijving is. Dit betekent dat niet beslissend is of een bestuursorgaan het 'etiket' beleidsregels heeft opgeplakt. Doorslaggevend is, of aan de begripskenmerken wordt voldaan. Aldus is het bijvoorbeeld mogelijk, dat onderdelen van een gepubliceerd 'beleidsplan' bij nadere beschouwing als 'besluiten, inhoudende beleidsregels' moeten worden gekwalificeerd.

Voornoemde verschilpunten tussen een beleidsregel en een algemeen verbindend voorschrift kunnen tevens een belemmering vormen voor de mogelijkheid om een gebrekkig algemeen verbindend voorschrift (waarbij bijvoorbeeld bekendmakingsregels werden geschonden), te 'transformeren' in een beleidsregel en op die wijze op het daarin vastgelegde beleid een beroep te kunnen doen. Dat geldt uiteraard zeker in die gevallen waarin bij wet de plicht tot het geven van een algemeen verbindend voorschrift werd voorgeschreven.

Ad. 5 - Beleidsregels zijn 'besluiten'

Inmiddels is duidelijk, dat beleidsregels in de systematiek van de Awb behoren tot de categorie van de *besluiten* – vergelijk eerdergenoemd art. 1:3, lid 4 Awb – 'Onder beleidsregel wordt verstaan: een bij besluit vastgestelde ..(..)' Doordat voor het 'bij besluit' vaststellen van een beleidsregel een *beslissing* moet worden genomen, wordt duidelijk dat een beleidsregel in de zin van de Awb niet langer eenvoudig kan worden gereconstrueerd uit een geleidelijk gegroeide, vaste bestuurspraktijk. Een vaste praktijk levert wel aanwijzingen op voor het gevoerde beleid - waaraan het bestuursorgaan krachtens beginselen van behoorlijk bestuur ook mag worden gehouden - maar dit mag niet gelijk worden gesteld met een expliciete beslissing waarbij beleidsregels worden vastgesteld (een besluit).

Theoretisch gezien rijst bij de idee van een beleidsregel als besluit de vraag welke dan precies de (beoogde) rechtsgevolgen zijn die uit het geven van een beleidsregel voortvloeien. Als het bestuur met een beleidsregel alleen zichzelf bindt en burgers op die binding enkel aanspraak kunnen maken uit hoofde van het vertrouwens- of rechtszekerheidsbeginsel, is er eigenlijk geen rechtsgevolg van de beleidsregel zelf. Hooguit zou er een verplichting van het bestuur zijn die, ongeacht de oogmerken van dat bestuur(!), voortvloeit uit de plicht die krachtens deze Abbb het gevolg is van het rechtsfeit dat een bestuursorgaan zichzelf bindt aan een beleidsregel: het bestuur mag ineens niet meer van de beleidsregel afwijken (uitzonderingen daargelaten). Nu kan men zeggen dat thans de binding aan een beleidsregel volgt uit art. 4:84 aanhef Awb – Het bestuursorgaan handelt overeenkomstig de beleidsregel, ..(..). Punt is echter dat deze bepaling pas toepasselijk is als we weten dat we met een beleidsregel van doen hebben en daarvoor moet – reeds vooraf – duidelijk zijn dat we met een rechtshandeling in de zin van art. 1:3, lid 4 Awb van doen hebben.

We moeten hier voor ogen houden dat de Awb-wetgever een rechtsdogmatische keuze heeft gemaakt en het fenomeen beleidsregels kennelijk expliciet onder het besluitbegrip heeft willen brengen. Beslissend is daarom of het bestuur inderdaad zelfbindende regels in de zin van art. 1:3, lid 4 heeft gegeven. Het met een beslissing, die naar buiten toe bekend wordt (moet worden) gemaakt, te kennen geven dat interne zelfbinding wordt aangegaan, wordt dogmatisch gelijkgesteld met het oogmerk van externe binding – ergo met een rechtshandeling. Dat een beslissing tot vaststelling van beleidsregels zo bezien een besluit is, heeft tot gevolg dat de algemene bepalingen in de Awb over het voorbereiden en nemen van besluiten van toepassing zijn (hoofdstuk 3 Awb, denk aan eisen ten aanzien van zorgvuldigheid en belangenafweging). Ook de motiveringsplicht (art. 3:46) is van toepassing op besluiten, inhoudende beleidsregels. Weliswaar brengt een motiveringsplicht voor beleidsregels in dit stadium een zekere werklast met zich mee, maar daar staat tegenover dat bij het nemen van beschikkingen kan worden geprofiteerd van een reeds deugdelijk gemotiveerde beleidsregel (aldus ook art. 4:82 – zie ook Ad. 6).

Ad. 6 - Regels voor uitoefening van een bevoegdheid van een bestuursorgaan welke bevoegdheid?

Beleidsregels geven, volgens de omschrijving van art. 1:3, vierde lid Awb, algemene regels voor het gebruik van 'een bevoegdheid van een bestuursorgaan'. De aard van deze primaire bevoegdheid wordt niet nader aangeduid. Het kan daardoor, in de eerste plaats, gaan om een bevoegdheid tot het nemen van een *besluit* (dus: met als inhoud een publiekrechtelijke rechtshandeling). Het is denkbaar dat beleidsregels worden opgesteld voor het vaststellen van allerlei typen besluiten: algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels, plannen, beschikkingen. In praktische zin is vooral het opstellen van beleidsregels voor het nemen van beschikkingen relevant.

Beleidsregels kunnen echter ook betrekking hebben op 'niet-besluiten'. Men denke aan de bevoegdheid van een bestuursorgaan om privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten. Het is dus denkbaar dat bijvoorbeeld de uitgangspunten die in het grondbeleid van een gemeente worden gehanteerd bij de verkoop van bouw kavels (culminerend in privaatrechtelijke rechtshandelingen, te weten koopovereenkomsten) in beleidsregels worden vastgelegd. Het begrip 'bevoegdheid' betreft het verrichten van een, hetzij publiek- hetzij privaatrechtelijke, rechtshandeling. Daarom is het niet mogelijk beleidsregels te formuleren ten aanzien van het verrichten van feitelijke bestuurshandelingen. Kortom: het vaststellen van beleidsregels levert het nemen van een besluit in de zin van de Awb op. De vastgestelde beleidsregels kunnen zelf strekken tot het nemen van besluiten (bijvoorbeeld: subsidiebeschikkingen), maar kunnen zich ook uitstrekken tot andere bevoegdheden van bestuursorganen.

Ad. 7 - Soorten beleidsregels

Naar inhoud kunnen beleidsregels, krachtens de definitiebepaling van art. 1:3, vierde lid, Awb, regels geven voor drie typen situaties.

Beleidsregels betreffen:

- a. het afwegen van belangen
- b. de vaststelling van feiten, of
- c. de uitleg van wettelijke voorschriften.

a.

belangenafweging

Regels voor belangenafweging hebben alleen zin als er ook wat af te wegen valt. Dit veronderstelt een wettelijke bevoegdheidsomschrijving die beleidsvrijheid toekent aan een bestuursorgaan. Men denke aan een subsidiebevoegdheid.

b.

vaststelling van feiten

Regels voor de vaststelling van feiten komen in aanmerking indien juist de feitelijke omstandigheden cruciaal zijn voor een bepaalde beslissing. Denk aan zaken waarin technische kennis (zoals in milieuzaken) of medische kennis een sleutelrol vervult, zoals bij arbeidsongeschiktheidsuitkeringen. De wijze waarop iemands (on)geschiktheid wordt vastgesteld - via expertise en contra-expertise - kan in dergelijke gevallen (in aanvulling op wettelijke voorschriften) in beleidsregels worden neergelegd.

c.

uitleg van wettelijke voorschriften

Beleidsregels gericht op de uitleg van wettelijke voorschriften - zijn relevant ingeval van vage wettelijke termen, die door een bestuursorgaan moeten worden uitgelegd om voor concrete toepassing in aanmerking te komen. Men denke aan een in de sociale zekerheid gehanteerde term als 'passende arbeid'. Het al dan niet beschikbaar zijn van passende arbeid respectievelijk het al dan niet willen aanvaarden daarvan heeft grote invloed op de beslissing al dan niet een sociale uitkering te verlenen. Zorgvuldige wetsuitleg is daarom in die gevallen geboden. Wetsinterpreterende beleidsregels kunnen daarbij behulpzaam zijn.

Vastgestelde beleidsregels kunnen op meer dan één van de aangeduide typen beleidsregels betrekking hebben; overlap is mogelijk. De regeling van beleidsregels in de Awb specificeert niet naar de genoemde typen beleidsregels. In die zin zijn aan het onderscheid verder geen rechtsgevolgen verbonden. De bepalingen over beleidsregels zijn zonder onderscheid van toepassing op elk type beleidsregels.

Ad. 8 - De bevoegdheid tot beleidsregelgeving

algemeen wettelijke grondslag

In de Awb wordt het pad van de met de bestuursbevoegdheid geïmpliceerde bevoegdheid tot het stellen van beleidsregels verlaten. De Awb verschaft namelijk zelf (in art. 4:81, eerste lid) de wettelijke grondslag voor het stellen van beleidsregels, door te bepalen dat een bestuursorgaan beleidsregels 'kan' vaststellen (en wel voor een eigen bevoegdheid dan wel voor een gedelegeerde bevoegdheid, zie hierna). Behalve in de hierboven besproken algemene wettelijke grondslag (geboden door de Awb zelf) kan de bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels ook worden gevonden in een ander wettelijk voorschrift (dan de Awb). Art. 4:81, tweede lid, Awb bepaalt namelijk, dat een bestuursorgaan 'in andere gevallen' slechts beleidsregels kan vaststellen, voor zover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald.

De combinatie van het eerste en tweede lid van art. 4:81 Awb leidt tot de conclusie, dat de bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels steeds te herleiden moet zijn tot een uitdrukkelijke grondslag in de wet. Doelstelling hiervan is onder meer, dat in de wet duidelijk wordt aangegeven dat algemene regels voor het uitoefenen van een bestuursbevoegdheid de status van beleidsregels hebben. Aldus wordt duidelijkheid over het rechtskarakter daarvan bevorderd.

De bevoegdheid beleidsregels vast te stellen moet te vinden zijn in de wet (aldus art. 4:81 Awb):

- hetzij de Awb zelf (art. 4:81, eerste lid)
- dan wel een ander wettelijk voorschrift (zegt art. 4:81, tweede lid)

bevoegdheid tot beleidsregelgeving

De uitdrukkelijke - laatstbedoelde - mogelijkheid bij specifiek wettelijk voorschrift een bevoegdheid tot beleidsregelgeving te scheppen dient nog een ander doel. Het is namelijk mogelijk om, daarvan gebruik makend, een bevoegdheid te creëren om beleidsregels vast te stellen voor de bevoegdheidsuitoefening door een *ander* bestuursorgaan. Dit kan van pas komen in een situatie waarin een bepaalde overheidstaak wordt uitgevoerd door een zelfstandig bestuursorgaan. Dit is bijvoorbeeld aan de orde bij door de minister vast te stellen beleidsregels ten aanzien van de tariefstructuur in de gezondheidszorg, gericht tot het zelfstandig bestuursorgaan Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg. Of stel dat besloten wordt om subsidies ter bevordering van de sportbeoefening door de jeugd in Nederland voortaan door het zelfstandig bestuursorgaan 'Commissariaat voor de Jeugdsport' te laten besturen. In dat geval is het mogelijk, dat de voor sportzaken verantwoordelijke minister in de wettelijke regeling waarbij het nieuwe zelfstandig bestuursorgaan wordt opgericht, de bevoegdheid laat opnemen dat hij bevoegd blijft binnen bepaalde grenzen beleidsregels te stellen, geadresseerd aan het Commissariaat voor de Jeugdsport.

Ad. 9 - Wanneer beleidsregels?

In welke gevallen komen beleidsregels nu volgens de Awb voor toepassing in aanmerking? De Awb onderscheidt de volgende drie situaties (art. 4:81).

Een bestuursorgaan kan beleidsregels opstellen ter zake van:

- a. een aan het bestuursorgaan toekomende, dan wel
- b. onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende, dan wel
- c. door hem gedelegeerde bevoegdheid.

a. uitoefening door orgaan zelf

Passend bij het idee van 'zelfbinding' komen in de eerste plaats bevoegdheden in aanmerking die aan het bestuursorgaan zelf toekomen en ook door het orgaan zelf worden toegepast.

b. uitoefening door een ander

Bij uitoefening van een bevoegdheid door een ander denkt men in de eerste plaats aan mandaatverlening. In een mandaatverhouding verschuift de bestuursbevoegdheid immers niet; deze wordt slechts door een ander (vrijwel steeds een ondergeschikte) uitgeoefend. In geval van mandaat zijn zowel algemene als bijzondere instructies (instructies per geval) mogelijk (zie Hoofdstuk 3, § 8).

Algemene instructies kunnen - afhankelijk van aard en inhoud daarvan - het karakter aannemen van beleidsregels zoals bedoeld in de Awb.

In een enkel geval komt aan een ondergeschikte een eigen bevoegdheid toe, krachtens attributie. Men denke aan de door de wet aan de belastinginspecteur toegekende bevoegdheid een belastingaanslag

vast te stellen. Deze eigen bevoegdheid van de inspecteur doorbreekt de hiërarchische relatie tussen de minister (van Financiën) en de inspecteur echter niet. Daarom blijven instructies mogelijk, die wederom de vorm van beleidsregels kunnen krijgen.

c.

bevoegdheid gedelegeerd

Indien een bestuursbevoegdheid - op basis van een door de wet daartoe verschaft bevoegdheid - is gedelegeerd zijn eveneens beleidsregels mogelijk. Delegatie aan ondergeschikten wordt in de Awb uitgesloten (art. 10:14). Blijft over delegatie aan niet-ondergeschikten. In die relatie passen 'instructies' minder goed. De mogelijkheid om algemene richtlijnen mee te geven aan de gedelegeerde is echter wel wenselijk. De Awb schrijft voor, dat uitsluitend beleidsregels daartoe de geëigende rechtsvorm bieden (art. 10:16, eerste lid).

Ad. 10 - Specifieke voorschriften voor beleidsregels kenbaarheid beleidsmaatstaven

De specifieke voorschriften voor beleidsregels zijn opgenomen in titel 4.4 van de Awb.

In art. 4:82 is bepaald dat ter motivering van een besluit slechts mag worden volstaan met een verwijzing naar een vaste gedragslijn, indien deze is vastgelegd in een beleidsregel. Op deze wijze worden bestuursorganen indirect gestimuleerd om vaste beleidslijnen ordentelijk vast te leggen in een besluit, dat beleidsregels bevat. Zo wordt verzekerd, dat belanghebbenden daarvan van tevoren kennis hebben kunnen nemen. De kenbaarheid van beleidsmaatstaven wordt hierdoor bevorderd.

Men mag, omgekeerd, echter niet de conclusie trekken dat een bestuursorgaan dat beleidsregels op de voorgeschreven wijze heeft vastgesteld, voortaan bij het nemen van beschikkingen kan volstaan met een enkele verwijzing daarnaar. Dat is op zichzelf een onvoldoende motivering. Een deugdelijk gemotiveerde beschikking kent immers, op grond van vaste jurisprudentie, twee elementen:

- a. een aanduiding van de algemene beleidslijn,
- b. een toepassing daarvan op de concrete situatie (individualisering).

Het laatste element houdt in, dat aangegeven moet worden waarom de algemene beleidslijn op de concrete situatie kan worden toegepast, dan wel waarom - bij een bijzonder geval - afwijking van de beleidsregel is geboden.

Ten aanzien van de motivering is voorts nog - met het oog op de rechtszekerheid - bepaald, dat bij de bekendmaking van de beleidsregels moet worden aangegeven wat de wettelijke grondslag is van de bevoegdheid waarop de beleidsregels betrekking hebben (art. 4:83 Awb). Let wel: het betreft hier niet de bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels, maar de bestuursbevoegdheid waarop de beleidsregels betrekking hebben. Gaat het bijvoorbeeld om beleidsregels voor het verlenen van vrijstelling van een bestemmingsplan voor een aanbouw bij woonhuizen, dan zal naar de relevante bepalingen van het wettelijk kader van het bestemmingsplan, te weten de Wet op de ruimtelijke ordening, moeten worden verwezen.

afwijken van beleidsregel

Geheel in overeenstemming met de wijze waarop beleidsregels tot nu in het bestuursrecht functioneren, bepaalt de Awb dat een bestuursorgaan overeenkomstig de beleidsregel handelt, tenzij zich een bijzonder geval voordoet. Een bijzonder geval doet zich voor, indien toepassing van de beleidsregel voor een belanghebbende gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen (art. 4:84). Men herkent hier de in het kleed van de evenredigheid verpakte 'inherente afwijkingsbevoegdheid' bij een beleidsregel (vergelijk art. 3:4, lid 2 Awb). Toepassing van dit criterium sluit overigens allerminst uit, dat (gelet op de belangen van derden, of gelet op de door het bestuursorgaan behartigde openbare belangen) afwijking van een beleidsregel *ten nadele* van de burger plaatsvindt.

Of gesproken moet worden van het 'afwijken' van een beleidsregel, hangt af van de reikwijdte, precisie en mate van volledigheid van een beleidsregel. Veelal zal een beleidsregel zelf nog de nodige discretionaire ruimte laten. In dat geval gaat het veeleer om een redelijke toepassing van de beleidsregel, in plaats van om afwijking daarvan.

Structureel afwijken van een beleidsregel noopt tot het intrekken c.q. wijzigen daarvan. De Awb verschaft geen regels voor het intrekken of wijzigen van beleidsregels. Op dit punt wordt de rechtsontwikkeling aan de bestuursrechter overgelaten.

Samengevat eist de Awb:

Specifieke Awb-eisen aan beleidsregels:

- vaste gedragslijn slechts te motiveren door beleidsregel (art. 4:82)
- impliciete *verplichting* om vaste gedragslijnen vast te leggen in beleidsregels
- wettelijke grondslag beleidsregel vermelden (art. 4:83)
- in beginsel in overeenstemming met beleidsregels beschikken, tenzij bijzonder geval (art. 4:84)

Ad. 11 - Beroep bij de bestuursrechter tegen beleidsregels?

beroep tegen een besluit

In het huidige stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid luidt de hoofdregel, dat een belanghebbende beroep bij de rechtbank (als bestuursrechter) kan instellen tegen een besluit (art. 8:1 Awb). Zonder nadere wettelijke regeling zou het gevolg van deze hoofdregel zijn, dat ook tegen een besluit, inhoudende beleidsregels, beroep bij de rechtbank mogelijk is. Die consequentie gaat de wetgever echter op dit moment te ver. Beroep tegen beleidsregels, alsmede tegen algemeen verbindende voorschriften, is expliciet uitgesloten (art. 8:2 Awb). De regering was van mening dat aan een rechtstreeks beroep tegen dergelijke algemene regels teveel onzekerheden kleven. Beroep tegen algemene regels, neergelegd in beleidsregels, zou nog het specifieke probleem met zich meebrengen, dat de bestuursrechter alsdan de rechtmatigheid van de beleidsregel zelf (in abstracto) zou moeten toetsen, terwijl het voor een belanghebbende veelal gaat om de toepassing in concreto van de beleidsregel. Daar kwam nog bij, aldus de regering, dat van een beroepsmogelijkheid tegen beleidsregels wel eens een aanzuigende werking uit zou kunnen gaan. Belanghebbenden zouden immers kunnen menen, dat zij om hun rechten veilig te stellen zo veel mogelijk alvast maar tegen de beleidsregels op zouden moeten komen, in plaats van de beschikking af te wachten. De bezwaren van de regering vermochten het parlement echter destijds niet te vermurwen. Bij amendement werd vastgelegd, dat na een overgangperiode van vijf jaar (die afliep op 1 januari 1999) beroep mogelijk zou worden tegen besluiten, inhoudende een beleidsregel (of een algemeen verbindend voorschrift). Een belangrijk argument was, dat beroep bij de rechter tegen algemene regels, neergelegd in een beleidsregel, toch al mogelijk is, zij het niet bij de bestuursrechter, maar bij de burgerlijke rechter. Het past dan beter om de bestuursrechter, die toch al heeft te oordelen over beschikkingen op basis van beleidsregels, bevoegd te maken om een eventueel beroep tegen de beleidsregel zelf te behandelen. Een bijkomend argument was nog, dat het parlement niet overtuigd was van de gevreesde aanzuigende werking (PG Awb II, p. 376-390). Inmiddels is echter toch besloten om de overgangsregeling te laten vervallen (wet van 24 december 1998, Stb. 650). Art. 8:2 zal nu pas kunnen vervallen als een daartoe strekkend wetsvoorstel wordt aanvaard. Dragende overwegingen voor het 'afstel' zijn (TK 1997/1998, 26077, nr. 3):

- a. rechter en bestuur bevinden zich nog (steeds) in een fase van gewinning aan de Awb;
- b. voor het doen vervallen zijn verschillende procesrechtelijke voorzieningen vereist waarover de regering eerst met rechtspraak en bestuur in overleg wil treden;
- c. een voorzichtige koers moet worden gevaren teneinde juridisering van het openbaar bestuur te voorkomen.

Ad. 12 - Toetsing door de bestuursrechter aan beleidsregels

rechtmatigheids- controle en toetsing aan beleidsregels

Tot nu toe spraken wij over de mogelijkheid van een rechtstreeks beroep tegen beleidsregels, waardoor de bestuursrechter tot toetsing van beleidsregels kan overgaan. Iets anders is, dat de bestuursrechter ook nu na een ingesteld beroep tegen een beschikking steeds nagaat in hoeverre de beschikking op een rechtmatige wijze past in de beleidsregels. Beleidsregels worden door de bestuursrechter ten volle getoetst, indien deze regels bevatten ten aanzien van de uitleg van wettelijke voorschriften (wetsinterpreterende regels), dan wel regels stellen met betrekking tot de vaststelling van feiten. Indien een beleidsregel invulling geeft aan beleidsvrijheid, dan houdt de rechter op de gebruikelijke wijze enige afstand, teneinde deze bestuurlijke beleidsvrijheid te respecteren. Dit alles behelst een indirecte toetsing, toetsing aan beleidsregels (vergelijk het in Hoofdstuk 4, § 4.5.1 en § 4.5.2 gemaakte parallelle onderscheid toetsing van en toetsing aan de wet). De rechter zal een evenwicht moeten zoeken tussen kritische rechtmatigheidscontrole van door het bestuur geformuleerd beleid aan de ene kant en respect voor de beleidsvrijheid van datzelfde bestuur aan de andere kant. Indien de bestuursrechter al toetsend tot het oordeel komt, dat een beleidsregel onrechtmatig is (bijvoorbeeld wegens strijd met een wettelijke bepaling, of strijd met het rechtszekerheidsbeginsel) dan heeft dat tot gevolg dat de beleidsregel onverbindend is. Op grondslag van een dergelijke beleidsregel kunnen dientengevolge geen rechtmatige beschikkingen worden genomen. Het bestuursorgaan zal vervolgens tot vaststelling van een gewijzigde beleidsregel moeten overgaan.

6.2.3 Overige besluiten van algemene strekking

Thans resten nog vijf soorten beslissingen die we willen aanleggen tegen de kwalificatie besluit van algemene strekking, te weten:

1. de beleidsnota;
2. het plan;
3. de gebiedsaanwijzing;
4. de administratieve maatregel;
5. geldingsbeslissingen.

Ad. 1 - Beleidsnota

In het voorgaande is stilgestaan bij het fenomeen van de beleidsregels, als een voor bestuursorganen belangrijke methode om invulling te geven aan beleidsvrijheid. Beleidsregels zijn echter niet de enige manier waarop bestuursorganen hun beleidsvrijheid kunnen normeren. Onder meer door het opstellen van een beleidsnota of een beleidsplan (zie Ad. 2) kan het bestuur de voorspelbaarheid van het eigen handelen bevorderen.

samenhang in beleid

Een beleidsnota is een niet in de Awb geregelde figuur. Het vaststellen van een beleidsnota levert niet zonder meer een 'besluit' op. Wel is het zaak om goed naar de inhoud van het in een nota neergelegde beleidskader te kijken. Het is mogelijk, dat de inhoud (eventueel op onderdelen) zodanig concreet is, dat daarin besluiten kunnen worden gelezen. Een beleidsnota heeft in veel gevallen een functie die enerzijds vergelijkbaar is met beleidsregels, in de zin dat concrete beslissingen worden gebaseerd op beleidslijnen die in een beleidsnota zijn neergelegd. Anderzijds is een nota naar inhoud en strekking soms vergelijkbaar met een plan, omdat het doel van de nota is om samenhang aan te brengen in het beleid. Een voorbeeld is een gemeentelijke horecanota, die aangeeft waar welke typen horeca uit ruimtelijk oogpunt aanvaardbaar worden geacht. Een dergelijke nota geeft in aanvulling op - en gekoppeld aan - een bestemmingsplan planologisch houvast. Aan een dergelijk beleidskader wordt in voorkomende gevallen ook door de rechter aandacht geschonken (vergelijk de Horecanota uit Hoofdstuk 1). Wij laten de 'onbestemde' figuur van de beleidsnota verder rusten en concentreren ons nu verder op het plan, als het instrument waarmee bij uitstek wordt gepoogd samenhang aan te brengen in het beleid.

Ad. 2 - Plan

rationele beleidsvoering

Algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels komen, zoals inmiddels is gebleken, beide als expliciete categorie in de Awb voor. Dat geldt niet voor het plan. Het is ook niet zeker dat het plan als een bijzonder type besluit wettelijke regeling zal krijgen in de Awb. Het is een 'lastig' onderwerp.

Planning is een methode om tot een meer rationeler beleidsvoering te komen. Het doel daarvan is om tot meer samenhang in het overheidsbeleid te komen; de afstemmingsfunctie van een plan staat centraal.

Plannen dragen bij aan de voorspelbaarheid van het beleid en dus aan de rechtszekerheid. Vanuit een bestuursjuridische optiek kan worden vastgesteld, dat de status - de mate van binding van een plan - sterk kan verschillen.

indeling

Een mogelijke indeling van plannen is:

- a. een informatief plan. Dit is een 'oneigenlijk' plan, omdat in wezen sprake is van een prognose. Bijvoorbeeld: het Centraal Economisch 'Plan'. Aangezien hier geen sprake is van het vastleggen van beleidsvoornemens kan niet gesproken worden van een beleidsplan. Daarom blijft dit type verder buiten beschouwing.
- b. een indicatief plan. Een dergelijk plan bevat wel beleidsvoornemens, waardoor het wel een beleidsplan kan worden genoemd. Daarom is dit type bestuursrechtelijk wel relevant. Voorbeelden: het streekplan en een milieubeleidsplan.
- c. een normatief plan. Dit plan is rechtstreeks bindend. Voorbeeld: een bestemmingsplan. Een bestemmingsplan levert zelfs een titel voor onteigening op.

samenhangcriterium

Net als een algemeen voorschrift en evenals een beleidsregel bevat een plan algemene normen voor het hanteren van een bestuursbevoegdheid. Het verschil is echter, dat een plan zodanig doordacht in elkaar zit (als het goed is), dat er een sterke samenhang zit tussen de verschillende elementen.

Zo bevat een beleidsplan voor de bouw van verzorgingstehuizen in een bepaalde provincie een samenhangend geheel van beleidsvoornemens. Als je een element eruit haalt (bijvoorbeeld de bouw van een grootschalige voorziening in een grote stad), dan stort het geheel in elkaar. Gevolg kan bijvoorbeeld

zijn, dat kleinschalige voorzieningen op het platteland in de lucht komen te hangen, omdat er geen relatie meer kan worden gelegd met de geplande bouw van het grootschalige tehuis in de stedelijke omgeving. Hoe dan ook: ook al wordt het plan niet als aparte categorie in de Awb genoemd, het vormt wel een zodanig 'identificeerbare' rechtsfiguur, dat het zelfstandige vermelding verdient.

Een interessante ontwikkeling in de rechtspraak is, dat indicatieve beleidsplannen soms concrete beleidsbeslissingen bevatten zodat ze voor dat onderdeel wel als appellabel besluit kunnen worden aangemerkt (vergelijk ABRS 31 januari 1997, AB 1997, 210 (PKB-Betuwe-route), zie ook JB 1997/63). Zo'n indicatief plan dient (zo blijkt onder andere uit de aangehaalde uitspraak over PKB's) op drie aspecten voldoende concreetheid te bezitten: 1) in het oogmerk van het bevoegd gezag om met het desbetreffende planonderdeel een afgewogen beslissing te nemen; 2) in de voldoende concreetheid van de plaats of het gebied waarvoor deze beslissing geldt; 3) in de voldoende concreetheid van het beoogde project of de beoogde ruimtelijke ontwikkeling. Het gaat om cumulatieve eisen. De motivering van een zo'n plan is niet zelfstandig voor beroep vatbaar. Ook de uitwerking van een indicatief plan, zoals het streekplan, leidt niet tot een besluit vergelijk ABRS 25 november 1999, JB 2000/11: Gedeputeerde staten zijn volgens de Afdeling niet bevoegd om een in een streekplan neergelegde indicatieve uitspraak van provinciale staten bij de uitwerking daarvan om te zetten in een besluit in de zin van art. 1:3 Awb).

Voor de juridische betekenis van een (binnen- of buitenwettelijk) plan zijn tenminste de volgende elementen relevant:

- a. Is het een binnen- of een buitenwettelijk plan? Plannen zijn soms wettelijk geregeld (bijvoorbeeld: het bestemmingsplan). Dit zijn de zogeheten binnenwettelijke plannen. Er zijn echter ook niet in de wet genoemde plannen, zogenaamde buitenwettelijke plannen, waarvan de juridische betekenis meer diffuus is.
- b. De planinhoud. Hoe precies, dan wel hoe vaag, is de inhoud van het plan geformuleerd? Worden duidelijke beleidsvoornemens naar buiten gebracht? Zijn elementen van het plan een 'besluit'?
- c. De koppeling tussen het plan en de op basis van het plan te nemen concrete besluiten, meestal beschikkingen. Bijvoorbeeld: als op basis van een plan vergunningen moeten worden verleend, dan kan de band tussen plan en vergunning meer of minder los worden geformuleerd.
.....
Van een strakke verbinding is bijvoorbeeld sprake bij de koppeling tussen bestemmingsplan en bouwvergunning. Zie art. 44, aanhef en onder c, Woningwet: een bouwvergunning *mag alleen en moet* worden geweigerd indien het bouwwerk in strijd is met een bestemmingsplan.
Een minder strakke, maar zeker niet vrijblijvende, koppeling tussen milieubesluiten (waaronder vergunningen) en milieubeleidsplan legt art. 4.12, derde lid, Wet milieubeheer: het provinciaal bestuur *houdt in ieder geval rekening met* het geldende provinciale milieubeleidsplan. Dit betekent een wettelijke opdracht om in beginsel conform het plan te handelen. Afwijken daarvan is op zichzelf mogelijk, maar dat moet binnen de grenzen van behoorlijk bestuur (zorgvuldig, goed gemotiveerd, en dergelijke) geschieden.
- d. De wijze van totstandkoming van een plan. Hier gaat het om zaken als:
 - wie stelt het plan vast?
 - hoe kan het plan worden gewijzigd of ingetrokken?
 - behoeft het plan goedkeuring door een ander orgaan?
 - zijn er mogelijkheden tot inspraak en/of beroep?Algemeen gesteld: hoe 'zwaarder' de planprocedure, des te meer gewicht heeft het plan.

Ad. 3 - Gebiedsaanwijzing restcategorie

Tot de restcategorie van de overige besluiten van algemene strekking behoort in ieder geval ook het fenomeen van de gebiedsaanwijzing. Denk bijvoorbeeld aan een hondenuitlaatgebied of aan een milieubeschermingsgebied. In degelijke gevallen gelden binnen het aangewezen gebied andere rechtsregels dan daarbuiten. De gevolgen daarvan treden op voor iedereen die iets met dat gebied te maken heeft. Daarom is sprake van een besluit van algemene strekking.

Ad. 4 - Administratieve maatregel overige besluiten van algemene strekking

Behalve gebiedsaanwijzingen komen in de 'restcategorie' ook andere besluiten van algemene strekking voor. Zo wordt wel gesproken van een 'administratieve maatregel' wanneer het gaat om een besluit met een algemeen karakter dat de werking van een wettelijke regeling op bepaalde punten, naar plaats en/of tijd nader invult. Stel bijvoorbeeld dat een gemeentelijk algemene plaatselijke verordening bepaalt, dat in 'door het college van burgemeester en wethouders aangewezen woongebieden' geen vrachtwagens

mogen worden gearkeerd. Het aanwijzingsbesluit van B&W waarin die gebieden worden genoemd is te beschouwen als een administratieve maatregel. Zo'n besluit behoort tot de categorie van de 'overige' besluiten van algemene strekking.

Ad. 5 – Geldigheidsbeslissingen

Resten nog de beslissingen inzake de vaststelling van inwerkingtreding, goedkeuring en intrekking van alle hiervoor genoemde typen van besluiten van algemene strekking. Deze beslissingen betreffen, zo zou men kunnen zeggen, de gelding van die andere besluiten. Het rechtskarakter van deze geldingsbesluiten lost zich als het ware op in dat van de besluiten waarop zij betrekking hebben. We komen deze soorten van besluiten overigens ook tegen in art. 8:1, lid 3 en art. 8:2 Awb (en wel met inbegrip van de negatieve variant: de weigering tot goedkeuring).

6.3 Beschikking

gericht op concrete normering

Tegenover het besluit van algemene strekking staat de *beschikking*. Kenmerkend daarvoor is nu juist dat het gericht is op concrete normering. Voorbeelden: het verlenen van subsidie voor de aanschaf van nieuwe muziekinstrumenten aan de muziekvereniging 'Unisson', het verlenen van een bouwvergunning aan de burgemeester van Denekamp voor een villa in het buitengebied, etc. etc. Beschikkingen komen in allerlei soorten en maten voor.

De definitie van het beschikkingsbegrip staat in art. 1:3, lid 2, Awb: een beschikking is een besluit dat niet van algemene strekking is, met inbegrip van de afwijzing van een aanvraag daarvan.

Uit deze omschrijving volgt dat elke beschikking een besluit is, maar dat niet elk besluit een beschikking is: beschikkingen zijn een deelverzameling van de verzameling besluiten.

Achtereenvolgens zal hier wat de beschikking betreft nader moeten worden ingegaan op de precieze kenmerken van het beschikkingsbegrip (§ 6.3.1), op de relevantie van het beschikkingsbegrip (§ 6.3.2) op de negatieve beschikking (§ 6.3.3) en op onderscheiden soorten beschikkingen (§ 6.3.4).

6.3.1 Kenmerken van het beschikkingsbegrip

kenmerken

Een beschikking is een deelcategorie van de besluiten, zodat alle elementen van het besluitbegrip terugkeren, onder toevoeging van het element 'niet van algemene strekking'. Dit betekent, dat een beschikking voldoet aan de volgende kenmerken:

- een schriftelijke
- beslissing
- van een bestuursorgaan,
- inhoudende een publiekrechtelijke
- rechtshandeling,
- niet van algemene strekking.

De eerste vijf kenmerken behoren bij het besluitbegrip en zijn reeds eerder in dit hoofdstuk besproken (§ 6.1). Om die reden beperken wij ons hier tot het voor een beschikking kenmerkende element '*niet van algemene strekking*'.

Het feit dat een besluit niet van algemene strekking is kan blijken uit:

- a. Primair het persoons criterium: er is sprake van een beschikking als de rechtsgevolgen zijn gericht op een gesloten groep (d.w.z. met name te noemen) personen. Hier gaat het om de vraag of een besluit een individueel, in plaats van een algemeen, karakter heeft; het moet gaan om een bepaald, of bepaalbaar, aantal personen. Bijvoorbeeld: het verlenen van een bouwvergunning aan een aanvrager.
- b. Secundair het zaakscriterium: er is sprake van een beschikking als het weliswaar naar z'n rechtsgevolgen algemeen is (gericht op een open groep), maar niet tevens abstract. De vereiste concreetheid is te vertalen als niet voor herhaalde toepassing vatbaar. Beslissend is dan niet of het om precies één geval gaat, maar wel moet sprake zijn van een duidelijk bepaalbaar aantal gevallen. Een voorbeeld van een besluit dat alleen concreet is naar geval is de beschikking waarbij een woning onbewoonbaar wordt verklaard.

Het is niet altijd eenvoudig aan de hand van deze twee criteria te bepalen of een besluit een beschikking dan wel een besluit van algemene strekking moet worden genoemd.

Een voorbeeld van een grensprobleem is een bestemmingsplan voor een concreet bouwplan. Een bestemmingsplan is op zichzelf een besluit van algemene strekking. Wanneer zo'n plan echter betrekking heeft op een concreet bouwproject - bijvoorbeeld de realisering van een kantorenflat - dan spreken wij van een 'postzegelplan', dat vanwege het concrete karakter wordt aangemerkt als een beschikking. Een tweede voorbeeld betreft de grens tussen beschikking en plan. Indien een gemeentelijk welzijnsplan heel concreet bepaalt welke instellingen hoeveel subsidie zullen krijgen, wordt wel gesproken van een 'bundel beschikkingen'.

In dit verband wordt naast het persoons- en zaakscriterium wel gesproken van het samenhangcriterium: indien een besluit naar de eerste twee criteria gemeten een beschikking lijkt te zijn, maar de samenhang met andere besluiten onlosmakelijk is, moet worden geconstateerd dat het – achteraf bezien – toch een besluit van algemene strekking betreft. Onlosmakelijk wil in dit verband zeggen dat de rechtsgevolgen voor de individueel bepaalde personen of zaak niet kunnen worden gewijzigd zonder dat dit repercussies moet hebben voor de rechtsgevolgen van weer andere besluiten.

6.3.2 Relevantie beschikkingsbegrip

eindstation

Het thema 'beschikking' is een 'klassieker' uit het bestuursrecht. Het is van oudsher een van de belangrijkste rechtsvormen waarvan het openbaar bestuur zich bedient. Dat is ook wel begrijpelijk. De beschikking, het nemen van een besluit in een concreet geval, is immers typisch een voorbeeld van een bestuursdaad, van 'uitvoering' van de wet. Het toepassen van algemene regels op concrete feiten, levert een reeks individuele besluiten op: beschikkingen. Tegenwoordig neemt de beschikking als rechtsfiguur nog steeds een belangrijke plaats in. Wel is het - vanwege het verschijnen van de beleidsvrijheid - van belang om de beschikking te plaatsen tegen de achtergrond van het algemenere *beleid* dat wordt gevoerd. In dat verband is de eerder in dit hoofdstuk besproken functie van beleidsregels, nota's en plannen als beleidskader waarbinnen beschikkingen worden genomen relevant. De beschikking is als het ware eindstation geworden in een proces van steeds concretere normstelling. Door het nemen van een beschikking ziet de burger heel concreet wat zijn rechtspositie is. Uiteindelijk moet elk beleid worden geconcretiseerd in individuele besluiten. Studiefinancieringsbeleid moet uitmonden in concrete beslissingen over het verlenen van studietoelagen. Handhavingsbeleid ter bescherming van het landelijk buitengebied moet leiden tot het treffen van sancties, als burgers illegaal hebben gebouwd, etc.

Ook al is de beschikking in het stelsel van de Awb slechts een deelcategorie van de besluiten, het is niettemin van praktische relevantie om vast te stellen of een besluit een beschikking is of niet. Afbakening daarvan is van belang als het gaat om eisen die *specifiek aan een beschikking* worden gesteld (titel 4.1 Awb); zie de aldaar getroffen regeling van aanvraag, voorbereiding en nemen van de beschikking. Deze bepalingen zijn alleen van toepassing op besluiten die wij kunnen identificeren als beschikkingen.

herkennen besluit als beschikking

Voor mogelijkheden van bestuursrechtelijke *rechtsbescherming* is er een indirect belang bij het herkennen van een besluit als een beschikking. Weliswaar staat voorop of een beslissing het rechtskarakter heeft van een besluit. Daartegen staat immers beroep open (art. 8:1 Awb). Als het besluit noch een algemeen verbindend voorschrift noch een beleidsregel is, en evenmin op andere wijze wettelijk is uitgezonderd (vergelijk art. 8:2 – art. 8:5 Awb), staat beroep op de bestuursrechter open. Voor de toegang tot de rechter is het dan niet nodig vervolgens ook nog uit te maken of wij al dan niet te maken hebben met een beschikking. Zodra wij echter 'zeker weten' dat wij te maken hebben met een beschikking, weten wij ook dat de toegang tot de rechter open staat. Een beschikking valt immers niet onder de (nog) in art. 8:2 Awb uitgezonderd categorieën van de algemeen verbindende voorschriften en de beleidsregels.

6.3.3 Negatieve beschikkingen

Net als bij de besluiten laten zich ook bij beschikkingen twee soorten negatieve beslissingen voorstellen:

1. de weigering om te beschikken en de afwijzing van een aanvraag;
2. het niet tijdig beschikken.

We lopen deze varianten even apart langs.

Ad. 1 – de weigering en de afwijzing

In § 6.1.5 onder Ad. 3 bespraken wij reeds de weigering een besluit te nemen. Daarbij kwam reeds aan de orde dat deze weigering (bijvoorbeeld gegeven op grond van onbevoegdheid) zowel wat het besluit- als wat het beschikkingsbegrip betreft slechts via de band van art. 6:2 sub a Awb als besluit wordt aangemerkt en dan nog slechts voor de toepassing van de bepalingen over bezwaar en beroep – niet dus voor de toepasselijkheid van Hoofdstuk 3 en 4 Awb. Tevens werd aangegeven dat deze constructie ook geldt voor de inhoudelijke afwijzing van het verzoek een besluit van algemene strekking te nemen, maar juist niet voor de inhoudelijke afwijzing van een aanvraag van een beschikking.

definitie beschikking

Laten wij nog dat laatste nog iets preciezer bekijken aan de hand van de definitie van de beschikking in de Awb. In art. 1:3, lid 2, Awb is de volgende definitie te vinden: 'een beschikking is een besluit, dat niet van algemene strekking is, met inbegrip van de afwijzing van een aanvraag daarvan'. Als gezegd volgt hieruit dat het beschikkingsbegrip een deelverzameling aangeeft van de verzameling besluiten, oftewel de beschikking is een verbijzondering van de algemenere categorie der besluiten. Daarom moeten wij om te bepalen of 'iets' een beschikking is eerst weten of wij te maken hebben met een beslissing die aan alle kenmerken van een besluit voldoet. Dat is zogezegd een noodzakelijke, maar niet voldoende voorwaarde om van een beschikking te kunnen spreken. Een besluit dat *niet* van algemene strekking is, kan tevens worden aangemerkt als een beschikking. Heel algemeen geformuleerd: het aantal gevallen en/of het aantal personen waarop het besluit van toepassing is, moet niet van te voren vaststaan. Als dat onbepaald (en ook onbepaalbaar) is, hebben wij te maken met een besluit van algemene strekking. Zo niet, dan hebben wij een beschikking bij de kop.

aanvraag

Dit alles mag inmiddels bekend worden verondersteld. Hoe moeten wij nu echter oordelen over de toevoeging in de definitie van het beschikkingsbegrip dat ook de 'afwijzing van een aanvraag' (tot het nemen van een besluit dat niet van algemene strekking is) een beschikking is? Om te beginnen moeten wij dan weten, waar de term 'aanvraag' voor staat. Welnu, dat geeft de Awb zelf aan, namelijk in art. 1:3, derde lid. Een aanvraag is volgens die bepaling 'een verzoek van een belanghebbende om een besluit te nemen'. Ook het (van een belanghebbende afkomstige) verzoek een bestemmingsplan (dus: een besluit van algemene strekking) vast te stellen, is gelet op deze omschrijving een aanvraag. Betreft het een (van een belanghebbende afkomstig) verzoek tot het nemen van een besluit dat *niet* van algemene strekking is, dan spreken wij van een aanvraag tot het nemen van een beschikking. In Afdeling 4.1.1 Awb worden, zowel voor burgers als voor het bestuur, regels gegeven voor het indienen van aanvragen. Stel nu, iemand doet een verzoek tot een uitkering in verband met vervoerskosten in het kader van de Wet voorzieningen gehandicapten (WVG). Volgens de definitie van de Awb is dit verzoek aan te merken als aanvraag. Volgens de bepalingen van Afdeling 4.1.1 Awb zou onder meer, wettelijke uitzonderingen daargelaten, deze aanvraag in schriftelijke vorm moeten worden ingediend (art. 4:1 Awb). Wordt de aangevraagde WVG-vervoersvergoeding niet toegekend, dan is in termen van de Awb sprake van het afwijzen van een aanvraag tot het nemen van een besluit dat niet van algemene strekking is. Het aangevraagde besluit (de positieve beslissing) is immers een beschikking. Dat afwijzende besluit mag dan ook een beschikking worden genoemd, aldus art. 1:3, tweede lid in fine Awb.

Waarom deze uitzondering op de hoofdregel van lid 1 van art. 1:3 Awb? Deze hoofdregel is ingegeven door de wens onevenredige bestuurslasten ten gevolgen van de waarborgen van Hoofdstuk 3 en 4 Awb te voorkomen. Omdat die onevenredigheid zich met name zal voordoen bij verzoeken die volstrekt niet voor honorering in aanmerking komen, zijn de negatieve beslissingen in art. 1:3 lid 1 Awb uitgezonderd. Door in art. 6:2 onder a Awb toch ook voor deze gevallen voor het recht op bezwaar en beroep besluiten aan te nemen wordt het belang van de verzoeker niet onevenredig geschaad. De Awb-wetgever heeft echter geoordeeld dat de positie van de belanghebbende bij een beschikking meer bescherming behoeft. Vandaar dat het belang van het voorkomen van bestuurslasten hier moet wijken. Op de afwijzing van een aanvraag zijn wel de waarborgen van Hoofdstuk 3 en 4 van toepassing (en geldt daarnaast, volgens de normale regels, dat ook het recht van bezwaar en beroep van toepassing is). Op deze manier is in ons voorbeeld veilig gesteld dat niet alleen een positieve beslissing - het toekennen van de gevraagde uitkering - maar ook een negatieve beslissing - het niet toekennen van de uitkering, dus het afwijzen van de aanvraag - een beschikking oplevert. Door deze kwalificatie zijn ook op deze negatieve beschikking (onder andere) de bepalingen over beschikkingen (titel 4.1 Awb) van toepassing.

Een theoretisch enigszins opmerkelijke uitkomst hiervan is dat de verzameling Awb-besluiten, zoals relevant voor de toepasselijkheid van Hoofdstuk 3 Awb, ruimer is dan die van art. 1:3, lid 1 Awb. Deze

laatste verzameling van positieve beslissingen moet immers nog worden uitgebreid met de negatieve beslissingen op de aanvraag van een beschikking!

Ad. 2 - Niet tijdig beschikken bezwaar en beroep instellen

Naast het weigeren te beschikken en het afwijzend beschikken staat als negatieve beschikking nog het niet tijdig beschikken. De definitie van het beschikkingsbegrip in art. 1:3, lid 2 Awb, strekt zich niet ook uit tot het niet tijdig beschikken. De Awb-wetgever was van oordeel dat het weinig zin had een debat over de naleving van de waarborgen van Hoofdstuk 3 en 4 Awb te houden in het geval waarin het bestuur in het geheel niet of althans niet tijdig heeft beschikt. Dit houdt overigens verband met de stellingname dat niet tijdig beslissen – anders dan onder de wet Arob, niet mag worden gelijk gesteld met een weigering (een zogenoemde 'fictieve weigering'). Er is eenvoudig niet beschikt, punt. Net als bij de weigering te beschikken zullen we voor de vraag of wel bezwaar en/of beroep mogelijk is terzake van het niet tijdig beschikken te rade moeten gaan bij art. 6:2 Awb. Onder sub b van dit artikel vinden we precies de kwalificatie die we zoeken. Stel, dat de aanvrager van de WVG-vervoersvergoeding niet op tijd, dat wil zeggen niet binnen de door de wet genoemde termijnen, een beslissing verkrijgt, dan staat dit - vanaf het moment van termijnoverschrijding - gelijk aan het nemen van een besluit, in het bijzonder een beschikking – zulks ingevolge art. 6:2, sub b Awb. Een ander voorbeeld van een wettelijke beslistermijn biedt art. 7:10 Awb: op een bezwaarschrift moet standaard binnen zes weken zijn beslist, bij het inschakelen van een adviescommissie is de termijn maximaal tien weken. Is die termijn verstreken, dan wordt het niet tijdig nemen van een besluit gelijk gesteld met een besluit (art. 6:2 Awb) en is het beroep niet aan een termijn gebonden (art. 6:12, lid 1).

Zouden wettelijke beslistermijnen voor het nemen van een beschikking ontbreken, dan geven de art. 4.13 e.v. van de Awb een regeling om in plaats daarvan te werken met het begrip 'redelijke termijn'. Dan moet al naar gelang de omstandigheden (is het bijvoorbeeld een eenvoudige, of juist een complexe zaak?) worden beslist of sprake is van het niet tijdig nemen van een beschikking. Maar art. 4:13, lid 2 van de Awb biedt een ondergrens: in ieder geval is een redelijke termijn verstreken indien een termijn van acht weken is verstreken, tenzij het bestuursorgaan laat weten dat het langer duurt, maar dat moet binnen de grenzen van het redelijke blijven.

6.3.4 Beschikkingen in soorten

beschikkingen onderscheiden

Beschikkingen laten zich op allerlei manieren nader indelen, bijvoorbeeld in 'zuiver eenzijdig' (een sanctie, een belastingaanslag) naast 'geconditioneerd eenzijdig' (de aanstelling van een ambtenaar, het verlenen van een subsidie), 'aflopend' tegenover 'duurzaam', en dergelijke.

Wij beperken ons hier tot twee manieren om beschikkingen te onderscheiden, te weten:

1. naar strekking van de beschikking, belastend tegenover *begunstigend*;
2. naar strekking van de bevoegdheid, gebonden tegenover *vrij*.

Deze onderscheidingen hebben directe juridische - en dus ook praktische - consequenties, reden om hier kort bij stil te staan.

Wij wijzen er nog op dat beide kenmerken hier worden behandeld als eigenschappen van de beschikking, omdat dit voor de bestuurspraktijk het meest relevant is. Twee punten verdienen daarbij de aandacht. Allereerst dat we ook ten aanzien van gebonden versus vrij vaak spreken in termen van eigenschappen van de beschikking. Eigenlijk is dit onjuist, het betreft een eigenschap van de bevoegdheid tot beschikken. Anderzijds is het wel zo dat die eigenschap wel aangeeft of, uitgaande van een bepaalde feitelijke situatie, direct uit de wet voortvloeit wat de inhoud van de beschikking zal zijn, of dat op basis van de wet nog bepaalde keuzes moeten worden gemaakt. In de tweede plaats moeten we bedenken dat de beide eigenschappen 'van' beschikkingen zonder bezwaar veralgemeniseerd kunnen worden tot *besluiten*: deze kunnen belastend, of begunstigend zijn, of gebonden dan wel vrij.

Ad. 1 - Belastend tegenover begunstigend

Het onderscheid tussen belastende en begunstigende beschikkingen wordt zichtbaar door het perspectief te kiezen van de geadresseerde van de beschikking, dat wil zeggen degene(n) tot wie de beschikking is gericht.

Neem het voorbeeld van een bouwvergunning voor een duivenhok, waartegen de burens bezwaren hebben. Vanuit de positie van de aanvrager bekeken is sprake van een begunstigende beschikking. Dat geeft de doorslag. Ondanks de bezwaren van de burens (derden) spreken wij van een begunstigende beschikking.

Voorbeelden van belastende beschikkingen zijn: een belastingaanslag inkomstenbelasting, een aanschrijving tot het treffen van voorzieningen aan een woning, het toepassen van bestuursdwang, inhoudende een last tot afbraak van een illegale schutting. Begunstigende beschikkingen zijn bijvoorbeeld: een milieu-vergunning, het verlenen van huursubsidie, het toekennen van een gratificatie aan een ambtenaar.

meestal gemengd karakter

In de praktijk zijn beschikkingen veelal niet zuiver belastend of begunstigend, maar kennen zij een *gemengd* karakter. Zo kent een in de kern begunstigende beschikking meestal tevens belastende elementen.

Een voorbeeld daarvan is de vergunning met voorschriften. Zo bevat een milieuvergunning niet de toestemming om ongelimiteerd te vervuilen. Het vergunningstelsel beoogt immers juist de milieubelasting te reguleren. Door het stellen van vergunningvoorschriften ontstaat de mogelijkheid tot sturing van gedrag. In de vergunning komen daarom, gekoppeld aan de toestemming om bepaalde bedrijfsmatige activiteiten te verrichten, allerlei voorschriften voor die de milieubelasting binnen de perken moeten houden. Deze voorschriften bevatten verplichtingen voor de vergunninghouder.

Een tweede voorbeeld is de subsidie. Op het eerste gezicht zou men denken dat dit het prototype is van een 'zuiver' begunstigende beschikking. Maar ook bij subsidiëring worden veelal door de subsidiegevende organen allerlei beperkende voorschriften gesteld (over hoe de middelen besteed dienen te worden). Terzijde: de term 'voorschriften' verdient de voorkeur boven 'voorwaarden', het gaat immers om voorschriften waaraan iemand zich heeft te houden bij het gebruik maken van een vergunning (of een subsidie, of een ander type beschikking). De term 'voorwaarden' suggereert ten onrechte dat het zou gaan om voorwaarden om de beschikking te verkrijgen.

verschil tussen belastende en begunstigende beschikkingen

Het onderscheid tussen belastende en begunstigende beschikkingen is onder meer in de volgende opzichten relevant:

1. Het *intrekken of wijzigen* van een begunstigende beschikking is - gelet op de belangen van de geadresseerde van de beschikking - in het algemeen minder gemakkelijk dan bij een belastende beschikking. De belangen van derden kunnen dit echter compliceren. Zo zal bijvoorbeeld het intrekken van een beschikking tot toepassing van bestuursdwang wegens illegale bouw door de overtreder met gejuich worden begroet. Maar de omwonenden (derdenbelanghebbenden) die nu juist hebben geklaagd over het bouwwerk zullen ontevreden zijn over het intrekken van de bestuursdwang. Kortom: de belangen van derden kunnen beperkingen opleveren bij het intrekken dan wel veranderen van een belastende beschikking.
2. *Terugwerkende* kracht is bij een belastende beschikking - in tegenstelling tot een begunstigende beschikking - in beginsel niet aanvaardbaar. Denk aan het ontslag van een ambtenaar. Dat kan niet zonder meer ook nog met terugwerkende kracht verleend, omdat dit in feite neerkomt op het uitdelen van een extra sanctie. Het verlenen van terugwerkende kracht is in zo'n geval - afhankelijk van de ontslagregeling - in uitzonderingsgevallen wel toelaatbaar, maar alleen als goed gemotiveerde uitzondering op de regel.

Ad. 2 - Gebonden of vrij discretionaire bevoegdheid

Het verschil tussen een gebonden beschikkingsbevoegdheid en een vrije beschikkingsbevoegdheid wordt duidelijk door de focus te kiezen van het beschikkende bestuursorgaan. Daarom spraken wij in de vorige zin ook van een kenmerk van een beschikkingsbevoegdheid. Als een beschikkingsbevoegdheid vrijheid laat aan het desbetreffende bestuursorgaan bij het toepassen van die bevoegdheid, gaat het om een vrije of discretionaire beschikkingsbevoegdheid. Ontbreekt vrijheid (of discretie), dan is sprake van een gebonden bevoegdheid (of, in het spraakgebruik, van een gebonden beschikking).

gebonden beschikking

Een voorbeeld van een gebonden beschikking is een heffing inkomstenbelasting. In het belastingrecht geldt als uitgangspunt 'heffing uit kracht van de wet'. De wet bepaalt daarom zoveel mogelijk zelf de grondslag voor de belastingheffing; de beleidsvrijheid van de uitvoerende organen wordt zoveel mogelijk beperkt.

vrije beschikkingsbevoegdheid

Op twee manieren kan sprake zijn van bestuurlijke vrijheid bij het beschikken. Daarvoor moeten we steeds goed letten op de bevoegdheidsbepaling. Deze heeft steeds een 'als - dan' structuur. Nemen we

als voorbeeld art. 8.10 Wet milieubeheer: 'De vergunning kan slechts in het belang van de bescherming van het milieu worden geweigerd.' Het 'dan-deel' van deze bevoegdheid behelst het vermogen om de vergunning te weigeren, dat wil zeggen om de aanvraag af te wijzen. Het 'als-deel' geeft aan dat weigeren slechts mogelijk is 'in het belang van de bescherming van het milieu'.

Beoordelingsvrijheid?

Het 'als-deel' schetst de voorwaarden waaronder de bevoegdheid mag worden uitgeoefend. Het bestuur moet beoordelen of het belang van de bescherming van het milieu in de gegeven situatie in het geding is. Als er van een bepaalde activiteit die valt onder de milieuvergunningplicht geen nadelige effecten voor het milieu zullen uitgaan (al dan niet doordat aan een vergunning voorschriften worden verbonden) mag de vergunning niet worden geweigerd. Deze beoordeling verlangt van het bestuur dat het de feiten vaststelt, dat het een uitleg geeft van de voorwaarden (wat houdt 'belang van de bescherming van het milieu' eigenlijk in?) en dat het vervolgens nagaat of de vastgestelde feiten kunnen worden gekwalificeerd in de uitgelegde termen van de voorwaarden (betreffen de vastgestelde feiten het belang van de bescherming van het milieu; kortom: valt een relevante mate van aantasting van dat belang te duchten?). Zowel de vaststelling van feiten, alsook de uitleg van wettelijke voorwaarden stellen het bestuur soms al voor flinke puzzels. Het is echter de rechter die daarin steeds het laatste woord heeft. Wat de kwalificatie betreft is het mogelijk dat de wetgever het bestuur bewust enige speelruimte geeft. Dat spreken we van beoordelingsvrijheid. De rechter grijpt pas in als het bestuur op onredelijke wijze kwalificeert: als redelijk denkende mensen niet tot de door het bestuur gekozen kwalificatie zouden kunnen komen. Of sprake is van beoordelingsvrijheid is zelf al weer een kwestie van wetsuitleg. Op twee manieren maakt de wetgever het doorgaans duidelijk:

- door uitdrukkelijk in een bevoegdheidsbepaling de formulering: 'indien naar het oordeel van het bestuur sprake is van ...' te gebruiken. Vergelijk in dit verband art. 44, sub d Woningwet waarin bij een aanvraag om een bouwvergunning aan B&W beoordelingsvrijheid inzake welstandseisen wordt gelaten;
- door voor de materiële voorwaarde (zoals belang milieubescherming) gebruik te maken van de adjectieven 'redelijk', 'rechtvaardig' of 'doelmatig'. Vergelijk in dit verband art. 40 van de Huisvestingswet: 'Burgemeester en wethouders kunnen, indien dat voor een evenwichtige en *rechtvaardige* verdeling van woonruimte noodzakelijk is, ... woonruimte vorderen.' Met een dergelijk adjectief maakt de wetgever duidelijk dat het bestuur, binnen de grenzen der redelijkheid, beschikt over enige keuzeruimte bij het kwalificeren in het kader van de beoordeling of aan de voorwaarden voor bevoegdheidsuitoefening is voldaan.

Beoordelingsvrijheid behelst natuurlijk uiteindelijk een beoordelingsplicht. Het bestuur moet een beoordeling geven. Hoe het bestuur oordeelt is niet geheel vooraf te zeggen, maar de eisen der redelijkheid dwingen wel een zekere 'bandbreedte' af, terwijl de vrijheid ook op een consistente wijze moet worden aangewend.

Beleidsvrijheid

Bij beleidsvrijheid gaat het om het 'dan-deel' van de bevoegdheidsbepaling. Opmerkelijk is het verschil tussen de hiervoor gebruikte voorbeelden van art. 44 Woningwet enerzijds en art. 8.10 Wm en art. 40 Huisvestingswet anderzijds. De aanhef van art. 44 Woningwet luidt: 'De bouwvergunning mag alleen en moet worden geweigerd indien:...(..)' Dit brengt mee dat de vergunning niet op andere gronden dan de (daarna) genoemde mag worden geweigerd ('mag alleen'), maar ook, dat als aan één of meer van die gronden is voldaan, de vergunning moet worden geweigerd. Er is, anders gezegd, geen keuzevrijheid ten aanzien van of en zo ja, hoe het bestuur heeft te handelen als aan de beoordelingscriteria is voldaan. Daartegenover laten art. 8.10 Wm en art. 40 Huisvestingswet het bestuur wel een keuze: zelfs als aan de (vrije) beoordelingscriteria is voldaan, is het aan het bestuur te oordelen of wordt geweigerd resp. gevorderd. Dit is goed te herkennen aan het woordje 'kan' in de bevoegdheidsbepaling – vaak wordt wel gesproken van een zogenoemde 'kan-bepaling'. Met 'kan' wordt duidelijk gemaakt dat indien is voldaan aan de bevoegdheidsvoorwaarden het bestuur, binnen de grenzen der redelijkheid, beleidsvrijheid heeft of de bevoegdheid inderdaad wordt toegepast (in onze voorbeelden door te weigeren of door te vorderen). Binnen de grenzen der redelijkheid wil, zoals wij in het vorige hoofdstuk al zagen, zeggen dat het bestuur een belangenafweging moet uitvoeren – dat is een plicht, anders dreigt schending van het verbod van willekeur – en dat de rechter die belangenafweging marginaal op redelijkheid toetst (alleen als het de grenzen van de redelijkheid te buiten gaat grijpt de rechter in).

Als de beleidsvrijheid maximaal is, spreken wij van een vrije beschikkingsbevoegdheid. Beleidsvrijheid kan betrekking hebben op:

1. de '*of-vraag*': moet wel of niet worden beschikt?
2. de '*hoe-vraag*': welke invulling krijgt de beschikking.

De 'of-vraag' betreft een tweedimensionale keuze (wel weigeren of niet weigeren; wel vorderen, of niet vorderen?). De 'hoe-vraag' is vooral relevant als er meer dan twee invullingen aan de te nemen beschikking zijn, zoals in het geval dat bij het verlenen van een vergunning aan die vergunning voorschriften worden verbonden. Overigens kan het zijn dat het verbinden van voorschriften aan een vergunning (als eenmaal duidelijk is dat niet wordt geweigerd) helemaal geen beleidsvrije aangelegenheid is – vergelijk art. 8.11, lid 3 Wm met art. 8.13, lid 1 Wm.

relevantie

Het onderscheid tussen een gebonden en een vrije beschikkingsbevoegdheid is onder meer in de volgende gevallen relevant:

1. De mogelijkheid tot het stellen van *voorschriften*. Meestal vermeldt de wet expliciet of in de beschikking al dan niet (bepaalde, toegelaten) voorschriften kunnen worden gesteld. Als de wet hierover zwijgt, dan geldt als regel dat een gebonden bevoegdheid niet de mogelijkheid kent om nog aanvullend voorschriften te stellen. De gedachte daarachter is, dat bij een strikt gebonden bevoegdheid al door de wet precies is omschreven hoe de bevoegdheid moet worden gehanteerd. Bij een vrije bevoegdheid ligt dat anders en is die ruimte er wel.
2. De ruimte voor het *intrekken* dan wel *wijzigen* van een beschikking. De hoofdregel luidt, dat een vrije beschikking wel, maar een gebonden beschikking niet worden ingetrokken c.q. gewijzigd. Wederom is de redenering: bij een gebonden beschikking heeft de wet alles al geregeld. Dat betekent: slechts voor zover de wet dat uitdrukkelijk toestaat, is het toegestaan een gebonden beschikking te wijzigen of in te trekken.
Het met terugwerkende kracht intrekken van een beschikking heet *terugnemen*; het voor de toekomst intrekken van een beschikking is het *opzeggen* daarvan. Los van de terminologie is het moment waarop het intrekken van een beschikking ingaat van gewicht voor de rechtspositie van de beschikkinghouder. Het is dus zaak daar goed naar te kijken.
Het intrekken van een beschikking is zelf ook een beschikking. Aldus ontstaan er nieuwe mogelijkheden van bezwaar en beroep.
3. Toetsing aan *rechtsbeginselen* (denk aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) is nodig en mogelijk bij vrije beschikkingen. Bij (strikt) gebonden beschikkingen zijn deze beginselen minder relevant, maar ook weer niet geheel onbelangrijk – vergelijk de toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel (vergaren van de juiste gegevens), of de toepassing van het motiveringsbeginsel (het geven van een kenbare en deugdelijke motivering).
4. De mogelijkheid om rekening te houden met *belangen van derden*. Deze is bij een beleidsvrije beschikkingsbevoegdheid groter. In dat geval is immers - anders dan bij een gebonden bevoegdheid - ruimte aanwezig om ook andere belangen in de bestuurlijke afweging te betrekken. Hiermee hangt samen dat het bieden van inspraak - immers bedoeld om ruimte te geven om belangen en zienswijzen naar voren te brengen - alleen zin heeft bij enige mate van beleidsvrijheid.

Samengevat:

Soorten beschikkingen

- belastend.....begunstigend
onder andere relevant voor:
 - intrekken/wijzigen
 - terugwerkende kracht
- gebonden.....vrij
onder andere relevant voor:
 - voorschriften
 - intrekken/wijzigen
 - toetsing aan rechtsbeginselen
 - belangen derden

6.4 Subsidie

In de Awb is in hoofdstuk 4 (de 'bijzondere bepalingen over besluiten') een titel ingeruimd voor *subsidies*. Subsidieering leidt tot het nemen van beschikkingen. Zie bijvoorbeeld art. 4:30: 'de beschikking tot subsidieverlening...!'

Op subsidiebeschikkingen zijn om te beginnen de algemene regels over beschikkingen van toepassing (titel 4.1) en vervolgens ook de specifieke regels over subsidies (titel 4.2). Subsidieering vormt voor het

huidige overheidsbestuur een zo belangrijk sturingsinstrument, met een aantal eigen kenmerken, dat regeling in de Awb nuttig werd geacht. De Awb regelt subsidiebetrekkingen als rechtsbetrekkingen; subsidies horen niet langer thuis in de sfeer van de 'vrijgevigheid'.

Wij beperken ons tot de volgende kernpunten:

- het begrip 'subsidie' (§ 6.4.1)
- een wettelijke grondslag voor subsidies (§ 6.4.2)
- het subsidieplafond (§ 6.4.3)
- het subsidieproces: verlenen, vaststellen, betalen (§ 6.4.4).

6.4.1 Wat is een subsidie?

Art. 4:21, eerst lid, Awb omschrijft een subsidie als de

1. aanspraak op financiële middelen;
2. door een bestuursorgaan verstrekt;
3. met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager;
4. anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.

Laten we deze elementen even kort langslopen:

Ad. 1 – Aanspraak

Een aanspraak op subsidie is reeds voldoende om van een subsidie te kunnen spreken. Tegenover de aanspraak van de burger staat de rechtsplicht van het bestuursorgaan om de aanspraak te 'verzilveren'. Zodra er rechtens een aanspraak is gevestigd (op de verstrekking van financiën) is al sprake van een subsidie-verhouding.

Ad. 2 – Bestuursorgaan

Door een bestuursorgaan verstrekt: dit slaat terug op de financiële middelen, niet op de aanspraak. Een aanspraak op subsidie kan rechtstreeks uit de wet voortvloeien, de subsidiebeschikking is dan niet meer dan de vaststelling van deze aanspraak. Vaker is een 'rechtscheppende' beschikking nodig, namelijk in de situatie dat de aanspraken in beginsel wel in de wet zijn neergelegd, maar er enige beleidsvrijheid is om te bepalen wie wel of niet (en tot hoever) zal worden gesubsidieerd.

Ad. 3 – Activiteiten

Het gaat om het financieel ondersteunen van bepaalde activiteiten. Hierdoor valt algemene inkomensondersteuning (denk aan de sociale voorzieningen) buiten het begrip subsidie. Studiefinanciering is wel een vorm van subsidiëring, omdat het gaat om het financieel mogelijk maken van de activiteit studeren. Subsidies zijn met ander woorden gericht op sturing van de samenleving door middel van een financieel instrument. Het doel is gedragsbeïnvloeding in een door het bestuursorgaan gewenste richting.

Ad. 4 – Geen betaling

Buiten het subsidiebegriff valt: de betaling voor een goed of dienst. Dat is een civielrechtelijke rechtsbetrekking.

Let wel: 'subsidie' zoals omschreven in de Awb is een *materieel begrip*. Ieder verschijnsel dat naar inhoud aan de begripskenmerken voldoet, valt daardoor onder het begrip 'subsidie'. Als materieel sprake is van een subsidie, dan is het een subsidie - en is ook het Awb-subsidierecht van toepassing - ook al hanteert een bepaalde wettelijke regeling een andere term, of ook al gebruikt een bestuursorgaan een andere aanduiding.

6.4.2 Wettelijke grondslag

wettelijke grondslag

Wij hebben eerder vastgesteld, dat de invulling van het legaliteitsbeginsel steeds meer de kant is opgegaan van het eisen van een wettelijke grondslag voor ieder overheidsoptreden, ook als het gaat om subsidies (zie Hoofdstuk 4). Hierbij sluit het uitgangspunt van de subsidieregeling in de Awb aan: geen subsidie zonder grondslag in de wet. Art. 4:23 zegt het zo: 'een bestuursorgaan verstrekt slechts subsidie op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt'. Uit deze bepaling volgt:

1. Het moet gaan om een subsidieregeling met het rechtskarakter van een wettelijk voorschrift. Wij herinneren eraan dat overal waar de Awb deze term gebruikt wordt bedoeld op een algemeen verbindend voorschrift. Ook een gemeentelijke subsidieregeling volstaat derhalve als wettelijke grondslag.
2. Het wettelijk voorschrift moet een aanduiding bevatten van de activiteiten die voor subsidie in aanmerking komen. Er moet een inhoudelijke normering plaatsvinden.

Het gaat derhalve om een wettelijke grondslag die een inhoudelijke aanduiding geeft van de activiteiten waarvoor subsidie kan worden verleend en van de verplichtingen die in dat verband door een bestuursorgaan kunnen worden opgelegd. Om praktische redenen zijn (in art. 4:23, derde lid, Awb) - bijvoorbeeld voor incidentele subsidies - enkele hier niet besproken uitzonderingen gemaakt. Door subsidies te verlenen op basis van een wettelijke subsidieregeling wordt de duidelijkheid voor burgers (rechtszekerheid) gediend. Een tweede doel is dat hierdoor een betere beheersing wordt bereikt van de overheidsuitgaven die met subsidies zijn gemoeid. Ten tijde van de introductie van Titel 4.2 Awb (Subsidies) vond een substantieel deel van de subsidie-uitgaven nog plaats zonder uitdrukkelijke wettelijke regeling. Inmiddels zijn bij vele overheden nieuwe subsidieregelingen geïntroduceerd en zijn, waar dergelijke regelingen reeds bestonden, andere doorgelicht en waar nodig bijgesteld.

6.4.3 Subsidieplafond

maximum voor subsidies

Wettelijke regelingen die aanspraken creëren op subsidie zonder daaraan financiële grenzen te stellen, worden open-einde-regelingen genoemd. De Awb bevat met het oog op deze problematiek een regeling van het 'subsidieplafond' (zie afdeling 4.2.2.). Een subsidieplafond maakt deel uit van de subsidieregeling en wordt voorafgaand aan de subsidieperiode bekend gemaakt. Het is het maximale bedrag voor subsidies krachtens een bepaalde subsidieregeling (art. 4:22 Awb). Indien 'volgens het boekje' een subsidieplafond in het leven is geroepen, kan een subsidie-aanvraag die in potentie voor toewijzing in aanmerking komt, worden geweigerd omdat de benodigde gelden ontbreken.

Het creëren van een subsidieplafond is niet verplicht. Sommige subsidies (zoals studiefinanciering) lenen zich naar hun aard ook niet voor een plafond; andere (ondersteunen van experimenteel theater?) wel. *Indien* is gekozen voor een subsidieplafond, zijn vervolgens de spelregels van de Awb van toepassing. Een belangrijke spelregel is bijvoorbeeld dat subsidie *moet* worden geweigerd indien het subsidieplafond overschreden dreigt te worden (art. 4:25, lid 2 Awb).

6.4.4 Subsidieproces

Het proces van subsidiëring valt in de systematiek van de Awb in drie stappen uiteen:

1. verlening
2. vaststelling
3. betaling.

De eerste twee stappen vallen vaak samen. Soms is het echter nodig om na de subsidie-verlening (1) het bedrag bij nadere beschikking precies vast te stellen (2). De beschikking tot subsidieverlening kan in dat geval aangeven volgens welke systematiek vaststelling plaatsvindt (bijvoorbeeld bij subsidie van een concert: een bepaald bedrag per bezoeker) – opmerkelijk is dat de Awb (in art. 4:36) voorziet in de mogelijkheid om bij overeenkomst tussen subsidieverlener en –ontvanger de verplichting tot het daadwerkelijk uitvoeren van de gesubsidieerde activiteit vast te leggen.

De daadwerkelijke betaling vormt het onvermijdelijke sluitstuk van de subsidie-relatie – mogelijk slechts nog gevolgd door de terugvordering (art. 4:27 Awb). De Awb-bepalingen over betaling geven een uitwerking van de publiekrechtelijke kant van deze fase van het subsidieproces. Voor het overige is de betaling een civielrechtelijke aangelegenheid.

6.5 Het voorbereiden en nemen van besluiten

We kunnen, aan het slot van dit hoofdstuk, de specifieke regels voor respectievelijk (1) de totstandkoming van besluiten en de (2) totstandkoming van beschikkingen op een rijtje zetten. Deze rijtjes weerspiegelen de relevantie van de kwalificaties van bestuurshandelen als resp. besluit en beschikking in de zin van de Awb. Voor de normering in ruime zin zij verwezen naar het vorige hoofdstuk.

Ad. 1 - Algemene eisen aan het voorbereiden en nemen van een besluit

Aan het voorbereiden van besluiten - zowel besluiten van algemene strekking als beschikkingen - stelt de Awb een aantal algemene eisen, neergelegd in hoofdstuk 3. Wij zetten deze schematisch op een rij.

- zorgvuldigheid ten aanzien van het vergaren van relevante feiten en betrokken belangen (art. 3:2);
- geen misbruik maken van een bevoegdheid: let op het doel van de wet (het verbod van détournement de pouvoir) (art. 3:3 en art. 3:4, lid 1 in fine);
- plicht tot belangenafweging binnen de grenzen die de wet stelt (verbod van willekeur) (art. 3:4, lid 1);
- het gebod van niet-onevenredigheid tussen de gevolgen van een besluit voor belanghebbenden en de met een besluit te dienen doelen (art. 3:4, lid 2);
- advisering (afdeling 3.3); let op de omschrijving van een adviseur (art. 3:5): alleen iemand die niet onder verantwoordelijkheid van het orgaan werkt is een adviseur; dan zorgvuldig omgaan met een advies;
- bekendmaking en mededeling (afdeling 3.6); bekendmaking is een noodzakelijke voorwaarde voor inwerkingtreding van een besluit (art. 3:40 Awb) – let op de uitzondering voor algemeen verbindende voorschriften (art. 3:1, lid 1);
- motivering (afdeling 3.7); essentieel is een deugdelijke en kenbare motivering van een besluit – let op de uitzondering voor algemeen verbindende voorschriften (art. 3:1, lid 1);
- indien bij wet of bestuursbesluit bepaald: toepassing van de openbare voorbereidingsprocedure (thans Afd. 3.4 of 3.5, na wetwijziging enkel Afd. 3.4), met name indien sprake is van 'onbekende bij het besluit betrokken derden', of indien behoefte bestaat aan betrokkenheid van 'een ieder' (zoals in milieuzaken), en met toepassing van specifieke regels voor onder meer ter inzage legging, openbare kennisgeving en het door belanghebbenden (of een ieder) naar voren brengen van zienswijzen (bedenkingen).

Ad. 2 – Algemene eisen aan het voorbereiden en nemen van een beschikking

Bovenop de aan de voorbereiding van een besluit te stellen eisen zijn in hoofdstuk 4 (titel 4.1) aanvullende eisen te vinden met betrekking tot het voorbereiden en nemen van een beschikking. Schematisch weergegeven gaat het hier om de volgende elementen:

- aanvraag (afdeling 4.1.1): in beginsel schriftelijk aanvragen, eventueel via een formulier;
- voorbereiding (afdeling 4.1.2): let met name op bepalingen over het vooraf horen (art. 4:7 tot en met 4:12):
 - zienswijze naar voren brengen;
 - het gaat vooral om feiten/gegevens
 - daarna is immers nog bezwaar mogelijk
- beslistermijn (afdeling 4.1.3): denk aan het tijdig beschikken (en de 'vangnetbepaling' van art. 4:13 Awb).

7 **Beleid met privaatrecht**

leerdoelen

De stof van dit hoofdstuk is gericht op de verwerving van:

- kennis van en inzicht in de overwegingen van het bestuur tot gebruikmaking van het privaatrecht;
- kennis van en inzicht in de mogelijkheden en begrenzingen aan het gebruik van privaatrecht door het bestuur;
- kennis van en inzicht in enkele algemene aspecten van contracteren met de overheid;

Introductie

dwingend recht

Bestuursrecht is van oorsprong verticaal, dwingend recht. Niet alle rechtsverhoudingen die de overheid in het kader van de uitoefening van haar taken aangaat kunnen echter doeltreffend worden behartigd met uitsluitend bestuursrechtelijke instrumenten. Het privaatrecht heeft een *aanvullende* betekenis ten opzichte van het bestuursrecht. Een voorbeeld is het gebruik van de overeenkomst ter ondersteuning van beleidsdoelstellingen; men spreekt in dit verband wel van beleidsovereenkomsten.

In dit hoofdstuk wordt de aanvullende rol beschreven die het privaatrecht speelt bij het voeren van overheidsbeleid. Ondanks de steeds verdere verfijning van het publiekrechtelijke instrumentarium, vooral als gevolg van de uitbouw van de Awb, blijven privaatrechtelijke instrumenten en constructies in het kader van het overheidsbeleid, onmisbaar. Op dikwijls cruciale momenten wordt in het overheidsbestuur gegrepen naar instrumenten als een contract of een convenant.

Daarbij spelen ongetwijfeld psychologische factoren een rol: een contract berust op wederzijdse expliciete instemming en dat wordt als een sterkere waarborg voor naleving ervaren dan een eenzijdig opgelegd of afgedwongen overheidsbesluit.

Overigens valt in de rechtspraktijk waar te nemen dat de eertijdse tegenstelling tussen publiek- en privaatrecht steeds verder vervaagt en dat de beide rechtsgebieden naar elkaar toegroeien. In zowel de Awb als het BW zijn daartoe zogenaamde 'schakelbepalingen' opgenomen. Zij komen hierna onder § 7.2.4. aan de orde.

privaatrecht of publiekrecht

Om te beginnen (in § 7.1) wordt verkend vanuit welke motieven het privaatrecht wordt ingeschakeld. Een van de redenen blijkt te zijn, dat het meer horizontale privaatrecht soms beter past bij de 'interactieve' bestuursstijl van de moderne overheid dan het klassieke verticale bestuursrecht. Er wordt wel gezegd dat het overheidsbestuur in instrumenteel opzicht 'kantelt', horizontaliseert. De term 'horizontaliseren' is afgeleid van de in beginsel formeel gelijkwaardige, gecoördineerde, oftewel horizontale rechtsverhouding in het privaatrecht, waar in het publiekrecht een gesubordineerde oftewel verticale rechtsverhouding kenmerkend is.

In § 7.2 komen mogelijkheden en beperkingen bij de keuze tussen privaat- en publiekrecht aan de orde. Soms beschikt de overheid helemaal niet over publiekrechtelijke instrumenten om een bepaalde taak te verwezenlijken. In dat geval kan zonder meer van het privaatrecht gebruik worden gemaakt. Concurrentie tussen privaat- en publiekrecht doet zich dan niet voor. Wanneer zowel publiek- als privaatrechtelijke instrumenten ter beschikking staan, kan de overheid niet ongelimiteerd kiezen voor privaatrecht in plaats van publiekrecht. Bij deze keuze speelt de 'gemengde rechtsleer' een rol. Een van de belangrijkste manieren om het privaatrecht daadwerkelijk in te zetten is het gebruik van het contract met de overheid. Het overheidscontract, of preciezer uitgedrukt: het contract waarbij de overheid partij is, manifesteert zich in velerlei vormen en onder verschillende benamingen. Denk aan het gebruik van contracten (convenanten) in het milieubeleid. Denk ook aan een zogeheten inburgeringscontract: ter bevordering van de integratie in de samenleving wordt vluchtelingen met een voorlopige verblijfsvergunning en andere immigranten een dergelijke overeenkomst aangeboden. Maar ook 'gewone' overeenkomsten van koop en verkoop, bijvoorbeeld van bouwgrond, worden veelvuldig afgesloten. Hoewel, echt 'gewone' koopovereenkomsten zijn dit ook weer niet, omdat ze veelal worden opgetuigd met allerlei bedingen die te maken hebben met overheidsbeleid en die een 'gewone' verkoper of koper elkaar niet zouden stellen. Kenmerken en toepassingen van overheidscontracten worden besproken in § 7.3. Wij sluiten af met een enkele opmerking over toezicht en rechterlijke controle (§ 7.4).

7.1 Motieven voor het gebruik van het privaatrecht

Verscheidende motieven kunnen voor het overheidsbestuur aanleiding vormen voor gebruikmaking van het privaatrecht. Soms vloeit de voorkeur voor het publiekrecht voort uit een publiekrechtelijke regeling zelf (zie § 7.1.1), soms is het juist van belang om een privaatrechtelijke rechtspositie vast te leggen (§ 7.1.2). Ook kan het zijn dat het bestuur de publiekrechtelijke weg ontwijkt vanwege de daarmee gepaard gaande lasten (§ 7.1.3) en tenslotte sluit gebruik van het privaatrecht als alternatief voor het publiekrecht beter aan bij de verhoudingen waarbinnen het bestuur opereert (§ 7.1.4). We zullen elk van deze motieven achtereenvolgens wat nader bestuderen.

7.1.1 Soms voorkeur voor privaatrechtelijke regeling

uitdrukkelijke voorwaarde

Soms wordt in een publiekrechtelijke regeling uitdrukkelijk de voorwaarde gesteld dat eerst een privaatrechtelijke regeling moet worden nagestreefd, alvorens van het publiekrecht te kunnen gebruik maken. Zo spreekt art. 222 Gemeentewet een voorkeur uit voor het verhaal door middel van een (exploitatie-)overeenkomst boven fiscaal (publiekrechtelijk) verhaal van door de gemeente te treffen voorzieningen van openbaar nut, waardoor onroerende zaken geschikt of beter geschikt worden voor bebouwing of in een voordeliger positie komen te verkeren. Een tweede voorbeeld biedt art. 17 Onteigeningswet, waarin is bepaald dat onteigening niet mogelijk is indien niet is getracht om de eigendom van de te verwerven grond in der minne te verkrijgen. Art. 49 Wet op de Ruimtelijke Ordening tenslotte regelt schadevergoeding ten gevolge van een bestemmingsplan, voor zover die niet door aankoop of anderszins is gecompenseerd.

7.1.2 Vastleggen van de privaatrechtelijke rechtspositie

overeenkomst

Een tweede motief om het privaatrecht te hanteren is het willen vastleggen van de privaatrechtelijke rechtspositie. Denk aan het gebruik van de overeenkomst. De overeenkomst is bij uitstek het instrument om *privaatrechtelijke* rechten en verplichtingen in het leven te roepen, ook voor de overheid. Dikwijls vindt een overeenkomst haar aanleiding in de behoefte van partijen (waaronder een overheidsorgaan) om risico's in het kader van een gezamenlijk project te benoemen en (vooral) te verdelen.

De privaatrechtelijke weg kan in bepaalde omstandigheden zelfs in de plaats komen van de publiekrechtelijke weg (zie ook hierna). Niet zelden is in zulke gevallen sprake van een 'ontwijkingsmotief': de als belemmerend of lastig ervaren publiekrechtelijke regeling wordt erdoor ontweken. De derde reden is dat de overeenkomst in bepaalde omstandigheden goed kan dienst doen als 'alternatief' voor de publiekrechtelijke regeling. Deze beide laatste motieven verdienen nadere bespreking.

7.1.3 Het ontwijkingsmotief

argumenten

Publiekrechtelijke middelen om overheidsdoeleinden te bereiken zijn in hun wettelijke uitwerking soms ingewikkeld en tijdrovend. Men moet zich echter realiseren dat er in het algemeen goede redenen zijn om de regeling zo 'bureaucratisch' te doen zijn. Publiekrechtelijke (gedrags)voorschriften en bepalingen richten zich nogal eens op de meest 'kwaadwillende' justitiabelen en moeten daarom zo veel mogelijk 'waterdicht' gemaakt, hetgeen doorgaans noodzakelijkerwijs gepaard gaat met enige 'overkill' aan regels. De wens de (soms ten onrechte) als 'bureaucratisch' ervaren publiekrechtelijke weg te verruilen voor de privaatrechtelijke route, kan blijken uit argumenten als: de noodzaak snel tot besluitvorming te komen, het willen ontlopen van inspraak- en overlegverplichtingen, de wens publicatieverplichtingen te ontwijken, het passeren van toezicht door hogere bestuursorganen en het buiten de door de Awb geboden bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsvoorzieningen willen blijven. De genoemde argumenten kunnen als voordelen van het gebruik van het privaatrecht worden beschouwd, maar leveren tegelijk ook aangrijpingspunten op voor een kritische beoordeling. Naarmate men bij een keuze voor de privaatrechtelijke weg meer tegemoet wil komen aan deze kritische punten, is minder sprake van ontwijking van publiekrechtelijke waarborgen. Maar dan is het soms net zo eenvoudig om toch maar, als deze beschikbaar is, de publiekrechtelijke weg te kiezen.

7.1.4 Het alternatief-motief

Voor de toepassing van het privaatrecht, in het bijzonder het contract, als alternatief voor publiekrechtelijke, meestal eenzijdige, overheidsinterventies speelt in ieder geval een drietal factoren een rol:

1. de ontwikkeling naar een meer 'horizontale' verhouding tussen overheid en burger;
2. het bieden van maatwerk voor atypische situaties;
3. een minder hiërarchische wijze van omgaan tussen bestuurslagen.

Wij lichten deze factoren kort toe.

Ad. 1 - Horizontalisering modern overheidsbestuur

De 'horizontalisering' van de betrekking bestuur-burger past bij een overheid die tracht door onderhandeling en overleg overeenstemming te bereiken met degenen die haar beleid betreft. Het moderne overheidsbestuur manifesteert zich niet langer alleen maar als overheid tegenover de onderdaan. Een strikt verticale benadering van het besturen zoals dat spreekt uit het volgende citaat is niet langer houdbaar:

'Houdt u mij ten goede. Maar hier is iemand met vaste beginselen op zijn plaats. Iemand die, aan de hand van de wet en de voorschriften, weet waar hij staat.' (Ambtenaar der eerste klasse Dorknoper. Marten Toonder, Heer Bommel en de windhandel (3801)).

Overleg en onderhandelen komen, als manifestaties van horizontalisering, mede voort uit de sterke machtspositie van maatschappelijke partners. Een andere factor is de bruikbaarheid van het juridische instrumentarium. Zo blijkt uit studies naar de handhaving van milieuwetten dat overheden via enig geven en nemen tot de in hun ogen best mogelijke resultaten pogen te komen omdat met een formele opstelling minder goede resultaten bereikt zouden worden (M. Aalders e.a., Handhaving van Milieurecht, Meppel 1987, hoofdstuk 5. Zie tevens F.C.M.A. Michiels, Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling, preadvies VAR, 1995, p. 14 en Handhaven op niveau, rapport van de Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, Deventer 1998, blz. 131). Zo ook heeft het bijvoorbeeld weinig zin om een bestemmingsplan onder massale tegenspraak (bezwaren) vast te stellen. Van de verwezenlijking en handhaving komt dan niets of weinig terecht, omdat de tegenstanders zich zullen blijven verzetten tegen ook iedere uitvoeringsmaatregel of -beslissing (Zie J.W. van Zundert, Ruimtelijke normstelling en legitimiteit, in de Crinice Le Roy-bundel 'Bestuur en norm', Deventer 1986, p. 329).

onderhandelend bestuur

Een meer 'horizontaal' bestuur leidt al snel tot onderhandelend bestuur, een wijdverbreid fenomeen. Bestuursorganen schromen niet zelfs te onderhandelen over illegale fenomenen. Niet zelden blijkt een gedoogregeling met het karakter van een contract een wederzijds aanvaardbare oplossing te bieden voor de sanering van een illegale situatie. Het is vanzelfsprekend dat de overheid bij het aangaan van zo'n 'gedoogovereenkomst' rekening moet houden met derdenbelangen. Niet in alle omstandigheden, zeker niet bij ingewikkelde belangenverhoudingen, zal een illegale situatie privaatrechtelijk gedoogd kunnen worden. Als het echter lukt om met de rechtstreeks belanghebbenden en de derdenbelanghebbenden omtrent een sanering een gedoogregeling te treffen, zal de eventueel alsnog noodzakelijke bestuursrechtelijke sanctie in het algemeen effectief kunnen worden toegepast (zie voor de bestuursrechtelijke sancties hoofdstuk, § 8.2, van dit boek). Belanghebbenden zullen dan bij de rechter geen welwillend oor vinden in een poging om via een beroep alsnog onder de afspraken uit te komen.

horizontale elementen in bestuursrecht

Tot nu toe spraken wij over 'horizontalisering' van het bestuur als een verschijnsel dat als het ware dwingt in de richting van het (aanvullend gebruik van het) privaatrecht. Horizontalisering beperkt zich echter niet tot het privaatrecht. Ook in het bestuursrecht zelf verschijnen meer en meer 'horizontale' elementen en wordt veelal gestreefd naar een zekere 'consensus' tussen bestuur en bestuurde. Deze consensus kan worden nagestreefd *voordat* tot normstelling of normtoepassing wordt overgegaan, maar ook *tijdens* de totstandkoming daarvan kan door inspraak van en door overleg met 'partijen' worden gestreefd naar 'contractachtige' elementen in de publiekrechtelijke regeling. In deze geest is bij de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht gesproken over de 'wederkerige rechtsbetrekking' tussen overheid en burger (Zie daarover eerder hoofdstuk 2, § 2.2.3).

Ad. 2 - Atypische situaties bijzondere gevallen

Behalve horizontalisering van de betrekkingen met het bestuur is een tweede factor die bijdraagt aan het gebruik van het privaatrecht (in het bijzonder de overeenkomst) het bestaan van atypische situaties. Juist voor bijzondere gevallen kunnen met toepassing van meer algemene regelgeving vaak geen bevredigende oplossingen worden verkregen. Nadere nuancering van de normstelling bij overeenkomst biedt dan een oplossing. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan afspraken over controle en rapportage door externe deskundigen over de effecten van (milieu)vergunningvoorschriften. Een ander specifiek motief om te kiezen voor een privaatrechtelijk, in plaats van een publiekrechtelijk instrument, kan zijn dat ten aanzien van een privaatrechtelijke regeling ook in het buitenland uitvoering kan worden gevorderd, op grond van het EEX (EG-Executieverdrag) of een ander rechtsvorderingsverdrag.

Ad. 3 - Andere verhouding tussen bestuurslagen veranderende verhoudingen

Een derde factor die aanleiding kan geven tot het gebruikmaken van privaatrecht als alternatief voor publiekrecht zijn de veranderingen in de verhouding tussen bestuurslagen. In het kader van wat wordt genoemd 'complementair bestuur' gaan bestuurslagen op een minder hiërarchische manier met elkaar om. Daarin past dat afspraken tussen bestuurslagen in de vorm van een 'bestuursovereenkomst' worden gegoten: een publiekrechtelijke overeenkomst tussen overheidsorganen zonder wettelijke regeling. In het kader van de verticale coördinatie van overheidsbeleid wordt in publiekrechtelijke regelingen doorgaans volstaan met het vastleggen van formele bevoegdheden inzake goedkeuring, overleg en dergelijke. Beleidsinhoudelijke aspecten waarover tussen meerdere overheden afspraken moeten worden gemaakt kunnen worden neergelegd in een bestuursovereenkomst, of in een convenant. Denk bijvoorbeeld aan het convenant grote-steden-beleid, waarin rijksoverheid en gemeenten afspraken hebben gemaakt over het verbeteren van de leefbaarheid in de grote steden.

7.2 De marge voor het besturen met privaatrecht

mogelijkheden en beperkingen

In de vorige paragraaf zijn (op een niet uitputtende wijze) enkele factoren genoemd die bijdragen aan het gebruik *willen* maken van het privaatrecht, met als in het oog springend voorbeeld de overeenkomst met de overheid. In dit onderdeel bespreken wij het gebruik *kunnen* maken van het privaatrecht: welke mogelijkheden en beperkingen zijn er?

Om te beginnen gaan wij in op beperkingen die voortvloeien uit internationaal recht (zie § 7.2.1). Daarna volgt een behandeling vanuit het nationale perspectief. Voor zover de marge voor het gebruik van het privaatrecht nationaal wordt bepaald, wordt wel gesproken van de 'twee-wegenleer' (zie § 7.2.2). Daarin voerde aanvankelijk de zogeheten gemene rechtsleer de hoofdrol, maar deze is thans opgevolgd door de gemengde rechtsleer (zie § 7.2.3). Zowel wettelijke regelingen, met name de 'schakelbepalingen' tussen publiek- en privaatrecht in BW en Awb (zie § 7.2.4) als rechtspraak, met name de jurisprudentie over de twee-wegenleer (zie § 7.2.5), hebben gezorgd voor een concrete invulling daarvan.

7.2.1 Beperkingen door internationaal recht

richtlijnen EG

De marge voor het gebruik van overheidsprivaatrecht wordt in de eerste plaats beperkt door internationaal recht. In het kader van de totstandkoming van een interne markt is een vijftal EG-richtlijnen uitgevaardigd (zie voor het Europees recht in algemene zin, Hoofdstuk 11). De *richtlijn leveringen* (93/36/EEG) betreft de overheidsopdrachten tot levering van roerende goederen en producten met een waarde boven 200 000 ECU. De *richtlijn werken* (93/37/EEG) betreft de aanbesteding van bouwwerken door de overheid. Richtlijn 98/665/EEG, ook wel genoemd de *rechtsbeschermingsrichtlijn*, gaat over de naleving van procedureregels bij het aanbesteden van leveringen en werken. Omdat de sectoren water- en energievoorziening, openbaar vervoer en telecommunicatie geen strikte overheidsdiensten (meer) zijn, doch wel een gesloten karakter vertonen, bevat richtlijn 93/38/EEG, ook wel aangeduid als de *richtlijn nutssector*, voorwaarden voor het plaatsen van opdrachten door deze sector. En voorts is voor aanbestedende diensten die vallen onder de richtlijn werken en leveringen een richtlijn vastgesteld betreffende opdrachten voor het verrichten van diensten, zoals schoonmaak, onderhoud, advisering, accountancy, vervoersdiensten etcetera, voor meer dan 200 000 ECU, de *richtlijn diensten* (92/50/EEG). Deze richtlijnen voorzien in voldoende openbare bekendmaking in de Gemeenschap teneinde het bedrijfsleven in alle lidstaten in de concurrentie te betrekken, in het verbod van discriminatie en in objectieve criteria voor de deelneming aan aanbestedingen, leveringen en diensten en gunning van opdrachten.

De burgerlijke rechter is bevoegd tot kennisneming van (onrechtmatige daads)vorderingen bij schending van de communautaire maatregelen. De basis daarvoor is gegeven in de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen van 31 maart 1993 (Stb. 1993, 212) en de daarop berustende algemene maatregelen van bestuur.

7.2.2 Twee-wegenleer

keuzevrijheid

Het 'nationale' antwoord op de vraag of en in hoeverre de overheid via het privaatrecht mag nastreven wat zij publiekrechtelijk wellicht minder gemakkelijk kan bereiken, wordt beheerst door de zogenaamde 'twee-wegenleer'. Kort samengevat luidt deze leer dat het de overheid in het kader van de uitoefening van bestuursbevoegdheden 'in beginsel vrij staat' om daartoe gebruik te maken van privaatrechtelijke in plaats van publiekrechtelijke instrumenten. Die in beginsel aanwezige keuzevrijheid is echter niet onbeperkt. De daaraan door de wet en door de rechtspraak gestelde voorwaarden komen straks ter sprake.

gemene recht(sleer)

Aan de twee-wegenleer ligt in oorsprong de opvatting ten grondslag dat het privaatrecht het algemeen geldende, dus het 'gemene' recht is. Het publiekrecht zou daarop slechts een stelsel van specifieke uitzonderingen vormen, neergelegd in publiekrechtelijke regelgeving. Privaatrechtelijke regels gelden volgens de twee-wegenleer dus ook voor rechtsverhoudingen waarbij de overheid is betrokken, tenzij uit de toepasselijke publiekrechtelijke regels anders voortvloeit.

In zijn dissertatie 'Het burgerlijk kleed van de staat, Beschouwingen over de twee-wegenleer' bepleit J.M.H.F. Teunissen (Zwolle, 1996) een scherp onderscheid tussen de sferen van het publiekrecht (de sfeer van de verdelende rechtvaardigheid) en van het privaatrecht (de sfeer van de vergeldende rechtvaardigheid). Tussen beide sferen is geen versmelting (of 'osmose') mogelijk, maar hooguit een vervechting.

7.2.3 Gemengde rechtsleer

verwevenheid

Met de groei van het bestuursrecht en de bestuursrechtspraak is gaandeweg het dogmatische karakter van de gemene rechtsleer onder druk komen te staan. Het concept van de gemene rechtsleer heeft moeten plaatsmaken voor de 'gemengde rechtsleer': op rechtsverhoudingen waarbij de overheid is betrokken in het grensgebied van publiek- en privaatrecht is een mengvorm van deze regels van toepassing. De gemengde rechtsleer gaat er van uit dat privaat- en publiekrecht gelijkwaardige rechtssferen zijn, waarvan de toepasselijkheid in het concrete geval afhankelijk is van de aard van de rechtsverhouding. De gemengde rechtsleer hanteert de volgende uitgangspunten.

Gemengde rechtsleer:

- als de overheid optreedt als behartiger van het algemeen belang zullen primair regels van publiekrecht moeten worden toegepast, tenzij:
 - die er niet zijn, of tenzij:
 - met regels van privaatrecht hetzelfde resultaat kan worden bereikt
 - en er geen onaanvaardbare doorkruising van publiekrechtelijke rechtswaarborgen plaats vindt.

De gemengde rechtsleer gaat uit van een onderlinge verwevenheid van privaat- en publiekrecht. Concreet is vooral van belang, dat als de overheid gebruik maakt van het privaatrecht, daarop ook publiekrechtelijke maatstaven moeten worden toegepast. Dit blijkt zowel uit de huidige wetgeving - schakelbepalingen tussen Awb en Burgerlijk Wetboek (BW) - alsook uit de jurisprudentie.

7.2.4 Schakelbepalingen

ongeschreven regels

In het Burgerlijk Wetboek (BW) is een belangrijke bepaling opgenomen die zorgt voor een 'schakeling' met het publiekrecht. In art. 3:14 BW is namelijk het volgende bepaald:

'een bevoegdheid krachtens burgerlijk recht mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht.'

Tot de ongeschreven regels van publiekrecht behoren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze bepaling sluit daarmee aan op de reeds uit de rechtspraak, te weten de *IKON-arresten* (Hoge Raad

27 maart 1987, AB 1987, 273 en Hoge Raad 22 maart 1991, AB 1991, 446), voortvloeiende voorwaarde dat de overheid zich ook bij haar privaatrechtelijk handelen moet richten op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De bijzondere positie van de overheid ('dienaar van het algemeen belang') brengt dat met zich mee.

De corresponderende schakelbepaling vinden wij in art. 3:1, tweede lid, Awb:

'Op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten zijn de afdelingen 2 tot en met 5 van toepassing, en wel voor zover de aard van de besluiten zich daartegen niet verzet.'

Onder 'andere handelingen' worden rechtshandelingen naar burgerlijk recht mede begrepen. Op deze wijze is vanuit het bestuursrecht (de Awb) verzekerd, dat de overheid in haar privaatrechtelijke optreden altijd gebonden blijft aan publiekrechtelijke maatstaven.

De Algemene wet bestuursrecht drukt aldus een eigen stempel op het privaatrechtelijk overheids-handelen. De afdelingen uit de Awb die in art. 3:1, tweede lid, van overeenkomstige toepassing zijn verklaard hebben respectievelijk betrekking op de zorgvuldigheid en belangenafweging (Afd. 3.2), advisering (Afd. 3.3) en - facultatief - de gewone (Afd. 3.4) dan wel de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure (Afd. 3.5 – notabene: beide binnenkort samen te brengen als één procedure in Afd. 3.4). Voorbeelden van de van toepassing verklaring van een openbare voorbereidingsprocedure op de totstandkoming van privaatrechtelijke besluiten zijn er nog niet (Zo zijn bijvoorbeeld in de modelexploitatieverordening van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, die in 1996 werd geactualiseerd, geen bepalingen dienaangaande opgenomen. Zie hierover de VNG-publicatie Kostenverhaal bij particuliere grondexploitatie, VNG-uitgeverij 1994/1996).

invullende rechtsleer

De schakelbepalingen passen goed in de benadering van de gemengde rechtsleer. Toch is niet gezegd dat deze leer nu het laatste woord vormt over de scheidslijn tussen publiekrecht en privaatrecht. Met name vanuit het kader van de opkomst van de Algemene verbintenis-scheppende beginselen (Avsb's; zie § 5.3) lijkt de positie van de zogenoemde 'invullende rechtsleer' een sterkere positie te verwerven. Deze leer, geïntroduceerd door A.Q.C. Tak (Overheid en burgerlijk wetboek, Naar een invullende rechtsleer, R&K 1993/13, p. 174-190), gaat uit van een in beginsel strikte scheiding tussen de rechtssfeer van het publiekrecht en van het privaatrecht, alsmede van de opvatting dat het overheidsbestuur altijd en overal handelt als overheid (dat wil zeggen gericht op de behartiging van het algemeen belang) en dus steeds is onderworpen aan de regels van het publiekrecht. Omdat het geschreven publiekrecht het bestuur slechts een beperkt instrumentarium aanreikt, mag dit geschreven publiekrecht worden aangevuld met ongeschreven publiekrecht. Voor dat ongeschreven publiekrecht kan – 'invullend' – inspiratie worden geput uit rechtsfiguren die zijn geregeld in het BW (denk aan het eigendomsrecht, het overeenkomstenrecht en de onrechtmatige daad). Invulling is echter slechts mogelijk indien en voorzover deze rechtsfiguren zich laten voegen naar publiekrechtelijke uitgangspunten (zoals de verdelende rechtvaardigheid). Belangrijk is ook dat de bevoegdheid tot het toepassen van deze rechtsfiguren niet, gelijk in het privaatrecht, zomaar mag worden verondersteld – al wordt niet de eis gesteld dat steeds een uitdrukkelijke wettelijke grondslag nodig is. De invullende rechtsleer toont verwantschap met de redenering die de bestuursrechter ten grondslag heeft gelegd aan de gemeenrechtelijke Avsb's (te weten: onrechtmatige daad, ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling). Daarin wordt immers het uitgangspunt gehanteerd dat het BW (onder andere) een regeling geeft die strekt tot uitwerking – voor het privaatrecht! – van voornoemde *algemene* rechtsbeginselen. Deze beginselen zijn volgens de bestuursrechter (ook) publiekrechtelijk van aard indien zij hun werking doen voelen in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding. Men kan zeggen dat hier sprake is van 'invullen'. Ook wordt wel gesproken over een nieuwe of 'echte' gemene rechtsleer: uitgegaan wordt van het bestaan van enkele algemene rechtsfiguren en rechtsnormen die *algemeen* van toepassing kunnen zijn in publiekrecht en privaatrecht, maar wel binnen elk van die beide rechtsgebieden moeten worden 'vertaald' in de typische context van de eigen rechtssfeer (zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, elfde druk, Den Haag 1999, p. 451-453).

7.2.5. Jurisprudentie

We kunnen mogelijkheden en beperkingen, en de ontwikkeling daarin, waarschijnlijk het best aanschouwelijk maken aan de hand van een aantal arresten:

1. Eindhovense benzinepomp (ruime keuzevrijheid);
2. Windmill (onaanvaardbare doorkruising);
3. De Pina-Helmond (dito);
4. Kunst- en Antiekstudio Lelystad (dito).

We lopen deze uitspraken achtereenvolgens na.

Ad. 1 - Eindhovense benzinepomp ruime keuzevrijheid

Al sinds vooral het arrest van de Hoge Raad inzake de 'Eindhovense benzinepomp' (Hoge Raad 19 januari 1968, Eindhoven/Staals, NJ 1968, 166, ARB 1968, 585, AB Klassiek, Zwolle 1991, p. 70, met noot H.Hennekens), waarbij een aan de benzine-omzet gekoppelde huurprijs van de gemeentegrond niet strijdig werd bevonden met het toenmalige art. 275 van de Gemeentewet (belasting wegens gebruik gemeentegrond) was, vooral in de praktijk van het gemeentelijk grondbeleid, uitgegaan van een ruime keuzevrijheid tussen publiek- en privaatrecht.

Een drietal arresten van de Hoge Raad - uit een langere reeks - markeert de nadien in de jurisprudentie geformuleerde grenzen. Het gaat achtereenvolgens om de arresten Windmill, De Pina-Helmond en Kunst- en Antiekstudio Lelystad.

Ad. 2 - Windmill onaanvaardbare doorkruising

In het 'Windmill-arrest' (1990) ontwikkelde de Hoge Raad het criterium dat het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden een publiekrechtelijke regeling niet 'op onaanvaardbare wijze doorkruist' (Hoge Raad 29 januari 1990, Staat/Windmill, AB 1990, 408, Bouwrecht 1990, 697, Gemeentestem 1990, 6914, NJ 1991, 393, AB Klassiek, 1991, p. 212). Daarbij moet volgens de Hoge Raad onder meer worden gelet op de inhoud en strekking van de regeling (die mede kan blijken uit haar geschiedenis) en op de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd, een en ander tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht. Van belang is voorts, aldus de Hoge Raad, of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een 'vergelijkbaar resultaat' kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid, omdat, zo zulks het geval is, dit een belangrijke aanwijzing is dat geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg.

In het Windmill-arrest ging het in concreto om de vraag of de Staat door middel van een privaatrechtelijke overeenkomst met Windmill voorwaarden kon stellen aan het lozen op haar in eigendom toebehorend oppervlaktewater, nu daarvoor in de Wet verontreiniging oppervlaktewateren (WVO) een publiekrechtelijke regeling (onder andere een vergunningstelsel) is getroffen.

De Hoge Raad oordeelde dat de overeenkomst de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. In het bijzonder was onaanvaardbaar dat de staat op deze wijze de regeling omtrent de grondslag, de maatstaf en het bedrag van de heffing zou kunnen ontgaan en dat het krachtens de WVO bij vergunningverlening en heffing voorziene stelsel van rechtsbescherming - dat de burger meer waarborgen biedt dan het privaatrecht - buiten toepassing zou moeten blijven.

Ad. 3 - De Pina-Helmond

Toetsend aan het Windmill-criterium kwam de Hoge Raad ook in zijn arrest 'De Pina/Helmond' (1990) tot de conclusie dat een vordering van de gemeente tot verwijdering van een woonwagen, gebaseerd op het eigendomsrecht van de grond, kan worden aangemerkt als een 'onaanvaardbare doorkruising' van de haar krachtens de Woonwagenwet ter beschikking staande bevoegdheden en de daaraan verbonden rechtsbeschermingsvoorzieningen (Hoge Raad 9 juli 1990, De Pina/Helmond, Bouwrecht 1990, p. 869, AA 1990, 840, AB 1990, 547, NJ 1991, 394).

De vraag of sprake is van een 'onaanvaardbare doorkruising' leek in het arrest- De Pina-Helmond vrij gemakkelijk positief te zijn beantwoord. Als echter al te snel wordt geconcludeerd tot 'onaanvaardbare doorkruising', zou het voor de overheid bijna onmogelijk worden om van privaatrechtelijke instrumenten gebruik te maken als er zelfs maar een publiekrechtelijke 'regeling' voorhanden is, ongeacht of met die regeling een 'vergelijkbaar resultaat' zou kunnen worden bereikt. De vraag die na dit arrest overbleef luidde dan ook: blijft er nog voldoende ruimte over voor het gebruik van het privaatrecht naast publiekrecht?

Ad. 4 - Kunst- en Antiekstudio Lelystad

Bijna een jaar later (1991) maakte de Hoge Raad in het arrest 'Kunst- en Antiekstudio Lelystad' een einde aan het pessimisme. In dit arrest sprak de Hoge Raad zich uit over de bevoegdheid van de gemeente om bij de grondverkoop het beding te stellen dat voor de verhuur van een daarop te stichten winkelpand een 'privaatrechtelijke toestemming' van de gemeente is vereist (Hoge Raad 8 juli 1991, Kunst- en Antiekstudio Lelystad BV/gemeente Lelystad, AB 1991, 659, Bouwrecht 1991, 927, Gemeentestem 1991, 6930, AA 1991, 1133). De gemeente weigerde deze toestemming voor de verhuur van een deel van het pand van de Kunst- en Antiekstudio aan Leen Bakker (campingartikelen), omdat zulks niet paste in 'het gemeentelijk beleid ten aanzien van de detailhandel, dat is gericht op de bevordering van een evenwichtige verdeling van de winkelfunctie over en binnen diverse centra.' Tegen de weigering voerde de Kunst- en Antiekstudio aan, dat het vigerende bestemmingsplan geen beperkingen kent ten aanzien van detailhandelsactiviteiten. De Hoge Raad overwoog dat de Wet op de Ruimtelijke Ordening geen duidelijk antwoord geeft op de vraag of het de gemeente vrij staat gebruik te maken van gronduitgiftevoorwaarden. Maar het was al onder vigeur van de Woningwet 1901 gebruikelijk om zulke voorwaarden te hanteren. De afschaffing (1990) van het preventief toezicht op gemeentelijke onroerend-goedtransacties is onder andere gemotiveerd met de overweging dat gemeenten 'daardoor een meer daadkrachtig en slagvaardig beleid kunnen voeren'. Bij deze stand van zaken, zo concludeert Hoge Raad, 'moet worden aanvaard dat de Wet op de Ruimtelijke Ordening niet in de weg staat aan het opnemen van voorwaarden omtrent grondgebruik in overeenkomsten, ook niet als door of krachtens de voorwaarden in bepaalde gevallen gebruik van grond wordt beperkt of verboden, respectievelijk kan worden beperkt of verboden dat volgens het bestemmingsplan in het algemeen geoorloofd is'.

nauwkeurige afweging

De conclusie na dit arrest moet zijn, dat de Hoge Raad zeker op het terrein van de ruimtelijke ordening de nodige ruimte aanwezig acht voor aanvullend gebruik van het privaatrecht ('ruimtelijk privaatrecht'). De Windmill-criteria ('onaanvaardbare doorkruising' en 'vergelijkbaar resultaat') blijven echter hun algemene betekenis behouden. Intussen heeft de Hoge Raad de Windmill-criteria nog eens bevestigd in zijn arrest-Staat/Magnus (1993), betreffende een privaatrechtelijke vordering tot verwijdering van afvalstoffen, in plaats van oplegging van een bestuurlijke dwangsom (Hoge Raad 22 oktober 1993, Staat/Magnus, AB 1994, 1), alsmede in zijn Zomerhuis-arrest (1994), eveneens betreffende een privaatrechtelijke handhavingsactie (Hoge Raad 7 oktober 1994, Van Schaik/gemeente Nieuwveen, AB 1995, 47). Deze criteria zijn een vertaling van het van de twee-wegendoctrine deel uitmakende voorbehoud van exclusiviteit van de publiekrechtelijke regeling. Anders gezegd: bij de keuze van privaatrechtelijke middelen om publiekrechtelijke doeleinden na te streven zal steeds nauwkeurig moeten worden onderzocht (en overwogen) of de exclusiviteit van de publiekrechtelijke regeling zich daartegen verzet.

7.3 Overheidscontracten

In de vorige paragraaf is in algemene zin gesproken over het aanvullend gebruik van het privaatrecht. Daarbij is de overeenkomst met de overheid al een aantal keren naar voren gekomen als een belangrijke exponent daarvan, zie alleen al de rol die deze rechtsfiguur speelt in de besproken jurisprudentie. In dit onderdeel stellen wij de overeenkomst met de overheid centraal. Een contract is een schriftelijke overeenkomst, vandaar dat wij spreken van *overheidscontracten*. In bijzonder besteden wij in deze paragraaf aandacht aan de zogenoemde 'precontractuele binding' (§ 7.3.1), de totstandkoming (§ 7.3.2), de inhoud van overheidscontracten (§ 7.3.3) en tenslotte enkele typen van overheidscontracten (§ 7.3.4).

7.3.1 Precontractuele binding

precontractuele fase

Uit een contract vloeit een verbintenis voort. Pas als een contract is gesloten kan sprake zijn van contractuele gebondenheid. Maar voordat het (formele) contract tot stand komt hebben partijen meestal al (uitvoerig) contact met elkaar gehad. Het is de periode waarin onder andere onderzoek, uitwisseling van gegevens en calculaties plaatsvinden. Deze periode die voorafgaat aan het moment waarop partijen tot overeenstemming komen, wordt aangeduid als 'precontractuele fase'.

De precontractuele fase is in het algemeen juridisch niet interessant als er een contract tot stand komt, maar zij is dat wel ingeval van een negatief onderhandelingsresultaat, dus als er geen contract tot stand komt. De onderhandelingen worden dan voortijdig afgebroken en er kunnen dan aansprakelijkheidsvragen rijzen, vooral ingeval in de afspraken tussen partijen niet duidelijk is voorzien in het geval dat geen onderhandelingsresultaat wordt bereikt. Vooral bij complexe onderhandelingen is het

dan ook belangrijk om vooraf vast te leggen wat de verplichtingen en aansprakelijkheden van partijen zijn indien de onderhandelingen niet tot het beoogde - vooraf te omschrijven - resultaat leiden.

In de wet (BW) is geen regeling gegeven voor afgebroken onderhandelingen. De positie van partijen ingeval van voortijdige beëindiging van de onderhandelingen wordt thans vooral beheerst door ongeschreven recht, vooral jurisprudentie.

In het arrest 'Baris/Riezenkamp' (1957) heeft de Hoge Raad voor de precontractuele fase een belangrijke regel geformuleerd (Hoge Raad 15 november 1957, Baris/Riezenkamp, NJ 1958, 67). Hij overwoog:

'...dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.'

In het BW is het begrip 'goede trouw' inmiddels vervangen door de termen 'redelijkheid en billijkheid'. In huidige termen uitgedrukt kan uit het arrest Baris/Riezenkamp dan ook de regel worden gedestilleerd dat partijen in de onderhandelingen tot elkaar komen te staan in een bijzondere door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding.

Het belangrijkste latere arrest van de Hoge Raad betreffende de precontractuele rechtsverhouding is 'Plas/Valburg' (1982), betrekking hebbende op een geval waarin partijen niet tot een overeenkomst waren gekomen (Hoge Raad 18 juni 1982, Plas Valburg, NJ 1983, 723).

De gemeente Valburg had in 1974 besloten tot de bouw van een overdekt zwembad. Plas Bouwonderneming BV diende hiervoor een offerte in. Deze offerte wordt, naast die van drie andere aannemers onderzocht. Op verzoek van de gemeente, maar op eigen kosten, wint Plas allerlei adviezen in onder andere betreffende de constructie, de verwarming en de akoestiek. Vervolgens wordt aan Plas de één van drie andere aanbieders verzocht hun plannen aan te passen aan het programma van eisen en een nieuwe prijsopgave te doen. In de eerstvolgende vergadering van de gemeenteraad deelt de burgemeester mee dat Plas de laagste inschrijver is en dat zijn plan behoudens enkele ondergeschikte aanpassingen aanvaardbaar is. Aan de raad wordt voorgesteld om Plas de opdracht tot de bouw te geven. Tijdens de raadsvergadering komt een raadslid onverwacht met de mededeling dat een andere aannemer het zwembad op dezelfde condities kan bouwen voor ruim f 150 000 minder dan de aanneemsom die Plas heeft geoffreerd en de raad besluit dan ook om het werk aan die andere aannemer te gunnen. Aannemer Plas vordert een schadevergoeding omdat de gemeente naar zijn oordeel heeft gehandeld in strijd met de precontractuele goede trouw - de redelijkheid en billijkheid - door de onderhandelingen met hem af te breken. Het gerechtshof sprak uit dat de onderhandelingen weliswaar mochten worden afgebroken, maar dat de gemeente een schadevergoedingsplicht had van de kosten en schade die Plas niet zou hebben geleden als de precontractuele verhouding - de onderhandelingen - niet waren ontstaan. In cassatie erkende ook de Hoge Raad de schadevergoedingsverplichting van de gemeente wegens een handelen in strijd met de 'precontractuele goede trouw' - redelijkheid en billijkheid - maar hij huldigt een ander standpunt over de omvang van deze schadevergoeding:

'Niet uitgesloten is dat de onderhandelingen over een overeenkomst in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat partijen over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren. In zo een situatie kan er ook plaats zijn voor een verplichting tot vergoeding van de gederfde winst.'

drie stadia

Uit dit arrest kan de conclusie worden getrokken dat er drie stadia van precontractuele binding kunnen worden onderscheiden:

- *1e stadium:* partijen staat het vrij om de onderhandelingen af te breken zonder dat zij gehouden zijn tot betaling van schadevergoeding. Dit is de hoofdregel die de onderhandelingsfase beheerst. In dit stadium draagt in beginsel iedere partij haar eigen kosten.
- *2e stadium:* de onderhandelingen kunnen in een zodanig stadium geraken dat afbreken van de onderhandelingen nog geoorloofd is, echter onder de voorwaarde dat de door de wederpartij gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk worden vergoed.
- *3e stadium:* de onderhandelingen over een overeenkomst kunnen in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw - redelijkheid en billijkheid - moet worden geacht. In dit stadium moet de afbrekende partij niet alleen de door de wederpartij gemaakte kosten betalen, maar ook de gederfde winst. Deze schadevergoedingsverplichting betreft dan ook het 'positieve contractsbelang'.

Het arrest geeft niet precies aan wanneer het derde stadium intreedt. Het afbreken van de onderhandelingen is in strijd met de redelijkheid en billijkheid wanneer partijen erop mochten vertrouwen dat enerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren. Of één der partijen er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat er een overeenkomst tot stand zou komen is uiteraard afhankelijk van de concrete omstandigheden.

dooronderhandelen verplicht

Naar aanleiding van de arresten Baris/Riezenkamp en Plas/Valburg is door de regering voorgesteld om in het nieuw BW de volgende bepaling op te nemen:

Onderhandelende partijen zijn verplicht hun gedrag door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen. Ieder van hen is vrij de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van een overeenkomst of in verband met andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.

Deze voorgestelde bepaling is uiteindelijk niet in het BW opgenomen. Wel heeft de HR in zijn arrest-VSH/Shell (Hoge Raad 23 oktober 1987, VSH/Shell, NJ 1988, 1017) deze regel letterlijk in zijn overwegingen opgenomen, waarmee aan de regel uit het arrest Plas/Valburg is toegevoegd de 'verplichting tot dooronderhandelen'. Deze verplichting, die wordt bepaald door de aard en de omvang van het belang van de wederpartij, kan eventueel rechtens worden afgedwongen door bijvoorbeeld aan de rechter een gebod te vragen om door te onderhandelen. In bijvoorbeeld cao-overleg onder dreiging van staking zou een dergelijk gebod kunnen worden gevraagd. Een verplichting tot dooronderhandelen is overigens geen verplichting om een overeenkomst te sluiten. Er kunnen omstandigheden zijn dat dooronderhandelen zinloos is, bijvoorbeeld omdat inmiddels met een ander een overeenkomst is gesloten. De rechter kan partijen verplichten terug te keren naar de onderhandelingsstafel zolang er zijns inziens nog een gerechtvaardigd vertrouwen is dat een onderhandelingsresultaat bereikbaar is. Indien het afbreken van de onderhandelingen door de overheid plaats vindt op grond van beleidswijzigingen zal een volledige schadevergoeding, inclusief de gederfde winst, in het algemeen geboden zijn.

overheidsaansprakelijkheid

Behalve formele contractsonderhandelingen kunnen onder omstandigheden ook losse toezeggingen aanleiding geven tot overheidsaansprakelijkheid. De daardoor opgewekte verwachtingen moeten dan wel bevoegd zijn gegeven, dus niet door een lagere ambtenaar, maar door een bestuurder. Soms echter kan ook onbevoegd gewekt vertrouwen aansprakelijkheidsconsequenties hebben, indien de belanghebbende het gerechtvaardigde vertrouwen mocht hebben dat de overheidsvertegenwoordiger wel bevoegd was (de Hoge Raad heeft in zijn arrest van 23 juni 1989, Kennis/Budel, AB 1989, 552, en eerder in zijn arrest van 6 april 1979, Knabbel en Babbel, NJ 1980, 34, toezeggingen van een wethouder aangemerkt als bindend voor de gemeente).

Bij het beoordelen van de schadevordering zal de rechter voorts toetsen aan het zogenaamde 'dispositievereiste', op grond waarvan een beroep op het vertrouwensbeginsel meer kans van slagen heeft indien aannemelijk wordt gemaakt dat op basis van de opgewekte verwachtingen ook feitelijk is gehandeld en er dus ook werkelijk schade is geleden (zie § 5.2, ad. 7).

7.3.2 Tot stand komen van een overeenkomst

aanbod en aanvaarding

Een overeenkomst komt volgens art. 6:127, lid 1, BW, tot stand door een 'aanbod' en de 'aanvaarding' daarvan. Maar deze voorstelling is wel erg simpel. In de praktijk bestaat een contract uit meerdere aspecten of onderdelen en pas als over al deze onderdelen consensus bestaat, zal de onderhandeling worden afgesloten en zal een en ander worden bezegeld door de ondertekening van een schriftelijke overeenkomst: het contract.

Op de totstandkoming en de uitvoering van overeenkomsten is een groot aantal bepalingen van burgerlijk recht van toepassing. Als de overheid partij is gelden er bovendien nog bepalingen van publiekrecht.

In een contract worden wederzijds verplichtingen en rechten vastgelegd.

contract- autonomie

Eén van de beginselen van het overeenkomstenrecht is de contractvrijheid, ook wel 'contractautonomie' genoemd. Deze contractautonomie omvat drie elementen. Een ieder is vrij om te beslissen:

- a. *of* hij een overeenkomst aangaat;
- b. *met wie* hij wil contracteren;
- c. op welke *voorwaarden* hij een overeenkomst wil aangaan.

De onderhandelingsfase is er voor om deze beslissingen te nemen. Maar het beginsel van de contractautonomie is geen absoluut beginsel. Voor de overheid is de vrijheid *of* zij een contract wil sluiten niet altijd aanwezig. Het gemeentelijk vervoerbedrijf zal in beginsel met een ieder een vervoersovereenkomst moeten sluiten. De vrijheid om te contracteren is mede afhankelijk van de aard van de voorziening en de aard van de positie van de overheid, die op een aantal terreinen een monopoliepositie inneemt.

De vrijheid *met wie* de overheid wil contracteren wordt onder andere beperkt door het discriminatieverbod van artikel 1 van de Grondwet. Er zullen dan ook objectieve criteria moeten zijn gesteld voor deze keuze van de overheid.

7.3.3 De inhoud van het overheidscontract

Bij het opstellen dan wel toetsen van een overheidscontract kunnen de onderstaande aandachtspunten worden gehanteerd. Wij beperken ons tot enkele essentialia, te weten:

1. de contractsbevoegdheid;
2. opschortende en ontbindende voorwaarden;
3. prestaties;
4. derdenbedingen;
5. toezicht, controle en sancties;
6. geschillenregeling; en
7. ontbinding.

Ad. 1 - Contractsbevoegdheid wie is bevoegd?

Onderscheid moet worden gemaakt tussen de materiële bevoegdheid om overeenkomsten aan te gaan (bijvoorbeeld tot vervreemding van een onroerende zaak) en de vertegenwoordigingsbevoegdheid. In het eerste geval is de vraag: wie is bevoegd deze overeenkomst aan te gaan? Aan de kant van de overheid is het de *rechtspersoon* (de Staat, de provincie, het waterschap of de gemeente) die drager is van vermogensrechten en –plichten (zie art. 2:1 BW). In het tweede geval is de vraag: wie is bevoegd namens de rechtspersoon te handelen?

Voor zover bestuurlijke bevoegdheden in geding zijn moet aan de kant van de overheid worden nagegaan welke *bestuursorganen* over die bevoegdheden beschikken. Uitgangspunt is vanzelfsprekend, dat elk orgaan alleen over de eigen bevoegdheid kan contracteren. Zo is in art. 156 Gemeentewet een aantal bevoegdheden uitdrukkelijk aan de raad voorbehouden. De raad zal daarover dan moeten besluiten.

In het contract verdient het aanbeveling tot uitdrukking te brengen dat expliciet de verhouding tot een desbetreffende publiekrechtelijke regeling is overwogen.

Ad. 2 - Opschortende en/of ontbindende voorwaarden beperkende bepalingen

Alvorens de materiële contractsinhoud te formuleren is het noodzakelijk om melding te maken van specifieke 'voorbehouden'. Dat kan zijn het nog moeten verkrijgen van toestemming of goedkeuring (van bijvoorbeeld een raad van commissarissen van een vennootschap waarmee gecontracteerd wordt, of van de gemeenteraad of Gedeputeerde Staten). Dit voorbehoud kan hetzij in een opschortende dan wel een ontbindende voorwaarde worden verrat.

Ook procedurele bedingen, bijvoorbeeld de koppeling aan een publiekrechtelijke procedure, het voorbehoud van vernietiging door een administratieve rechter, alsmede een voorbehoud van het verkrijgen van financiering kunnen worden gesteld.

Veelvuldig zal een koppeling moeten worden gelegd met een publiekrechtelijke procedure, zoals het verkrijgen van vrijstelling, vergunning of het gebruikmaken van bezwaar- en beroepsmogelijkheden door derden.

algemene voorwaarden

Vooral ter zake van gemeentelijke gronduitgifte zijn algemene voorwaarden niet ongebruikelijk. Op algemene voorwaarden zijn van toepassing de art. 6:231-6:246 BW. Toetsing van algemene voorwaarden aan de vraag of zij onredelijk bezwarend zijn (art. 6:236 BW, zwarte lijst) of vermoed kunnen

worden onredelijk bezwarend te zijn (art. 6:237 BW, grijze lijst) is aan te bevelen om niet achteraf problemen te ondervinden.

aansprakelijkheid

Voorwaarden kunnen ook betrekking hebben op de aansprakelijkheid van partijen bij niet-nakoming of bij beëindiging van de contractuele relatie. Met name ingeval een 'raamovereenkomst' wordt aangegaan, die zal/moet worden uitgewerkt in deelcontracten, zal vooraf de vraag onder ogen moeten worden gezien of en in hoeverre de contractspartijen aansprakelijk zijn voor eventuele gevolgen van de raamovereenkomst zelf.

Ad. 3 - Prestaties

nauwkeurige omschrijving

De door partijen te leveren prestaties moeten zo nauwkeurig mogelijk worden omschreven, inclusief een duidelijk antwoord op de vraag wanneer welke prestaties moeten worden geleverd. Vooral bij een raamovereenkomst (intentie-overeenkomst) blijven de wederzijdse prestaties nog wel eens steken in vage termen als 'streven naar' en 'bevorderen dat'. Niet alleen de vraag 'wat' de prestaties zijn, moet worden beantwoord, maar ook 'hoe'. Van de te contracteren prestaties kunnen standaardvoorwaarden deel uitmaken.

Ad. 4 - Derdenbedingen

overheidscontracten

Speciaal in overheidscontracten is het van belang rekening te houden met de positie en met de rechten en bevoegdheden van derdenbelanghebbenden. In projectontwikkelingscontracten moet worden gelet op de relatie met publiekrechtelijke procedures, zoals de inspraak- en de bezwarenprocedures ter zake van een bestemmingsplan.

Ad. 5 - Toezicht, controle en sancties

naleven verplichtingen

De vraag moet worden beantwoord wie kan of moet nagaan of aan aangegane verplichtingen is of wordt voldaan (toezicht en controle). Uit een oogpunt van effectiviteit zal een welomschreven sanctie moeilijk kunnen worden gemist. In het contract kunnen bepalingen worden opgenomen omtrent boetes, schadevergoeding en compensatie van renteverlies of -deriving.

Ad. 6 - Geschillenregeling

arbitrage

Bij wanprestatie of overige uitvoeringsgeschillen kan arbitrage worden ingeroepen of een bindend advies, maar partijen kunnen zich ook verplichten om opnieuw met elkaar te gaan onderhandelen, alvorens de kwestie eventueel aan de rechter wordt voorgelegd. Afspraken moeten worden vastgelegd over de kosten van geschillenbeslechting.

Ad. 7 - Ontbinding

contractsbeëindiging

Ook als een overeenkomst voor een bepaalde termijn geldt ('horizoncontract') kan er aanleiding zijn om iets te regelen omtrent de tussentijdse beëindiging. Het kan dienstig zijn daarbij ook te regelen hoe een eventuele voortijdige ontbinding moet plaats vinden, waarbij in het bijzonder ook op derdenbelangen moet worden gelet, alsmede op de kosten en op schade.

7.3.4 Typologie van overheidscontracten

overeenkomst met de overheid

De overeengekomen inhoud van een overeenkomst waarbij de overheid is betrokken, kan variëren van aan de ene kant de privaatrechtelijke overeenkomst zonder meer tot aan de andere kant sterk publiekrechtelijke invullingen. Tot de 'gewone' privaatrechtelijke overeenkomsten behoren koop en verkoop, huur en verhuur en de arbeidsovereenkomst. Aan de andere kant staan typische *overheids*overeenkomsten met een in hoge mate publiekrechtelijke inhoud zoals volkenrechtelijke overeenkomsten, staatsrechtelijke overeenkomsten (gemeenschappelijke regelingen en bestuursovereenkomsten), strafrechtelijke overeenkomsten (schikking) en fiscale overeenkomsten.

Met het oog op de rol die overheidscontracten spelen in het overheidsbeleid zijn voor ons in het bijzonder drie typen overeenkomsten van belang:

1. de 'bevoegdhedenovereenkomst': de privaatrechtelijke overeenkomst die tevens betrekking heeft op de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden tegenover burger.
2. de 'beleidsvereenkomst': de privaatrechtelijke overeenkomst met beleidsaspecten;
3. specifieke overeenkomsten, zoals een managementovereenkomst met diensten of ambtenaren van een openbaar lichaam, of een adviseringsovereenkomst.

Ad. 1 - Bevoegdhedenovereenkomst

Deze benaming wordt gebruikt waar de overheid zich contractueel vastlegt over de uitoefening van een bestuursrechtelijke bevoegdheid.

aanvaardbaarheid

Over de aanvaardbaarheid van dit type overeenkomst heeft de Hoge Raad belangwekkende uitspraken gedaan in het Kruseman-arrest (Hoge Raad 13 april 1962, ARB 1962, 187). In dit woonruimte-onttrekkingsarrest besliste de Hoge Raad dat een bestuursorgaan dat een bevoegdheid-met-beleidsvrijheid bezit, met de belanghebbende kan overeenkomen om daarvan een bepaald gebruik te maken (op basis van een tegenprestatie van de belanghebbende), tenzij het orgaan door aldus te handelen misbruik zou maken van zijn bevoegdheden of van zijn feitelijke machtspositie ten opzichte van de belanghebbende. Wat de te bedingen tegenprestatie betreft geeft de Hoge Raad eveneens veel vrijheid: zolang tegen het bedingen of in ontvangst nemen van de tegenprestatie geen wettelijk beletsel bestaat, en zolang het bedingen daarvan geen misbruik van bevoegdheden of van machtspositie oplevert, is het bestuur vrij.

gebondenheid

Wat de gebondenheid van de overheid aan een aangegane bevoegdhedenovereenkomst betreft zijn de Landsmeer-arresten van belang (Hoge Raad 4 januari 1963, NJ 1964, 202, ARB 1963, 596, Ars Aequi 1962/63, p. 138). De gemeente Landsmeer had met financiële steun van de scheepsbouwbedrijven NDSM en de ADM woningen gebouwd, die ten dele aan deze maatschappijen waren verhuurd als personeelwoningen. Toen een werknemer na zijn ontslag weigerde de personeelwoning te ontruimen, vorderde de gemeente de woning krachtens de Woonruimtetwet 1947 voor deze ex-werknemer. Omdat er naar de mening van de Hoge Raad intussen omstandigheden waren ontstaan die de gemeente bij het aangaan van de overeenkomst 'niet had kunnen voorzien', kon de gemeente in redelijkheid in het belang van een doelmatige verdeling van de woonruimte de woning vorderen en was zij dus niet gebonden aan het contract.

onvoorzienne omstandigheden

Van belang voor zulke situaties is thans art. 6:258 BW, op grond waarvan de rechter op verzoek van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk kan ontbinden indien door 'onvoorzienne omstandigheden' de wederpartij naar redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.

Dat lichtvaardige niet-nakoming van een bevoegdhedenovereenkomst een gemeente duur kan komen te staan blijkt uit het arrest van de Hoge Raad inzake Den Bosch/Brabants Vastgoed (1988), waarbij de gemeente 's-Hertogenbosch werd veroordeeld tot een schadevergoeding van minstens tien miljoen gulden, omdat zij door een bestemmingsplanwijziging de uitvoering door de projectontwikkelaar van een overeenkomst betreffende het project 'Soete Lieve' onmogelijk maakte (Hoge Raad 10 augustus 1988, Den Bosch/Brabants Vastgoed, AB 1989, 1).

Ad. 2 - Beleidsvereenkomst

begrips- omschrijving

Indien een overheidscontract betrekking heeft op een vermogensrecht van het bestuur, waarmee het beleidsdoeleinden nastreeft, zonder of naast gebruikmaking van eenzijdige bestuursrechtelijke bevoegdheden, spreekt men van een 'beleidsvereenkomst'.

Zij komen bijvoorbeeld voor in het kader van het gemeentelijk grondbeleid. Bij gemeentelijke gronduitgifte hebben (contractueel vastgelegde) bedingen betrekking op onder andere de selectie van gegadigden, de toegestane bebouwing en verkoopbeperkingen (J.W. van Zundert, Overheidsbestuur en grondeigendom, diss., Alphen aan den Rijn 1980, p. 180). Ook op andere beleidsterreinen zijn allerlei voorbeelden te vinden van beleidsvereenkomsten. De rijksoverheid hanteert deze onder andere op het gebied van het milieubeleid (bij voorkeur in de 'zachte' vorm van convenanten). In de sector cultuur, sport en recreatie kan worden gewezen op subsidiecontracten, alsmede op rechtstreeks te sluiten overeenkomsten met

kunstenaars, artiesten, muziekgezelschappen en dergelijke ter zake van manifestaties, voorstellingen, kunstleer, etcetera. Bij al deze voorbeelden is steeds aan de orde het nastreven van beleidsdoelen door het instrument van de overeenkomst.

aanvaardbaarheid

De aanvaardbaarheid van beleidsovereenkomsten wordt in sterke mate bepaald door de volgende criteria:

- Het criterium van de 'onaanvaardbare doorkruising' van het publiekrechtelijke stelsel door het gebruik van de beleidsovereenkomst en het criterium van het met publiek- en privaatrecht haalbare 'vergelijkbare resultaat' (Windmill);
- Het beoordelen van de onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht door gebruik van de beleidsovereenkomst met behulp van de 'doelstellingen' van de publiekrechtelijke regeling (De Pina-Helmond);
- Het 'exclusiviteitscriterium': staat een publiekrechtelijke regeling - wegens het exclusieve karakter - in de weg aan het gebruik van de beleidsovereenkomst? (zoals in het Lelystad-arrest toegepast).

Verwezen zij naar de eerder gegeven beschouwingen - in § 7.2.2 en verder - over de twee-wegenleer.

Ad. 3 – Managements- en adviescontracten

In de organisatieler wordt wel gepleit voor het in overeenkomsten tussen een openbaar lichaam en zijn diensten of afdelingen, of zelfs met individuele ambtenaren, aangaan van zogenaamde zelfbestuurs- of managementovereenkomsten. Daarbij wordt aan een contractueel bevestigde taakstelling een bepaald budget verbonden en beschikbaar gesteld, ten aanzien van de besteding waarvan de dienst of afdeling dan wel de ambtenaar een grote mate van vrijheid heeft, mits het gestelde bestuursdoel maar wordt bereikt.

De overheid laat zich ook, wellicht meer nog dan het bedrijfsleven, veelvuldig bijstaan door adviseurs. Als de criteria voor inschakeling, hun selectie, hun bevoegdheden, hun honorering, verplichtingen en verantwoordelijkheden, niet wettelijk zijn geregeld, is vastlegging daarvan in een overeenkomst zeer gewenst (zie J.W. van Zundert, Contracten met adviseurs, in de katernenbundel Contracten met de overheid, nr. BX, Kluwer Deventer).

7.4 Toezicht en rechterlijke controle ter zake van privaatrechtelijk handelen

toezicht beperkt

Het gebruik van privaatrechtelijke middelen kan aanzienlijke financiële gevolgen met zich brengen. Om die reden kan toezicht door een hoger bestuursorgaan - bijvoorbeeld van de provincie op de gemeente - aangewezen zijn (Het onderwerp toezicht op bestuursorganen komt in algemene zin ter sprake in hoofdstuk 9, § 9.1.3). In het kader van de deregulering is deze vorm van toezicht echter sterk beperkt. Thans is in art. 155 Gemeentewet met betrekking tot het preventief toezicht nog slechts goedkeuring van GS vereist voor 'het oprichten van en deelnemen in stichtingen, maatschappen, vennootschappen, verenigingen, coöperaties en onderling waarborgmaatschappijen.'

burgerlijke rechter

Controle door de rechter op privaatrechtelijk optreden door de overheid is primair opgedragen aan de burgerlijke rechter, niet aan de bestuursrechter. De toegang tot de bestuursrechter staat immers open tegen besluiten (art. 8:1 Awb), zijnde publiekrechtelijke rechtshandelingen. Zodra sprake is van een rechtshandeling naar burgerlijk recht, zal in beginsel de burgerlijke rechter bevoegd zijn. In art. 8:3 Awb zijn ook besluiten ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling uitgezonderd van beroep bij de bestuursrechter.

Hieruit vloeit voort dat ook de vanwege de schakelbepaling van art. 3:1, tweede lid, Awb uit te voeren toetsing van privaatrechtelijke overeenkomsten aan Awb-voorschriften niet aan de bestuursrechter is, maar aan de burgerlijke rechter. Maar de burgerlijke rechter kan er - vanwege de eerder besproken schakelbepaling in het BW (art. 3:14) - niet omheen in een civiel geding te toetsen aan geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht (Awb-voorschriften en algemene beginselen van behoorlijk bestuur - vergelijk de eerder besproken schakelbepalingen).

Introductie

handhaving rechtsregels

Het openbaar bestuur is verantwoordelijk voor het tot stand komen van een grote hoeveelheid regels, zeker op het gebied van het bestuursrecht. Deze regels dienen, dat is althans de gedachte van de wetgever, ook te worden nageleefd. Naleving van rechtsregels komt echter niet altijd spontaan tot stand. Soms is het nodig dat het bestuur die naleving stimuleert, of afdwingt. Daarmee betreden wij het terrein van de handhaving. Onder handhaving verstaan wij het *inzetten van middelen die bijdragen aan het naleven van rechtsregels*.

In de brede zin van het woord behoort ook voorlichting tot de handhavingsmiddelen. Door voorlichting wordt immers getracht vooraf het gedrag van burgers te beïnvloeden in de richting van naleving van regels (preventieve handhaving). In dit hoofdstuk zullen wij ons echter beperken tot handhaving achteraf (*repressieve handhaving*). Hierbij gaat het om het door controle en het toepassen van sancties ongedaan maken, repareren of compenseren van reeds opgetreden afwijkingen van juridische normen.

Instrumenten daartoe vinden wij zowel in het bestuursrecht, in het strafrecht alsook in het privaatrecht. In de opzet van dit boek past het om handhaving via het *bestuursrecht* centraal te stellen. Het gaat derhalve om bestuurlijke handhaving: handhaving van het bestuursrecht met bestuursrechtelijke middelen.

naleving

Soms moet de overheid laten zien, dat het recht ook 'tanden' heeft. Tegenover de 'calculerende' burger dient een berekend handhavingsbeleid te staan. Neem bijvoorbeeld het naar verhouding moderne bestuursrechtelijke handhavingsinstrument van de dwangsom. Het opleggen van een dwangsom is een vorm van handhaving die rechtstreeks intervenueert in de calculaties van de burger: de kosten van niet-naleving worden zo hoog gemaakt, dat ze niet opwegen tegen de 'baten'.

In het algemeen behoort een overheid met het structureel niet naleven van rechtsnormen geen genoegen te nemen. Een al te grote kloof tussen de gestelde regels en de naleving daarvan is fruikend voor de geloofwaardigheid van het bestuur. Voorbeelden daarvan zijn het op grote schaal negeren door boeren van verplichtingen inzake hun mestboekhouding en het massaal tolereren van illegaal bouwen in het buitengebied door een kleine gemeente. Bovendien treedt in dat geval een ongewenste verschuiving van macht plaats van de regelstellers naar de handhavers. De normerende functie van wetgeving wordt op die manier uitgehold.

vrije bevoegdheid

Handhaving is in ons rechtsstelsel, als regel, geen verplichting, maar een *vrije bevoegdheid*. Denk aan de vrijheid die het Openbaar Ministerie (OM) toekomt bij het beslissen over het al dan niet vervolgen van strafbare feiten. Het zogeheten opportuniteitsbeginsel houdt in, dat het OM zelf mag beslissen of het wenselijk wordt geacht om tot vervolging over te gaan. Daardoor ontstaat de noodzaak een duidelijk vervolgingsbeleid te ontwikkelen. Handhaving via het bestuursrecht, door bestuursorganen, kent eenzelfde uitgangspunt. De bevoegdheden om wel of niet tot bestuursrechtelijke handhaving te komen (bestuursdwang, dwangsom, bestuurlijke boete) kennen beleidsvrijheid. Tegen geconstateerde overtredingen (illegaal bouwen, fraude bij uitkeringen en dergelijke) *kan* worden opgetreden, maar er bestaat doorgaans geen verplichting daartoe. Er dient derhalve ook een duidelijk bestuurlijk handhavingsbeleid te zijn. Voor een deel gaat het bij het handhavingsbeleid om eisen die ook aan de beleidsuitvoering worden gesteld, voor een ander deel gaat het ook om bijzondere eisen die juist bij handhaving gelden. Denk bijvoorbeeld aan het evenredigheidsvereiste, dat juist bij de toepassing van sancties bijzondere betekenis heeft (art. 3:4, lid 2, Awb). Wij behandelen in dit hoofdstuk enkele hoofdlijnen van de handhaving via het bestuursrecht (§ 8.1), met aandacht voor de wijze waarop de Awb dit onderwerp reguleert. Intussen heeft de Commissie wetgeving Algemene regels van bestuursrecht een voorontwerp vierde tranche gepubliceerd (november 1999). Enkele relevante elementen uit dit voorontwerp ten aanzien van bestuurlijke handhaving zullen worden aangestipt. De strafrechtelijke handhaving komt aansluitend kort ter sprake, met aandacht voor de mogelijke combinatie met een bestuursrechtelijke aanpak (§ 8.2). Handhaving via het privaatrecht geschiedt via actieve toepassing door het bestuur van de actie uit onrechtmatige daad. Laatstgenoemd onderwerp wordt afzonderlijk behandeld in hoofdstuk 10.

Heldeweg 11-7-00 16:10

Deleted: `

8.1 Bestuursrechtelijke handhaving

In deze paragraaf zullen we allereerst stilstaan bij enkele algemene kenmerken van de bestuursrechtelijke handhaving (§ 8.1.1). Vervolgens gaan we in op een drietal handhavingsmiddelen uit de Awb (in z'n huidige vorm), te weten toezicht, bestuursdwang en de last onder dwangsom (zie § 8.1.2 tot en met § 8.1.4). Daarna gaan we in op de, thans nog niet in de Awb geregelde, mogelijkheid van intrekking van bestuursrechtelijk verkregen toestemming als sanctie (§ 8.1.5) en de thans in het kader van de vierde tranche voorgestelde bestuurlijke boete (§ 8.1.6). We sluiten af met het onderwerp handhavingbeleid, waarbij we ook komen te spreken over het 'gedogen' (§ 8.1.7).

8.1.1 Kenmerken

drie onderwerpen

De Awb kent in hoofdstuk 5 een regeling onder de titel 'handhaving'. In dit hoofdstuk worden drie onderwerpen geregeld: toezicht op de naleving, bestuursdwang en dwangsom. Duidelijk is, dat de Awb alleen gaat over bestuursrechtelijke handhaving.

Kenmerkend voor handhaving via het bestuursrecht is steeds, dat het gaat om bevoegdheden die door bestuursorganen zelf kunnen worden gehanteerd. Dat is een verschil met strafrechtelijke handhaving, waar het OM het monopolie bezit inzake vervolging.

Uitvoering en handhaving liggen in het bestuursrecht, als uitgangspunt, in dezelfde handen. Zo is het college van B&W bevoegd om bouwvergunningen af te geven. Indien er gebouwd is zonder vergunning, is ditzelfde bestuursorgaan bevoegd om tot handhaving via bestuursdwang over te gaan. Zonodig zal het zonder vergunning gebouwde - via de toepassing van bestuursdwang - weer moeten worden afgebroken.

bestuursdwang

De bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang komt binnen de gemeentelijke bestuurslaag als regel toe aan het college van B&W, als dagelijks bestuur van de gemeente (art. 125, tweede lid, Gemeentewet). Wanneer het echter gaat om een aangelegenheid waarin de burgemeester over de uitvoerende bevoegdheid beschikt, legt de Gemeentewet de bestuursdwangbevoegdheid ook bij de burgemeester (art. 125, derde lid). Indien de burgemeester, als voorbeeld, in de gemeentelijke APV (algemene plaatselijke verordening) bevoegd is gemaakt om een exploitatievergunning voor een horeca-inrichting af te geven, dan beschikt hij tevens over de bevoegdheid om in deze aangelegenheid zonodig bestuursdwang toe te passen. Een café dat zonder vergunning van de burgemeester wordt geëxploiteerd en dat overlast bezorgt in een woonbuurt, zou op last van deze zelfde burgemeester gesloten kunnen worden. De Gemeentewet waarborgt op deze manier dat uitvoering en handhaving - conform de hoofdsystematiek - in één hand liggen.

Het *doel* van bestuursrechtelijke handhaving is ervoor te zorgen, dat een situatie weer in overeenstemming is met de bestuursrechtelijke norm. Stel bijvoorbeeld, dat een inrichting weliswaar over een lozingsvergunning beschikt, maar zich niet houdt aan het daarin opgenomen voorschrift dat een bepaalde, met name genoemde, schadelijke stof niet in het oppervlaktewater mag worden geloofd. Op dat moment handelt de inrichting niet in overeenstemming met de geldende norm. Bestuursrechtelijke handhaving is erop gericht deze situatie ongedaan te maken. Zodra de verboden lozing is gestopt, is het doel bereikt. De voorgestelde vierde tranche bevat onder meer een regeling op het gebied van de 'bestuurlijke boete'. Anders dan bestuursdwang en de (last onder) dwangsom, die een herstelkarakter hebben, gaat het bij de deze boete wel degelijk om een bestraffend element. De nieuwe terminologie is als volgt:

- a. Art. 5.0.2. lid 1 onder a definieert de meest algemene categorie van bestuurssancties: de bestuurlijke sanctie. Dit is 'een door een bestuursorgaan wegens een overtreding bij beschikking opgelegde verplichting of genomen maatregel';
- b. Vervolgens wordt in art. 5.0.2. lid 1 onder b de 'herstelsanctie' gedefinieerd - 'een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding'.

Bestuursdwang en dwangsom zijn beide herstelsancties. In het bestuursrechtelijke jargon wordt ook wel gesproken over reparatoire sancties. De bestuurlijke boete, die waarschijnlijk door middel van de vierde tranche aan de Awb zal worden toegevoegd, is niet reparatoir maar punitief. Toch staat ook bij de bestuurlijke boete de ongedaanmaking van de overtreding voorop.

beleidsvrijheid

Kenmerkend voor de bestuursrechtelijke handhavinginstrumenten die straks afzonderlijk ter sprake komen, is 'beleidsvrijheid'. Het inzetten van deze bevoegdheden is geen plicht, maar een mogelijkheid. Anders gezegd: het zijn geen gebonden bevoegdheden, maar beleidsvrije bevoegdheden. Zo kan in het geval van de illegale lozing worden besloten om toch niet op te treden. Reden daarvoor zou kunnen zijn dat het slechts om een geringe concentratie van de verboden stof gaat en inmiddels uit wetenschappelijk onderzoek is gebleken dat de stof snel biologisch wordt afgebroken. In een dergelijk geval kan na een afweging van de betrokken belangen worden besloten geen sanctie toe te passen. Zoals ook bij uitvoerende bevoegdheden het geval is, zijn op de (al dan niet) toepassing van handhavingsbevoegdheden vanzelfsprekend wel de eisen van toepassing die de wet (de Awb voorop) en algemene beginselen van behoorlijk bestuur stellen. Zo zullen handhavingsbesluiten moeten voldoen aan de algemene eisen die aan besluiten worden gesteld, zoals zorgvuldige voorbereiding (art. 3:2 Awb) en deugdelijke motivering (art. 3:46 Awb). Toetsing aan het evenredigheidsvereiste (art. 3:4, tweede lid Awb) speelt bij sancties een bijzondere rol. Daarnaast blijven de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, als ongeschreven rechtsbeginselen, van betekenis. Denk bijvoorbeeld aan het vertrouwensbeginsel. Door bepaalde overtredingen lange tijd te gedogen kan het vertrouwen worden gewekt, dat het bestuur de zaak ongemoeid zal laten.

Samengevat gelden voor bestuursrechtelijke handhaving de volgende hoofdkenmerken:

- Bevoegdheden komen toe aan bestuursorganen;
- Uitvoerende en handhavende bevoegdheden liggen in zelfde hand;
- Doel van handhaving is: situatie in overeenstemming brengen met bestuursrechtelijke norm;
- Er is geen handhavingsplicht, maar een beleidsvrije bevoegdheid tot handhaving;
- Handhavingsbesluiten worden getoetst aan de algemene eisen die op besluiten van toepassing zijn; toetsing aan het evenredigheidsvereiste speelt bij uitstek een rol.

Thans bespreken wij – allereerst - de onderwerpen die in hoofdstuk 5 Awb worden geregeld: toezicht op de naleving, bestuursdwang, dwangsom.

8.1.2 Toezicht op de naleving

In het hoofdstuk handhaving wordt gesproken van 'toezicht op de naleving' om duidelijk te maken dat het hier om iets anders gaat dan 'toezicht' in de verhouding tussen bestuursorganen. Denk bij dit laatste aan het financiële toezicht dat de provincie op de gemeenten uitoefent (goedkeuring van de begroting en dergelijke). Deze vorm van toezicht hoort thuis in hoofdstuk tien Awb, de bepalingen over bestuursorganen.

worden rechtsregels nageleefd?

In het kader van de bestuursrechtelijke handhaving gaat het om een andere vorm van toezicht, te weten toezicht op de naleving van rechtsregels. Deze rechtsregels kunnen in een wet in materiële zin (een algemeen verbindend voorschrift) zijn neergelegd, of in een op basis van een wettelijke bevoegdheid genomen besluit (zoals: een verleende vergunning). Zowel bij algemene regels (wetgeving) alsook bij individuele regels (bijvoorbeeld een vergunning) is toezicht op de naleving daarvan aan de orde.

De bepalingen over toezicht op de naleving (afdeling 5.2 Awb) beogen een codificatie tot stand te brengen van talloze, zeer uiteenlopende, regelingen van de bevoegdheden van functionarissen die belast zijn met de controle op de naleving van bestuursrechtelijke normen. Hierbij gaat het om zaken als de legitimatie van de toezichthouder, het betreden van plaatsen in het kader van toezicht, het inzien van stukken, controle van de lading en dergelijke. Daarin is nu meer eenheid gebracht. De in de Awb geregelde bevoegdheden van toezichthouders kunnen door een specifieke wet worden verruimd, of juist beperkt. Beperking is ook mogelijk bij besluit van een bestuursorgaan (art. 5:14 Awb).

Van belang is de algemene eis die in de Awb (art. 5:13) aan een toezichthouder wordt gesteld: deze moet zijn bevoegdheden 'evenredig' inzetten. Het evenredigheidsvereiste speelt bij handhaving immer een sleutelrol: de reactie van de kant van het bestuur dient proportioneel (evenredig) te zijn in verhouding tot de ernst van de feiten.

De toezichtfase gaat vooraf aan de toepassing van sancties. Toezicht kan overgaan in daadwerkelijke handhaving, hetzij via het bestuursrecht, dan wel via het strafrecht. Toezicht hoort zelf thuis in de sfeer van het bestuursrecht.

toezicht kan overgaan in opsporing

Als het uitoefenen van toezicht leidt tot verdenking van een strafbaar feit (er is een 'redelijk vermoeden' van een strafbaar feit) dan gaat toezicht over in 'opsporing'. In dat geval is sprake van een 'verdachte' in

de strafvordelijke zin van het woord. Daarvoor gelden vervolgens de waarborgen die horen bij de spelregels van strafvordering. Voor de uitoefening van opsporingsactiviteiten zijn opsporingsambtenaren beschikbaar. Deze kunnen een algemene taak hebben (politie) of een buitengewone opsporingsbevoegdheid (een bevoegdheid op slechts één gebied, zoals een jachttopziener). Toezicht kan overvloeien in opsporing. De grens tussen beide is niet eenvoudig te bepalen. Denk aan algemene surveillance door de politie in het buitengebied van een aantal gemeenten. Deze activiteit is niet alleen van nut voor de opsporing van strafbare feiten (zoals milieudelicten), maar ook voor toezicht op de naleving van milieuvoorschriften (een bestuursrechtelijke aangelegenheid).

Samengevat:

Toezicht op de naleving (hoofdstuk 5, afdeling 5.2 Awb)

- Behoort bij bestuursrechtelijke controle, toezicht vloeit over in daadwerkelijke sanctionering
 - via bestuursrecht
 - via strafrecht
- opsporing behoort bij strafvordering (dus: sprake van een verdachte, van een redelijk vermoeden van een strafbaar feit)

8.1.3 Bestuursdwang

definitie

Bestuursdwang is de bevoegdheid om door feitelijk optreden een situatie weer in overeenstemming te brengen met de bestuursrechtelijke norm. Art 5:21 Awb omschrijft bestuursdwang als volgt: 'het door feitelijk handelen door of vanwege een bestuursorgaan optreden tegen hetgeen in strijd met bij of krachtens enig wettelijk voorschrift gestelde verplichtingen is of wordt gedaan, gehouden of nagelaten.' De nieuwe – voor de vierde tranche voorgestelde – omschrijving luidt: 'Onder bestuursdwang wordt verstaan: de herstelsanctie, inhoudende het door feitelijk handelen optreden tegen een overtreding'. Hieruit blijkt duidelijk dat het accent op het reparatoire karakter wordt gelegd.

Kortom: de feiten moeten weer kloppen met de publiekrechtelijke normen. Desnoods moet het bestuursorgaan daar eigenhandig voor zorgen. Eerst krijgt de overtreder het bestuursdwangbesluit toegestuurd waarin hem de kans wordt geboden om de overtreding ongedaan te maken. Doet betrokkene dat niet, dan zal het bestuursorgaan zelf feitelijk moeten (laten) optreden. Stel bijvoorbeeld dat een woonwagen zonder vergunning buiten een woonwagencentrum een standplaats heeft ingenomen. Het bij deze situatie passende bestuursdwangbesluit houdt de opdracht in om te vertrekken. Doet de bewoner van de wagen dat niet eigener beweging, dan zal het bestuursorgaan dat het bestuursdwangbesluit nam uiteindelijk zelf voor het wegslepen van de woonwagen moeten zorgen. De kosten van wegslepen worden echter wel bij de overtreder in rekening gebracht.

Uit het voorbeeld blijkt al, dat de feitelijke inhoud van een bestuursdwangbesluit afhangt van de situatie waar het om gaat. Het stoppen van een illegale lozing door een 'smeerpijp' kan geschieden door het afsluiten van de pijp. Het ongedaan maken van geluidsoverlast door een disco kan gebeuren door de disco te sluiten. Bouwen zonder vergunning mondt uit in afbraak van het gebouwde. Illegale kap van een boom laat zich niet herstellen, maar een herplantplicht is wel mogelijk. Afhankelijk van de situatie wordt zodanig ingegrepen, dat aan het overtreden van de bestuursrechtelijke norm een einde wordt gemaakt. Steeds krijgt de overtreder eerst de kans om daarvoor zelf te zorgen. Het bieden van deze mogelijkheid is verplicht (art. 5:24, lid 4 Awb, met uitzondering voor spoedeisende gevallen). Leidt dat niet resultaat, dan treedt het bestuursorgaan zelf op.

Enkele onderwerpen met betrekking tot bestuursdwang zullen we achtereenvolgens apart behandelen. het betreft:

1. het vereiste van een wettelijke grondslag;
2. de vraag wanneer bestuursdwang kan worden toegepast;
3. het feit dat er geen plicht tot toepassing van bestuursdwang bestaat;
4. het besluit, c.q. beschikkingskarakter van de bestuursdwang aanschrijving;
5. eisen aan de bestuursdwangbeschikking.

Ad. 1 - Wettelijke grondslag nodig
bestuursdwang bij of krachtens wet

Duidelijk is, dat wij te maken hebben met een op zichzelf ingrijpende bevoegdheid. De bevoegdheid kan zonder voorafgaande toestemming van de rechter worden uitgeoefend. Daarvoor is, indachtig het legaliteitsbeginsel, een wettelijke grondslag nodig. De Awb eist dan ook - in art. 5:22 - dat de bevoegdheid tot bestuursdwang bij of krachtens de wet is toegekend. In de vierde tranche komt deze legaliteitseis te staan in titel 5.1 die algemene bepalingen gaat bevatten. Zodoende wordt de eis van wetmatigheid uitgestrekt tot de bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen bestuursdwang, dwangsom en bestuurlijke boete. Het voorgestelde artikel 5.0.4. lid 1 luidt: 'De bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie bestaat slechts voorzover zij bij of krachtens de wet is verleend.' De Awb scheidt zelf geen bestuursdwangbevoegdheid. De grondslag daarvoor moet elders worden gevonden. De Awb geeft wel - behalve de aangehaalde omschrijving van bestuursdwang - een aantal spelregels die bij de toepassing van bestuursdwang in acht moeten worden genomen. Voor de lagere overheid (gemeenten, provincies, waterschappen) is een algemene bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang geregeld in de betreffende organieke wetgeving. Zie respectievelijk art. 125 e.v. Gemeentewet, art. 122 e.v. Provinciewet en art. 61 e.v. Waterschapswet.

De centrale overheid beschikt niet over een algemene bestuursdwangbevoegdheid; wel zijn in verspreide wetten specifieke bestuursdwangbevoegdheden toegekend aan de ministers. In de Wet milieubeheer (Wm) is bovendien als vangnet bepaald, dat een bestuursdwangbevoegdheid toekomt aan de minister van VROM (volkshuisvesting, ruimtelijke ordening en milieu), indien geen ander bestuursorgaan bevoegd is (art. 18.7 Wm). Op die manier is althans in milieuzaken een sluitend systeem tot stand gebracht. Een vergelijkbare bepaling ontbreekt in de Awb. Er is dus geen algemeen vangnet voor gevallen waarin de wet 'vergeten' is een bestuursdwangbevoegdheid toe te kennen aan een minister.

De wettelijke bevoegdheden tot het uitoefenen van bestuursdwang zijn toegekend aan de organen die ook zijn belast met de uitvoering (colleges van B&W, GS, dagelijks bestuur waterschap, minister). Op die manier zijn handhaving en uitvoering aan elkaar gekoppeld.

Ad. 2 - Wanneer bestuursdwang?

repressief

Kenmerkend voor bestuursdwang is het achteraf ongedaan maken van een reeds begane overtreding van een norm. Het is met andere woorden een repressief handhavingsinstrument. Nog net aanvaardbaar is het (preventief) toepassen van bestuursdwang op een concreet aanwijsbare, op handen zijnde overtreding. Daar ligt echter de grens. Deze uit de jurisprudentie voortgekomen eis, wordt door middel van de vierde tranche ook gecodificeerd. Voorgesteld artikel 5.0.7. stelt immers: 'Een herstelsanctie kan worden opgelegd zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt'.

Ad. 3 - Bestuursdwang geen plicht

wel mogelijk niet verplicht

De bevoegdheid tot bestuursdwang is wettelijk steeds in de vorm van een 'kan'-bepaling gegoten. Dit wil zeggen, dat in geval van een geconstateerde overtreding wel de mogelijkheid, maar *niet* de verplichting bestaat om tot toepassing van bestuursdwang over te gaan.

Zoals steeds impliceert beleidsvrijheid de plicht om tot een belangenafweging te komen. In de belangenafweging speelt het belang van het bestuur mee bij naleving van de gestelde regels. Daartegenover spelen de concrete belangen van de overtreder. Zo zal iemand die zonder vergunning een garage bij zijn woonhuis heeft gebouwd met weinig vreugde kennis nemen van het besluit tot bestuursdwang waarin hij wordt gesommeerd tot afbraak. In de belangenafweging moeten echter ook de belangen van eventuele derden worden betrokken. Zo is het denkbaar, dat de buurman van de garagebouwer juist om toepassing van bestuursdwang heeft verzocht, omdat zijn uitzicht is bedorven. Ook die belangen moeten in de afweging worden betrokken. Een goede belangenafweging vraagt, uit een oogpunt van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, om een duidelijk handhavingbeleid: wanneer wordt wel opgetreden, wanneer niet?

Ad. 4 - Bestuursdwangbesluit is een beschikking

feitelijke uitvoering

Het nemen van een besluit tot het uitoefenen van bestuursdwang moet 'op schrift worden gesteld en is een beschikking', aldus art. 5:24, lid 1, Awb. Het is van belang te onderscheiden tussen het *besluit* tot toepassen van bestuursdwang (dit is de beschikking) en de *feitelijke uitvoering* daarvan. Dit laatste behoort tot de sfeer van de feitelijke handelingen. Gaat er bij de feitelijke uitvoering van bestuursdwang iets mis, dan zal tegen dit feitelijk handelen bij de burgerlijke rechter moeten worden opgekomen, met een vordering uit onrechtmatige daad. Stel, dat er bij het wegslepen van een woonwagen naar een woonwagencentrum schade ontstaat wegens onzorgvuldig handelen, dan zal deze schade via de aangegeven weg bij de burgerlijke rechter moeten worden geclaimd. In oudere

rechtspraak is al eens een geval aan de orde geweest waarbij een atelier van een kunstenaar werd ontruimd en zijn kunstwerken in de regen werden gezet. Dat was in de ogen van de rechter onrechtmatig feitelijk handelen, namelijk een onrechtmatige wijze van uitvoering bestuursdwang (HR 21 maart 1975, AB 273 - Miletic).

De belanghebbende die een bestuursdwangbesluit langs de weg van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming wil aanvechten, zal zich moeten richten op de 'papieren' fase, op de beschikking dus. Daartegen is langs de gebruikelijke weg bezwaar en beroep mogelijk. Voorwaarde voor het tot stand komen van een besluit in de zin van de Awb is, zoals bekend, dat er een schriftelijke beslissing voorhanden is. Normaal gesproken is die er ook bij de uitoefening van bestuursdwang, zie de zojuist besproken eis dat het besluit op schrift wordt gesteld. In spoedeisende gevallen mag worden overgegaan tot toepassing van bestuursdwang zonder dat de beslissing daartoe van tevoren op schrift is gezet (art. 5:24, lid 6, Awb – dat ewr overigens wel toe verplicht dat de beslissing zo spoedig mogelijk – alsnog - op papier wordt gezet). Denk aan illegaal opgeslagen zwaar verontreinigde grond die een bedreiging voor het grondwater vormt.

Een bestuursdwangbeschikking kan zonodig worden uitgelokt. Wij spraken al even over de buurman die problemen had met een zonder vergunning gebouwde garage. In zo'n situatie kan hij, als derde-belanghebbende, een verzoek indienen bij het bevoegde bestuursorgaan (B&W) om over te gaan tot het toepassen van bestuursdwang. Overigens behoeft de buurman de term 'bestuursdwang' niet met zoveel woorden te gebruiken. Als hij verzoekt om 'het treffen van maatregelen' is het aan het bestuursorgaan om - eventueel na overleg met de verzoeker - na te gaan of hier sprake is van het vragen om bestuursdwang. Als B&W weigeren op het verzoek in te gaan, is in Awb-terminen sprake van het afwijzen van een aanvraag en dat is ook een beschikking (art. 1:3, lid 2, Awb). Tegen deze beschikking staat de weg van bezwaar en beroep open.

Een andere voorwaarde voor het tot stand komen van een besluit (en dus ook van een beschikking) in de zin van de Awb is - naast de schriftelijkheid - dat er sprake is van een publiekrechtelijke rechtshandeling. In dat verband is van praktisch belang dat eerst sprake is van een bestuursdwangbeschikking als daarover een ondubbelzinnig besluit is genomen. Pas dan is sprake van het intreden van rechtsgevolgen. Zolang een bestuursorgaan nog geen definitief besluit heeft genomen, maar slechts 'informeel' vooraf wil waarschuwen, is nog geen sprake van een rechtshandeling. Een brief met als inhoud 'wij wijzen U erop dat wij gebruik kunnen maken van onze bevoegdheid tot bestuursdwang' is dan ook niet op te vatten als een besluit tot toepassing van bestuursdwang. Dit wordt in bestuursrechtelijk jargon ook wel de 'vooraankondiging tot toepassing bestuursdwang' genoemd. Nogmaals: een dergelijke vooraankondiging is nog geen besluit. Uiteraard kan de geadresseerde tegen een dergelijke vooraankondiging wel zijn bedenkingen inbrengen. Strikt formeel juridisch gezien is hier echter nog geen sprake van een bezwaarschrift. Zodra in de brief staat dat 'wij U hierbij gelasten om ...', of woorden van gelijke strekking, moet in dit schrijven wel het definitieve, op rechtsgevolg gerichte, besluit tot toepassing van bestuursdwang worden gelezen. Op dat moment kan door middel van een bezwaarschrift bezwaar worden aangekend.

Uiteindelijk volgt na de vooraankondiging en het uiteindelijke besluit tot toepassing bestuursdwang de feitelijke uitvoering, althans wanneer de overtreder niet zelf de illegale situatie in het reine heeft gebracht. Deze 'opruiming' van een overtreding is een feitelijke handeling. Volgens artikel 3:1 lid 2 Awb zijn op deze uitvoering de afdelingen 3.2 tot en met 3.5 van de Awb van overeenkomstige toepassing.

Ad. 5 – Eisen aan de bestuursdwangbeschikking algemene eisen aan beschikkingen

Op een 'echt' besluit tot toepassen van bestuursdwang zijn niet alleen de Awb-eisen ter zake van besluiten van toepassing, maar ook alle eisen die gelden voor beschikkingen (zie hiervoor ook Hoofdstuk 2, i.h.b. § 5.2). Dit betekent onder meer het volgende.

- Uit een oogpunt van zorgvuldige voorbereiding (art. 3:2 Awb) moet een bestuursorgaan zich afvragen of legalisering alsnog mogelijk is. Neem weer het voorbeeld van de zonder vergunning gebouwde garage. Stel dat de garage op zichzelf past in de eisen die bestemmingsplan en bouwverordening stellen. Dan is het mogelijk om achteraf alsnog een bouwvergunning af te geven (legalisering). Men kan het de bouwer kwalijk nemen dat zonder vergunning is gebouwd en hem daarvoor bestraffen. Maar de situatie kan in dit geval in overeenstemming met de bestuursrechtelijke norm worden gebracht, door niet de feitelijke stand van zaken aan te tasten (gedwongen afbraak van de garage), maar in plaats daarvan de norm te veranderen (door de vergunning alsnog af te geven). Al in een

dergelijk geval toch voor bestuursdwang zou worden gekozen, zal de rechter dit, wegens strijd met de zorgvuldigheid, niet accepteren.

- Aan het toepassen van bestuursdwang dient een belangenafweging vooraf te gaan (zie de plicht tot belangenafweging, neergelegd in art. 3:4, lid 1 Awb). Al snel raakt dit aan de vraag of er een duidelijk handhavingsbeleid is.
- De notie van evenredigheid (art. 3:4, lid 2, Awb) is een algemene eis aan besluiten die bij uitstek nauw luistert bij sancties, dus ook bij toepassing van bestuursdwang. Is het toepassen van bestuursdwang, c.q. de gekozen vorm van bestuursdwang, passend bij de ernst van de geconstateerde feiten? Kan met een minder zware maatregel hetzelfde effect worden bereikt? Bijvoorbeeld: is het sluiten van een café wegens geluidsoverlast voor onbepaalde tijd nodig, of kan worden volstaan met een sluiting voor bepaalde tijd?
- Het toepassen van bestuursdwang is niet vanzelfsprekend, het is immers een vrije, maar ingrijpende, bevoegdheid. Daarom moet een bestuursdwangbesluit deugdelijk zijn gemotiveerd (art. 3:46 Awb).

specifieke eisen

Aan de voor besluiten respectievelijk beschikkingen in het algemeen gestelde eisen moeten de bepalingen van hoofdstuk 5, afdeling 5.3, Awb (bestuursdwang) worden toegevoegd.

Enkele specifieke eisen die aan een bestuursdwang-beschikking worden gesteld zijn de volgende.

- Een bestuursdwangbeschikking dient - met het oog op de rechtszekerheid - steeds aan te geven welk voorschrift is overtreden (art. 5:24, lid 2 Awb). Deze bepaling gaat verder dan de in zijn algemeenheid gestelde eis dat een besluit 'zo mogelijk' de relevante voorschriften vermeldt (art. 3:47, tweede lid, Awb). In het voorstel voor de vierde tranche wordt dit wederom geregeld in de algemene bepalingen. Zo stelt artikel 5.0.9.: 'De beschikking tot oplegging van een bestuurlijke sanctie vermeldt:
 - a. de overtreding alsmede het overtreden voorschrift;
 - b. zo nodig een aanduiding van de plaats waar en het tijdstip waarop de overtreding is geconstateerd'.
- In de bestuursdwangbeschikking wordt een termijn aangegeven waarbinnen de overtreder de tenuitvoerlegging kan voorkomen (art. 5:24, lid 4). In spoedeisende gevallen kan het stellen van een dergelijke termijn achterwege blijven. Uit de rechtspraak is gebleken, dat bij het bekend maken van een bestuursdwangbesluit geen twijfel mag worden open gelaten over het daadwerkelijk uitoefenen van bestuursdwang. De wil van het bestuursorgaan om ook 'echt' door te zetten moet vaststaan. In de bestuurspraktijk gaat dit helaas wel eens anders en verzendt men nogal eens een bestuursdwangbeschikking om alleen maar te dreigen en te laten weten dat men de zaak 'hoog opneemt', waarna nog aparte besluitvorming plaatsvindt over de vraag of men de procedure wil doorzetten. Het is echter onjuist om eerst een besluit tot bestuursdwang te nemen en ook bekend te maken, om pas daarna na te denken over de vraag of men het besluit ook in praktijk wenst te brengen. Een dergelijke gang van zaken moet in strijd met de rechtszekerheid worden geoordeeld. Iets anders is dat het bestuursorgaan op het moment van feitelijk ingrijpen wel moet bezien of ingrijpen naar de stand van dat moment nog gerechtvaardigd is.
- Bij de toepassing van bestuursdwang vindt in beginsel 'kostenverhaal' plaats. Degene die niet uit zichzelf de overtreding ongedaan heeft gemaakt, krijgt de rekening gepresenteerd van de door het bestuursorgaan feitelijk uitgevoerde bestuursdwang. Van het in rekening brengen van de kosten kan worden afgezien, wanneer de kosten redelijkerwijze niet te zijnen laste behoren te komen (art. 5:25 Awb). Deze benadering sluit aan bij de eerder al in de rechtspraak ontwikkelde benadering. Een sprekend voorbeeld is de zaak van de Amsterdamse faraomieren, een hinderlijk soort kakkerlakken. B&W schreven de huiseigenaar aan tot bestrijding van deze kakkerlakken en voegden daar aan toe, dat het college bij in gebreke blijven zou overgaan tot verhaal van kosten voor het schoonmaken van het pand door de gemeente. De besmetting bleek echter niet de schuld van de eigenaar; onzindelijkheid van de bewoners was evenmin een oorzaak. Bovendien bleek de rechter, dat de hoofdreden achter de bestuursdwang was gelegen in het voorkómen van een plaag (ABRS 9 december 1977, AB 1978, 76). In die situatie oordeelde de rechter, dat het op zichzelf redelijk was om bestuursdwang toe te passen, maar dat het niet redelijk was om tot kostenverhaal over te gaan. De kosten van bestuursdwang kunnen zonnodig bij dwangbevel worden ingevorderd; daartegen is verzet mogelijk bij de burgerlijke rechter (art. 5:26 Awb).
- De Awb kent in de art. 5:27 tot en met 5:30 een aantal aan de toepassing van bestuursdwang accessoire bevoegdheden toe, die de uitoefening van bestuursdwang effectiever kunnen maken. Het gaat hier achtereenvolgens om bevoegdheden tot het betreden van plaatsen en woningen, verzegelingen, het meevoeren, opslaan en het eventueel overdragen of vernietigen van zaken.

Resumerend:

Bestuursdwang

- Doel: feitelijk herstel situatie (art. 5:21 Awb)
- Bevoegdheid: grondslag in de wet nodig
 - kijk in de 'specifieke' bestuurswet, niet in de Awb zelf (art. 5:22 Awb)
 - toepassing is niet verplicht: beleidsvrijheid
- Besluit tot bestuursdwang is een beschikking (art. 5:24, lid 1, Awb):
 - let op eisen aan besluit
 - let op eisen aan beschikking
 - zie daarnaast afdeling 5.3 Awb (specifieke spelregels voor bestuursdwang)
 - tegen bestuursdwangbeschikking (ook: weigering) is bezwaar en beroep mogelijk
- Kosten bestuursdwang in beginsel verhaald op overtreder, tenzij... (art. 5:25 Awb)

8.1.4 De last onder dwangsom

geschikt alternatief

Het feitelijk ongedaan maken van een overtreding door toepassing van bestuursdwang is niet altijd eenvoudig. Neem het voorbeeld van een in technisch opzicht complexe inrichting, die zich op het punt van de luchtverontreiniging niet houdt aan de in de milieuvergunning vastgelegde maximale emissie van enkele stoffen. Het valt dan voor een bestuursorgaan niet mee om precies die maatregelen te treffen die de verboden emissies naar de lucht doen stoppen. Of denk aan een milieuvergunning voor een bedrijf in een woonwijk, waarbij in de vergunningvoorschriften is geregeld dat slechts op bepaalde uren lossen en laden mag plaatsvinden. Als hierover klachten komen uit de buurt, dan is het lastig - vanwege het herhaalde karakter van de overtreding - om daartegen feitelijk op te treden. In de besproken gevallen is het opleggen van een bestuurlijke last onder dwangsom een geschikt alternatief. Toepassing van de last onder dwangsom houdt in, dat een dwangsombeschikking de deur uit gaat waarin de overtreder wordt gesommeerd zijn gedrag bij te stellen (de 'last'). Zo niet, dan is hij een dwangsom verschuldigd, te weten een bedrag a) ineens, b) per tijdseenheid (per dag bijvoorbeeld), of c) per toekomstige overtreding. (Zie voor deze mogelijkheden art. 5:32, lid 4, Awb.)

keuze maken

De last onder dwangsom is een alternatief voor de toepassing van bestuursdwang. Beide typen sancties kunnen *niet* tegelijkertijd worden toegepast (art. 5:31 en 5:36 Awb). Overigens is een last onder dwangsom ook reparatoir van karakter: het is een herstelsanctie. Zo zegt voorgesteld artikel 5.3.2.1. Awb: 'Onder last onder dwangsom wordt verstaan: de herstelsanctie, inhoudende: a. een last tot herstel van de overtreding, en b. de verplichting tot betaling van een geldsom onder de opschortende voorwaarde dat de last niet wordt uitgevoerd.'

Hoe moet de keuze tussen bestuursdwang en de last onder dwangsom worden bepaald? Art. 5:32, derde lid, Awb zegt daarover dat de last onder dwangsom niet wordt verkozen 'indien het belang dat het betrokken voorschrift beoogt te beschermen zich daartegen verzet'. Indien bijvoorbeeld acuut gevaar voor het milieu dreigt, dan is snel feitelijk optreden nodig. De keuze valt dan op bestuursdwang, in plaats van op de last onder dwangsom. Buiten dergelijke gevallen bestaat een zekere keuzevrijheid. Overwegingen van doelmatige handhaving spelen een belangrijke rol.

Bij deze afweging kan ook meespelen, dat een last onder dwangsom meer mogelijkheden tot preventie biedt. De Awb geeft expliciet aan dat een last onder dwangsom kan zijn gericht op het ongedaan maken van een overtreding, maar ook op het voorkómen van herhaling van overtredingen (art. 5:32, tweede lid, Awb).

bevoegdheid in Awb zelf

De hierboven (in 7.2.4 onder a) gegeven voorbeelden komen niet helemaal per ongeluk uit het milieurecht. In het milieurecht is (al ten tijde van de Hinderwet) ervaring opgedaan met de dwangsom. Later werd het instrument voor het gehele milieurecht geregeld in de Wet milieubeheer. Ook in de Gemeentewet, Provinciewet en Waterschapswet werd de dwangsombevoegdheid ingevoerd. Inmiddels is de stap gezet naar een algemene regeling in de Awb, zie hoofdstuk 5, afdeling 5.4.

Op het punt van de last onder dwangsom scheidt de Awb wel *zélf* een bevoegdheid. Uit 5:32, lid 1, Awb blijkt dat een orgaan dat bevoegd is bestuursdwang toe te passen, ook over de bevoegdheid beschikt om een dwangsom toe te passen. Laatstbedoelde bevoegdheid krijgt het orgaan er van de Awb bij.

Ook de last onder dwangsom is een bestuurlijk handhavinginstrument, dat zonder voorafgaande tussenkomst van de rechter mogelijk is. Net als bij bestuursdwang is het wel mogelijk om achteraf de rechter om een oordeel te vragen. De 'oplegging van een last onder dwangsom' is namelijk weer een beschikking (art. 5:32, lid 5, Awb). Evenals bij bestuursdwang moet eerst een termijn worden gegund waarbinnen de 'zondaar' zijn gedrag alsnog zelf kan corrigeren.

Voorts gelden voor de toepassing van de last onder dwangsom enkele vergelijkbare eisen als bij bestuursdwang. Zie bijvoorbeeld de eis van evenredigheid (art. 5:32, lid 4). De hoogte van de dwangsom mag niet exorbitant zijn, maar mag wel zo worden gekozen dat doorgaan met het plegen van de overtreding onaantrekkelijk is. Zonodig kan een dwangsombesluit worden opgeschort, of zelf worden opgeheven (art. 5:34 Awb).

Samenvattend:

Dwangsom

- Doel: stoppen of voorkomen van de overtreding door een geldsom op te leggen
- Bevoegdheid is annex aan bestuursdwang; grondslag wel in Awb (art. 5:32, lid 1, Awb)
- Bestuursdwang en dwangsom zijn alternatieven:
 - niet tegelijk toepassen
 - afwegen: moet bestuursdwang voorgaan?
- Last onder dwangsom is beschikking:
 - let op eisen aan besluiten en beschikkingen
 - let op specifieke spelregels van afdeling 5.4 Awb (dwangsom)
 - evenredigheidseis speciaal van belang (art. 5:32, lid 4, Awb).

8.1.5 Intrekken begunstigende beschikking

Een niet in de Awb geregelde bestuursrechtelijke sanctie is de intrekking van een begunstigende beschikking. Denk aan het weer intrekken van een eerder verleende vergunning of subsidie. Voor het bij wijze van sanctie intrekken van een beschikking is (in de desbetreffende bestuursrechtelijke wet) een grondslag nodig. Ook de intrekking is een beschikking die aan alle in de Awb gestelde eisen ten aanzien van het voorbereiden en nemen daarvan moet voldoen; bovendien is weer rechtsbescherming bij de bestuursrechter mogelijk. Intrekking van begunstigende beschikking wordt als sanctie nog niet voorgesteld in de vierde tranche. Er bestaan wel plannen om intrekking van beschikkingen (in het algemeen en niet alleen begunstigend) in een latere tranche op te nemen.

8.1.6 Bestuurlijke boete

situatieve en punitieve sancties

De tot nu toe besproken bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen zijn uitsluitend of overwegend gericht op het in overeenstemming brengen van de situatie met een bestuursrechtelijke norm. Wij spreken van situatieve, reparatoire of herstelsancties. De administratieve boete is een sanctie die zich richt op de persoon van de overtreder. Dit type sancties noemen wij 'punitieve sancties'. Wij betreden nu het grensgebied tussen bestuurs- en strafrecht. De bestuurlijke boete mag worden opgelegd door een bestuursorgaan, wederom zonder voorafgaande toestemming van de rechter. Dat geeft het bestuursrechtelijke karakter aan. Aan de andere kant is sprake van een op de persoon gerichte sanctie, waardoor het overeenkomstig vertoont met een strafrechtelijke sanctie. Vanwege de gelijkenis met strafrechtelijke sanctieering heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) geoordeeld, dat de bestuurlijke boetes onderworpen zijn aan de waarborgen ten aanzien van onafhankelijke rechtspraak die art. 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) biedt (EHRM 21 februari 1984, *Ars Aequi* 1985, p. 145 - Öztürk). In ons rechtstelsel is voldaan aan de voorwaarde dat uiteindelijk (achteraf) toetsing door een onafhankelijke rechter (een administratieve rechter) mogelijk is. Voorbeelden van bestuurlijke boetes zijn: de fiscale boete, diverse boetes in de sociale zekerheid en de toepassing van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (zie art. 1:4, tweede lid, Awb). De bestuurlijke boete zoals deze wordt voorgesteld in de vierde tranche heeft een aanvullend

karakter (zie voorgesteld artikel 5.4.1.5.). Het bestraffende karakter van de bestuurlijke boete blijkt uit (voorgesteld) artikel 5.4.1.1. lid 1: 'Onder bestuurlijke boete wordt verstaan: de bestuurlijke sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom, die is gericht op bestraffing van de overtreder.'

8.1.7 Handhaving met beleid

gedogen

Bestuursrechtelijke handhavinginstrumenten kennen, zoals wij hebben gezien, beleidsvrijheid. Er is vrijheid ten aanzien van het al dan niet toepassen van handhavingbevoegdheden en er bestaat bovendien een zekere vrijheid ten aanzien van de wijze waarop die instrumenten worden ingezet. De vrijheid om tot handhaving over te gaan impliceert de mogelijkheid dat men *niet* tot handhaving overgaat. In dat geval spreken wij van 'gedogen'. Gedogen omschrijven wij als het bewust afzien van beschikbare handhavingsmiddelen. Het komt in de bestuurspraktijk veelvuldig voor. Hierbij gaat het niet alleen om kleine zaken (als zonder vergunning gebouwde schuttingen en bijgebouwen), maar soms ook om heel substantiële zaken, zoals bijvoorbeeld het laten functioneren van een kerncentrale op basis van een gedoogverklaring (in afwachting van een bijgestelde vergunning).

beperkingen

Gedogen is tot op zekere hoogte een onvermijdelijk verschijnsel. Gedogen kan om verschillende redenen gerechtvaardigd zijn, bijvoorbeeld vanwege overmacht (onvoldoende handhaving capaciteit en dergelijke) dan wel op grond van een bewuste beleidskeuze (om bijvoorbeeld eerst voorrang te geven aan de meest ernstige overtredingen). Om te voorkomen dat gedogen de regel en handhaving de uitzondering vormt (in plaats van andersom), is het nodig het verschijnsel van het gedogen aan een aantal beperkingen onderhevig te maken. Algemeen geformuleerd moet een deugdelijk gedoogbeleid het spiegelbeeld vormen van een doordacht handhavingbeleid. Kortom: gedogen moet met beleid. De administratieve rechter accepteert gedogen onder bepaalde voorwaarden, maar stelt grenzen. Enkele van de belangrijkste beperkingen zijn de volgende:

- Gedogen moet niet stilzwijgend, maar expliciet geschieden. Het bestuursorgaan dient een gedoogbeschikking af te geven. Een gedoogbeschikking is (net als een handhavingbeschikking) vatbaar voor bezwaar en beroep.
- Gedogen is aanvaardbaar als tijdelijke overbrugging naar een legale situatie. Denk aan de toestemming om alvast met bouwen te beginnen, vooruitlopend op een definitieve vergunningverlening.
- De gedoogbeschikking dient bij voorkeur zodanige voorschriften te bevatten, dat het gedoogde gedrag wordt gereguleerd. Wij spreken van een 'gekwalificeerde gedoogbeschikking' (beschikking onder voorschriften). Zo zal men in het geval van de alvast verleende toestemming om te gaan bouwen bij voorkeur voorschriften moeten opnemen die in hoge mate overeenkomen met voorschriften zoals ook in de verwachte bouwvergunning opgenomen zullen worden.
- Een gedoogbeschikking zal aan de gebruikelijke eisen van zorgvuldige voorbereiding, belangenafweging, deugdelijke motivering en dergelijke moeten voldoen.

8.2 Handhaving via het strafrecht

Tenslotte nemen we de ruimte voor een korte verkenning van de strafrechtelijke handhaving, omdat daarbij immers ook een rol voor de overheid is weggelegd en strafrechtelijk ingrijpen eveneens kan dienen ter handhaving van bestuursrecht (notabene, de privaatrechtelijke handhaving door de overheid komt aan bod in hoofdstuk 7). In de eerste plaats (§ 8.2.1) gaan we in op strafrecht als middel naast het bestuursrecht (als alternatief) en vervolgens (in § 8.2.2) op de vraag of strafrechtelijke handhaving mogelijk is tegelijk met bestuursrechtelijke handhaving.

8.2.1 Strafrecht naast bestuursrecht

raakvlakken

In het verlengde van bestuursrechtelijke normstelling komt al snel de strafrechtelijke sanctionering om de hoek kijken. Zo is in bestuursrechtelijke wetgeving vrijwel steeds het handelen in strijd met een gebod of verbod (bijvoorbeeld: handelen zonder, of in afwijking van, een vergunning) tevens strafbaar gesteld. Daarmee is de weg geopend naar strafrechtelijke sanctionering. In het kader van dit boek past geen uitvoerige behandeling van strafrechtelijke handhaving. Wij beperken ons tot een enkele opmerking over raakvlakken met bestuursrechtelijke handhaving.

Om strafrechtelijk te kunnen optreden is het nodig steeds een uitdrukkelijke strafbepaling ('het is verboden...') te kunnen aanwijzen. Zonder voorafgaande strafbepaling is geen strafrechtelijke aanpak mogelijk. Als gezegd kennen vele bestuursrechtelijke wetten strafbepalingen. Daarnaast is voor overtredingen op onder meer het terrein van het sociaal-economisch bestuursrecht en het milieurecht de koppeling met de Wet economische delicten (WED) van belang. Daardoor zijn extra bevoegdheden in de sfeer van de opsporing beschikbaar en komen ook extra sancties binnen handbereik, zoals het stilleggen van een onderneming. Uiteraard zijn ook de 'gewone' strafbepalingen uit het Wetboek van Strafrecht (Sr.) relevant (denk aan bepalingen over valsheid in geschrifte en dergelijke).

Openbaar Ministerie

Bestuursorganen hebben de keuze voor een strafrechtelijke aanpak niet zelf in de hand. Na de fase van opsporing van strafbare feiten is het aan het OM om te beslissen of al dan niet tot vervolging over te gaan. Het OM heeft een hoge mate van zelfstandigheid in zijn feitelijk functioneren, maar vormt een hiërarchische organisatie die uiteindelijk ondergeschikt is aan de politieke leiding, de minister van Justitie. Het OM beschikt over het 'vervolgingsmonopolie'. Er is geen vervolgingsplicht; het OM mag op grond van het 'opportunitiebeginsel' beslissen om al dan niet tot vervolging over te gaan (art. 167 Wetboek van Strafvordering (Sv.): 'van vervolging kan worden afgezien op gronden aan het algemeen belang ontleend'). De beslissing om niet tot vervolging over te gaan kan worden genomen op grond van bewijstechnische overwegingen (vrees dat men de zaak niet 'rond' krijgt), maar ook op grond van beleidsmatige gronden (zo kan voorrang worden gegeven aan milieudelicten boven fietsendiefstallen). Een rechtstreeks belanghebbende heeft overigens het recht zich te beklagen over een beslissing niet (verder) te vervolgen (art. 12 Sv.). Een dergelijke klacht moet worden ingediend bij het gerechtshof.

transactie

Ook na de initiële beslissing om te vervolgen blijft het OM een sleutelrol vervullen. Zo kan later - tot aan het moment van de terechtzitting - worden besloten alsnog niet verder te vervolgen (art. 242 Sv.). Eveneens tot aan de aanvang van de terechtzitting kan het OM een 'transactie' aanbieden (art. 74 Sr.). Een transactie houdt in dat het OM een aantal voorwaarden stelt waaraan de verdachte heeft te voldoen, in ruil waarvoor de officier van justitie afziet van (verdere) vervolging. Aldus komt de zaak niet bij de strafrechter. Tot de belangrijkste voorwaarden behoort het betalen van een geldsom. De transactiebevoegdheid is ruim geformuleerd; deze is namelijk toepasbaar op alle overtredingen en op misdrijven tot een maximum gevangenisstraf van zes jaar. Na de 'filter' van opsporing, vervolging en transactie komt uiteindelijk slechts een minderheid van de strafbare feiten terecht bij de strafrechter. De strafrechter heeft de beschikking over een arsenaal aan hoofdstraffen (boete, gevangenisstraf) en aan bijkomende straffen als verbeurd verklaren.

8.2.2 Strafrecht en bestuursrecht?

strafrecht gericht op daders

Anders dan in het bestuursrecht - maar let op het 'punitieve' karakter van de bestuurlijke boete - is het *doel* van het strafrecht niet gericht op een situatie, maar op daders. Het gaat nu juist om 'opzettelijke' leedtoevoeging aan de overtreeders, uit een oogpunt van maatschappelijke vergelding. Achterliggende doelstelling daarvan is generale en speciale preventie: voorkomen dat dergelijke strafbare feiten worden begaan, zowel in het algemeen als in het bijzonder (door dezelfde dader).

Aangezien strafrecht en bestuursrecht verschillende doelen kennen, is het in beginsel aanvaardbaar dat strafrecht en bestuursrecht *naast elkaar* worden toegepast. Dit geeft alleen problemen bij samenloop van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties die in hoofdzaak ook de persoon raken (de punitieve sancties). In dat geval moet zorgvuldig worden bekeken of strijd kan ontstaan met het verbod iemand twee maal ter zake van hetzelfde feit te straffen (de 'ne bis in idem'-regel). Waar dat op zichzelf juridisch niet bezwaarlijk is, vindt in de praktijk slechts zelden een parallelle aanpak vanuit zowel het bestuursrecht als het strafrecht plaats. Veelal vindt men dat 'teveel van het goede'.

Wanneer niet een 'en-en' maar een 'of-of' keuze aan de orde is, is van belang dat een goede afstemming plaatsvindt tussen bestuursrechtelijk en strafrechtelijk optreden. Op lokaal en regionaal niveau is het driehoeksoverleg daartoe een aangewezen orgaan. Daarin vindt overleg plaats tussen de burgemeester, de (hoofd)officier van justitie en de leiding van de politie. Bedenk wel dat deze coördinatie niet tot gevolg kan hebben dat het OM zijn eigen zelfstandige rol inlevert. Zo is het denkbaar dat een officier van justitie op goede gronden tot vervolging overgaat in een situatie waarin een bestuursorgaan voor gedogen heeft gekozen. Als hoofdlijn is echter een goede afstemming wenselijk, opdat een geïntegreerde handhaving

tot stand kan komen. Denk bijvoorbeeld aan afstemming van de strafrechtelijke gedoogcriteria ten aanzien van coffeeshops op het bestuursrechtelijke optreden van de burgemeester in het kader van de handhaving van de openbare orde. Bij de voorstellen voor introductie van een algemene regeling voor de bestuurlijke boete – in het Voorontwerp van de vierde tranche – zijn, omdat deze boete natuurlijk ook een punitief doel dient, enkele bepalingen opgenomen voor afstemming tussen het bestuur en het OM (zie Titel 5.4, i.h.b. art. 5.4.1.5 Awb).

zelfstandige waarde van beide wegen

Vanuit welke visie moet die coördinatie plaatsvinden? De klassieke opvatting hield in, dat pas als de mogelijkheden van het bestuursrecht uitgeput raakten, aanleiding bestond tot strafrechtelijk optreden. In deze visie is het strafrecht een laatste redmiddel ('ultimum remedium'). Deze visie mag - even kort door de bocht - als achterhaald worden beschouwd. In een moderne opvatting wordt uitgegaan van de zelfstandige waarde van beide wegen van handhaving. Strafrechtelijke handhaving kan bestuursrechtelijke handhaving waar nodig ondersteunen (bestuursondersteunend strafrecht). Vanzelfsprekend moet het strafrecht slechts worden toegepast als dat een zinvolle ondersteuning biedt van bestuursrechtelijke handhaving (de 'reservefunctie' van het strafrecht ten opzichte van het bestuursrecht). Ook het tegelijkertijd toepassen van twee bestuursrechtelijke sancties moet worden vermeden. In dier voege moet voorgesteld artikel 5.0.6. worden gelezen: 'Het bestuursorgaan legt geen herstelsanctie op zolang een andere wegens dezelfde overtreding opgelegde herstelsanctie van kracht is'.

Vragen

- 1 Hoofdstuk 5 van de Awb (handhaving) regelt:
 - a. alle vormen van handhaving;
 - b. publiekrechtelijke handhaving;
 - c. bestuursrechtelijke handhaving;
 - d. privaatrechtelijke handhaving.
- 2 Geef commentaar op de volgende stelling:
'Kenmerkend voor bestuursrechtelijke handhaving is het legaliteitsbeginsel: een bestuursorgaan is verplicht op te treden tegen een illegale situatie.'
- 3 *Stel:* Een gemeente verkoopt grond aan een particulier onder een aantal voorwaarden. Een van de voorwaarden is betaling binnen 30 dagen. De koper houdt zich echter niet aan de verkoopvoorwaarden, hij betaalt niet op tijd.
Kan de gemeente nu overgaan tot het toepassen van bestuursdwang?
- 4 Stelling 1: Tegen de feitelijke uitoefening van bestuursdwang kan een bezwaarschrift worden ingediend.
Stelling 2: In spoedeisende gevallen mag tot toepassing van bestuursdwang worden overgegaan zonder dat de beslissing daartoe van te voren op schrift is gezet.
Kies uit de volgende alternatieven:
 - a. 1 en 2 zijn juist;
 - b. 1 is juist, 2 is onjuist;
 - c. 1 is onjuist, 2 is juist;
 - d. 1 en 2 zijn onjuist.
- 5 Is kostenverhaal op de overtreder gebruikelijk bij het toepassen van bestuursdwang, of geschiedt dit slechts bij wijze van uitzondering?
- 6 Geef een voorbeeld van een situatie waarin het opleggen van een bestuurlijke dwangsom meer in aanmerking komt dan het toepassen van bestuursdwang.
- 7 Bevat de Awb zelf de grondslag voor het toepassen van een bestuurlijke dwangsom?
- 8 Geef een omschrijving van gedogen.
- 9 Geef commentaar op de volgende stelling: 'Gedogen behoort tot de vrijheid van een bestuursorgaan; het is dan ook niet mogelijk een gedoogbeleid te ontwikkelen.'

- 10 Is strafrechtelijke handhaving mogelijk naast bestuursrechtelijke handhaving bij:
- a. situatieve bestuursrechtelijke sancties, of bij
 - b. punitieve sancties?

Leerdoel

De stof van dit hoofdstuk is gericht op de verwerving van kennis van en inzicht in respectievelijk:

- de verschillende vormen van publiekrechtelijke waarborging van rechtmatig bestuur;
 - in het bijzonder de vormen van rechtsbescherming:
 - . door de rechtsgang bij de bestuursrechter
 - . door toepassing van een bestuurlijke voorprocedure,
- met inbegrip van de daarbij meest relevante beginselen van bestuursprocesrecht.

Introductie

waarborgen

In het vierde deel van dit boek gaat het om de dimensie van de waarborgen tegen het besturen. Gelijk uit de inleiding al bleek hebben we daarbij het oog op de bestuursrechtelijke remedies tegen onrechtmatig besturen. Het accent ligt daarbij op de rechtsbescherming tegen de overheid, dat wil zeggen op de mogelijkheid van beroep op de rechter, met inbegrip van eventuele niet rechterlijke voorprocedures. In Dit negende hoofdstuk staat de bestuursrechtelijke rechtsbescherming centraal, in het volgende hoofdstuk de (aanvullende) rechtsbescherming die de burgerlijke rechter nog kan bieden.

controle

Toch beginnen we in dit hoofdstuk met een wat breder perspectief dan dat van de rechtsbescherming. Er zijn immers meer waarborgen dan die welke de rechter kan bieden. Rechtsbescherming is één van de (mogelijke) invullingen van de – in het eerste hoofdstuk besproken - fundamentele voorwaarde van de democratische rechtsstaat dat het bestuur bereid moet zijn zichzelf te laten controleren. Wij starten dit hoofdstuk (in § 8.1) met een korte verkenning van de verschillende vormen van controle op het openbaar bestuur die wij in ons land kennen (te weten, politieke controle, Nationale ombudsman, toezicht op bestuursorganen, rechtspraak). Wij richten ons vervolgens (in § 8.2) in het bijzonder op de rechterlijke controle van het bestuur in de vorm van bestuursrechtspraak. Nadat wij de organisatie van deze bestuursrechtspraak hebben verkend, komen daarna enkele procedurele hoofdzaken ter sprake. Wij richten ons achtereenvolgens op bestuurlijke voorprocedures (§ 8.3), de voor de praktijk zo belangrijke voorlopige voorziening (§ 8.4) en op enkele beginselen van bestuursprocesrecht (§ 8.5). In de slotparagraaf (§ 8.6) zal - eveneens beperkt tot hoofdpunten - de meer inhoudelijke kant van de rechtsbescherming ter sprake komen: de wijze van toetsing van overheidshandelen door de bestuursrechter.

9.1 Vormen van controle

Als gezegd zijn er meer vormen van controle dan enkel rechtsbescherming. Hierboven werden kort een viertal vormen genoemd. Van belang is dat steeds goed het oog wordt gehouden op motieven van controle (gaat het om de handhaving van het objectieve recht of de bescherming van de rechtspositie van burgers) aangezien het mede daarvan afhankelijk is welke toetsingsnormen worden aangehouden (doelmatigheid en doeltreffendheid, behoorlijkheid en/of rechtmatigheid), terwijl ook de vraag wat gecontroleerd wordt (een bepaald besluit, of de rechtmatige bejegening van een burger), wie controleert (de volksvertegenwoordiging, het bestuur, de rechter) en de vraag hoe kan worden ingegrepen (alleen vernietiging van een besluit of (ook) vergoeding van schade) daardoor wordt bepaald. In alle gevallen gaat het bij controle niet om normstelling zelf, maar om de verzekering van de naleving van bepaalde (politieke, bestuurlijke of juridische) normen bij handelen door de overheid.

Achtereenvolgens zullen wij hierna ingaan op politieke controle door vertegenwoordigende lichamen (§ 9.1.1), op behoorlijkeheidscontrole door de Nationale ombudsman en bij interne klachtafhandeling (§ 9.1.2), op toezicht door hogere bestuursorganen (§ 9.1.3) en op rechtsbescherming door de bestuursrechter (§ 9.1.4).

9.1.1 Politieke controle

verantwoording afleggen

Een eerste vorm van controle op het handelen van bestuursorganen is politieke controle. In ons staatsbestel is het zo geregeld, dat het dagelijks bestuur verantwoording verschuldigd is aan vertegenwoordigende lichamen. Op het niveau van het landsbestuur is er de grondwettelijke plicht van de

ministers en staatssecretarissen om aan de beide Kamers der Staten-Generaal inlichtingen te verschaffen (art. 68 Grondwet). Achter de neutrale aanduiding 'inlichtingen' gaat de plicht schuil zich jegens het parlement te verantwoorden. Via het mechanisme van de ministeriële verantwoordelijkheid voor het handelen van ondergeschikten zijn ook de departementen onderworpen aan politieke controle door de volksvertegenwoordiging. In het uiterste geval zal, bij een onbevredigend verloopende verantwoording, het vertrouwen in een minister of staatssecretaris kunnen opgezegd. Als er een 'kabinetskwestie' is ontstaan, kan het vertrouwen in het gehele kabinet worden opgezegd. Het is een fundamentele regel van ongeschreven staatsrecht dat een individuele bewindspersoon die (c.q. een kabinet dat) niet langer het vertrouwen geniet van de Staten-Generaal, moet opstappen. Bij de lagere overheid (provincies en gemeenten) is de vertrouwensregel zelfs wettelijk vastgelegd. De politieke controle vanuit de volksvertegenwoordiging is op alle bestuurlijke niveaus een zeer wezenlijke vorm van controle op de besturende macht (zie Hoofdstuk 3). Wij laten dit vooral staatsrechtelijke onderwerp nu verder terzijde (net als het thema van de openbaarheid van bestuur, dat voor de controle op het besturen wel van groot belang is).

9.1.2 Nationale ombudsman/interne klachtafhandeling

behoorlijkheid overheidsgedragingen

In het overzicht van mogelijkheden van controle op het openbaar bestuur neemt de Nationale ombudsman een eigen plaats in. Hij verricht zijn werk op basis van de Wet Nationale ombudsman. Zijn hoofdtaak betreft onderzoek naar de behoorlijkheid van overheidsgedragingen. Een ieder heeft het recht de ombudsman te verzoeken een gedraging te onderzoeken. De termijn waarbinnen een verzoek kan worden ingediend is zeer ruim, namelijk een jaar na de gedraging. Een eenvoudig verzoek, waaraan minimale motiveringseisen worden gesteld, volstaat. Er zijn geen kosten aan verbonden. De drempel naar de ombudsman is hierdoor laag.

Klachtbehandeling

Een klacht bij de Nationale ombudsman moet altijd eerst 'kenbaar' zijn gemaakt bij het bestuursorgaan waarop de klacht betrekking heeft. Aldus krijgt het orgaan eerst de kans de klacht zelf te verhelpen. Voor de 'interne' klachtbehandeling door bestuursorganen zijn enkele voorschriften opgenomen in de Awb (hoofdstuk 9). Deze regeling bevestigt het recht van een ieder om een klacht in te dienen over het gedrag van een bestuursorgaan (art. 9:1 Awb) en geeft enkele standaardregels voor een behoorlijke behandeling van klaagschriften (Afdeling 9.2 Awb) – zoals ten aanzien van ontvangstbevestiging, de verplichting tot behandeling in bepaalde gevallen, het horen van belanghebbenden, de termijn van behandeling en de gemotiveerde kennisgeving van bevindingen. Ook is – in Afdeling 9.2 Awb – nog voorzien in een facultatieve klachtadviesprocedure, waarbij een specifieke persoon of commissie wordt belast met het geven van een advies inzake ingebrachte klachten.

Is een burger niet tevreden over de interne klachtafhandeling, dan staat vervolgens de weg open naar de Nationale ombudsman.

De ombudsman heeft eveneens de bevoegdheid om zonder dat daarom is gevraagd, dus op eigen initiatief, onderzoek te doen naar bepaalde aangelegenheden. Zo heeft hij al eens eigener beweging onderzocht waarom het beantwoorden van brieven bij de rijksoverheid vaak zo lang duurt.

De Nationale ombudsman heeft in ons staatsbestel een onafhankelijke en onpartijdige positie bij de uitvoering van zijn taak. Benoeming van de ombudsman vindt plaats door de Tweede Kamer en wel voor een periode van zes jaar (met mogelijkheid van herbenoeming). De ombudsman wordt terzijde gestaan door een substituu-ombudsman en wordt bovendien ondersteund door een bureau met medewerkers.

ombudsman geeft oordeel

De ombudsman beschikt – anders dan rechterlijke instanties – niet over de bevoegdheid om gedragingen (dit kunnen zowel beslissingen als handelingen zijn) ongedaan te maken. De ombudsman beperkt zich tot het geven van een oordeel over de behoorlijkheid van een gedraging van de overheid en formuleert soms aanbevelingen voor verbetering van de bestuurspraktijk. Het is dan aan het overheidsorgaan zelf om daar al dan niet gevolgen aan te verbinden. Het oordeel over het behoorlijkheidsgehalte van overheidsgedragingen kan worden gebaseerd op vérgaande onderzoekbevoegdheden van de ombudsman (inzien van stukken, horen van personen en dergelijke). Daarin ligt een groot deel van de kracht van het instituut. De ombudsman is in staat op gedegen wijze te onderzoeken wat zich precies heeft afgespeeld. Gebaseerd op een feitelijke reconstructie geeft hij – zonodig verdeeld over deelaspecten – in een rapport zijn oordeel. Eenvoudige zaken worden door een snelle interventie afgehandeld. Soms is

een telefoontje naar een bestuurlijke instantie al voldoende om voor de klager iets te bereiken. Er wordt dan geen uitvoerig rapport opgesteld.

De kurk waar het instituut op drijft is het gezag dat is opgebouwd. Het gezag van de ombudsman is voldoende om ervoor te zorgen dat zijn conclusies en ook zijn aanbevelingen vrijwel altijd worden overgenomen.

beperkte bevoegdheid

De bevoegdheid van de Nationale ombudsman om onderzoek te doen naar klachten is in verschillende richtingen beperkt. Zo mag hij geen onderzoek doen naar de inhoud van wetgeving, naar het algemene beleid van de regering en ook niet wanneer er (nog) mogelijkheden zijn beroep te doen op een bestuursrechter (zie over deze afbakening, E. Helder, Ombudsman en administratieve rechtsbescherming, diss., Enschede 1989). De ombudsman is bevoegd voor gedragingen van (vergelijk art. 1a en 1b) :

- de ministers
- bestuursorganen indien en voorzover met politietaken belast
- bestuursorganen van provincies, gemeenten, waterschappen en gemeenschappelijke regelingen, indien en voorzover belast met buitengewone opsporingstaken
- bestuursorganen van provincies, gemeenten, waterschappen en gemeenschappelijke regelingen, die op daartoe strekkend verzoek bij ministerieel besluit zijn aangewezen
- alle andere bestuursorganen, voorzover niet bij algemene maatregel van bestuur uitgezonderd
- overigens met uitzondering van enkele in de Wet nationale ombudsman zelf genoemde organen.

Hoewel de competentie van de Nationale ombudsman nog altijd niet algemeen voor alle bestuursorganen geldt, is het streven erop gericht deze wel zo algemeen mogelijk te laten zijn. Wel heeft de wetgever ruimte willen laten voor de mogelijkheid van 'lokale alternatieven', zoals een goed geregelde voorziening voor een gemeentelijke ombudsman.

behoefte

Uit het grote aantal klachten dat de ombudsman bereikt, blijkt dat hij in een behoefte voorziet. Klachten hebben betrekking op zaken als:

- het tempo van werken bij een bestuursorgaan
- het correct verstrekken van informatie
- de redelijkheid van beslissingen
- het in acht nemen van wettelijke voorschriften
- zorgvuldigheid in al zijn facetten
- correcte bejegening door ambtenaren.

Aldus blijkt de ombudsman zijn eigen rol te spelen in het veld van controlemogelijkheden.

9.1.3 Toezicht op bestuursorganen

Ook het toezicht door bestuursorganen op bestuursorganen speelt, zij het minder dan vroeger, nog altijd een belangrijke rol in de controle op het besturen. Daarom willen we hierna achtereenvolgens ingaan op:

1. vormen van toezicht;
2. goedkeuring
3. vernietiging
4. schorsing

Ad. 1 - Vormen van toezicht

beleidsmatige beoordeling

Binnen de bestuurlijke organisatie zelf zijn sommige besluiten onderworpen aan controle door andere bestuursorganen. Dit is een vorm van bestuurlijke controle die 'toezicht' wordt genoemd. Ter onderscheiding van het 'toezicht op de naleving' van rechtsregels, die bij het thema handhaving (hoofdstuk 8) ter sprake kwam, spreken wij nu over 'toezicht op bestuursorganen'. Bij toezicht op bestuursorganen gaat het niet alleen om controle van de juridische kwaliteit van besluiten, maar is ook een beleidsmatige beoordeling door een ander (hoger) bestuursorgaan aan de orde. Denk aan het planologisch toezicht dat de provincie uitoefent. In het stelsel van de Wet op de ruimtelijke ordening (WRO) is voorzien in de goedkeuring van een door de gemeenteraad vastgesteld bestemmingsplan door Gedeputeerde Staten (art. 28 WRO). Het door de raad vastgestelde plan treedt, vanwege de benodigde goedkeuring, niet in werking voordat GS van de betrokken provincie daaraan hun goedkeuring hebben gegeven. De beleidsvrijheid van het lagere orgaan wordt op deze manier beperkt, met het oog op een wenselijk geachte bovenlokale afweging door de provinciale overheid. GS bezien niet

alleen of het bestemmingsplan voldoet aan de eisen die het ruimtelijk bestuursrecht daaraan stelt. Ook wordt nagegaan of het plan past in het door de provincie voorgestane provinciale beleid. Het streekplan vormt daarvan de neerslag. Als het streekplan suburbanisatie tegen wil gaan, dan passen grootscheepse uitbreidingsplannen van kleine gemeenten daar niet in. Dat is een reden om goedkeuring te onthouden. De gemeente zal dan de ruimtelijke plannen moeten bijstellen.

goedkeuring, vernietiging en schorsing

Goedkeuring is een van de vormen van toezicht die in de Awb zijn geregeld (hoofdstuk 10, titel 10.2). Daarnaast zijn ook de onderwerpen vernietiging en schorsing aldaar terug te vinden.

Buiten deze drie met name genoemde vormen van toezicht zijn in bestuursrechtelijke wetten soms andere constructies te vinden die zorgen voor bestuurlijke beïnvloeding door een hogere bestuurslaag. Een voorbeeld daarvan is de in de milieu- en ruimtelijke ordeningswetgeving nog wel eens aangetroffen bevoegdheid voor een minister om 'aanwijzingen' te geven aan een lager bestuursorgaan. Zie bijvoorbeeld art. 4.13 Wet milieubeheer: de minister kan aanwijzingen geven aan de provincie inzake de inhoud van het provinciale milieubeleidsplan. Een ander voorbeeld is de 'verklaring van geen bezwaar'. In de ruimtelijke ordening is de verklaring van geen bezwaar die is voorgeschreven in art. 19 WRO een bekend voorbeeld. B&W hebben de bevoegdheid om - als een voorbereidingsbesluit geldt, dan wel een ontwerpverziening van een bestemmingsplan ter inzage is gelegd - af te wijken van het geldende bestemmingsplan. De achterliggende gedachte daarbij is, dat een bouwaanvraag die weliswaar niet past in het huidige bestemmingsplan, maar wel in overeenstemming is met komend ruimtelijk beleid, gehonoreerd moet kunnen worden. Deze mogelijkheid (de 'artikel-19 procedure') mag alleen worden benut als van de provincie (GS) een verklaring van geen bezwaar is ontvangen. Ook via een dergelijke constructie is een vorm van toezicht verzekerd. Wij laten dergelijke alternatieve vormen van toezicht verder buiten beschouwing (art. 10:32 Awb verklaart de Awb-regels voor goedkeuring hierop van overeenkomstige toepassing).

In het navolgende beperken wij ons tot de vormen van toezicht die de Awb noemt: goedkeuring, vernietiging en schorsing. Wij beperken ons met name tot de algemene regels die de Awb voor deze toezichtfiguren geeft – bijzondere bepalingen uit specifieke regelingen blijven buiten beeld. Aangezien het onderwerp toezicht inhoudelijk tegen het staatsrecht aanleunt, volstaan wij met een summier behandeling.

Bij kennisneming van de tot het toezicht behorende rechtsfiguren moet worden bedacht, dat daarvan in de bestuurspraktijk slechts terughoudend gebruik wordt gemaakt. Dat ligt ook wel voor de hand. Wij spreken immers over bevoegdheden die de vrijheid van lagere bestuursorganen flink inperken en daardoor als 'laatste' middelen moeten worden gezien, wanneer bestuurlijke communicatie weinig heeft opgeleverd.

Ad. 2 - Goedkeuring preventief toezicht

Het vereiste van goedkeuring houdt in, dat een besluit niet in werking treedt voordat een ander orgaan daarmee zijn instemming heeft betuigd. Goedkeuring is daarmee een vorm van beïnvloeding vooraf: 'preventief toezicht'. Voorafgaand toezicht op provincies en gemeenten beperkt de bewegingsvrijheid van deze lagere bestuursorganen en behoeft daarom een grondslag in een wet (in formele zin), aldus art. 132, derde lid, van de Grondwet (en in navolging daarvan art. 10:26 Awb). Voor gemeenten en provincies bood de Gemeente- en Provinciewet voor de invoering van de algemene regels in Afdeling 10.2.1 (en overigens voor het nog te behandelen 'repressief toezicht' in Afdeling 10.2.2 en 10.2.3) een uitgewerkte regeling. Thans biedt de regeling van Titel V van respectievelijk de Gemeentewet en de Provinciewet enkel nog aanvullende bepalingen.

Goedkeuring wordt in art. 10:25 Awb omschreven als 'de voor de inwerkingtreding van een besluit van een bestuursorgaan vereiste toestemming van een ander bestuursorgaan'. Welke besluiten aan goedkeuring zijn onderworpen, wordt niet door de Awb bepaald. Andere bestuursrechtelijke wetten (denk aan de al genoemde WRO) moeten dit aangeven. Wel verschaft de Awb een aantal algemene spelregels. Enkele van de belangrijkste zijn:

- goedkeuring kan alleen worden onthouden wegens strijd met het recht of wegens in de wet met zoveel woorden genoemde andere gronden (art. 10:27 Awb);
- goedkeuring betreft of het gehele besluit, of een deel van een besluit als dat goed 'splitsbaar' is - zoals bij een ruimtelijk plan (art. 10:29, lid 1 Awb);
- goedkeuring mag niet tijdelijk, of onder voorwaarden plaatsvinden en mag ook niet later worden ingetrokken (art. 10:29, lid 2 Awb);

- aan (gedeeltelijke) onthouding van goedkeuring moet overleg vooraf gaan met het betrokken bestuursorgaan (art. 10:30 Awb);
- bij het ontbreken van specifieke wettelijke termijnen is goedkeuring krachtens de Awb gebonden aan een maximumtermijn van dertien weken (art. 10:31 Awb).

Ad.3 - Vernietiging repressief toezicht

Vernietiging richt zich op het achteraf ongedaan maken van een besluit en is daarmee een vorm van 'repressief toezicht'. De Grondwet verlangt dat vernietiging van een besluit van een provincie of gemeente bij koninklijk besluit geschiedt, wegens strijd met het recht of met het algemeen belang (art. 132, vierde lid, Grondwet). Strijd met het recht is ruimer dan strijd met de wet: ook bij schending van ongeschreven recht is vernietiging mogelijk. Strijd met het algemeen belang betekent vooral: strijd met het rijksbeleid. Denk bijvoorbeeld aan gemeenten die aan ontwikkelingssamenwerking willen doen. Als er sprake is van een verbinding met de lokale samenleving (met plaatselijk organisaties die zich het lot van de derde wereld aantrekken bijvoorbeeld) dan is dat voor de rijksoverheid nog wel aanvaardbaar. Zou een gemeente echter veel verder willen gaan in het voeren van 'buitenlands beleid', dan betreedt men het terrein van de rijksoverheid en loopt men het risico van vernietiging wegens strijd met algemeen belang. Tegen het bij koninklijk besluit (dus: door de Kroon) vernietigen van een besluit van een provincie of gemeente staat voor de belanghebbende (in ieder geval het bestuursorgaan dat slachtoffer is van vernietiging) beroep open bij de rechter, te weten de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (art. 281a Gemeentewet, art. 274a Provinciewet). De beroepsmogelijkheid strekt zich ook uit tot schorsingsbesluiten. Op deze wijze is rechterlijke controle verzekerd op al te enthousiaste uitoefening van toezicht op de lagere overheid.

spontane vernietiging

Ook vernietiging is in algemene zin in de Awb geregeld (Afdeling 10.2.2). Onder vernietiging wordt verstaan: 'de bevoegdheid van een bestuursorgaan om buiten administratief beroep een besluit van een ander bestuursorgaan te vernietigen' (art. 10:33). De toevoeging 'buiten administratief beroep' is nodig, omdat ook dan sprake is van vernietiging van een besluit door een ander bestuursorgaan. Bij administratief beroep is echter sprake van een daarop gericht verzoek (in de vorm van een beroepschrift) om dat te doen. Bij vernietiging in het kader van toezicht op bestuursorganen is dat niet aan de orde. Daarom wordt wel gesproken van 'spontane' vernietiging. Hier gaat het om bestuurlijke controle tussen bestuursorganen onderling. De gevallen waarin kan worden vernietigd moeten wederom in andere wetten worden opgesomd. De Awb bevat onder meer de volgende regels ten aanzien van het omgaan met vernietiging:

- de vernietigingsbevoegdheid kan slechts worden verleend bij de wet (art. 10:34 Awb);
- vernietiging kan alleen plaatsvinden wegens strijd met het recht of het algemeen belang; deze formulering kennen wij reeds uit de Grondwet, met betrekking tot provincies en gemeenten (art. 10:34 Awb);
- gedeeltelijke vernietiging is alleen mogelijk als dat past bij de aard van het besluit (art. 10:36 Awb);
- vernietiging is niet mogelijk als een besluit nog moet worden goedgekeurd; evenmin is vernietiging mogelijk als de weg van bezwaar en beroep open staat (art. 10:38 Awb);
- ook aan een voorgenomen vernietiging dient overleg vooraf te gaan (art. 10:41 Awb);
- vernietiging treft in beginsel alle rechtsgevolgen van een besluit, tenzij wordt bepaald dat bepaalde rechtsgevolgen in stand blijven (art. 10:42 Awb).

Ad. 4 - Schorsing werking ontnemen

Als een procedure in de richting van vernietiging is ingezet, kan het nog wel even duren voordat daarop een definitieve beslissing is genomen. Hangende die procedure kan alvast tot schorsing worden overgegaan, waardoor de werking direct aan het besluit wordt ontnomen. De Awb regelt dit onderwerp in afdeling 10.2.3. De bevoegdheid tot schorsing vloeit uit de Awb zelf voort, indien een bestuursorgaan (op grond van een andere wet) over een vernietigingsbevoegdheid beschikt. Het schorsingsbesluit moet aangeven voor hoelang de schorsing geldt. Schorsing kan weer worden opgeheven als de noodzaak niet langer bestaat.

9.1.4 Controle door de rechter

Vooraleer we in § 9.2 nader ingaan op de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, is het zaak om, mede als vergelijking met de voornoemde controlemiddelen, enkele aspecten van de controle door de rechter in beeld te brengen. Achtereenvolgens gaat het hierbij om:

1. de onderscheiden vormen van rechtspraak;
2. rechtspraak in grondwettelijk perspectief;
3. integratie van de bestuursrechtspraak

Ad.1 - Vormen van rechtspraak bestuursrechtspraak

Controle op het handelen van het bestuur verloopt in belangrijke mate via die tak van rechtspraak die zich daarop speciaal richt, te weten de bestuursrechtspraak. Daarmee zullen wij in de volgende paragrafen in het bijzonder nader kennismaken. Wij hebben echter in dit boek al een indruk gekregen van andere vormen van rechtspraak die voor de normering van bestuurlijke gedragingen eveneens van belang zijn. Zo hebben wij in het hoofdstuk waarin besturen met privaatrecht ter sprake kwam (hoofdstuk 7) kennis genomen van de rol van de burgerlijke rechter als bepaler van de marges waarbinnen met privaatrecht kan worden bestuurd. In het hoofdstuk over handhaving (hoofdstuk 8) hebben wij gezien hoe handhaving ook via het strafrecht kan verlopen, waardoor de strafrechter in beeld komt.

drie vormen van rechtspraak

Er zijn drie vormen van rechtspraak relevant:

- de eerste vorm van rechtspraak die kan worden onderscheiden is de bestuursrechtspraak. Hier gaat het om geschillen met de besturende overheid (de 'administratie'). Het overheidsbestuur neemt dagelijks talloze beslissingen die burgers raken en waarover geschillen kunnen ontstaan. Denk aan het opleggen van belastingen, het verlenen van vergunningen, of het verstrekken van uitkeringen. Geschillen in deze sfeer moeten in een democratische rechtsstaat aan een onafhankelijke rechter voorgelegd kunnen worden (zie reeds § 1.3.2, ad. 4).
- in de tweede plaats vindt rechtspraak plaats op het terrein van het burgerlijk recht (of ook: 'privaatrecht' of 'civiel recht'). Wij spreken van de burgerlijke rechter. Als burgers onderling een conflict hebben - bijvoorbeeld over de aankoop van een woning - dan moet de rechter daar in het uiterste geval een oordeel over kunnen geven. Een in de praktijk heel belangrijke taak van de burgerlijke rechter is het behandelen van zaken over het plegen van wat wordt genoemd een 'onrechtmatige daad' (geregeld in art. 6:162 BW). Duidelijk is dat ook de overheid privaatrechtelijke rechtshandelingen verricht, denk aan de aankoop van een dienstauto voor de minister. Als daarover een geschil ontstaat, moet dat eveneens aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd. Voorts kan ook een overheid zich schuldig maken aan het plegen van een onrechtmatige daad. Denk aan een in strijd met de wet verleende bouwvergunning voor een villa in een natuurgebied. Of stel je voor, dat met de nieuwe dienstauto van de minister een aanrijding wordt veroorzaakt. In die gevallen zal de vraag of sprake is van een onrechtmatige daad beoordeeld moeten worden door de burgerlijke rechter. Het vraagstuk van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige overheidsdaad wordt afzonderlijke behandeld in Hoofdstuk 10 van dit boek.
- wanneer iemand wegens een strafbaar feit (zoals valsheid in geschrifte) wordt vervolgd, dan moet de rechter uiteindelijk uitmaken of - en zo ja: welke? - straf moet worden opgelegd. Wij bevinden ons dan op het terrein van het strafrecht en spreken van de 'strafrechter'. Wij weten inmiddels dat ook buiten het 'gewone' strafrecht in allerlei voor het bestuursrecht relevante wetgeving strafbepalingen voorkomen. Denk bijvoorbeeld aan het milieurecht. In milieuwetten zijn diverse vervuilende gedragingen strafbaar gesteld. Ook dat soort strafbare feiten komt - via de sluis van het Openbaar Ministerie (OM) - bij de strafrechter terecht. Verwezen zij naar hetgeen al in Hoofdstuk 8) ter sprake kwam.

Ad.2 - Rechtspraak en Grondwet

Of het nu om berechting van geschillen in de sfeer van het bestuurs-, het burgerlijk of het strafrecht gaat: gemeenschappelijk is dat sprake is van rechtspraak. Het is hier niet de plaats om de staatsrechtelijke positie van de rechtspraak uitvoerig te behandelen. Wij beperken ons tot een korte aanduiding van het constitutionele kader. Wat zegt de Grondwet over rechtspraak? Wat is in het bijzonder de positie van de administratieve rechtspraak?

Hoofdstuk 6 van de Grondwet (art. 112-122) gaat daarover. In de art. 112, lid 1 en 113, lid 1 wordt de rechtspraak in burgerlijke zaken, respectievelijk de berechting van strafbare feiten in handen gelegd van de rechterlijke macht. Deze typen geschillen moeten exclusief door tot de rechterlijke macht behorende, onafhankelijke, instanties worden behandeld.

Ten opzichte van de administratieve rechtspraak is de Grondwet soepeler. Bestuursrechtelijke geschillen kunnen, zo vloeit voort uit art. 112, tweede lid, Grondwet ook aan gerechten worden opgedragen, die niet tot de rechterlijke macht behoren, of aan administratief beroep worden onderworpen (art. 115 GW). De Grondwet laat aldus toe dat administratiefrechtelijke geschillen worden behandeld door:

1. instanties die tot de rechterlijke macht behoren -bijvoorbeeld: de sector bestuursrecht van de rechtbank;
2. andere bestuursrechters - bijvoorbeeld: het College van Beroep voor de studiefinanciering;
3. bestuursorganen (in geval van 'administratief beroep') - bijvoorbeeld: een in een provinciale subsidieverordening opengestelde mogelijkheid van beroep op Provinciale Staten tegen een subsidiebesluit dat is genomen door Gedeputeerde Staten.

Omschrijvingen in Awb

In beide eerstgenoemde gevallen is sprake van bestuurs- of administratieve rechtspraak. Een bestuursrechter is onafhankelijk en bij wet belast met de taak om geschillen met de besturende overheid te behandelen (zie de omschrijving in art. 1:4, eerste lid, Awb). Administratief beroep houdt in dat een ander bestuursorgaan een besluit van het oorspronkelijk bevoegde bestuursorgaan beoordeelt (zie de omschrijving in art. 1:5, tweede lid, Awb).

grondwettelijke waarborgen

De Grondwet kent een aantal waarborgen toe aan de 'rechterlijke macht'. Daarom is het van belang te weten hoe dat begrip moet worden afgebakend. De Grondwet schrijft voor (in art. 116, eerste lid), dat de wet - dus: een wet in formele zin - dit bepaalt. De wet die dit regelt is de Wet op de Rechterlijke Organisatie (Wet RO). De in deze wet genoemde rechters behoren tot de rechterlijke macht. De in (art. 1 van) deze wet genoemde instanties zijn van beneden naar boven:

- de kantongerechten
- de arrondissementsrechtbanken (kortweg: de rechtbanken)
- de gerechtshoven en
- de Hoge Raad.

De rechterlijke instanties bij elkaar noemen wij ook wel de 'gewone rechter'. Voor ons is van belang, dat door een herziening van de rechterlijke organisatie grote delen van de bestuursrechtspraak naar de rechtbanken zijn overgeheveld. Daarmee is dit deel van de rechtspraak in handen gelegd van de rechterlijke macht. Gevolg daarvan is dat de grondwettelijke waarborgen voor onafhankelijkheid (zoals benoeming voor het leven) van toepassing zijn.

Wanneer wij te maken hebben met een instantie die *niet* tot de rechterlijke macht behoort, maar wel meedoet aan administratieve rechtspraak, zijn vergelijkbare waarborgen voor onafhankelijkheid afzonderlijk wettelijk geregeld. Denk aan de taak die de Raad van State, Afdeling bestuursrechtspraak, vervult. In de Wet op de Raad van State zijn allerlei waarborgen te vinden die de onafhankelijkheid van de rechtsprekende functie van de Raad garanderen.

In geval van administratief beroep ontbreekt onafhankelijkheid per definitie. In vrijwel alle gevallen is administratief beroep echter geen eindstation, maar een tussenstation. Het Kroonberoep is immers afgeschaft. Een in administratief beroep genomen besluit kan vrijwel steeds uiteindelijk worden voorgelegd aan een rechterlijk instantie.

Ad.3 - Integratie van de administratieve rechtspraak herziening rechterlijke organisatie

Wij hebben zojuist vastgesteld dat grote delen van de bestuursrechtspraak in handen zijn gelegd van de rechterlijke macht. Zie de centrale bepaling over beroep tegen een besluit in de Awb: art. 8:1 opent de weg naar de rechtbank. De rechtsprekende taak van de rechtbank in bestuursrechtelijke zaken is tot stand gebracht in het kader van een herziening van de rechterlijke organisatie, met als hoofddoel om de toegang tot de rechter overzichtelijker te maken door de integratie van de bestuursrechtspraak en de gewone rechtspraak. Binnen elke rechtbank is tegenwoordig naast de vanouds bekende sectoren voor burgerlijk - en strafrecht ook een sector bestuursrecht.

Na een uitspraak van de sector bestuursrecht van de rechtbank is hoger beroep mogelijk bij hetzij de Centrale Raad van Beroep (Utrecht), hetzij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Den Haag). (Zie hierna, § 8.2.) Op deze wijze is in ieder geval voor dit deel van de bestuursrechtspraak voorzien in rechtspraak in twee instanties (beroep en hoger beroep), zoals dat in het straf- en burgerlijk recht gebruikelijk is. Wij weten bovendien dat het bestuursprocesrecht op een uniforme manier is geregeld, in hoofdstuk 8 Awb. Het in hoofdstuk 8 van de Awb neergelegde procesrecht wordt niet alleen toegepast door de rechtbanken, maar is eveneens in hoofdzaak van (overeenkomstige) toepassing

verklaard op de rechtspleging door andere bestuursrechters. Dit geldt zowel voor beroep als voor hoger beroep. Daardoor werken alle instanties die een taak hebben in de rechtsbescherming tegen de overheid met (nagenoeg) dezelfde procedureregels, zowel in beroep als in hoger beroep.

9.2 Organisatie van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming

Het slot van de vorige paragraaf maakt duidelijk dat de organisatie van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, met name wat de hoger beroepsinstanties betreft, bepaald nog niet geheel is gestroomlijnd. Naast de algemene rechtsingang die geboden wordt door de sector bestuursrecht bij de rechtbanken houden we voorlopig nog verschillende gespecialiseerde bestuursrechters. In de navolgende subparagrafen (§ 8.2.1 tot en met § 8.2.6) laten we eerst de algemene en vervolgens de meer gespecialiseerde bestuursrechters de revue passeren. In § 8.2.7 werpen we nog kort de blik vooruit.

9.2.1 Beroep bij de rechtbank

De hoofdroute door de bestuursrechtelijke rechtsbescherming voert in beroep naar de rechtbank.

Zie de kernbepaling van art. 8:1 Awb: een belanghebbende kan tegen een besluit beroep instellen bij de rechtbank.

Dit beroep wordt behandeld door de rechtbanken en daarbinnen door de sectoren bestuursrecht. De bevoegdheid van de rechtbank is niet beperkt tot een bepaald type zaken. Het kan gaan om een geweigerde bouwvergunning, een gekorte subsidie, een last onder dwangsom etcetera. Ook ambtenarenzaken en sociale verzekeringskwesaties worden in eerste aanleg door de rechtbanken afgedaan.

besluit

Onderdeel van de hoofdregel is, dat sprake moet zijn van een besluit in de zin van de Awb (zie daarvoor Hoofdstuk 2 en Hoofdstuk 6). Onder het nemen van een besluit in de zin van art. 8:1 Awb is, zoals inmiddels bekend, begrepen het niet tijdig nemen van een besluit (art. 6:2 Awb). Ook moeten we bij de rol van de Algemene verbintensscheppende beginselen (zie Hoofdstuk 5, § 5.3 en Hoofdstuk 6, § 6.1.5, ad. 1) bedenken dat daar een besluitbegrip aan de orde is dat ten dele los staat van art. 1:3 Awb. Enerzijds geldt daarbij de eis van materiële connexiteit. Een beslissing inzake schadevergoeding of terugbetaling moet in direct verband staan met een onderliggende publiekrechtelijke verhouding, casu quo met de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid (tot het nemen van een besluit). Als daaraan is voldaan geldt de beslissing als besluit in de zin van art. 1:3 Awb. Anderzijds is daarmee nog geen sprake van een besluit in de zin van art. 8:1 Awb. Daarvoor moet tevens voldaan zijn aan de eis van formele connexiteit: het rechtsfeit waaruit de verbintenis tot vergoeding of betaling voortvloeit, moet zelf ook de vorm hebben van een bij de bestuursrechter voor beroep vatbaar besluit.

Voorts is een procedurele voorbereidingsbeslissing niet appellabel, tenzij iemand daardoor rechtstreeks in zijn beslissing wordt getroffen (art. 6:3 Awb). Voor andere handelingen van bestuursorganen, dat wil zeggen de feitelijke handelingen (niet-rechtshandelingen) en de privaatrechtelijke rechtshandelingen (niet-publiekrechtelijke rechtshandelingen) blijft de weg naar de burgerlijke rechter openstaan.

uitzonderingen

Op de hoofdregel van art. 8:1 Awb wordt vervolgens een aantal uitzonderingen gemaakt, zoals de al eerder besproken uitzondering van beroep tegen een besluit, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel (art. 8:2 Awb). Ook nu geldt weer dat bij een blokkade van de toegang naar de bestuursrechter een vordering kan worden ingesteld bij de burgerlijke rechter (als 'restrechter', bijvoorbeeld ter zake van beweerd onrechtmatige wetgeving).

uitsluitingen

Voorts zijn bepaalde categorieën besluiten met zoveel woorden wettelijk uitgezonderd, zie onder meer art. 8:4 Awb (bijvoorbeeld: het afnemen van een examen) en art. 8:5 (de zogenaamde negatieve lijst, de bijlage met expliciet uitgezonderde wettelijke voorschriften).

De bevoegdheid in bestuursrechtelijke zaken van de rechtbanken is voorts uitgesloten wanneer er voor bepaalde typen zaken gespecialiseerde rechterlijke instanties zijn; die gaan dan voor (art. 8:6, eerste lid, Awb). Een voorbeeld hiervan is een geschil in het kader van de Bestrijdingsmiddelenwet (art. 8) waarvoor

het College van Beroep voor het Bedrijfsleven - zo'n 'andere' rechter - bevoegd is. Ook indien (nog) administratief beroep open staat, is de weg naar de rechtbank geblokkeerd (art. 8:6, tweede lid, Awb).

9.2.2 Hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak

De volgende etappe in de hoofdroute voert in hoger beroep naar de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (art. 37 Wet op de Raad State). Hoger beroep is mogelijk tegen de uitspraak van de rechtbank. Zo zal het hoger beroep tegen een uitspraak van de rechtbank waarbij een weigering bouwvergunning in stand bleef, bij deze Afdeling van de Raad van State moeten worden ingesteld. De belangrijkste, in art. 37 Wet RvS vermelde, uitzondering betreft die gevallen waarin de Centrale Raad van Beroep in hoger beroep heeft te oordelen (kwesties op het terrein van het ambtenarenrecht of de sociale zekerheidswetgeving).

niet beperkt tot hoger beroep

De taak van de Afdeling bestuursrechtspraak is overigens niet geheel beperkt tot hoger beroep. Voor een ander deel heeft de Afdeling een rol te vervullen als eerste (tevens laatste) rechter, onder meer op milieu- en ruimtelijke ordeningsgebied. Zie de zojuist genoemde negatieve lijst, de bij art. 8:5 Awb behorende bijlage, waarin belangrijke bepalingen uit de Wet op de ruimtelijke ordening (bestemmingsplan) en de Wet milieubeheer (milieuvergunning) van beroep bij de rechtbank zijn uitgesloten. In plaats daarvan is in de betreffende wetten rechtstreeks beroep ingesteld op de Afdeling bestuursrechtspraak (vgl. art. 31b Wet op de Ruimtelijke Ordening en art. 20.1 Wet milieubeheer). In deze zaken wordt de rechtbank overgeslagen en kan direct beroep worden ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak.

9.2.3 Hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep

Als een (sector bestuursrecht van een) rechtbank uitspraak heeft gedaan in een ambtenarenzaak (zie ook de Ambtenarenwet), of in een sociale-verzekeringsskwestie (in het kader van de Werkloosheidswet bijvoorbeeld, zie ook de Beroepswet) staat hoger beroep open bij de Centrale Raad van Beroep. Zie hiervoor art. 18 Beroepswet. In alle overige zaken geldt: ga voor hoger beroep door naar de Raad van State, Afdeling bestuursrechtspraak.

Ook de Centrale Raad heeft niet alleen maar tot taak om hoger beroep te behandelen tegen uitspraken van de rechtbanken. Daarnaast heeft de Raad in een beperkt aantal gevallen een taak als eerste rechter (bijvoorbeeld in zaken betreffende oorlogsslachtoffers).

Samengevat:

- Hoofdtregel: een belanghebbende kan tegen een besluit beroep instellen bij de rechtbank (art. 8:1 Awb)
- Hoger beroep:
 - bij de Centrale Raad van Beroep (voor zover het gaat om ambtenarenzaken of sociale verzekeringszaken - art. 18 Beroepswet);
 - bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (in overige zaken - art. 37 Wet op de Raad van State)

9.2.4 College van Beroep voor het Bedrijfsleven

speciale bevoegdheid

Deze instantie werd al even opgevoerd als een voorbeeld van een bestuursrechter met een speciale bevoegdheid. Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) is de bestuursrechter op het terrein van het economisch bestuursrecht. Het is een instantie die in eerste en in laatste instantie recht spreekt. In de eerste plaats is het CBB op basis van art. 18 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie bevoegd ter zake van besluiten en handelingen van tot de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie behorende lichamen. Bovendien is het College aangewezen als beroepsinstantie in allerlei sociaal-economische wetten als bijvoorbeeld de Wet Economische Mededinging en de Meststoffenwet. Zie aanvullend de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie.

9.2.5 Belastingrechter

Ook de behandeling van fiscale zaken behoort tot de administratieve rechtspraak. De Awb bepaalt dat uitdrukkelijk in art. 1:4, tweede lid. Belastinggeschillen worden in eerste aanleg door de gerechtshoven en in cassatie door de Hoge Raad behandeld (door de 'belastingkamers'). De Algemene Wet inzake Rijksbelastingen en de Wet Administratieve Rechtspraak Belastingzaken zijn hier van belang.

9.2.6 College van Beroep voor de studiefinanciering

De voorraad gespecialiseerde rechterlijke instanties is nog groter. Wij volstaan met het noemen van de rechterlijke instantie die de specifieke taak heeft om geschillen voortvloeiend uit de Wet op de studiefinanciering: het College van Beroep voor de studiefinanciering.

9.2.7 Toekomstige keuzes

Als wij het totaal van instanties bezien die participeren in de rechtsbescherming tegen de overheid, dan is duidelijk dat het summum aan overzichtelijkheid nog niet is bereikt. In een volgende fase van de operatie herziening rechterlijke organisatie zullen verdergaande keuzes moeten worden gemaakt. Zo moet worden beslist of over de gehele linie bestuursrechtspraak in twee instanties (inclusief cassatie?) dient te worden ingevoerd. Daarbij zal ook de vraag moeten worden beantwoord of de rechtsprekende taak van de Raad van State op den duur blijft gehandhaafd. In de afgelopen jaren is meermalen de vraag opgeworpen of de combinatie van adviseur bij wetgeving enerzijds en bestuursrechter anderzijds eigenlijk niet strijd met de voor rechtspraak benodigde onpartijdigheid (vergelijk EHRM, 28 september 1995 - Procola). Tevens moet worden bezien in hoeverre aparte instanties als het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en de Centrale Raad van Beroep blijven bestaan.

9.3 Bestuurlijke voorprocedures

gang van zaken

Tot nu toe is gesproken over de mogelijkheden om een geschil met een bestuursorgaan voor te leggen aan een bestuursrechter. De stap naar de rechter kan echter, procedureel gezien, niet direct worden gezet. De Awb-wetgever achtte het verstandig dat een geschil tussen een burger en een bestuursorgaan over een besluit niet onmiddellijk aan de rechter wordt voorgelegd. Het is beter om het bestuur eerst de kans te geven een besluit opnieuw te bezien. Voorafgaand aan de fase van het beroep op de bestuursrechter dient daarom een bestuurlijke voorprocedure plaats te vinden. Twee vormen daarvan zijn daarbij te onderscheiden, de bezwaarschriften procedure (zie § 8.3.1) en de procedure van het administratief beroep (§ 8.3.2).

9.3.1 Bezwaar

De bezwaarschriftprocedure is thans de favoriete, hoewel niet onomstreden, vorm van bestuurlijke heroverweging. In een bezwaarschriftprocedure dient het voor het eerste besluit (het 'besluit in primo') verantwoordelijke orgaan zelf tot heroverweging van het eigen besluit over te gaan.

'Bezwaar' in de Awb houdt in: het gebruik maken van de ingevolge een wettelijk voorschrift bestaande bevoegdheid voorziening tegen een besluit te vragen bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen (art. 1:5, eerste lid).

bezwaarschrift- procedure

Het maken van bezwaar moet geschieden door het indienen van een bezwaarschrift (art. 6:4, eerste lid, Awb). Vandaar dat ook wordt gesproken van de bezwaarschriftprocedure. Doel van de geboden voorziening is een heroverweging (art. 7:11 Awb), niet alleen van de juridische merites van een besluit, maar ook van de beleidsinhoudelijke wenselijkheid daarvan. De beoogde heroverweging vindt bovendien - via de in beginsel verplichte hoorzitting (art. 7:2 en 7:3 Awb) - in dialoog met belanghebbenden plaats.

functies

In de wetsgeschiedenis zijn als functies van de bezwaarschriftprocedure genoemd:

- zeefwerking: slechts een beperkt aantal geschillen gaat door naar de rechter;

- voorbehandeling: als een geschil toch aan de rechter wordt voorgelegd is het beter uitgekristalliseerd;
- signaalfunctie: de bezwaarschriftpraktijk biedt een bestuursorgaan de kans van eigen fouten te leren.

De wetgever kent aan de bezwaarschriftprocedure zodanige voordelen toe, dat dit de algemeen verplichte voorprocedure is geworden. Kijkend naar de 'hoofdroute': de in art. 8:1 Awb geboden mogelijkheid van beroep bij de rechtbank is gekoppeld aan de in art. 7:1 neergelegde plicht eerst bezwaar te maken.

uitzonderingen

Slechts in een beperkt aantal gevallen mag de bezwaarschriftprocedure worden overgeslagen (art. 7:1, eerste lid, onder a tot en met d, Awb). Wanneer de heroverweging binnen het bestuur al op een andere wijze gestalte heeft gekregen, is de bezwaarschriftprocedure dubbelop. Vandaar dat na administratief beroep (een voorziening bij een ander bestuursorgaan) en ook bij een koppeling met goedkeuring door een hoger orgaan niet opnieuw bezwaar behoeft te worden gemaakt. Ook mag de bezwaarschriftprocedure worden overgeslagen als een besluit is voorbereid met toepassing van afdeling 3.5, de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure (in de toekomst, zal dit ook gelden voor de geïntegreerde openbare voorbereidingsprocedure van afd. 3.4 – nieuw). Milieubesluiten vormen hiervan het belangrijkste voorbeeld (zie onder meer art. 8.6 Wm). In die gevallen is al zeer veel geïnvesteerd in een grondige voorbereiding van een besluit. Een bezwaarschriftprocedure heeft dan een te geringe toegevoegde waarde.

volgorde

De uitzonderingen bevestigen de hoofdregel: de bezwaarschriftprocedure is algemeen verplicht gesteld. Uit de combinatie van het bepaalde in de art. 7:1 en 8:1 Awb kan worden afgeleid dat de eis eerst bezwaar te maken bij het bestuursorgaan, alvorens in beroep te gaan bij de rechter, een 'ontvankelijkheidsvereiste' is. Is ten onrechte verzuimd eerst de bezwaarschriftprocedure te volgen, dan is het beroep niet-ontvankelijk (zie ook art. 6:13 Awb).

Als een burger per abuis een beroepschrift inzendt, terwijl de weg naar bezwaar nog open stond, is dat overigens niet fataal. Op de rechter berust in dat geval de doorzendplicht van art. 6:15 (in casu: tweede lid) Awb. Het beroepschrift wordt dan doorgezonden om alsnog als bezwaarschrift te worden behandeld. Ook de omgekeerde situatie (bezwaarschrift in plaats van beroepschrift) is geregeld. Art. 6:15 Awb vestigt de plicht om verkeerd geadresseerde bezwaar- en beroepschriften door te sturen naar hetzij het wel bevoegde bestuursorgaan, hetzij de competente rechterlijke instantie (vergelijk de opmerkingen over het fair-play beginsel in Hoofdstuk 5).

rechtstreeks beroep

Wel ligt thans een voorstel voor een nieuw te introduceren art. 7:1a Awb voor, dat het voor een burger mogelijk moet maken om in een bezwaarschrift voor te stellen om de bezwaarschriftfase over te slaan. Bij instemming door het verwerend bestuursorgaan stuurt dit het bezwaarschrift als beroepschrift door naar de desbetreffende bestuursrechter. Wijst het bestuursorgaan het verzoek af dan wordt het bezwaarschrift als zodanig behandeld. Het voorstel bevat de mogelijkheid dat de bestuursrechter een tot beroepschrift geconverteerd bezwaarschrift terugzendt - indien hij meent dat te lichtvaardig is besloten tot het instellen van rechtstreeks beroep. Aldus kan (met name) overbelasting van de bestuursrechter, als gevolg van het aanbrengen van onvoldoende uitgekristalliseerde zaken of zaken die mogelijk toch in bezwaar opgelost kunnen worden, voorkomen worden. Volgens de Commissie Algemene regels van bestuursrecht (die het ontwerpvoorstel voor art. 7:1a Awb op 22 december 1999 aan de minister van justitie heeft aangeboden) zou de mogelijkheid van rechtstreeks beroep met wederzijdse toestemming van partijen vooral relevant kunnen zijn in gevallen waarbij reeds bij de totstandkoming van een besluit 'een zodanig uitputtende gedachtewisseling tussen bestuur en belanghebbende heeft plaatsgevonden dat de bezwaarschriftprocedure daaraan weinig of niets meer kan toevoegen.'

procedureregeling

De Awb volstaat niet met het verplicht stellen van de bezwaarschriftprocedure, maar biedt ook een procedureregeling voor de behandeling van bezwaarschriften (hoofdstukken 6 en 7, afdeling 7.2). Bedenk hierbij, dat de bepalingen uit hoofdstuk 6 niet alleen van toepassing zijn op bezwaarschriften, maar ook op beroepschriften (zowel administratief beroep als beroep op de bestuursrechter). Enkele kernpunten zijn de volgende:

- aan het bezwaarschrift worden enkele (minimale) vormvereisten gesteld (art. 6:5): naam en adres van de indiener, datering, omschrijving van het besluit, (enige) motivering. Als aan een vormvereiste niet is voldaan dan moet de indiener een bepaalde termijn voor herstel worden gegund (art. 6:6).

- de termijn voor het indienen van een bezwaarschrift is zes weken (art. 6:7). Bezwaar tegen het niet tijdig nemen van een besluit is niet mogelijk (art. 6:12). De termijn begint te lopen vanaf de dag na het moment dat het besluit - op de voorgeschreven wijze - naar buiten bekend is gemaakt (art. 6:8). Het is voldoende, dat het bezwaar binnen de termijn van zes weken binnen Nederland per post (of fax) is verzonden (art. 6:9). In dat geval zal het poststempel (of de datering op de fax) in beginsel uitsluitend moeten geven.
- een voor de burger belangrijk onderdeel van de procedure van bezwaar is de als regel verplichte hoorzitting (geregeld in art. 7:2 tot en met 7:9). Van horen kan alleen worden afgezien wanneer belanghebbenden laten weten daarop geen prijs te stellen, of wanneer direct bij binnenkomst van een bezwaarschrift blijkt dat het 'kennelijk' (dus: evident) niet-ontvankelijk, ongegrond, of juist gegrond is. De hoorzitting biedt niet alleen gelegenheid om nog eens zorgvuldig na te gaan of over en weer van de juiste feiten en omstandigheden wordt uitgegaan (informatie-uitwisseling), maar biedt ook een kans op directe communicatie tussen bestuursorgaan en burgers.
Het horen kan geschieden door (een lid van het) bestuursorgaan zelf, eventueel met deelname van ambtenaren. Vaak is dat in praktisch opzicht lastig. De Awb staat daarom toe, dat het horen aan anderen wordt overgelaten. Het orgaan kan dan kiezen voor het inschakelen van een adviescommissie die tevens hoort (art. 7:13). Een adviescommissie, met minimaal een onafhankelijk voorzitter, schept enige afstand en geeft daardoor meer ruimte voor een onafhankelijke inbreng in de bezwaarschriftprocedure.
Een andere mogelijkheid is het horen in handen te leggen van ambtenaren. In dat geval moet men bedacht zijn op de wettelijke eis (art. 7:5), dat voor een zekere afstand wordt gezorgd. Als het horen wordt overgelaten aan maar één ambtenaar, dan zal dat iemand moeten zijn die niet was betrokken bij het voorbereiden van het besluit. Als het gaat om meerdere personen, dan moet de meerderheid niet betrokken zijn geweest bij het besluit.
- na de hoorzitting volgt een heroverweging van de oorspronkelijke beslissing (met toetsing aan recht en beleid). Met het voorschrift dat heroverweging plaatsvindt 'op grondslag van het bezwaar' (art. 7:11) is mede bedoeld te voorkomen, dat een indiener ten gevolge van de behandeling van zijn bezwaarschrift slechter af is, dan wanneer hij geen bezwaar had gemaakt.
- voor het beslissen op het bezwaarschrift geldt een beslistermijn van zes weken of, bij inschakeling van een hoor- en adviescommissie, van tien weken. De termijn begint te lopen vanaf de ontvangst van het bezwaarschrift. Verdagen van de beslissing is als regel voor ten hoogste vier weken toegestaan.
- de algemeen aan besluiten te stellen motiveringseis geldt in versterkte mate bij beslissen op bezwaar (art. 7:12). Een deugdelijke motivering komt de overtuigingskracht en daarmee de legitimiteit van het besluit op het bezwaar ten goede.
- voor de beslissing op bezwaar is nog van belang dat een vormgebrek in het 'besluit in primo' mag worden gepasseerd, indien de belanghebbende daardoor niet wezenlijk is benadeeld (art. 6:22). Schending van een vormvoorschrift betekent niet per se, dat het besluit niet in stand kan blijven. Men denke bij schending van vormvoorschriften aan eisen ten aanzien van de voorbereiding van een besluit (zoals horen voorafgaand aan het nemen van een besluit), of ten aanzien van de motivering. Inmiddels speelt nog de vraag of in het kader van het streven naar 'dejuridisering' art. 6:22 kan worden verbreed naar inhoudelijke gebreken – bijvoorbeeld bij gebreken in het verlenen van mandaat. Naar verwachting neemt de regering daar uiterlijk aan het einde van de zomer 2000 een stelling over in.
- in aansluiting op de voor besluiten in zijn algemeenheid al geldende plicht om in een besluit informatie te geven over mogelijkheden van bezwaar en beroep (art. 3:45), wordt dit voor beslissingen op bezwaar- en beroep nog eens afzonderlijk geëist (in art. 6:23). Hier wordt derhalve van het bestuur verlangd dat er heldere voorlichting wordt gegeven over de mogelijke vervolgstappen.

9.3.2 Administratief beroep

ander orgaan

In de systematiek van de Awb moeten wij een verschil maken tussen aan de ene kant de zojuist besproken figuur van bezwaar en aan de andere kant beroep. Bezwaar maken houdt in - het zij herhaald - het vragen van voorziening bij *hetzelfde* bestuursorgaan dat het (oorspronkelijke) besluit heeft genomen. Kenmerkend voor beroep daarentegen is, dat de hulp wordt ingeroepen van een *ander* orgaan. Beroep op een ander orgaan kent twee verschijningsvormen (art. 1:5, derde lid Awb):

- 1 beroep op de administratieve rechter
- 2 administratief beroep.

Schematisch kunnen de verschillen aldus worden afgebeeld:

Bezwaar en beroep in de Awb	
* Bezwaar: heroverweging van een besluit door <i>hetzelfde</i> bestuursorgaan (art. 1:5, eerste lid, Awb)	Beroep: voorziening bij een andere instantie
	Administratieve rechter: beroep op een <i>onafhankelijke rechter</i> , die geschillen met de overheid behandelt (art. 1:4, eerste lid, Awb)
	Administratief beroep: beoordeling van een besluit door een <i>ander</i> bestuursorgaan; (art. 1:5, tweede lid, Awb)

De tweede (rechts aangegeven) variant van beroep houdt in, dat geen beroep op de rechter wordt ingesteld, maar op een ander orgaan dat zelf ook tot het openbaar bestuur behoort (dus: bestuursorgaan is). In dat geval spreken wij van 'administratief beroep'. Wij zouden ook van 'bestuursberoep' kunnen spreken, maar de wet houdt vast aan het ouderwetsere 'administratief beroep'.

Art. 1:5, lid 2 Awb, verstaat onder administratief beroep 'het gebruik maken van de ingevolge een wettelijk voorschrift bestaande bevoegdheid, voorziening tegen een besluit te vragen bij een ander bestuursorgaan dan hetwelk het besluit heeft genomen.'

hernieuwde beoordeling

Administratief beroep heeft dus met bezwaar gemeen, dat het om een hernieuwde beoordeling van een besluit binnen het bestuur gaat. Het verschil is, dat dit in het eerste geval - administratief beroep - door een ander bestuursorgaan gebeurt, en in het tweede geval - bezwaar - door hetzelfde bestuursorgaan. Een voorbeeld van administratief beroep: een subsidieverordening geeft het college van Gedeputeerde Staten de bevoegdheid subsidies te verlenen aan de provinciale amateuristische toneelkunst en kent belanghebbenden beroep op Provinciale Staten toe.

voorkeur wetgever

Naast bezwaar is administratief beroep een tweede mogelijke bestuurlijke voorprocedure, voorafgaand aan beroep op een administratieve rechter. De wetgever heeft echter - zoals vermeld - een eenduidige voorkeur voor de figuur van bezwaar: laat een bestuursorgaan eerst nog maar eens zélf goed nadenken over een genomen besluit. In administratief beroep wordt immers direct een ander bestuursorgaan als derde partij in de discussie betrokken. Dat kan verstoring werken, legt verantwoordelijkheden te snel elders en geeft het beroepsorgaan niet altijd even wenselijke mogelijkheden tot beïnvloeding van een ander bestuursorgaan. Wanneer bijvoorbeeld een gemeenteraad langs de lijn van beroep op de raad een zekere controle op B en W wenst uit te voeren, dan moet men bedenken dat daarvoor misschien beter andere manieren kunnen worden gebruikt. Denk onder meer aan de mogelijkheid van politieke controle en ook aan de in de Gemeentewet geboden optie om algemene regels te stellen voor de bevoegdheidshantering door B en W. Dergelijke methoden zijn meer geëigend om invloed uit te oefenen. Administratief beroep moet niet worden geopend om als het ware op 'slinkse' wijze het ene orgaan wat te zeggen te geven over een ander orgaan.

Conclusie: administratief beroep is niet meer dan een goed te motiveren uitzondering op bezwaar. Voor zover administratief beroep voorkomt, moet men voor de procedurele eisen te rade gaan in hoofdstuk 7, afdeling 7.3 Awb, in combinatie met hoofdstuk 6. De procedure komt op hoofdlijnen overeen met die van bezwaar.

9.4 Voorlopige voorziening

schorsende werking

De hoofdregel in ons stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid luidt: het enkele feit dat tegen een besluit bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, betekent nog niet dat dit besluit niet meer mag worden uitgevoerd. Anders gezegd: er is *geen* sprake van 'schorsende werking'. Als algemene regel is dat in de Awb vastgelegd (art. 6:16).

Deze bepaling laat wel toe, dat op de hoofdregel bij wettelijk voorschrift (dus: in een algemeen verbindend voorschrift) een uitzondering wordt gemaakt. Zo hebben gemeenten nogal eens in de eigen kapverordening vermeld dat een bezwaarschrift tegen een verleende kapvergunning wél schorsende werking heeft. Aldus wordt vermeden dat de boom allang is geveld voordat op het bezwaarschrift is beslist.

Om uitvoering van een via bezwaar of beroep aangevochten besluit tegen te gaan zal in verreweg de meeste gevallen apart, bij de rechter, een voorlopige voorziening moeten worden gevraagd. Vaak duurt het te lang om de beslissing in de hoofdzaak (bezwaar, beroep) af te wachten. Voor de praktijk van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming is het daarom van groot belang dat een voorlopige voorziening kan worden gevraagd bij de rechter (art. 8:81 Awb). Voor de ontvankelijkheid van het verzoek om voorlopige voorziening is vereist, dat de rechter in de hoofdzaak bevoegd is en dat het bezwaar- of beroepschrift waarmee de hoofdzaak aanhangig is gemaakt, ontvankelijk geacht kan worden. Het moet gaan om een spoedeisend belang. Vanwege de lange duur van de gemiddelde procedure over de hoofdzaak is een dergelijk belang al snel aanwezig.

Ook gedurende hoger beroep kan een verzoek om voorlopige voorziening worden gedaan. Tegen een uitspraak in voorlopige voorziening is geen hoger beroep mogelijk.

wanneer voorlopige voorziening?

Een voorlopige voorziening is, samengevat, in spoedeisende gevallen mogelijk:

- tijdens de bestuurlijke voorprocedure, zowel hangende de bezwaarschriftprocedure als ook gedurende een procedure van administratief beroep;
- nadat beroep bij de rechter is ingesteld;
- nadat hoger beroep is ingesteld.

connexiteitsvereiste

Het is nodig, dat een verzoek om een voorlopige voorziening wordt ingediend parallel aan een ingesteld (hoger) beroep bij een bestuursrechter, of tijdens een bestuurlijke voorprocedure. Met andere woorden: naast de voorlopige voorziening moet ook de hoofdzaak (de 'bodemprocedure') aanhangig zijn gemaakt. Deze koppeling heet het connexiteitsvereiste.

Een verzoek om een voorlopige voorziening wordt ingediend bij de voorzitter van de rechterlijke instantie die ook in de hoofdzaak bevoegd is, of kan worden. In het 'normale' geval dat na de verplichte bezwaarschriftprocedure beroep kan worden ingesteld bij de rechtbank, is de president van de rechtbank bevoegd om te beslissen op een verzoek om een voorlopige voorziening. Die bevoegdheid geldt zowel de bezwaarschriftfase als de fase van hoger beroep bij de rechtbank. Gaat het bijvoorbeeld om een milieuzaak, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in de hoofdzaak bevoegd is, dan moet het verzoek om een voorlopige voorziening worden ingediend bij de voorzitter van deze Afdeling.

voorlopig karakter

De beslissing draagt altijd een voorlopig karakter. Wij hebben hier te maken met een bestuursrechtelijk 'kort geding'. Zo is de werking normaal gesproken beperkt totdat in de hoofdzaak een beslissing is gevallen (art. 8:85 Awb). In de beslissing in de hoofdzaak (de bodemprocedure) kan uiteindelijk anders worden beslist. In de praktijk is dat echter maar zelden het geval. Dat is een van de redenen waarom partijen vaak al voldoende weten met de beslissing op de voorlopige voorziening en daarna hun beroep weer intrekken. De 'voorlopige' voorziening blijkt dan de facto een definitieve voorziening.

Wordt een voorlopige voorziening gevraagd parallel aan ingesteld (hoger) beroep, dan heeft de rechter de bevoegdheid om de beslissing over het treffen van een voorlopige voorziening te combineren met een onmiddellijke uitspraak in de hoofdzaak (art. 8:86 Awb). Van deze mogelijkheid tot 'kortsluiting' blijkt in de rechtspraak veelvuldig gebruik te worden gemaakt.

Wat houdt de beslissing op een verzoek om een voorlopige voorziening in? Dat hangt helemaal af van de aard van het bestreden besluit. Degene die een last onder dwangsom kreeg opgelegd wegens herhaalde overtreding van een milieuvergunning, zal gebaat zijn bij een 'schorsing'. Daarmee wordt het besluit dat hem benadeelt immers tegengehouden. De ondernemer die opliep tegen een weigering van een standplaatsvergunning voor de verkoop van frisdrank bij de ingang van een park had baat bij een 'voorlopige voorziening' in de enge zin van het woord. De rechter bepaalde dat de aanvrager behandeld diende te worden 'als ware hij in het bezit van een standplaatsvergunning' (President Rechtbank Zutphen, 21 juli 1994, 152).

9.5 Bestuursprocesrecht

algemene beginselen

Dit boek is niet de geschikte plaats om het geldende bestuursprocesrecht (ook wel: administratief procesrecht) in detail te behandelen. Gespecialiseerde procesrechtelijke literatuur, die rijkelijk voorhanden

is, kan voor de beantwoording van verdergaande vragen zorgen. Wel is het zinvol om in kort bestek enkele algemene beginselen te verkennen. Het grotendeels uniforme bestuursprocesrecht is door de Awb-wetgever namelijk opgezet vanuit een aantal beredeneerde uitgangspunten. Deze zijn niet alleen van belang om te begrijpen waarom het bestuursprocesrecht op een bepaalde manier is ingericht. Zij zijn ook relevant als richtsnoer voor procedurele keuzes die bestuursrechters moeten maken. Een aantal van deze beginselen stellen wij nu, achtereenvolgens in § 9.5.1 - § 9.5.5 aan de orde, geïllustreerd met concrete verwijzingen naar in de Awb vastgelegde regels.

9.5.1 Rechtsbeschermingsfunctie

recours objectief of subjectief

Wanneer verschil van mening bestaat tussen een burger en een bestuursorgaan over hun rechtsverhouding, dient daarover een bindende uitspraak verkregen te kunnen worden. Het procesrecht dient op deze individuele rechtsbeschermingsfunctie te worden toegesneden. Dat via rechtsbeschermingsprocedures ook een meer algemene controle wordt uitgevoerd op het bestuur mag niet voorop staan.

In procesrechtelijke literatuur wordt wel onderscheid gemaakt tussen het 'recours objectief' en het 'recours subjectief'. Het recours objectief houdt in dat de rechterlijke controle is gericht op handhaving van het objectieve recht. De rechter is daarin eigenlijk zoets als een plaatsvervangend controleur voor de volksvertegenwoordiging (die zich zelf dan op de grote lijnen kan toeleggen). De burger die beroep instelt is in zekere zin een soort 'onbezoldigd rijksverklikker', die gestuurd door persoonlijke motieven de rechter inroept om een controle op de naleving van het objectieve recht uit te voeren. Het object van geschil is een bepaalde overheidshandeling die door de rechter op rechtmatigheid wordt getoetst. De uitspraak van de rechter geldt 'erga omnes', kortom tegenover een ieder. Het recours subjectief houdt in dat de rechterlijke controle is gericht op de bescherming van de rechtspositie van burgers. De rechter beschermt de burger in zekere zin tegen de (mogelijk) misbruik van overheidsmacht. De burger die beroep instelt komt op voor het eigen belang. Het object van geschil is de beweerdte inbreuk op de rechts- of belangpositie van die burger en bijgevolg geldt de uitspraak van de rechter slechts 'inter partes', oftewel enkel tussen partijen in het geschil.

hybride stelsel

Uit deze typen valt reeds aanstonds op te maken dat we in Nederland werken met een enigszins hybride stelsel. Beoogd wordt een recours subjectief, maar toch is het niet de beweerdte inbreuk op de rechtspositie van de burger, maar het bestuursbesluit dat object is van het geschil. Het laatste is een gevolg van de historische ontwikkeling in ons bestuursprocesrecht, waarin aanvankelijk het oogmerk van het recours objectief overheerste. Bij de introductie van de Awb werd het accent weliswaar uitdrukkelijk verlegd naar de rechtsbeschermingsfunctie (het recours subjectief), maar achtte de wetgever het (toch) nog 'een brug te ver' om ook wat het object van geschil betreft een ommezwaai te maken.

reformatio in peius

Verschillende elementen in het huidige bestuursprocesrecht onderstrepen het uitgangspunt van de rechtsbeschermingsfunctie. Een belangrijk voorbeeld daarvan is, dat de indiener van een bezwaar- of beroepschrift in beginsel zelf de 'omvang van het geschil' bepaalt. De burger draagt zelf de geschilpunten aan. In de Awb komt dit uitgangspunt naar voren in de art. 7:11 en art. 8:69, waar is aangegeven dat een beoordeling plaatsvindt 'op grondslag van' het bezwaar- respectievelijk het beroepschrift. Daarmee bedoelt de wet tegelijk te voorkomen dat een burger er door het enkele maken van bezwaar of instellen van beroep slechter vanaf komt dan het geval zou zijn indien hij geen beroep zou hebben ingesteld. (Dit heet ook wel het verbod van reformatio in peius.)

Stel bijvoorbeeld, dat een horeca-ondernemer een terrasvergunning heeft verkregen voor 40 stoelen. Hij wil graag vergunning voor 60 stoelen en dient daarom een bezwaarschrift in. Bij de behandeling van het bezwaarschrift blijkt dat de gevraagde uitbreiding er niet in zit. Bovendien blijkt dat hij eigenlijk volgens het geldende beleid slechts vergunning had mogen krijgen voor 25 stoelen. Dan mag het maximumaantal terrasstoelen niet in de beslissing op bezwaar alsnog op 25 worden gezet. In dat geval zou de ondernemer immers het slachtoffer worden van zijn eigen bezwaarschrift.

schadevergoeding

Een ander voorbeeld voor de rechtsbeschermingsfunctie is dat het uitsprakenarsenaal van de bestuursrechter bij gegrondheid van het ingestelde beroep zich niet beperkt tot de vernietiging van het bestreden bestuursbesluit. Ook beschikt de bestuursrechter over de mogelijkheid om het bestuursorgaan te veroordelen tot het voldoen van een schadevergoeding aan eiser - zie art. 8:73 Awb.

9.5.2 Laagdrempelige toegang

bezwaarschrift gratis

Een volgend leidend beginsel houdt in, dat het bestuursprocesrecht zo moet zijn ingericht, dat de drempel laag is.

Daarin past het ontbreken van verplichte procesvertegenwoordiging. Men is dus niet verplicht een advocaat in te schakelen; desgewenst mag dat natuurlijk wel (art. 2:1 en art. 8:24 Awb). De burger moet in staat worden gesteld een bestuursrechtelijke procedure zelf te voeren. Daaruit vloeit onder meer voort, dat een procedure op eenvoudige wijze kan worden gestart; in dat verband is bijvoorbeeld van belang dat een bij het indienen van een bezwaar- of beroepschrift begaan vormverzuim hersteld moet kunnen worden (art. 6:6 Awb). Intussen mag overigens wel de vraag worden gesteld of de burger met het ontbreken van deze plicht tot procesvertegenwoordiging wel zo geholpen is. Het bestuurs(proces)recht blijft erg ingewikkeld en in toenemende mate speelt het risico dat indien niet reeds in de vroegste fase van de rechtsbescherming voldoende juridisch valide grieven worden ingebracht, de mogelijkheid ontbreekt om dat later in de procedure te herstellen (zie R.J.N. Schlössels, Tussen finaliteit en fuik, in: M.A. Heldeweg c.s. (red.), *Uit de school geklapt?*, Opstellen uit Maastricht, Den Haag 1999, p. 177-203). De aan een procedure verbonden kosten mogen geen belemmering vormen. Zo is het indienen van een bezwaarschrift gratis (art. 7:15 Awb). Beroep bij de bestuursrechter is wel aan het betalen van griffierecht gebonden (art. 8:41 Awb). In hoger beroep geldt een hoger tarief.

9.5.3 Actieve rechter

rechter niet passief

Het beginsel van de actieve rechter houdt in, dat de bestuursrechter zich niet passief opstelt en alleen maar afwacht wat partijen zelf aandragen. Door zich niet passief op te stellen wordt de burger zonodig een handje geholpen, waardoor de doorgaans ongelijke verhouding tussen burger en bestuursorgaan wordt gecompenseerd – men spreekt in dit verband wel van het beginsel van 'ongelijkheidscompensatie' (in de wandelgangen het 'calimero-principe'). De rechter beschikt over allerlei onderzoekbevoegdheden om de feiten boven water te krijgen, zoals de bevoegdheid getuigen en deskundigen op te roepen en een onderzoek ter plaatse in te stellen.

Zonodig onderzoekt de rechter zelf wat er - juridisch en feitelijk - mis is met een aangevochten besluit (zie de bevoegdheden tot het aanvullen van de rechtsgronden respectievelijk van de feiten, neergelegd in art. 8:69, tweede en derde lid Awb). De rechter mag echter niet zover gaan dat de grenzen van het geschil worden opgerekt (verbod om 'ultra petita' - buiten het gevraagde - te gaan). Bij het vaststellen van de feiten heeft de bestuursrechter een ruime vrijheid: kenmerkend voor het bestuursprocesrecht is de leer van het 'vrije bewijs'. De rechter heeft de vrijheid om naar maatstaven van redelijkheid de bewijslast over partijen te verdelen en bezit voorts de vrijheid om te bepalen welke bewijskracht hij toe wenst te kennen aan aangevoerde bewijsmiddelen.

9.5.4 Rechtmatigheidstoetsing ex tunc

rechtmatigheidstoetsing

Bij het vormen van zijn oordeel over de rechtmatigheid van een aangevochten besluit geldt als uitgangspunt 'rechtmatigheidstoetsing ex tunc'. Rechtmatigheidstoetsing houdt - zoals wij inmiddels weten (zie Hoofdstuk 1 en Hoofdstuk 5) - in dat de rechter niet alleen toetst aan het geschreven recht (wetgeving) maar ook aan rechtsregels en rechtsbeginselen die tot het ongeschreven recht behoren (beginselen van behoorlijk bestuur, verbintenis-scheppende beginselen, beginselen van een behoorlijke procesorde en dergelijke). Zie de toetsingsgronden van art. 8:77, tweede lid, Awb.

ex tunc

Toetsing ex tunc betekent, dat de rechter oordeelt naar de stand van zaken zoals deze was op het moment dat het in beroep bestreden besluit werd genomen. Latere feiten en omstandigheden doen daaraan in beginsel niet af. Hierin schuilt toch weer een element van het recours objectief: als de rechtmatigheid van het bestreden overheidsbesluit centraal staat, past het dit te toetsen aan de maatstaven van het moment dat dit besluit werd genomen. Als de beweerde onrechtmatige inbreuk op de belangen van een burger centraal zou staan dan zou het passend om te beoordelen of naar de maatstaven van het moment van het beroep (nog steeds) sprake is van een onrechtmatige inbreuk – toetsend ex nunc.

Na vernietiging van een besluit volgt meestal opdracht aan het betrokken bestuursorgaan om een nieuw besluit te nemen, rekening houdend met de uitspraak van de rechter. Als echter volstrekt duidelijk is hoe de nieuwe beslissing moet luiden, kan de rechter desnoods zelf deze beslissing nemen (dit heet: zelf in

de zaak voorzien). Zie de uitspraakbevoegdheden in art. 8:72, vierde lid, Awb. Omdat op dat moment door de rechter in feite (plaatsvervangend) een nieuw bestuursbesluit wordt genomen, moet de rechter daar dan wel de maatstaven van dat moment (ex nunc dus) op toepassen!

De bestuursrechter is bevoegd om een partij te veroordelen tot een proceskostenveroordeling. In dat geval moet deze partij de kosten van de andere partij betalen. Een natuurlijke persoon (denk aan een individuele burger die beroep instelde) treft dit lot slechts bij een kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht (art. 8:75 Awb). Voorts is van belang, dat – als gezegd – bij een gegrond beroep een schadevergoeding mag worden bepaald (art. 8:73). Daaraan kunnen we hier nog toevoegen dat alternatief de weg naar de burgerlijke rechter, ter verkrijging van schadevergoeding, ook open is blijven staan (zie over schadevergoeding overigens Hoofdstuk 10).

9.5.5 Proceseconomie

Het nastreven van proceseconomie houdt in, dat het bestuursprocesrecht effectief en efficiënt moet worden ingericht. Dit komt op een aantal plaatsen naar voren. Zo is in beroep bij de rechtbank het uitgangspunt, dat een zaak door één rechter (enkelvoudig) wordt afgedaan. Slechts in uitzonderlijke (moeilijke) gevallen komt er een meervoudige kamer aan te pas. Zie art. 8:10 Awb; dit uitgangspunt geldt overigens niet in hoger beroep. Ook de mogelijkheid mondeling uitspraak te doen past in het streven naar doelmatigheid (art. 8:67 Awb).

vereenvoudigde behandeling

Een in de praktijk veelvuldig toegepaste manier om doelmatigheidswinst te boeken is het volgen van de procedure van vereenvoudigde behandeling (afdeling 8.2.4 Awb). Door hiervoor te kiezen blijft de mondelinge behandeling van het beroepschrift (de zitting) achterwege. De rechter kan hiervoor kiezen als al direct bij binnenkomst van het beroepschrift blijkt hoe de uitspraak moet luiden. Art. 8:54 Awb noemt de volgende gevallen:

- a. de rechtbank is kennelijk onbevoegd;
- b. het beroep is kennelijk niet-ontvankelijk;
- c. het beroep is kennelijk ongegrond;
- d. het beroep is kennelijk gegrond.

Zodra er ook maar een spoor van twijfel is, is niet aan het 'kennelijkheidsvereiste' voldaan en dient de normale procedure (inclusief zitting) te worden gevolgd. Tegen vereenvoudigd afdoen is uitsluitend verzet mogelijk (art. 8:55 Awb), geen hoger beroep; tegen de beslissing op het verzetschrift is evenmin hoger beroep mogelijk.

9.6 Beleid getoetst

toetsing bestuursrechter

In de voorafgaande paragrafen is de organisatie van de administratieve rechtspraak - als een van de vormen van controle op het bestuur - aan de orde gesteld. Tevens zijn de voornaamste procedurele voorzieningen (bestuurlijke voorprocedures, voorlopige voorziening, beroep en hoger beroep) behandeld en werd stilgestaan bij enkele beginselen van bestuursprocesrecht. Aanvullend stellen wij deze zesde paragraaf de toetsing door de bestuursrechter centraal. Wij gaan daarbij uit van toetsing in beroep en zien af van bijzonderheden die verbonden zijn aan het hoger beroep.

De bestuursrechter die tot een oordeel moet komen over een aan hem voorgelegd beroep, zal eerst zijn eigen bevoegdheid en vervolgens de ontvankelijkheid van het beroep moeten beoordelen (§ 9.6.1). Eerst daarna - bij een positief antwoord op beide voorvragen - kan het beroep inhoudelijk worden beoordeeld (§ 9.6.2). Tenslotte kijken we (in § 9.6.3) nog even kort naar de toetsingsgronden die de bestuursrechter aan zijn inhoudelijke beoordeling ten grondslag mag leggen en de uitspraken waartoe hij mag concluderen.

9.6.1 Voorvragen

Als gezegd zal de bestuursrechter bij een ingesteld beroep vooreerst moeten nagaan of hij daarover daadwerkelijk een oordeel moet geven. Daarvoor moet hij achtereenvolgens oordelen over:

1. zijn bevoegdheid tot kennisneming van het geschil;
2. de ontvankelijkheid van het beroep.

Een negatief antwoord op deze punten leidt tot respectievelijk de 'onbevoegdverklaring van de rechtbank' en de 'niet-ontvankelijkverklaring van het beroep' (art. 8:70 Awb). Laten we bekijken hoe een en ander wordt getoetst.

Ad. 1 – De bevoegdheid tot kennisneming

Wij kunnen een onderscheid maken tussen de 'absolute' en de 'relatieve' bevoegdheid (of competentie) van de rechter. In het eerste geval gaat het om de vraag of wij met de juiste 'soort' rechterlijke instantie van doen hebben. Dus bijvoorbeeld: beroep ter zake van een milieuvergunning indienen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, en niet bij de rechtbank. In het tweede geval gaat het om de vraag welke van de rechters van een bepaalde soort tot oordelen bevoegd is – moet het beroep op grond van art. 8:1 Awb, tegen afwijzing door een minister van een in Delfzijl woonachtige aanvrager, voor een activiteit in Hengelo nu worden beoordeeld door de rechtbank Den Haag, Groningen of Almelo? We zullen beide soorten bevoegdheidsvragen achtereenvolgens bespreken.

absolute competentie

a. Welke factoren bepalen de absolute competentie van de bestuursrechter? Wij gaan nu uit van de als regel bevoegde instantie in eerste aanleg, de rechtbank (sector bestuursrecht). We kunnen de factoren dan schematisch opsommen aangezien we deze in § 9.2.1 reeds bespreken:

1. Het moet gaan om beroep tegen een besluit (art. 8:1 jo. art. 1:3, lid 1 Awb).
2. Beroep is ook mogelijk tegen de schriftelijke weigering te besluiten, dan wel het niet tijdig nemen van een besluit, zie art. 6:2 Awb, alsmede voor de inhoudelijke afwijzing van een besluit, zie opnieuw art. 6:2 Awb – voor besluiten van algemene strekking - en art. 1:3, lid 2 Awb (voor de beschikking).
3. Het besluit mag niet wettelijk van beroep zijn uitgezonderd. Geen beroep is mogelijk tegen:
 - een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel (art. 8:2 Awb);
 - een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling (art. 8:3);
 - een uitgezonderde categorie besluiten (art. 8:4 Awb; bijvoorbeeld: de technische beoordeling van een voertuig);
 - een besluit dat voorkomt op de negatieve lijst, de bij art. 8:5 Awb behorende bijlage met uitgezonderde wettelijke voorschriften (voorbeeld: de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften);
4. Het mag niet gaan om een besluit waarvoor een andere bestuursrechter bevoegd is, of bevoegd was (art. 8:6 Awb; bijvoorbeeld: een zaak over een exportvergunning waarvoor het College van Beroep voor het bedrijfsleven bevoegd is, mag niet door de rechtbank worden behandeld).
5. Tegen het besluit mag geen administratief beroep open staan of open hebben gestaan (art. 8:6, lid 2, Awb). Let op: tegen een in administratief beroep genomen besluit kan wèl, met overslaan van de bezwaarschriftprocedure, beroep worden ingesteld bij de rechtbank (art. 8:6, lid 2 jo. art. 7:1, lid 1, sub a, Awb).

relatieve competentie

b. Rest nog de relatieve competentie. Om te bepalen welke rechtbank bevoegd is, moeten wij art. 8:7 Awb raadplegen. Dan blijkt, dat een verschillende behandeling plaatsvindt van zaken, afkomstig van de lagere overheid en van zaken die afkomstig zijn van de centrale overheid. Of preciezer, er wordt een onderscheid gemaakt tussen:

1. Besluiten van een provincie, gemeente, waterschap, of orgaan (dan wel lichaam) ingesteld op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen;
2. Een besluit van een ander bestuursorgaan; hiertoe behoren derhalve de tot de centrale overheid behorende bestuursorganen.

zetel- en woonplaats- aanknopning

Voor besluiten die tot categorie 1) behoren, is bepalend binnen welk rechtsgebied het bestuursorgaan zijn zetel heeft (zetelaanknopning). Voor categorie 2) daarentegen is de woonplaats van de indiener van het beroepschrift het doorslaggevende criterium (woonplaatsaanknopning). De achterliggende reden is, dat ook de administratieve rechtspraak ter zake van besluiten van de rijksoverheid zo dicht mogelijk bij de burger moet plaatsvinden.

Bij geschillen over welke rechtbank bevoegd is beslist de instantie die in hoger beroep bevoegd is (art. 8:9 Awb).

ontvankelijkheid

Ad. 2 – de ontvankelijkheid van het beroep

Als de bevoegdheidsvraag door de bestuursrechter positief is beantwoord, komt als tweede voorvraag de ontvankelijkheid van de appellant in beeld. De belangrijkste ontvankelijkheidseisen zijn in onderstaand schema opgenomen:

1. Is appellant belanghebbende (art. 8:1. lid 1 jo. art. 1:2, lid 1 Awb) ?
 - Een belanghebbende kan de geadresseerde van een besluit zijn, dat wil zeggen degene tot wie het besluit - al dan niet na een aanvraag - is gericht, of een derde-belanghebbende.
 - Wie is belanghebbende? Het moet gaan om een belang dat:
 - a. feitelijk aanwijsbaar is (niet enkel een subjectief 'gevoel' van betrokkenheid); en
 - b. speciaal c.q. persoonlijk (dus: voldoende kan worden onderscheiden van belangen van anderen en niet louter het algemeen belang of een ideëel belang betreft); alsmede
 - c. rechtstreeks (geen te ver afgeleide betrokkenheid, geen onzekere toekomstige belangen).
 - Niet alleen natuurlijke personen kunnen belanghebbende zijn, maar ook:
 - a. rechtspersonen: de algemene en collectieve belangen die een rechtspersoon behartigt zijn mede maatgevend (art. 1:2, derde lid Awb); zie daarvoor de doelstellingen van de rechtspersoon en daarnaast ook de feitelijke werkzaamheden (bijvoorbeeld: de Stichting Natuur en Milieu is belanghebbende bij het besluit tot sluiting van een milieu-educatief centrum);
 - b. en bestuursorganen: (art. 1:2, lid 2, Awb): de aan het bestuursorgaan 'toevertrouwde' belangen worden beschouwd als de belangen van dat orgaan (bijvoorbeeld: een college van burgemeester en wethouders is belanghebbende bij een toewijzing door de rijksoverheid van in de gemeente nieuw te bouwen scholen).
2. Is aan de vormvoorschriften voor het instellen van beroep voldaan (art. 6:4 en 6:5 Awb; zie voor de verplichte mogelijkheid tot herstel art. 6:6)?
3. Is het griffierecht voldaan? Art. 8:41 Awb regelt de hoogte van het griffierecht in beroep; niet (tijdig) betalen hiervan leidt verplicht tot niet-ontvankelijkheid. In een enkel geval is rekening gehouden met de mindere draagkrachtigheid: kosten fl. 50,- in plaats van fl. 200,- (zie Rechtbank Assen, resp. 8 november 1995 en 25 januari 1996, JB 1995/321 en JB 1996/68).
4. Is het beroep tijdig ingesteld, dat wil zeggen binnen de termijn van zes weken (art. 6:7 Awb)? Notabene, let wel op de ontsnappingsclausule van art. 6:11 Awb en op de regeling van de termijn in verband met niet-tijdig beslissen (art. 6:12 Awb) en bij doorzending (art. 6:15 Awb).
5. Is eerst de bezwaarschriftprocedure (of een andere bestuurlijke voorprocedure) gevolgd (art. 7:1 in combinatie met art. 8:1 Awb)?

9.6.2 Het toetsingsarsenaal van de bestuursrechter

Als zowel de bevoegdheid als de ontvankelijkheid vaststaan, komt de bestuursrechter toe aan een inhoudelijke beoordeling van het in beroep bestreden besluit. Schematisch weergegeven zal de bestuursrechter zichzelf de volgende vragen moeten stellen. Ter wille van het overzicht nemen wij de 'voorvragen' ook mee in het schema. Voor de elementen van het inhoudelijk oordeel zij verwezen naar de behandeling in de respectieve Hoofdstukken in dit boek (zie de verwijzingen tussen de rechte haakjes). We laten hier in het midden welke vragen door de rechter ambtshalve (dat wil zeggen uit eigen beweging) moeten worden beantwoord en welke vragen eerst een beantwoording door de rechter behoeven als over schending van de desbetreffende rechtsregels is geklaagd.

Aanpak toetsing door de bestuursrechter

- I. Voorvragen
 - a. Is de rechter bevoegd? [§ 9.6.1, ad. 1]
 1. absoluut (appellabel besluit bij rechter van deze 'soort'?)
 2. relatief (is deze rechter 'geografisch' gezien bevoegd?)
 - b. Is de appellant ontvankelijk? [§ 9.6.1, ad. 2]
 1. belanghebbende
 2. vormvoorschriften
 3. griffierecht
 4. termijn
 5. bestuurlijke voorprocedure gevolgd
- II. Inhoudelijk oordeel
 - a. Is het bestuursorgaan dat het bestreden besluit nam bevoegd? [§ 1.3.2, ad. 1 (Hfst. 4-5)]
 1. is er een wettelijke grondslag tot rechtsvorming, of is sprake van een rechtsvaststelling uit hoofde van een Algemeen verbintenisscheppend beginsel toegepast in de context van een publiekrechtelijke rechtsverhouding (legaliteitsbeginsel)?
 2. past de bevoegdheidsuitoefening binnen door de wet gestelde grenzen? Een bestuursorgaan kan onbevoegd zijn naar plaats, tijd of onderwerp

3. voldoet de bevoegdheidsverkrijging aan eisen die gelden voor attributie, delegatie, mandaat? [§ 3.6]
- b. Kleeft aan het bestreden besluit een procedureel gebrek?
 1. is het besluit zorgvuldig voorbereid (art. 3:2 Awb) - zijn alle feiten verzameld en zijn alle belangen geïnventariseerd? [§ 5.2, ad. 1]
 2. als gekozen is voor een speciale wijze van voorbereiding (afdelingen 3.4 en 3.5 Awb, openbare respectievelijk uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure: zijn de hiervoor geldende regels nageleefd? [§ 5.2, ad. 1]
 3. indien sprake is van advisering: zijn de regels van afdeling 3.3 Awb (advisering) nageleefd? [§ 5.2, ad. 1]
 4. is de besluitvorming zo ingekleed dat belanghebbenden in de positie verkeerden om goed voor hun eigen belangen op te komen (fair play)? [§ 5.2, ad. 2]
 5. is het besluit deugdelijk gemotiveerd - kan de motivering het besluit dragen (eisen afdeling 3.7 Awb)? [§ 5.2, ad. 4]
 6. zijn de rechten en plichten voldoende duidelijk weergegeven (rechtszekerheid)? [§ 5.2, ad. 3]
 7. is het besluit op juiste wijze bekend gemaakt (art. 3:40-3:42 Awb)? [§ 5.2, ad. 3]
- c. Kent het bestreden besluit een inhoudelijk gebrek?
 1. is de bevoegdheid voor een verkeerd doel gebruikt (verbod van détournement de pouvoir; art. 3:3 Awb)? [§ 5.2, ad. 5]
 2. is bij de bepaling van het moment van inwerkingtreding van het besluit rekening gehouden met de 'rechtspositie' van belanghebbende(n) (vgl. art. 3:40 Awb) [§ 5.2, ad. 6]
 3. is voldaan aan het vertrouwensbeginsel (als ongeschreven rechtsbeginsel; met gerechtvaardigd opgewekte verwachtingen moet rekening worden gehouden)? [§ 5.2, ad. 7]
 4. is voldaan aan het gelijkheidsbeginsel (als ongeschreven rechtsbeginsel)? [§ 5.2, ad. 8]
 5. zijn de betrokken belangen afgewogen (plicht tot belangenafweging; art. 3:4, eerste lid, Awb)? [§ 5.2, ad. 9]
 6. is de belangenafweging niet onevenredig (art. 3:4, tweede lid, Awb)? [§ 5.2, ad. 9]

Dit schema is niet meer dan een checklist. Het is bedoeld als hulpmiddel om enig basisinzicht te verwerven in de toetsingsactiviteit van de bestuursrechter. Een uitvoerige toelichting en uitdieping hiervan past niet in het bestek van dit boek.

9.6.3 Toetsingsgronden en uitspraken

Hiervoor (in § 9.6.2) is op geschematiseerde wijze aangegeven welke vragen een bestuursrechter langs zal lopen om tot een oordeel te komen over een ingesteld beroep. In het schema komt zowel toetsing aan wettelijke bepalingen voor (denk aan in de Awb vervatte eisen) alsook toetsing aan ongeschreven recht. Met beide typen maatstaven mag de bestuursrechter werken, zo blijkt uit art. 8:77, lid 2, Awb: bij een gegrondverklaring van het beroep moet in de (gemotiveerde) uitspraak worden vermeld welke geschreven of ongeschreven rechtsregel, of welk algemeen rechtsbeginsel is geschonden. In deze bepaling wordt het ongeschreven recht gesplitst in regels (deze hebben een concreet toepasbaar karakter) en beginselen (deze zijn van meer algemene aard).

toetsingskader

Het toetsingskader van de bestuursrechter ziet er in lijn met art. 8:77, tweede lid Awb als volgt uit:

- a. geschreven rechtsregels - dit zijn de in wettelijke voorschriften neergelegde regels, zoals de in art. 3:2 Awb neergelegde eis van zorgvuldige voorbereiding;
- b. ongeschreven rechtsregels - denk bijvoorbeeld aan de niet in de Awb gecodificeerde, maar niettemin als concrete regel van behoorlijk bestuur fungerende, eis dat gerechtvaardigd opgewekt vertrouwen niet mag worden beschaamd;
- c. algemene rechtsbeginselen - hiertoe behoren niet alleen fundamentele rechtswaarden als rechtszekerheid en -gelijkheid, maar ook algemene beginselen van behoorlijk procesrecht (zoals het recht op hoor en wederhoor), alsmede de algemene verbintenis-scheppende beginselen (zoals de verplichting tot vergoeding van toerekenbaar onrechtmatig toegebrachte schade).

Alles bij elkaar wordt van de bestuursrechter gevraagd om - achteraf (ex tunc) toetsend - een volwaardige rechtmatigheidstoetsing uit te voeren.

toetsen aan het recht

Bij het uitvoeren van deze rechtmatigheidstoetsing zal de rechter steeds de grenzen van zijn functie in de gaten moeten houden. Hij moet toetsen aan het recht en niet gaan 'meebesturen'. Een kritische houding moet worden gepaard aan gepaste afstand. Bestuursorganen kunnen op hun beurt voorkomen dat de rechter hen teveel op de huid zit door zelf duidelijke beleidslijnen te hanteren (zie daarvoor de voorbeelden uit Hoofdstuk 1).

uitspraakbevoegdheden

In samenhang met de functie van de rechter is het zaak tenslotte nog kort stil te staan bij zijn uitspraakbevoegdheden – ons beperkend tot de normale bodemprocedure. Daarvoor kunnen we goed aansluiten bij enkele bepalingen uit het procesrecht volgens de Awb:

- a. allereerst bepaalt art. 8:70 Awb de algemene mogelijkheden: onbevoegdverklaring; niet-ontvankelijkverklaring; ongegrondverklaring van het beroep; gegrondverklaring van het beroep.
- b. vervolgens bepaalt art. 8:72 Awb in hoofdzaak dat bij gegrondheid van het beroep de bestreden beslissing geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd – wat wil zeggen dat de rechtsgevolgen van dat besluit, met terugwerkende kracht tot het moment waarop dit besluit werd genomen, worden vernietigd. Vervolgens wordt ofwel het verwerend bestuursorgaan opgedragen (binnen een door de rechter bepaalde termijn) te herbeslissen (een opdracht waaraan een dwangsom kan worden verbonden als de rechter vreest dat het bestuur anders niet, niet tijdig of gebrekkig zal voldoen), of de rechter voorziet zelf in een nieuwe beslissing (met name als duidelijk is dat er rechtens nog maar één herbeslissing mogelijk is).
- c. daarnaast bepaalt art. 8:73 Awb dat indien het beroep gegrond wordt bevonden de bestuursrechter het verwerend bestuursorgaan kan veroordelen tot een schadevergoeding – 'kan': zowel de eiser als de bestuursrechter kunnen beslissen dat deze kwestie door de burgerlijke rechter moet worden beslecht.
- d. volgens art. 8:74 Awb volgt bij gegrondverklaring dat de door eiser betaalde griffierechten worden vergoed.
- e. ongeacht of het beroep al dan niet gegrond wordt bevonden kan de bestuursrechter – volgens art. 8:75 Awb – besluiten de wederpartij te veroordelen tot vergoeding van de proceskosten die de andere partij heeft gemaakt.

10 Beleid betaald: aansprakelijkheid en schadevergoeding

De stof van dit hoofdstuk is gericht op de verwerving van kennis van en inzicht in:

- soorten en omvang van de overheidsaansprakelijkheid terzake van rechtmatige én onrechtmatige daad;
- de positie van respectievelijk de bestuurs- en de burgerlijke rechter op het vlak van de rechtmatige en onrechtmatige daad.

Introductie

schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad

In het voorafgaande hoofdstuk zijn de mogelijkheden van rechtsbescherming tegen de overheid, zowel organisatorisch als inhoudelijk, aan de orde gesteld. Naar aanleiding van een daartegen ingesteld beroep kan de bestuursrechter tot de conclusie komen, dat een genomen besluit onrechtmatig is. In sommige gevallen kunnen de belangen van betrokkenen voldoende worden beschermd door een nieuw besluit te nemen dat ditmaal wel in overeenstemming is met het recht. Denk aan een ambtenaar die volgens de rechter onterecht is ontslagen en na vernietiging van het ontslagbesluit zijn baan weer terug krijgt. Maar als deze ambtenaar een jaar thuis heeft gezeten zonder inkomen, of slechts een beperkte uitkering, dan heeft hij door het achteraf onrechtmatig gebleken besluit schade geleden, die voor vergoeding in aanmerking moet worden gebracht. Zo ook bij een achteraf vernietigde weigering van een subsidie aan een operagezelschap, waardoor een aantal producties niet door kon gaan. De daardoor gederfde inkomsten vormen voor het operagezelschap een schadepost. In zulke gevallen zal de rechter moeten overwegen in hoeverre aanspraak op schadevergoeding bestaat. Een schadevergoedingsplicht kan niet alleen voortspuiten uit een onrechtmatig gebleken *besluit*, maar ook uit een onrechtmatige *handeling* of een onrechtmatig *nalaten* van een overheidsplicht. Denk aan een losliggende stoeptegel, waardoor een oude dame ten val komt. Dergelijke mogelijkheden van schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad komen in dit hoofdstuk ter sprake. Maar ook door besluiten en handelingen die op zichzelf *rechtmatig* zijn, kan iemand onevenredig worden benadeeld en als gevolg daarvan recht op schadevergoeding doen gelden.

schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad

Als voorbeeld van schade-aansprakelijkheid bij *rechtmatige* overheidsdaad is het meest bekend de zogenaamde planschade: als gevolg van een bij bestemmingsplan mogelijk geworden ingrijpende verandering van de fysieke leefomgeving, zoals een hoog flatgebouw achter iemands achtertuin, moet de gemeente de waardevermindering van deze woning en tuin aan de eigenaar vergoeden. Maar ook een bedrijf dat een nieuwe milieuvergunning opgelegd krijgt, waardoor zeer aanzienlijke investeringen in de milieuzorg moeten worden gepleegd, kan aanspraak maken op schadevergoeding als de lasten daarvan naar maatstaven van redelijkheid niet enkel en alleen ten laste van het bedrijf kunnen komen. Zowel de schadevergoeding bij onrechtmatig als bij rechtmatig bestuur worden beheerst door het bestuursrecht. De contouren daarvan worden verkend in § 10.1, waarna achtereenvolgens de rol van de bestuursrechter en die van de burgerlijke rechter in het bestuursrecht aan de orde komen (§ 10.2 en 10.3). Wij sluiten af (in § 10.4) met enkele opmerkingen over de toegenomen overheidsaansprakelijkheid en de daaruit voortvloeiende noodzaak van risicomanagement.

10.1 Bestuursrecht

alle vormen van schade vergoeden

In het bestuursrecht is het bestuursrecht in de afgelopen decennia sterk ontwikkeld (zie voor een uitvoerige verhandeling J.W. van Zundert, Bestuursrecht, Zwolle 1993 en J.A.M. van den Berk, Bestuursrecht, Deventer 1997). Bestuursrecht is de verzamelterm voor alle vormen van schadevergoeding door het bestuur. Uit de inleiding bij dit hoofdstuk is al gebleken dat onderscheid kan worden gemaakt tussen:

1. het aansprakelijkheidsrecht betreffende *onrechtmatig* overheidshandelen, en
2. de vergoeding van schade wegens *rechtmatig* overheidshandelen, de rechtmatige overheidsdaad.

Op beide terreinen is de rol van de bestuursrechter steeds belangrijker geworden. Dit weerspiegelt de opkomst van het publiekrechtelijk schaderecht. Aanvullend is ook de rol van de burgerlijke rechter van betekenis. Achtereenvolgens komen beiden aan de orde. Overigens moet direct al worden aangetekend dat er weliswaar nog verschillende rechtsgangen zijn, namelijk in het ene geval via de bestuursrechter en in het andere geval via de burgerlijke rechter, maar in materieel opzicht wordt schade naar vrijwel dezelfde maatstaven beoordeeld.

10.2 Bestuursrechter en schadevergoeding

Als gezegd is het ons in dit hoofdstuk om twee soorten van aansprakelijkheid te doen: aansprakelijkheid bij onrechtmatige daad en aansprakelijkheid bij rechtmatige daad. In deze paragraaf bezien we achtereenvolgens (in § 10.3.1 en 10.3.2) hoe de bestuursrechter met deze beide vormen omgaat. In § 10.3 gaan we in op de rol van de burgerlijke rechter.

10.2.1 Schade door een beweerd onrechtmatige gedraging

Twee gevallen kunnen we onder deze kop onderscheiden:

1. schadevergoeding in het kader van een beroep tegen een schadeveroorzakende gedraging;
2. schadevergoeding in het kader van de beoordeling van een verzoek tot schadevergoeding (buiten een al dan niet ingesteld beroep tegen de schadeveroorzakende gedraging).

Achtereenvolgens zullen we deze beide vormen beknopt bespreken.

Ad. 1 - Onrechtmatig besluit: accessoire schadevergoeding beoordeling

Gaat het om de rechtmatigheid van een *besluit* (zoals: het ontslag van een ambtenaar), dan zal de administratieve rechter daarover moeten oordelen (in het voorbeeld: eerst de rechtbank, in eventueel hoger beroep de Centrale Raad van Beroep). De bestuursrechter stelt vast of het beroep gegrond of ongegrond is. Bij een gegrond beroep is, volgens de jurisprudentie de onrechtmatigheid van het besluit een gegeven. In samenhang met het gegrondverklaren van het beroep heeft deze rechter de mogelijkheid tevens een schadevergoeding toe te kennen. Aldus is bepaald in art. 8:73 Awb, waarin overigens is bepaald dat alleen een betrokken rechtspersoon tot schadevergoeding kan worden veroordeeld en dus niet een natuurlijk persoon. Het is nodig om deze schadevergoeding uitdrukkelijk te vragen. De rechtbank kan - zo zegt art. 8:73 Awb - indien zij een beroep gegrond verklaart, op *verzoek* van een partij de door haar aangewezen rechtspersoon veroordelen tot vergoeding van de schade die die partij lijdt.

gegrond beroep

Voorwaarde voor schadevergoeding is dus dat het beroep gegrond moet zijn verklaard: dit is het 'connexiteitsvereiste'. Door deze eis is de schadevergoeding verbonden met een oordeel over het besluit, vandaar: *accessoire* schadevergoeding. Bovendien moeten er volgens artikel 8:73 gronden zijn om schadevergoeding toe te kennen.

Met deze bepaling in de Awb is beoogd om in één procedure een rechterlijk oordeel te krijgen over zowel de rechtmatigheid van een besluit als de eventuele schade als gevolg daarvan (en past in de gedachte van het recours subjectif – zie § 9.5.2). Voordien moest degene die door een door een administratieve rechter vernietigd bestuursbesluit schade leed, zich vervolgens tot de civiele rechter wenden om vergoeding daarvan af te dwingen.

Een van de vele voorbeelden van deze 'dualistische' procedure (eerst de procedure over het besluit, daarna de procedure over schadevergoeding) is een arrest van de Hoge Raad waarbij werd uitgesproken dat de vaststelling door de gemeenteraad en de goedkeuring door Gedeputeerde Staten van een onzorgvuldig tot stand gebracht bestemmingsplan waaraan in een (toenmalig) Kroonberoep goedkeuring is onthouden, moet worden aangemerkt als een onrechtmatig handelen, zodat de in verband met deze procedure door belanghebbende gemaakte kosten op de gemeente kunnen worden verhaald (Hoge Raad 19 januari 1996, Eijdsen/Caelen, Bouwrecht 1996, p. 834. Bij de invoering van de Awb is het Kroonberoep terzake van bestemmingsplannen afgeschaft en is in art. 54 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening de mogelijkheid geboden om tegen het besluit van Gedeputeerde Staten omtrent de goedkeuring daarvan bij de Afdeling bestuursrechtspraak beroep in te stellen).

Het bestaan van art. 8:73 Awb sluit de weg naar de burgerlijke rechter ter verkrijging van schadevergoeding *niet* af. Wordt van de bevoegdheid van art. 8:73 geen gebruik gemaakt dan staat

daarnaast ook de mogelijkheid open om ter zake van een onrechtmatig bevonden besluit een schadevordering bij de civiele rechter in te stellen. (Zie ook hierna onder § 10.3.)

proceskosten

De in art. 8:73 Awb geboden mogelijkheid van schadevergoeding dekt niet de proceskosten af. Ter zake van *proceskosten* voorziet de Awb in art. 8:75 namelijk in een afzonderlijke mogelijkheid tot vergoeding daarvan. De hoogte van de vergoeding is overigens genormeerd in vaste bedragen. Deze forfaitaire vergoedingen zijn vastgelegd in het Besluit proceskosten bestuursrecht.

Ad. 2 - Het zelfstandig schadebesluit

toekenning van schade

Naast de zojuist besproken accessoire schadevordering ingevolge artikel 8:73 Awb - in het kader van een beroep tegen een besluit - heeft zich in de rechtspraak de vraag voorgedaan of ook een *zelfstandig schadebesluit*, ook wel een *zuiver schadebesluit* genoemd, dat niet is gebaseerd op een specifieke schadevergoedingsregeling, bij de bestuursrechter appellabel is. Aanvankelijk werd een dergelijk besluit niet aangemerkt als een besluit in de zin van de Awb, maar als een rechtshandeling naar burgerlijk recht, waartoe dan ook de burgerlijke rechter diende te worden geadieerd. In de rechtspraak wordt dit tegenwoordig anders benaderd (zie ook § 6.1.4 en 6.1.5, Ad. 1, alsmede § 5.3).

Eerst heeft de Centrale Raad van Beroep zich in een beroep tegen een afwijzing van vergoeding van renteschade bevoegd geacht en dus hoefde deze kwestie niet te worden doorgeschoven naar de burgerlijke rechter (CRvB 26 juli 1994, JB1994/220). Vervolgens heeft ook de Afdeling bestuursrechtspraak aanvaard dat tegen schriftelijke beslissingen van bestuursorganen omtrent vergoeding van schade veroorzaakt door vermeend onrechtmatige besluiten, beroep kan worden ingesteld bij de bestuursrechter. Ook als een wettelijke schadevergoedingsregeling ontbreekt, is in deze benadering een beslissing over het al dan niet toekennen van schadevergoeding wegens een beweerd onrechtmatig besluit gericht op een publiekrechtelijk rechtsgevolg. Het publiekrechtelijk rechtsgevolg bestaat uit het in het besluit vervatte oordeel over de aanspraken die al of niet zouden bestaan op schadevergoeding in verband met het bestuurshandelen. Door de aanwezigheid van een publiekrechtelijk rechtsgevolg is voldaan aan een essentiële voorwaarde om van een besluit in de zin van de Awb te kunnen spreken. Het is een besluit over de toekenning van schade, dus: een 'schadebesluit'. Aangezien niet de voorwaarde wordt gesteld van koppeling aan de gegrondverklaring van een beroep tegen een bestuurlijk besluit (zoals een vergunningverlening of iets dergelijks) is sprake van een 'zuiver schadebesluit' (ook wel: zelfstandig schadebesluit). Een zelfstandig besluit betreffende de vergoeding van schade, mits veroorzaakt in een publiekrechtelijke rechtsbetrekking, is daarmee appellabel geacht. Als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb is aangemerkt: de schriftelijke beslissing op een verzoek om schadevergoeding, als deze gevraagde vergoeding is gebaseerd op een vermeend onrechtmatig besluit. De uitspraak draaide om het volgende. Alpha Kledingreinigingsbedrijf was in beroep gekomen tegen een aanscherping van de milieuvorschriften in het Besluit chemische wasserijen, een algemene maatregel van bestuur gebaseerd op art. 8:40 Wet milieubeheer. In deze amvb staan algemene milieuregels waaraan alle chemische wasserijen, waaronder het bewuste kledingreinigingsbedrijf, zich hebben te houden. Het bedrijf vroeg in de eerste plaats aan de minister van VROM om een vrijstelling, dus een uitzondering in haar specifieke geval; het bedrijf wenste toestemming om een bepaalde chemische stof toch te mogen gebruiken. Dit verzoek werd afgewezen. Omdat de minister van VROM helemaal niet over de wettelijke bevoegdheid beschikt om vrijstellingen te verlenen, kon de weigering niet worden aangemerkt als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb. Subsidiair vroeg het bedrijf aan de minister om een schadevergoeding toe te kennen. Ook dit verzoek werd afgewezen. De Afdeling bestuursrecht concludeerde echter dat deze afwijzing van het schadevergoedingsverzoek niettemin *wel* als een *besluit* kon worden aangemerkt (ABRS 29 november 1996 (Alpha/VROM), JB 1996, nr. 253, (tevens in: AB1997, 66, Gemeentestem 1997, 7047/5)).

Nadien heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in haar uitspraak van 6 mei 1997, Van Vlodrop/VROM (JB 1997/118, AB 1997, 229, Gemeentestem 1997, 7060/3), nog eens benadrukt dat de schade niet behoeft te zijn veroorzaakt door een besluit, maar dat er sprake moet zijn van schade die is veroorzaakt 'binnen het kader van de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid'. Wat de competentie van de rechter betreft is de eis van 'formele of processuele connexiteit' gesteld: uit een oogpunt van overzichtelijke bevoegdheidsverdeling tussen rechterlijke instanties, komt de bevoegdheid om kennis te nemen van het besluit tot toekenning of weigering van schadevergoeding toe aan de rechter die ook bevoegd was om te oordelen over het schadeveroorzakende besluit (zie tevens § 9.2.1).

formele rechtskracht

Sedertdien is het zelfstandig schadebesluit als fenomeen in een stroomversnelling geraakt.

Onduidelijk was aanvankelijk of de keuze tussen bestuursrechter of burgerlijke rechter vrij stond dan wel of het instellen van een schadevordering bij de burgerlijke rechter en niet bij de bestuursrechter het risico met zich zou brengen dat de burgerlijke rechter zou uitgaan van een 'formele rechtskracht' van het schadebesluit, dat wil zeggen dat door het ongebruikt laten verstrijken van een beroepstermijn dan wel na een uitspraak in hoogste instantie in beroep, er geen (bestuursrechtelijke) mogelijkheden meer zijn om tegen het besluit op te komen. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 17 december 1999, Groningen/Raatgever (NJ 2000, 87, AB 2000, 89, JB 2000/4), ten aanzien van de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter met betrekking tot het zelfstandig schadebesluit bepaald dat belanghebbende de keuze heeft om zijn schadevordering hetzij via de bestuursrechter (binnen de beroepstermijn) hetzij via de burgerlijke rechter aanhangig te maken.

Conclusie: ook zonder dat is voorzien in een specifieke schadevergoedingsregeling, zoals bijvoorbeeld bij schade door een bestemmingsplan of als gevolg van de Betuweroute, kan aan het bevoegde bestuursorgaan worden verzocht om vergoeding van schade die is ontstaan binnen het kader van de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid en tegen het besluit op dat verzoek kan ofwel bij de bestuursrechter Awb-beroep worden ingesteld ofwel bij de burgerlijke rechter een rechtsvordering tot schadevergoeding. Men realiseert zich overigens dat, afgezien van eventuele advocaatkosten de kosten van een civiel geding aanmerkelijk hoger zijn dan de kosten die zijn gemoeid met een bestuursrechtelijke procedure.

10.2.2 Schade door een rechtmatige gedraging

niet onrechtmatig, toch schade

Er zijn gedragingen van de overheid die op zichzelf rechtmatig zijn, maar die onevenredige lasten voor bepaalde belanghebbenden met zich meebrengen. De hier bedoelde schadevergoeding behoort bij een 'rechtmatige overheidsdaad'. Neem weer het voorbeeld van het bedrijf dat na een nieuwe vergunning bovennormale milieu-investeringen moet doen. De Wet milieubeheer (art. 15.20) voorziet in een dergelijk geval in een schadevergoedingsregeling. Wij bespreken nu eerst (Ad. 1) de situatie dat er - zoals in het gegeven voorbeeld - een bijzondere wettelijke schadevergoedingsregeling is. Daarna (Ad. 2) komt het in de Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel (art. 3:4, tweede lid) ter sprake als grondslag voor schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad.

Ad. 1 - Wettelijke schadevergoedingsregelingen beperkingen

In enige tientallen bestuurswetten is een regeling gegeven voor de vergoeding van schade als gevolg van een bepaalde toepassing van die wetten (enkele voorbeelden: art. 49 Wet op de Ruimtelijke Ordening, art. 26 Ontgrondingenwet en art. 31 Wet op de Openluchtrecreatie). Het gaat algemeen gesproken om wetgeving die leidt tot een beperking van eigendomsrechten, of tot het opleggen van andere beperkingen aan burgers. Beperking van eigendomsrechten vormt een belangrijk aangrijpingspunt.

Eigendomsbeperking is, voor zover deze in het algemeen belang plaats vindt, op zichzelf niet onrechtmatig. Bij een onevenredige benadeling van individuen maken deze echter aanspraak op vergoeding van schade. De rechtvaardiging daarvoor wordt gevonden in de gedachte van de 'égalité devant les charges publiques' (vrij vertaald: het openbaar belang mag niet tot onevenredige individuele lasten leiden). Vanuit die gedachte bevatten bestuurswetten die tot het opleggen van allerlei beperkingen leiden specifieke schadevergoedingsregelingen.

Erg veel eenheid is daarin nog niet te bespeuren. In de toekomst (de vijfde tranche?) zal de Awb wellicht een algemene regeling van het onderwerp nadeelcompensatie gaan bevatten.

Soms heeft een wettelijke schadevergoedingsregeling een ruime reikwijdte, zoals bijvoorbeeld die in de art. 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO), soms ook is de strekking ervan beperkt tot degene tot wie een beschikking is gericht en voor zover het gaat om daaruit voortvloeiende onevenredige hogere kosten of schade (vergelijk art. 15.20 - 15.23 Wet milieubeheer). In de Monumentenwet 1988 is een regeling gegeven die in procedureel opzicht sterk is gedetailleerd, met onder andere de instelling van een schadebeoordelingscommissie, maar waarvan de reikwijdte weer is beperkt tot de gevolgen van de weigering van een vergunning of van de aan een vergunning verbonden voorschriften (art. 22-29 Monumentenwet 1988).

beroep

In al deze gevallen zijn besluiten over toepassing van de schadevergoedingsregeling (na de bezwaarschriftprocedure) vatbaar voor beroep bij de bestuursrechter. Meestal is dat de rechtbank (Sector

bestuursrecht), soms kan rechtstreeks bij de Afdeling bestuursrechtspraak beroep worden ingesteld (bijvoorbeeld art. 19, eerste lid, Natuurbeschermingswet).

Een van de meest bekende en meest toegepaste schaderegelingen is art. 49 WRO, waarin is bepaald dat:

‘aan een belanghebbende die tengevolge van de bepalingen van een bestemmingsplan of van andere aldaar genoemde besluiten, schade lijdt of zal lijden, welke redelijkerwijs niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en waarvan de vergoeding niet of niet voldoende is verzekerd door aankoop, onteigening of anderszins, door de gemeenteraad op zijn verzoek een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding wordt toegekend.’ (voor een uitvoeriger analyse van deze jurisprudentie zij verwezen naar het commentaar op art. 49 WRO in de uitgave ‘Ruimtelijk bestuursrecht’, Kluwer, Deventer).

De centrale voorvraag ter bepaling van de eventuele overheidsaansprakelijkheid is, of bij vergelijking van de oude en de nieuwe planologische rechtstoestand daaruit voor de belanghebbende een planologische verslechtering voortvloeit. Allereerst moet dus worden beoordeeld of verzoeker ten gevolge van een in art. 49 WRO genoemde maatregel in een planologisch nadeliger positie komt te verkeren, waardoor hij schade lijdt of zal lijden. Dit is de ‘schadevraag’. Ingeval van zo’n schade sprake is wordt vervolgens gekeken in hoeverre die schade redelijkerwijs ten laste van de benadeelde hoort te blijven; hierbij spelen met name voorzienbaarheid, het eigen risico en risico-aanvaarding een rol. Dit is de ‘aansprakelijkheidsvraag’. Notabene, volgens het wettelijk systeem wordt eerst de planologische maatregel genomen, om daarna de schadevergoeding te bezien. Uit een oogpunt van schaderisicomanagement verdient een schaderegeling vooraf dikwijls aanbeveling, dat wil zeggen het reeds bij de planontwikkeling inventariseren en ‘oplossen’ van mogelijke schade.

Ad. 2 - Het onzuiver schadebesluit

nadelige gevolgen

Naar huidig recht biedt art. 3:4, tweede lid Awb (evenredigheidsbeginsel, althans de *égalité devant les charges publiques* – zie § 5.2, Ad. 9) een basis voor nadeelcompensatie ingeval rechtmatig overheidsoptreden leidt tot schade welke redelijkerwijze niet ten laste van de betrokkene behoort te blijven. Uit het bepaalde in art. 3:4, tweede lid Awb, vloeit voort dat bij het nemen van een besluit moet worden afgewogen of dit geen onevenredige nadelige gevolgen heeft voor een of meer belanghebbenden. Wanneer een bestuursorgaan een nadeelveroorzakend besluit neemt en dit doet in het kader van een zekere beleidsvrijheid en voorts geen afzonderlijke schadevergoedingsregeling van toepassing is, dient zij uit te spreken of dit nadeel redelijkerwijze behoort te worden gecompenseerd, hetzij in geld hetzij anderszins dan wel of het besluit niet (in die vorm) behoort te worden genomen.

nadeelcompensatie, Bregstein-doctrine

Aan art. 3:4, lid 2 Awb ligt het leerstuk van de ‘nadeelcompensatie’, ook wel ‘bestuurscompensatie’ genoemd, ten grondslag. Men vindt er de zogenaamde ‘Bregstein-doctrine’ in terug. In de leer van Bregstein, die in de jurisprudentie navolging heeft gevonden, wordt een overheidsdaad onrechtmatig geacht als niet vooraf een schadevergoeding is aangeboden. Het aanbieden van schadevergoeding is een factor die mede bepalend is voor de vraag of een overheidsdaad rechtmatig is.

Een baanbrekende uitspraak in dit verband was die van de toenmalige Afdeling rechtspraak inzake de Paul Krugerbrug (ARRS 12 januari 1982, AB 1982, 299. Deze uitspraak werd gevolgd door nog twee op deze kwestie betrekking hebbende afdelingsuitspraken, namelijk van 22 november 1983, AB 1984, 154 en 155). Voor het vervangen van de opklapbare Paul Krugerbrug over de Merwede door een vaste brug had Rijkswaterstaat aan de gemeente Utrecht een vergunning verleend. Als gevolg daarvan werd de doorvaart van de Merwede voor schepen met een hogere aftuighoogte beperkt of zelfs onmogelijk. Een aantal langs de Merwede gelegen bedrijven, waaronder scheepswerf ‘de Liesbosch’ zou als gevolg van de verlening van de vergunning schade lijden. De Afdeling rechtspraak vond dat deze schade niet geacht kon worden te behoren tot het als normaal te beschouwen bedrijfsrisico. Rijkswaterstaat had aan de vergunning de voorwaarde verbonden dat de gemeente verplicht was om de door de bedrijven te lijden schade te vergoeden. De Afdeling rechtspraak oordeelde dat zij deze voorwaarde, waartegen de gemeente in beroep was gekomen, in het kader van haar belangenafweging terecht had gesteld.

Conclusie: het niet aanbieden van schadevergoeding aan een belanghebbende die door de gevolgen van een besluit schade lijdt of zal lijden ‘welke redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven’ kan ertoe leiden dat dit besluit in het daartegen ingestelde beroep wordt vernietigd wegens strijd met het ‘*égalité*’-beginsel (onder art. 3:4, tweede lid Awb). Criteria voor het bepalen van de evenredigheid voor de publiek last worden in de wet niet gegeven. Die moeten worden afgeleid uit de (omvangrijke)

bestuursschadejurisprudentie. In § 5.3 wordt het égalité-beginsel besproken als één van de Algemene verbintenisscheppende beginselen.

Ook het besluit op een verzoek om schadevergoeding dat niet de toepassing van een wettelijk geregelde schadevergoeding betreft, maar is gebaseerd op het evenredigheidsbeginsel, het zogenaamde 'zelfstandig of zuiver schadebesluit', hiervoor besproken (onder § 10.2.1, Ad. 2), is vatbaar voor beroep bij de bestuursrechter.

10.3 Burgerlijke rechter en schadevergoeding

Na de blik te hebben gericht op de positie van de bestuursrechter zullen we nu achtereenvolgens ingaan op de positie van de burgerlijke rechter bij schadevergoedingsclaims (§ 10.3.1) en vervolgens op de door de burgerlijke rechter aan te leggen criteria van de onrechtmatige overheidsdaad (§ 10.3.2).

10.3.1 De burgerlijke rechter als restrechter

restrechter

In het huidige stelsel is de burgerlijke rechter in de rechtsbescherming tegen de overheid een 'restrechter'. Uitgangspunt in de verdeling tussen administratieve rechter aan de ene kant en burgerlijke rechter aan de andere kant, is dat eerst moet worden onderzocht welke mogelijkheden de bestuursrechter biedt. Schieten deze mogelijkheden tekort, dan komt aanvullend de rol van de burgerlijke rechter als 'restrechter' in beeld.

niet-besluiten

Wij hebben eerder gezien, dat de toegang tot de bestuursrechter als hoofdregel is opgehangen aan het begrip besluit (zie § 9.2.1). Voor 'niet-besluiten' (rechtshandelingen naar burgerlijk recht, feitelijke handelingen) moet de weg naar de burgerlijke rechter worden bewandeld. Deze beoordeelt zowel de rechtmatigheid van de gedraging als ook de eventuele aansprakelijkheid.

Door de ontwikkeling van het hiervoor besproken 'zelfstandig schadebesluit' is de rol van de burgerlijke rechter als restrechter nog eens benadrukt. Als namelijk door de overheid onevenredige schade wordt veroorzaakt zonder dat daaraan een *besluit* ten grondslag ligt, kan bij het bevoegde bestuursorgaan een verzoek om toekenning van een schadevergoeding worden ingediend indien de schade is veroorzaakt binnen het kader van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid, in welke geval tegen het besluit op dat verzoek beroep kan worden ingesteld. Vanwege het formele connexiteitsvereiste zal in zo'n geval, dus bij afwezigheid van een appellabel schadeveroorzakend besluit, de vordering bij de burgerlijke rechter moeten worden ingesteld.

We gaan hier nog in op drie specifieke gevallen:

1. rechtshandelingen naar burgerlijk recht;
2. feitelijke handelingen;
3. uitgezonderde besluiten; en
4. de situatie waarin de bestuursrechter toch bevoegd is.

Ad. 1 - Rechtshandelingen naar burgerlijk recht

Een geschil over een overeenkomst met de overheid is een belangrijk voorbeeld van een rechtshandeling naar burgerlijk recht die aan de burgerlijke rechter dient te worden voorgelegd. Uit de niet-naleving van zo'n overeenkomst door het bestuur kan overheidsaansprakelijkheid voortvloeien. Die aansprakelijkheid kan zelfs al ontstaan door gedragingen in de fase voorgaand aan het sluiten van het contract (precontractuele aansprakelijkheid - zie hierover § 6.3.1).

Ad. 2 - Feitelijke handelingen

onrechtmatig feitelijk overheidshandelen

Bij de burgerlijke rechter kan vergoeding worden geclaimd van schade als gevolg van onrechtmatig feitelijk overheidshandelen of nalaten. Gaat het om een onrechtmatige feitelijke handeling als een losliggende stoeptegel waarover een oude dame (of gewoon een student) struikelt, dan zal de burgerlijke rechter daarover moeten oordelen. Deze kan vaststellen dat sprake is van een tot vergoeding van geleden schade noodzakende onrechtmatige handeling.

Met name in gevallen waarin schade niet is veroorzaakt in het kader van de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid en waarin derhalve ook het zelfstandig schadebesluit geen uitkomst

kan bieden, zal de schadevordering aan de burgerlijke rechter moeten worden voorgelegd. Deze categorie gevallen zal steeds kleiner worden. Vooral in het kader van 'wegbeheer', ten aanzien waarvan in art. 6:174 BW is bepaald dat bij openbare wegen de aansprakelijkheid rust op het overheidslichaam dat moet zorgen dat de weg in goede staat verkeert, wordt evenwel nog steeds een groot aantal civiele schadeclaims ingediend. Aandachttrekkend was Hoge Raad 20 maart 1992, Diemen/Rep-Tax (AB 1992, 406), waarbij het aanleggen en instandhouden van een bussluis onrechtmatig werd geoordeeld. De Hoge Raad heeft in dit arrest aansluiting gezocht bij zijn eerdere Ferwerderadeel-arrest van 9 januari 1942 (NJ 1942, 295), waaruit blijkt dat een gemeente niet de beleidsvrijheid heeft om een gemeentelijke weg zo slecht te onderhouden dat een verkeersdeelnemer op die weg verongelukt.

Ad. 3 - Uitgezonderde besluiten

beoordelen rechtmatigheid overheidsgedraging

In de Awb van beroep bij de bestuursrechter uitgezonderde besluiten (zoals algemeen verbindende voorschriften en beleidregels) moeten eveneens aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd (Zie eerder § 4.2.3). Ook in deze gevallen heeft de burgerlijke rechter tot taak om in de eerste plaats de rechtmatigheid van de overheidsgedraging te beoordelen en daarin zonedig tevens de vraag te betrekken of aanspraak bestaat op schadevergoeding (is sprake van een onrechtmatige daad?).

Ad. 4 - Bestuursrechter wel bevoegd

Als de bestuursrechter wel bevoegd is (zie de hiervoor beschreven mogelijkheden, inclusief de zuivere schadebesluiten) moet worden bezien in hoeverre aanvullend nog een taak overblijft voor de burgerlijke rechter. De beoordeling richt zich dan op de vraag of aansprakelijkheid naar burgerlijk recht bestaat, wegens onrechtmatige daad.

10.3.2 Overheidsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad

wettelijke grondslag

De wettelijke grondslag voor de civiele overheidsaansprakelijkheid ligt in art. 6:162 BW:

1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.
2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.
3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

Uit dit artikel vloeien toetsingscriteria voort die de rechter bij de beoordeling van een civiele schadevordering zal hanteren (en die ook in het publiekrechtelijke schaderecht een rol spelen), te weten:

1. onrechtmatigheid;
2. toerekenbaarheid;
3. schade;
4. causaal verband.

Wij bespreken deze achtereenvolgens beknopt.

Ad. 1 - Onrechtmatigheid

publiekrechtelijk onrechtmatig is civielrechtelijk onrechtmatig

In de eerste plaats zal de onrechtmatigheid van de overheidsdaad moeten worden vastgesteld. Het is mogelijk - bij een voorafgaand beroep tegen een besluit - dat dit reeds door de bestuursrechter is gedaan. Als deze een besluit heeft vernietigd aanvaardt de burgerlijke rechter de onrechtmatigheid, ook in civiele zin, als een gegeven.

beginsel van formele rechtskracht

In de verhouding tussen de civiele schadebeoordeling van een overheidsbesluit en de rechtsbeschermingsvoorzieningen daartegen speelt het beginsel van de 'formele rechtskracht' een belangrijke rol. In het algemeen zal de burgerlijke rechter zich onbevoegd verklaren indien tegen een overheidsbesluit een met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang heeft open gestaan. De rechtmatigheid van het overheidsbesluit wordt geacht een gegeven te zijn indien van deze rechtsgang geen gebruik is gemaakt dan wel indien het besluit door de bestuursrechter in stand is gelaten. Zelfs indien er zonder meer van mag worden uitgegaan dat het besluit in een beroep door de

bestuursrechter zou zijn vernietigd, bijvoorbeeld omdat hij dat in een soortgelijk geval eerder deed, maar er geen bestuursrechterlijke toetsing is uitgelokt, wordt formele rechtskracht aangenomen. De overheidsaansprakelijkheid ter zake van een onrechtmatig besluit en de betekenis daarin van het beginsel van de formele rechtskracht zijn in een stroomversnelling gekomen door het Sint-Oedenrode-arrest (HR 24 februari 1984, Bouwrecht 1984, p. 508, AB 1984, 399, NJ 1984, 669, Gemeentestem 1984, 6768, AB Klassiek, 14, p. 127). Ter zake van het gebruik van een bedrijfshal als cash-and-carrywinkel hadden burgemeester en wethouders een bestuursdwangaanschrijving uitgevaardigd, hoewel zij uit recente jurisprudentie hadden kunnen weten dat dit gebruik in dit geval niet kon worden verboden. De aanschrijving werd door de toenmalige Afdeling rechtspraak vernietigd, waarna de betrokken grootgrutter een civiele vordering ter zake van stagnatieschade instelde, die werd toegewezen.

Ad. 2 - Toerekenbaarheid

Uit art. 6:162 BW blijkt dat de onrechtmatige daad aan de dader moet kunnen worden toegerekend. Deze toerekenbaarheid kan ontstaan door eigen schuld, maar ook omdat iemand het risico moet dragen ('risico-aansprakelijkheid'). In de jurisprudentie is deze risico-aansprakelijkheid ten aanzien van overheidsbesluiten aangenomen door het enkele feit van vernietiging wegens strijd met de wet (HR 20 september 1986, Staat/Hofmann-La Roche, NJ 1987, 253, AB 1987, 253), of wegens strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur (HR 31 mei 1991, Van Gog/Nederweert, AB 1992, 290, Bouwrecht 1992, p. 43).

Ad. 3 - Schade

Een noodzakelijke voorwaarde is dat de geleden of te lijden schade voldoende duidelijk moet worden aangetoond.

Ad. 4 - Causaal verband

Ook het 'causaal verband' tussen de schade en het overheidshandelen moeten worden vastgesteld. Voorts is van belang dat de overtreden norm strekt tot bescherming van het geschonden belang, het zogenaamde relativiteitsvereiste ook wel 'Schutznorm-vereiste' genoemd.

10.4 Toename overheidsaansprakelijkheid

meer verzoeken om schade-vergoeding

In het voorafgaande is de rol van de bestuursrechter en die van de burgerlijke rechter in het bestuursrecht aan de orde gekomen. De groei van het bestuursrecht is samen gegaan met een toenemende overheidsaansprakelijkheid, zowel voor onrechtmatig als voor rechtmatig handelen. Het aantal schadeclaims wegens onrechtmatig handelen of nalaten is door verschillende oorzaken sterk gestegen. Als oorzaken worden wel genoemd de groei van de bevolking en de groei van de mobiliteit met als gevolg een intensiever ruimtebeslag en dus meer kans op schade als de overheid haar taken betreffende de zorg voor de fysieke leefomgeving niet goed uitvoert. Maar ook is sprake van een toenemend bewustzijn bij de burgers dat men de overheid daarvoor aansprakelijk kan stellen en schade kan claimen, bijvoorbeeld op grond van art. 6:162 BW wegens onrechtmatige overheidsdaad bij de burgerlijke rechter. Veelvuldig hebben deze civiele claims betrekking op schade door nalatigheid bij onderhoud en nalatigheid om veiligheidsvoorzieningen te treffen.

Ook het aantal claims op vergoeding van schade wegens rechtmatig overheidshandelen is sterk gestegen. Niet alleen omdat er steeds meer specifieke schadevergoedingsregelingen, zoals bijvoorbeeld voor de Betuweroute, in het leven worden geroepen, maar ook omdat de toerekening van schade aan de overheid steeds verder wordt ontwikkeld en verfijnd. Zo is bijvoorbeeld een uitgebreide jurisprudentie ontstaan over de toepassing van de schadevergoedingsregeling in art. 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening. De bekendheid die daaraan wordt gegeven draagt er weer toe bij dat deze jurisprudentie aanleiding geeft tot meer verzoeken om schadevergoeding.

aspecten risicobeheer

Tegen aansprakelijkheidsclaims wegens onrechtmatig overheidshandelen kunnen overheidsrechtspersonen zich verzekeren. De daarvoor te betalen premies zijn de afgelopen jaren fors gestegen als gevolg van de toeneming van het aantal claims en de omvang van te vergoeden schaden. Schade wegens rechtmatig overheidshandelen, zoals schade als gevolg van een door een belanghebbende ondervonden planologische verslechtering in het kader van nieuwe of veranderde

bestemmingsplannen, valt niet onder deze aansprakelijkheidsverzekering. Dekking van deze lasten moet op een andere wijze plaatsvinden.

Steeds meer is er aanleiding om een beleid te ontwikkelen om schade-aansprakelijkheid te voorkomen of te beperken of althans te beheersen: schaderisicomanagement. Bij schaderisicomanagement gaat het vooral om de beheersing van de mogelijkheden van aansprakelijkstelling, hetzij wegens onrechtmatig hetzij wegens rechtmatig handelen. In het proces van risicobeheer moet achtereenvolgens aandacht worden besteed aan:

1. risico-identificatie: door in zijn algemeenheid kennis te nemen van mogelijke schadevergoedingsverplichtingen die voortvloeien uit de jurisprudentie en door voor het concrete geval een schaderisico-analyse te verrichten;
2. risico-evaluatie: het verrichten van een bestuurlijke afweging van de te verwachten aansprakelijkheidsrisico's: hoe aanvaardbaar acht men de aansprakelijkheidsrisico's?;
3. risico-reductie: het treffen van maatregelen om schade te voorkomen of te beperken (aanpassingen van plannen, fasering van de uitvoering daarvan, en dergelijke);
4. risico-dekking: het dekken van schade-aansprakelijkheid kan plaatsvinden door fonds- of reservevorming, door overdracht of afwenteling van risico's en door het verzekeren daarvan.

DEEL IV

INTERNATIONALISERING VAN HET BESTUREN

11 **Beleid geïnternationaliseerd**

leerdoelen

De stof van dit laatste hoofdstuk is gericht op de verwerving van kennis van en inzicht in:

- de bronnen van het Europese recht;
- (het functioneren van) de instellingen van de EG;
- de belangrijkste beleidsinstrumenten van de EG;
- de doorwerking van Europees beleid in de lidstaten;
- de handhaving van EG-recht
- een voorbeeldcasus, te weten de Vogelrichtlijn.

Introductie: Europees recht en nationaal beleid

meer dan de EG

De dimensie van de internationalisering van het besturen omvat meer dan alleen het EG-recht. Binnen Europa heeft met name ook het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) grote invloed op het nationale bestuursrecht, denk maar aan art. 6 EVRM dat de toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige, bij wet ingestelde rechtsgang waarborgt (vergelijk de zaak Benthem, § 1.3.2, Ad. 4). Buiten het Europees recht is ook het volkenrecht van belang voor het nationale bestuursrecht, denk bijvoorbeeld aan het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR of BuPo) dat verschillende mensenrechten verankert en ook een zorgplicht van aangesloten staten voor deugdelijke rechtsbescherming bevat (zie art. 2, lid 3 IVBPR).

Vanwege het inleidend karakter van dit boek is er evenwel voor gekozen om de aandacht niet te spreiden over de vele verschillende onderwerpen van Internationaal publiekrecht, maar juist de aandacht toe te spitsen op enkele elementaire zaken betreffende de rechtsorde van de Europese gemeenschap, juist ook omdat deze zeer direct doorwerkt in het nationale bestuursrecht.

relatie met EG-recht

In hoofdstuk 1 werd gesteld dat de relatie tussen bestuursrecht en beleid tweezijdig is: het bestuursrecht verschaft instrumenten waarmee overheidsbeleid kan worden gevoerd, maar biedt tegelijkertijd waarborgen aan de burger door richtsnoeren voor en grenzen aan het beleid van de overheid te stellen. In dit hoofdstuk zal worden uiteengezet dat de waarborg- en instrumentele functie van het recht niet alleen tot uitdrukking komt in het nationale (bestuurs)recht, maar tevens - en in toenemende mate - in het recht van de Europese Gemeenschap (hierna ook wel: EG-recht).

Constanzo / gemeente Milaan

Een fraai voorbeeld van deze invloed van het Europees recht op het nationale en sub-nationale beleid is het conflict dat rees tussen de firma Fratelli Constanzo SpA (hierna: Constanzo) en de gemeente Milaan. Met het oog op het wereldkampioenschap voetbal dat in 1990 zou worden gehouden in Italië, besloot de gemeente Milaan in 1987 om voor meer dan 82 000 000 000 lire het daar gelegen G. Meazza stadion uit te breiden, te moderniseren en te overdekken. De gemeenteraad besloot om deze werken aan te besteden via een inschrijvingsprocedure, waarbij de opdrachten zouden worden verstrekt aan ondernemingen die de laagste prijs vroegen voor het uit te voeren werk. Hierbij werd echter één uitzondering gemaakt: inschrijvingen die meer dan tien procentpunten zouden liggen onder de gemiddelde prijs van alle ingediende inschrijvingen, zouden als 'abnormaal laag' worden beschouwd en worden uitgesloten van verdere deelname aan mededinging. Met deze uitzondering hield de gemeente Milaan zich aan de Italiaanse wet, die voorschreef dat dergelijke 'abnormaal lage' inschrijvingen automatisch buiten de procedure moesten worden gehouden.

De firma Constanzo werd op basis van het wettelijk voorgeschreven criterium automatisch uitgesloten van mogelijke opdrachten: de door Constanzo ingediende inschrijving was 'abnormaal goedkoop'. Tegen deze beslissing ging Constanzo in beroep bij de nationale rechter. Constanzo stelde met name dat de automatische uitsluiting in strijd is met de Europese Richtlijn betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (Richtlijn 71/305). In deze richtlijn staat vermeld dat een aanbestedende dienst die meent dat een bepaalde inschrijving 'abnormaal laag' is, de desbetreffende inschrijving onderzoekt en aan de inschrijver nadere motivering vraagt (artikel 29 lid 5 van de betreffende richtlijn). Dit alles had de gemeente Milaan achterwege gelaten. Milaan had Constanzo zonder nader onderzoek en overleg buiten de procedure gelaten en schond daarmee, aldus de gedupeerde firma, het Europees recht.

De gemeente Milaan verdedigde zich onder andere door te stellen dat zij, als lokaal bestuursorgaan, eenvoudigweg de nationale wetgeving had toe te passen. Hierbij beriep zij zich op de Italiaanse grondwet, die bepaalt dat nationale wetten dienen te worden toegepast zolang zij niet door het Constitutionele Hof (*Corte Costituzionale*) ongrondwettelijk zijn verklaard. Ook stelde de gemeente dat de uitvoerende macht ongeschikt is aan de wetgevende en dat zij daarom niets anders kon doen dan de Italiaanse wet toepassen en Constanzo buiten de procedure laten.

De Italiaanse rechter stelde hierop een aantal vragen aan het Europees Hof van Justitie betreffende de uitleg van het EG-recht (de 'prejudiciële vragen' waarover in § 11.5 nog wordt gesproken). De Italiaanse rechter vroeg met name:

1. of de Italiaanse wet verenigbaar is met de voorschriften uit de richtlijn;
2. of de nationale administratie verplicht is om nationale wetgeving buiten toepassing te laten wanneer deze in strijd is met bepalingen uit een richtlijn, die rechtstreeks rechten toekent aan particulieren.

Op 22 juni 1989 deed het Europees Hof van Justitie uitspraak in de zaak van Constanzo tegen de gemeente Milaan (Zaak 103/88, Jur (1989), 1839). Het stelde dat wetten waarin automatische uitsluiting wordt voorgeschreven, in strijd zijn met de Europese richtlijn 71/305. Bovendien stelde het Hof dat lagere overheden wel degelijk gehouden zijn om nationale wetgeving buiten toepassing te laten wanneer deze in strijd is met de direct werkende bepalingen van de genoemde richtlijn. Alle overheidsinstanties, dus ook gedecentraliseerde instanties zoals gemeenten of provincies, zijn verplicht om zich te houden aan de direct werkende bepalingen van richtlijn 71/305.

De uitspraak van het Europees Hof is interessant, omdat zij aantoont hoe diep en op welke wijzen het Europees recht is doorgedrongen in het nationale staats- en bestuursrecht. Hierbij zijn met name drie aspecten van belang:

1. In de eerste plaats geeft de uitspraak aan dat de nationale wetgever is gebonden aan de grenzen die het Europees recht stelt. Nationale wetten dienen in overeenstemming te zijn met het recht van de EG.
2. In de tweede plaats geeft de uitspraak aan dat de uitvoerende instanties in de Lid-Staten zijn gebonden aan het Europees recht. Deze instanties zijn gehouden om nationale wetgeving die in strijd is met direct werkende bepalingen van Europees recht, buiten toepassing te laten.
3. In de derde plaats geeft de uitspraak aan dat de nationale rechters verplicht zijn om rechtstreeks werkende bepalingen van Europees recht met voorrang op strijdige nationale regelingen toe te passen. Ook particulieren kunnen zich voor de rechter op deze rechtstreeks werkende bepalingen beroepen.

Europees recht in nationale rechtsorde

Het bovenstaande voorbeeld ondersteunt de stelling dat de waarborgen tegen, de grenzen aan en de richting van het overheidsbeleid in belangrijke mate worden bepaald door het Europees recht. Deze indringing van het Europees recht in de nationale rechtsorde doet zich bepaald niet alleen voor op het gebied van de openbare aanbestedingen. Ook op andere beleidsterreinen zijn de bevoegdheden geheel of gedeeltelijk onttrokken aan de nationale wetgevers en is regelgeving voorbehouden aan de Europese instellingen. Hierbij valt onder andere te denken aan beleid op het gebied van het milieu, de sociale politiek, de in- en uitvoerheffingen, de landbouw, de visserij, het vervoer of de steun aan nationale ondernemingen.

inzicht in recht EG

Met recht kan daarom worden gesteld dat het nationale beleid in de huidige tijd voor een belangrijk deel is geïnternationaliseerd of 'geëuropeiseerd'. Voor een goed begrip van het nationale bestuursrecht is een minimaal inzicht in het recht van de Europese Gemeenschap (en van de Europese Unie) dan ook onontbeerlijk. Aan het ontwikkelen van dit inzicht hopen de komende paragrafen een bijdrage te leveren. De wijze van behandeling volgt op hoofdlijnen de rode draad door het boek. Wij starten (in § 11.1) met een verkenning van het algemene kader, de grondslagen van het Europees recht, door de primaire bronnen daarvan te onderzoeken. Aansluitend bezien wij de actoren die als Europese beleidsvoerders kunnen worden aangeduid (§ 11.2). De instrumentele kant van het Europees recht komt in § 11.3 aan de orde. In § 11.4 komt de eigen positie van het Europees recht ter sprake. Handhaving en toetsing worden in § 11.5 behandeld. Wij sluiten af (in § 11.6) met de casus Vogelrichtlijn, als een illustratie van het praktische belang van het Europees recht voor de werking van ons nationale bestuursrecht.

11.1 Primaire bronnen van het Europees Recht: de oprichtings- en wijzigingsverdragen

In deze paragraaf zullen de primaire bronnen van het Europees recht worden besproken. In § 11.1.1 wordt ingegaan op de oprichtingsverdragen, in § 11.1.2 op de verschillende wijzigingsverdragen die zijn afgesloten en in § 11.1.3 op de doelstellingen van de EG.

11.1.1 Oprichtingsverdragen

De Europese gemeenschappen zoals wij die nu kennen, zijn opgericht bij de volgende verdragen:

- a. het Verdrag tot oprichting van de *Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal* (EGKS);
- b. het verdrag tot oprichting van een *Europese Economische Gemeenschap* (EEG);
- c. het verdrag tot oprichting van de *Europese Gemeenschap voor Atoomenergie* (Euratom).

Deze komen thans aan de orde.

Ad. A - Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) doorbraak in Europese integratie

Dit verdrag is op 18 april 1951 in Parijs ondertekend door de Benelux, de Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk en Italië. Ruim een jaar na ondertekening, op 23 juli 1952, is het in werking getreden. Het voorstel tot de oprichting van de EGKS werd gedaan door de Franse Minister van Buitenlandse Zaken, Robert Schuman. Hij presenteerde in 1950 een plan dat voorzag in de plaatsing van de gehele Frans/Duitse kolen- en staalproductie in een gemeenschappelijke pool. Deze pool zou moeten worden beheerd door een supranationale 'Hoge Autoriteit', die de bevoegdheid zou krijgen om beslissingen te nemen die bindend zijn voor zowel de Lid-Staten als voor hun onderdanen. Schuman benadrukte overigens dat toetreding tot de op te richten organisatie, hoewel deze voornamelijk was bedoeld om de Frans/Duitse betrekkingen te reguleren, ook open stond voor andere Europese landen die hiervoor belangstelling hadden. Bovendien liet Schuman er geen misverstand over bestaan dat het plan tot integratie van de kolen- en staalindustrie moest worden beschouwd als een eerste stap op weg naar een Europese federatie, ter waarborging van de vrede in Europa. Dit streven naar een federaal Europa is echter niet meer terug te vinden in de tekst van het EGKS-verdrag zelf. Het EGKS-verdrag is bescheidener van toon en spreekt van het streven naar 'een grotere en hechtere gemeenschap tussen volkeren' (preambule).

Deze bescheidener doelstelling neemt echter niet weg dat de EGKS kan worden beschouwd als een doorbraak in het proces van Europese integratie. De EGKS betekende een eerste stap in de verzoening tussen Frankrijk en Duitsland, terwijl de ervaringen die met deze organisatie werden opgedaan bovendien konden worden gebruikt voor de vormgeving van de andere gemeenschappen die in de jaren vijftig in Europa werden opgericht.

Ad. 2 - Verdrag tot oprichting van een Europese Economische Gemeenschap (EEG) Europese eenwording

Dit verdrag werd op 25 maart 1957 te Rome ondertekend en trad in werking op 1 januari 1958. Het verdrag werd ondertekend door de Benelux, de Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk en Italië. De EEG kwam tot stand in een periode waarin de vooruitzichten voor verdergaande Europese integratie niet rooskleurig waren. In 1954 werd een plan om te komen tot een Europese Defensie Gemeenschap (EDG) afgewezen door het Franse parlement. Door de afwijzing van het plan voor een gemeenschappelijke defensie, kwam ook het aan de EDG gekoppelde plan voor een Europese Politieke Gemeenschap op losse schroeven te staan. Mede naar aanleiding van het falen van de grootscheepse plannen voor een defensie- en een politieke gemeenschap heerste in Europa een pessimistische stemming ten aanzien van de toekomst van de Europese eenwording. Toch wordt in 1955, op initiatief van de Benelux, een Comité in het leven geroepen dat moet bezien of er mogelijkheden zijn voor een nadere Europese economische integratie. Dit Comité staat onder leiding van de Belgische minister van Buitenlandse Zaken, Paul Henry Spaak. Dit 'Spaak-Comité' gaat voortvarend aan de slag en presenteert in 1956 een rapport dat door de ministers wordt aanvaard als basis voor de onderhandelingen over het EEG-verdrag. Deze onderhandelingen monden minder dan een jaar later uit in de ondertekening van het verdrag ter oprichting van de meest succesvolle Europese gemeenschap tot nu toe: de EEG.

Ad. 3 - Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie (Euratom) ondergeschikte rol

Dit verdrag wordt in Rome tegelijk met het EEG-verdrag ondertekend en treedt eveneens op 1 januari 1958 in werking.

Met name Frankrijk stond integratie van de atoomenergie voor. Eén van de redenen hiervoor was dat de verwachtingen ten aanzien van atoomenergie in de jaren vijftig hoog gespannen waren: men verwachtte dat de traditionele energiebronnen spoedig uitgeput zouden raken en dacht in atoomenergie een bruikbare alternatieve energiebron te hebben gevonden. Minstens zo belangrijk was echter het politiek-strategische belang van Frankrijk. Met Euratom meende Frankrijk een extra mogelijkheid te hebben om het mogelijke Duitse gebruik van atoomenergie voor militaire doeleinden te controleren. In het verdere verloop van de Europese integratie heeft Euratom echter een ondergeschikte rol gespeeld.

11.1.2 Aanvullingen en wijzigingen

meerdere landen zijn toegetreden

De drie oprichtingsverdragen zijn in de loop van het integratieproces diverse malen aangevuld en gewijzigd. Zo zijn *toetredingsverdragen* gesloten met Denemarken, Groot-Brittannië en Ierland in 1972 (toegetreden in 1973), met Griekenland in 1979 (toegetreden in 1981), met Spanje en Portugal in 1985 (toegetreden in 1986) en met Finland, Oostenrijk en Zweden in 1994 (toegetreden in 1995).

Daarnaast zijn er enkele meer institutionele aanpassingen doorgevoerd, te weten:

1. de invoering gezamenlijke instellingen;
2. bij vaststelling van de Europese Akte;
3. bij vaststelling van het Verdrag van Maastricht;
4. bij vaststelling van het Verdrag van Amsterdam.

Ad. 1 - Gezamenlijke instellingen integratie

Een institutioneel belangrijke wijziging betrof de instellingen van de drie gemeenschappen. Door twee wijzigingsverdragen (in 1957 en in 1965) kennen de drie gemeenschappen 'gezamenlijke instellingen' die zijn belast met het voorbereiden, uitvaardigen, toepassen en controleren van regelgeving: de Raad van Ministers, de Commissie, het Europees Parlement, het Europees Hof van Justitie en de Rekenkamer (zie verder § 11.2). De integratie van instellingen betekent overigens nog niet dat de drie verdragen ook zélf geheel zijn geïntegreerd. Er bestaan nog steeds drie verdragen met ieder hun eigen specifieke inhoud, hun eigen bevoegdheidsverdeling tussen de instellingen en hun eigen vormen van rechtsbescherming.

Ad. 2 - Europese Akte wijzigingen aangebracht

Met de zogenoemde 'Europese Akte' is een aantal belangrijke wijzigingen in de oorspronkelijke verdragen aangebracht. De Europese Akte werd in 1986 gesloten tussen de Lid-Staten en trad op 1 juli 1987 in werking. In de Europese Akte werd vastgelegd dat de interne markt uiterlijk op 31 december 1992 voltooid moest zijn. Voorts werd een aantal nieuwe bevoegdheden toegekend aan de Gemeenschap en werd een aantal besluitvormingsprocedures vergemakkelijkt. Ten slotte kwamen de Lid-Staten in de Europese Akte overeen om een orgaan op te richten ter coördinatie van de politieke samenwerking.

Ad. 3 - Verdrag van Maastricht: Europese Unie overkoepelende structuur

Het op 7 februari 1992 gesloten verdrag van Maastricht (het verdrag betreffende de Europese Unie) bracht opnieuw enkele wijzigingen. Een relatief kleine verandering betrof de nieuwe naam die werd gegeven aan de EEG. Omdat de activiteiten van de EEG zich reeds lang niet meer beperkten tot het terrein van de economie (de EEG bemoeide zich met landbouw, gelijke behandeling, milieu etc.), zal deze gemeenschap in de toekomst kortweg worden aangeduid als de *Europese Gemeenschap* (hierna: EG). Belangrijker is echter de onderbrenging van de drie bestaande gemeenschappen in de overkoepelende structuur van de *Europese Unie*. Deze Europese Unie is opgericht bij art. A van het verdrag van Maastricht en bestaat uit drie pijlers:

- eerste pijler: de traditionele gemeenschappen (EGKS, EG en Euratom)
- tweede pijler: het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid (GBVB).
- derde pijler: de samenwerking op het gebied van justitie en binnenlandse zaken (SJB).

Een van de belangrijke verschillen tussen de eerste pijler en de twee overige pijlers betreft de rol van het Europees Hof en de rol van het Europees Parlement. Deze hebben in de tweede en derde pijler een aanzienlijk geringere bevoegdheid dan in de eerste pijler. Artikel L van het Verdrag van Maastricht sluit een automatische rechtsmacht van het Europees Hof van Justitie in de tweede en derde pijler uit.

Bovendien heeft het Parlement krachtens de artikelen J.7 en K.6 slechts het recht om aanbevelingen aan de Raad te doen en het recht om 'geraadpleegd' te worden door het Voorzitterschap van de Raad en de Commissie (voor de taken en bevoegdheden van de instellingen zie verder § 11.2).

Ad. 4 - Het Verdrag van Amsterdam

Eén van de doelstellingen van de onderhandelingen over het Verdrag van Amsterdam was te komen tot institutionele herzieningen van de Europese Unie. Met het oog op de (zeer waarschijnlijke) toetreding van vele nieuwe lidstaten zou de opbouw van de Commissie en het Parlement moeten worden aangepast, terwijl tevens de mogelijkheid van besluitvorming met meerderheid van stemmen in de Raad van Ministers zou moeten worden uitgebreid. Veel van de gewenste institutionele herzieningen zijn niet in het Verdrag van Amsterdam terug te vinden. Dit betekent echter niet dat het Verdrag van Amsterdam moet worden beschouwd als een totale mislukking of dat het een onbelangrijk verdrag zou zijn. In het Verdrag van Amsterdam is een aantal zaken opgenomen dat van groot belang is voor het proces van Europese integratie. In de eerste plaats zijn de bevoegdheden van het Europees Parlement versterkt. Het Parlement kan nu in veel gevallen optreden als medewetgever van de Gemeenschappen. In de tweede plaats is besloten enkele onderdelen van de derde pijler onder te brengen bij de eerste pijler, onder een nieuw gecreëerde titel 'Vrij verkeer van personen, asiel en immigratie'. (Tevens wordt bij het Verdrag van Amsterdam het hier niet behandelde 'Schengen acquis' ondergebracht in de structuur van de Unie.) Een overplaatsing van onderdelen uit de derde naar de eerste pijler heeft, zoals hiervoor is uiteengezet, belangrijke gevolgen voor de bevoegdheden van de verschillende instellingen. In de derde plaats zijn in het Verdrag van Amsterdam enkele bepalingen opgenomen over 'nauwere samenwerking' van lidstaten en over 'flexibiliteit'. Deze bepalingen maken het onder strikte voorwaarden mogelijk dat een groep lidstaten (dus niet alle lidstaten) tot nauwere samenwerking op een bepaald terrein komt. Ook maken deze bepalingen het mogelijk dat een lidstaat zich onttrekt aan regelgeving die door de andere lidstaten wel wordt aanvaard. Het verschijnsel van flexibiliteit is overigens niet geheel nieuw: reeds bij het sociaal beleid, het monetair beleid en bij de immigratie bestonden verschillen tussen de verschillende lidstaten. Bij het Verdrag van Amsterdam is echter de mogelijkheid tot flexibiliteit tot een algemene regeling gemaakt.

11.1.3 EG als focus; de doelstellingen

recht van de EG

In het vervolg van dit hoofdstuk zal de aandacht worden beperkt tot het 'recht van de Europese Gemeenschap'. Dit betekent dat de tweede en de derde pijler van de EU, alsmede het recht van de EGKS en Euratom buiten beschouwing zullen blijven. De reden voor deze beperking is dat voor het nationale bestuursrecht en het nationale beleid met name die regels relevant zijn die direct of indirect (via regelgeving van de instellingen) voortvloeien uit het EG-verdrag. Het is de Europese Gemeenschap die, meer dan welke internationale organisatie tot nu toe, van invloed is geweest op de instrumenten die kunnen worden ingezet ter uitvoering van het nationale en subnationale beleid en het is de Europese Gemeenschap die op vele terreinen juridische waarborgen heeft geschapen waarop particulieren zich kunnen beroepen.

drie wegen om doelstelling te bereiken

De doelstellingen van de EG staan vermeld in art. 2 van het EG-verdrag (vergelijk art. 2 EU-verdrag). Kort samengevat komen deze doelstellingen neer op het bevorderen van de economische groei met inachtneming van het milieu, het bevorderen van de werkgelegenheid en de sociale bescherming in de Lid-Staten en, ten slotte, het bevorderen van de economische en sociale samenhang alsmede de solidariteit tussen de Lid-Staten. Deze doelstellingen tracht de EG te bereiken langs de volgende drie wegen:

1. De instelling van een 'gemeenschappelijke markt'. Binnen deze Europese markt dient een vrij verkeer van goederen te zijn gerealiseerd (en dienen derhalve invoerheffingen en alle andere handelsbelemmeringen tussen de Lid-Staten onderling te worden afgeschaft). De gemeenschappelijke markt houdt voorts een vrij verkeer van personen, kapitaal en diensten in. Ten slotte wordt binnen de gemeenschappelijke markt concurrentievervalsing tegengegaan door het verbod op bepaalde kartels en bepaalde steunmaatregelen van overheidswege. (Overigens zij opgemerkt dat de sectoren landbouw, visserij en vervoer buiten de gemeenschappelijke markt zijn gehouden. Voor deze sectoren formuleert de Gemeenschap een eigen beleid.)
2. Het instellen van een 'economische en monetaire unie' (EMU). Eén van de gedachten achter de EMU is dat een gemeenschappelijke markt niet goed kan functioneren zonder een afstemming van het economisch en monetair beleid van de Lid-Staten. Bij het Verdrag van Maastricht (het Unie-verdrag)

is daarom besloten om in het EG-verdrag op te nemen dat tegen het einde van deze eeuw de EMU moet zijn gerealiseerd, waarbij de valuta van de diverse Lid-Staten moeten worden vervangen door één gemeenschappelijke, Europese munt.

3. Het voeren van 'gemeenschappelijk beleid' op diverse terreinen. Van oudsher voerde de Gemeenschap al beleid op het terrein van de landbouw, de visserij en het vervoer. Ook op het terrein van de gelijkberechtiging van mannen en vrouwen, het (beroeps)onderwijs en de associatie met derde landen was de Gemeenschap taken toebedeeld. De terreinen waarop de Gemeenschap beleid voert, zijn in de loop der tijd alleen maar verder toegenomen. Zoals hierboven reeds werd opgemerkt, was het brede terrein waarop de oude EEG haar activiteiten ontplooiden reden om in het Unie-verdrag de kwalificatie 'economische' uit de benaming van deze gemeenschap te schrappen.

11.2 De beleidvoerders: instellingen van de EG

In hoofdstuk drie van dit boek zijn de nationale beleidvoerders aan de orde gekomen. Daar werden openbare lichamen als de Staat, de provincies, de gemeenten en de waterschappen ten tonele gevoerd. Van deze openbare lichamen maken bestuursorganen deel uit - zoals de ministers, of de colleges van B en W - die elk verantwoordelijk zijn voor een deel van de bestuurlijke taken.

uitvoering Europees beleid

Al deze nationale bestuursorganen spelen tevens een belangrijke rol in de uitvoering van Europees beleid. De EG kent slechts een beperkt ambtelijk apparaat en is voor de effectieve uitvoering van haar beleid afhankelijk van de medewerking van de staatsorganen van de Lid-Staten. Zo dragen vele richtlijnen van de EG de Lid-Staten op om bepaalde regelgeving tot stand te brengen, bij voorbeeld op het terrein van de openbare aanbestedingen (de in de Introductie genoemde richtlijn 71/305). Bovendien zijn hogere en lagere staatsorganen gehouden om het EG-recht te eerbiedigen en zo nodig met voorrang boven nationaal recht toe te passen (zie reeds de Introductie). Dit alles betekent dat de Nederlandse gedecentraliseerde eenheidsstaat door het proces van Europese integratie fundamenteel van karakter is veranderd. Er is als het ware boven de nationale bestuurslaag een vierde (of wellicht beter: een eerste) Europese bestuurslaag ontstaan, met haar eigen organen en instellingen; de internationale dimensie van het bestuursrecht is definitief een feit.

Hierna zal aan de orde komen welke verschillende instellingen binnen deze Europese bestuurslaag kunnen worden onderscheiden: wie is op communautair niveau bevoegd tot het uitvaardigen en het controleren van beleid en wie is gemachtigd om toe te zien of de Lid-Staten zich voldoende gedragen overeenkomstig het geformuleerde Europese beleid?

De verschillende instellingen van de EG staan opgesomd in art. 7 van het EG-verdrag. Hier zal aandacht worden besteed aan achtereenvolgens:

1. De Raad van de Europese Unie
2. De Commissie
3. Het Parlement
4. Het Hof

Ad. 1 - De Raad van de Europese Unie samenstelling

De Raad van de Europese Unie (hierna: de Raad) bestaat uit 'een vertegenwoordiger van elke Lid-Staat op ministerieel niveau die gemachtigd is om de regering van de Lid-Staat die hij vertegenwoordigt, te binden' (art. 203 EG-verdrag). De Raad is derhalve samengesteld uit ministers en staatssecretarissen die nadrukkelijk optreden als vertegenwoordigers van de nationale regering (en het nationale belang). Overigens kan de term 'de Raad' aanleiding geven tot misverstanden. Het zou de suggestie kunnen wekken alsof er feitelijk slechts één Raad is met telkens dezelfde vertegenwoordigers van de regeringen van de Lid-Staten. Dit laatste is echter niet het geval. De feitelijke samenstelling van de Raad varieert al naar gelang het onderwerp dat op de agenda staat. Er zijn verschillende 'vakraden', zoals de Milieu Raad of de Sociale Raad, waarin telkens andere vakministers uit de Lid-Staten zitting hebben.

werkteerterrein

De belangrijkste taken van de Raad staan vermeld in art. 202 van het EG-verdrag. Volgens dit artikel heeft de Raad ter bereiking van de doelstellingen van het verdrag de taak om:

- zijn beslissingsbevoegdheid uit te oefenen;

- zorg te dragen voor de coördinatie van het algemeen economisch beleid van de Lid-Staten;
- de Commissie de bevoegdheden te verlenen die nodig zijn voor de uitvoering van de regels die door de Raad zijn opgesteld.

bevoegdheden

De beslissingsbevoegdheid van de Raad op specifieke beleidsterreinen is nader geregeld in diverse afzonderlijke artikelen in het verdrag. Hierbij wordt traditioneel een onderscheid gemaakt tussen drie typen bevoegdheden van de Raad:

1. De *wetgevende* bevoegdheid. De Raad is het belangrijkste wetgevende orgaan van de EG, dat bevoegd is om maatregelen te treffen die bindend zijn voor de Lid-Staten en hun onderdanen.
2. De *verdragsluitende* bevoegdheid. Internationale verdragen tussen de Gemeenschap en derde landen, of tussen de Gemeenschap en internationale organisaties, worden gesloten door de Raad (art. 300, tweede lid, EG-verdrag).
3. Een *budgettaire* bevoegdheid. De Raad heeft een belangrijke bevoegdheid met betrekking tot de vaststelling van de verplichte uitgaven (bijvoorbeeld op het gebied van de landbouw).

De Raad wordt in zijn werkzaamheden ondersteund door het Comité van Permanente Vertegenwoordigers. Dit comité bestaat uit de ambassadeurs van de Lid-Staten bij de Gemeenschappen en heeft tot taak de werkzaamheden van de Raad voor te bereiden en de door de Raad verstrekte opdrachten uit te voeren (art. 207 EG-verdrag).

Ad. 2 - De Commissie gekozen commissieleden

De Europese Commissie bestaat, anders dan de Raad van de Europese Unie, officieel niet uit vertegenwoordigers van de Lid-Staten. Volgens art. 213 bestaat de Commissie uit leden 'die worden gekozen op hun algemene bekwaamheid en die alle waarborgen voor onafhankelijkheid bieden'. De leden van de Commissie zijn derhalve formeel onafhankelijk van hun Lid-Staat. Toch wordt er wel op toegezien dat van alle Lid-Staten ten minste één onderdaan zitting heeft in de Commissie. Art. 213 schrijft voor dat in de Commissie ten minste één en hoogstens twee onderdanen van iedere Lid-Staat zitting kunnen hebben.

De Europese Commissie heeft de volgende taken en rechten (zie art. 211 en 230):

1. Het recht van *initiatief*. De Raad - het hoogste wetgevende orgaan van de EG - kan in beginsel geen besluit nemen dat niet eerst door de Commissie is ingediend. Het recht van initiatief van de Commissie is bovendien in beginsel exclusief: de Commissie is de enige instantie die een voorstel tot regelgeving kan doen.
2. Het *toezicht* houden op de toepassing van de verdragen en van de handelingen van de instellingen. De Commissie controleert of Lid-Staten zich houden aan de verplichtingen die voortvloeien uit het verdrag zelf, of uit regels die zijn opgesteld door de instellingen van de EG (meestal de Raad). Wanneer de Commissie dat nodig acht, kan zij een Lid-Staat voor het Europees Hof van Justitie dagen (zie hiervoor nader § 11.6). Tevens ziet de Commissie toe op het naleven van Europeesrechtelijke verplichtingen door ondernemingen, waarbij zij met name in het kartelrecht belangrijke taken en bevoegdheden heeft.
3. *Beslissingsbevoegdheid*. De Commissie bezit ook enige bevoegdheden tot het stellen van regels. De belangrijkste hiervan zijn door de Raad gedelegeerd aan de Commissie. Deze gedelegeerde bevoegdheden spelen met name een grote rol op het gebied van de landbouw.
4. *Externe* bevoegdheden. De Commissie onderhandelt over internationale verdragen die de Gemeenschap sluit met derde landen of met internationale organisaties (art. 230).

Ad. 3 - Het Parlement vast aantal zetels per Lid-Staat

Het Europees Parlement vertegenwoordigt de 'volkeren van de staten die in de Gemeenschap zijn verenigd' (art. 189 EG-verdrag). Om aan de vertegenwoordiging van deze volkeren inhoud te geven, worden de leden van het Parlement gekozen via een variant op het districtenstelsel: voor iedere Lid-Staat is een vast aantal zetels in het Parlement gereserveerd. Tot 1979 werden de vertegenwoordigers zelfs aangewezen door en gekozen uit de nationale parlementen. Deze situatie veranderde echter toen Frankrijk haar verzet tegen een direct gekozen Europees Parlement opgaf. Het huidige Parlement is rechtstreeks gekozen door de kiesgerechtigden van de Lid-Staten.

bevoegdheden

Het Parlement beschikt over een aantal belangrijke bevoegdheden (Niet opgenomen zijn: het enquêterecht van het Parlement, het recht verzoekschriften in ontvangst te nemen, het recht om goedkeuring te geven voor de toetreding van nieuwe Lid-Staten en de bevoegdheid tot het instellen van een ombudsman.):

1. *Medewetgeving*. In bepaalde gevallen dient het Parlement te worden ingeschakeld bij het nemen van een besluit. Met name bij de Europese Akte, het Verdrag van Maastricht en het Verdrag van Amsterdam zijn de medewetgevende bevoegdheden van het Parlement uitgebreid. Ook deze uitbreidingen kunnen echter niet wegnemen dat de invloed van het Parlement op de communautaire besluitvorming relatief gering is te noemen is.
2. *Controle op de Commissie en haar beleid*:
 - Het Europees Parlement heeft 'goedkeuringsbevoegdheden' ten aanzien van de benoeming van de Commissie. Hierbij dient te worden aangetekend dat het Parlement niet over de bevoegdheid beschikt om over de benoeming van *individuele* leden van de Commissie te oordelen; slechts de benoeming van de Commissie *als college* wordt ter goedkeuring aan het Parlement voorgelegd (art. 214).
 - Behalve de goedkeuringsbevoegdheid heeft het Parlement ook nog de mogelijkheid om het beleid van de Commissie te veroordelen in een 'motie van afkeuring'. Als een dergelijke motie met tweederde van het aantal stemmen en tevens bij meerderheid van het aantal leden wordt aangenomen, dient de Commissie als geheel af te treden (art. 201).
 - Voorts heeft het Parlement het recht om *vragen* aan de Commissie te stellen, die verplicht is deze te beantwoorden.
 - Tenslotte is het Parlement bevoegd om de Commissie te *verzoeken* om aan de Raad *voorstellingen* te doen tot *regelgeving* (art. 192).
3. *Goedkeuring van de begroting*. Het Parlement is bevoegd om de door de Raad opgestelde begroting 'om gewichtige redenen' *in zijn geheel* te verwerpen. Tevens kent het Parlement ten aanzien van een beperkt aantal uitgaven het recht van amendement.

Ad. 4 - Het Europees Hof van Justitie

Het Hof van Justitie, aldus art. 220 EG-verdrag, 'verzekert de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van dit verdrag'. Deze verzekering van de eerbiediging van het recht geschiedt door twee organen:

- het oorspronkelijke Europees Hof van Justitie;
- het in 1988 gecreëerde Gerecht van eerste aanleg, dat in het leven is geroepen om de werkdruk van het Europees Hof te verminderen.

In deze paragraaf zal de aandacht beperkt blijven tot het Hof van Justitie.
bevoegdheden

De twee belangrijkste bevoegdheden waarover het Hof beschikt, zijn de volgende:

1. *Berechting van geschillen*. Het Hof is bevoegd om als geschillenbeslechter op te treden in zaken tussen:
 - de Commissie aan de ene kant en Lid-Staten aan de andere kant, en tussen Lid-Staten onderling (betreffende de naleving van gemeenschapsrechtelijke verplichtingen) (zie ook art. 182 waarin het Hof kan beslissen krachtens een compromis dat wordt voorgelegd.);
 - particulieren of Lid-Staten enerzijds en de instellingen van de EG anderzijds (betreffende de verenigbaarheid van gemeenschapshandelingen met de verdragen);
 - instellingen van de EG onderling (betreffende de bevoegdheidsverdeling of over de verenigbaarheid van gemeenschapshandelingen met de verdragen).
2. *Het geven van 'prejudiciële beslissingen'*. Veelal zien nationale rechters zich in geschillen tussen particulieren onderling, of in geschillen tussen particulieren en Lid-Staten, geplaatst voor vragen betreffende de uitleg van het gemeenschapsrecht. Wanneer zich een dergelijk geval voordoet, kan de nationale rechter het Europees Hof van Justitie om een bindende uitleg van het gemeenschapsrecht vragen. Iedere nationale rechter is bevoegd tot het vragen van een dergelijke prejudiciële beslissing. De rechterlijke instanties tegen wier beslissingen volgens het nationaal recht geen beroep meer mogelijk is, zijn zelfs *verplicht* om in aangewezen gevallen het Europees Hof om een bindende uitleg van het gemeenschapsrecht te vragen. Door middel van de prejudiciële beslissingen wordt het gemeenschapsrecht op uniforme wijze geïnterpreteerd en toegepast.

Op zowel de bevoegdheid tot het beslechten van geschillen als op de bevoegdheid tot het geven van prejudiciële beslissingen zal worden teruggekomen in § 11.5.

11.3 Beleidsinstrumenten

Zoals op het nationale niveau iedere bevoegdheid van het bestuur een wettelijke grondslag heeft, zo heeft ieder optreden van gemeenschapsinstellingen een basis in de hier boven besproken verdragen. Op diverse plaatsen in het EG-verdrag staat dan ook vermeld voor welke doeleinden en via welke procedure de instellingen van de gemeenschap bepaalde rechtsinstrumenten kunnen inzetten. In art. 249 EG wordt vervolgens vermeld welke *typen* rechtsinstrumenten de instellingen ter beschikking staan.

De drie belangrijkste rechtsinstrumenten die het Parlement, de Raad en de Commissie voor de vervulling van de hen opgedragen taken kunnen gebruiken, zijn de volgende:

1. verordeningen
2. richtlijnen
3. beschikkingen.

Ad. 1 - Verordeningen

algemene strekking

Een verordening wordt in art. 249 als volgt omschreven:

'Een verordening heeft een algemene strekking. Zij is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke Lid-Staat'.

Verordeningen kunnen worden beschouwd als wettelijke regelingen van de EG: het zijn voorschriften met een *algemene strekking*, die *direct verbindend* zijn voor een ieder tot wie zij zijn gericht (dit kunnen zowel de Lid-Staten zijn als de onderdanen van de Lid-Staten). Het is de Lid-Staten in beginsel zelfs verboden om via nationale wetgeving verordeningen om te zetten in nationaal recht. Deze omzetting van verordeningen zou hun rechtskarakter in gevaar brengen (rechtstreeks toepasselijk en verbindend in al haar onderdelen) en de eenvoudige toepassing van EG-recht in de weg staan (zie de Zaak 34/75 Variola, Jur. (1973), 981).

Ad. 2 - Richtlijnen

bindende instructies

Richtlijnen kunnen worden begrepen als 'bindende instructies van de EG aan de Lid-Staten om hun nationale recht aan te passen' (zie Barents & Brinkhorts (1994), 150). Art. 249 van het EG-verdrag omschrijft richtlijnen als volgt:

'Een richtlijn is verbindend voor het te bereiken resultaat voor elke Lid-Staat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen'.

Richtlijnen verplichten staten derhalve om een bepaald resultaat te bereiken. Zij laten het echter aan de Lid-Staten over om te bepalen *hoe* zij dit resultaat bereiken (de keuze van de vorm en middelen). Waar het staten bij verordeningen derhalve verboden is om nationale wetgeving uit te vaardigen op het betrokken terrein, zijn staten bij richtlijnen juist verplicht om via nationale regelgeving het in de richtlijn voorgeschreven resultaat zeker te stellen.

keuzevorm beperken

Overigens is de vrijheid die staten in de praktijk genieten bij hun keuze van de vorm en middelen ter bereiking van het in de richtlijn uiteengezette doel beperkter dan de formulering van art. 249 doet vermoeden. Veel richtlijnen bevatten gedetailleerde bepalingen die nauwkeurig voorschrijven welke regels staten dienen uit te vaardigen ter uitvoering van de richtlijn. Bovendien heeft het Europees Hof van Justitie nadere eisen gesteld aan de uitvoering van richtlijnen en in bepaalde gevallen geoordeeld dat particulieren rechtstreeks rechten aan een richtlijn kunnen ontleen (zie hiervoor nader § 11.6). Het verschil tussen verordeningen en richtlijnen wordt daardoor gerelativeerd.

Ad. 3 - Beschikkingen

gericht op individueel geval

Beschikkingen worden door art. 249 als volgt aangeduid:

'Een beschikking is verbindend in al haar onderdelen voor degenen tot wie zij uitdrukkelijk is gericht'.

Beschikkingen komen met verordeningen overeen in die zin, dat zij verbindend zijn in al hun onderdelen. Anders dan verordeningen zijn beschikkingen echter geen Europese wetten, die algemene regels stellen. Beschikkingen kunnen worden opgevat als rechtshandelingen waarin een algemene regel wordt

toegepast op een individueel geval. Daarbij kan de beschikking zowel zijn gericht tegen een particulier (bijv. een onderneming die een boete krijgt opgelegd wegens schending van het kartelrecht) als tegen een Lid-Staat (bijv. een staat die een verbod van een bepaalde steunmaatregel krijgt opgelegd).

11.4 **Beleid tussen Europees recht en nationaal recht**

strijdige rechtsregels

De verordeningen, beschikkingen en richtlijnen die de Europese instellingen uitvaardigen, kunnen op gespannen voet komen te staan met nationale bepalingen op eenzelfde terrein. Wanneer zich zo'n geval van strijdige rechtsregels voordoet, kan de vraag rijzen welke bepalingen overheidsambten moeten toepassen en welke rechten particulieren toekomen. Hierbij gaat het met name om twee belangrijke vragen:

1. Bevatten de bepalingen van EG-recht (dus inclusief de verdragsbepalingen zelf) rechten die particulieren voor de rechter kunnen invoeren?
2. Hebben deze aan particulieren toegekende rechten voorrang boven strijdig nationaal recht?

In de volgende sub-paragrafen zal eerst worden ingegaan op het traditionele onderscheid tussen monisme en dualisme; de twee traditionele theorieën of methoden waarmee een antwoord kan worden geformuleerd op de bovenstaande vragen (11.4.1). Vervolgens zal worden ingegaan op de manier waarop het Europees Hof van Justitie de bovenstaande vragen heeft beantwoord (11.4.2).

11.4.1 **Monisme en dualisme**

verschillende sferen of eenheid

In het internationaal recht wordt traditioneel een onderscheid gemaakt tussen een dualistische en een monistische benadering van de hierboven gesignaleerde problemen. Volgens het 'dualisme' is het noodzakelijk dat een regel van internationaal recht eerst wordt 'omgezet' in nationaal recht voordat de nationale rechter deze kan toepassen. De idee achter het dualisme is dat nationaal recht en internationaal recht twee gescheiden sferen zijn, waarbij de nationale rechter is gehouden zich te beperken tot toepassing van regelgeving die tot de nationale rechtsorde behoort.

Het 'monisme' daarentegen gaat uit van de eenheid van nationaal en internationaal recht. Volgens de monistische benadering kunnen internationale verdragen rechtstreeks rechten en plichten voor particulieren in het leven roepen, zonder dat daarvoor altijd een omzetting in nationaal recht noodzakelijk is. Bovendien wordt in de monistische benadering veelal uitgegaan van de voorrang van internationale bepalingen boven nationaal recht.

Een voorbeeld van deze monistische benadering is te vinden in de artikelen 93 en 94 van de Nederlandse *Grondwet*. (Hierbij dient te worden opgemerkt dat het Nederlandse stelsel traditioneel wordt aangeduid als gematigd monistisch. De directe werking en voorrang die wordt toegekend aan internationaal-rechtelijke bepalingen heeft namelijk geen toepassing op internationaal gewoonte-recht.) Hierin staat vermeld dat bepalingen van verdragen en van besluiten van internationale organisaties een ieder kunnen verbinden zonder tussenkomst van de nationale wetgever en dat deze bepalingen bovendien met voorrang boven strijdig nationaal recht dienen te worden toegepast:

'Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt (art. 93 Gw).'

'Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties (art. 94 Gw).'

11.4.2 **Eigen positie Europees recht**

soort grondwet irrelevant

Op grond van het bovenstaande zou men verwachten dat Europees recht in Nederland verbindend is en voorrang heeft krachtens de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Het Europees Hof van Justitie is echter een andere mening toegedaan. Het bijzondere van het Gemeenschapsrecht, aldus het Europees Hof van Justitie, is dat de mogelijkheid van directe toepassing door de nationale rechter en de voorrang op nationaal recht niet voortvloeien uit bepalingen in nationale constituties, *maar uit het gemeenschapsrecht zelf*. Hiermee onderscheidt het EG-verdrag (en het EGKS en Euratom-verdrag) zich van traditionele internationale verdragen, die voor hun directe toepassing en hun voorrang wél afhankelijk zijn van de

bepalingen in nationale constituties. Voor de directe toepassing en de voorrang van het gemeenschapsrecht is het irrelevant of een bepaalde staat een monistische of een dualistische grondwet heeft: het gemeenschapsrecht regelt zijn eigen toepasselijkheid en voorrang. Dit baanbrekende leerstuk werd door het Hof ontwikkeld in enkele beroemd geworden arresten uit de beginperiode van de EEG:

1. Van Gend & Loos (Zaak 26/62 Jur (1963), 3),
2. Costa-ENEL (Zaak 9/64 Jur (1964), 1199).

Ad. 1 - Het arrest Van Gend & Loos (1963)

jurisprudentie

De firma Van Gend & Loos voert in Nederland een stof in, genaamd 'ureumformadehyde'. Deze stof werd op 1 januari 1958, de datum waarop het EEG-verdrag inwerking trad, belast met een invoertarief van 3% van de waarde. Naar aanleiding van een verdrag met België en Luxemburg werd dit tarief echter op 1 maart 1960, ruim twee jaar na de inwerkingtreding van het EEG-verdrag, verhoogd tot 8%. Volgens van Gend & Loos is deze verhoging in strijd met het toenmalige art. 12 (nu: artikel 25) van het - toenmalige - EEG-verdrag, waarin staat voorgescreven dat de Lid-Staten zich onthouden van de invoering van nieuwe of de verhoging van bestaande in- en uitvoerrechten.

De claim van van Gend en Loos geeft aanleiding tot een belangrijke rechtsvraag: kan een particulier aan het tot staten gerichte verbod uit art. 12 (nu: artikel 25) onmiddellijk rechten ontfenen die door de nationale rechter moeten worden beschermd?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden dient, zo stelt het Europees Hof van Justitie, te worden gelet op de *geest, de inhoud en de bewoordingen* van de bepalingen van het EEG-verdrag. Ten aanzien van de geest van het verdrag merkt het Hof op dat het EEG-verdrag een:

'nieuwe rechtsorde vormt ten bate waarvan staten [...] hun soevereiniteit hebben begrensd en waarbinnen niet slechts deze Lid-Staten, maar ook hun onderdanen gerechtigd zijn.'

Uit het feit dat de EEG een nieuwe rechtsorde vormt die de soevereiniteit van staten heeft beperkt, leidt het Hof af dat het gemeenschapsrecht, onafhankelijk van nationale wetgeving, rechten en plichten kan scheppen die particulieren voor de rechter kunnen inroepen. Hiermee stelt het Europees Hof derhalve dat het traditionele debat omtrent monisme of dualisme voor het Gemeenschapsrecht irrelevant is. Onafhankelijk van de constitutionele bepalingen van de Lid-Staten roept het EEG-verdrag rechten en plichten in het leven voor particulieren.

Ten aanzien van de inhoud van het verdrag overweegt het Hof dat de Gemeenschap is gegrondvest op een douane-unie, welke het verbod meebrengt van in- en uitvoerrechten in het verkeer tussen de Lid-Staten. Het verbod op het invoeren van nieuwe, of het verhogen van bestaande in- en uitvoerheffingen moet worden begrepen als een nadere uitwerking van deze douane-unie.

Ten aanzien van de bewoordingen van art. 12 (nu: art. 25) overweegt het Hof ten slotte dat hierin een verbod wordt uitgedrukt dat *onvoorwaardelijk en duidelijk* is. De naleving hiervan behoeft geen wettelijke tussenkomst van de staten en particulieren kunnen aan art. 12 direct rechten ontfenen die door de rechter dienen te worden toegepast.

De overwegingen van het Hof in de zaak Van Gend en Loos zijn van niet te onderschatten belang geweest voor de ontwikkeling van het Gemeenschapsrecht. Het Hof gaf hierin aan dat het Gemeenschapsrecht een nieuwe rechtsorde is, die rechtstreeks rechten en plichten kan toekennen aan zowel de Lid-Staten als hun onderdanen. Deze rechten kunnen voortvloeien uit het verdrag zelf, maar ook uit secundaire regelgeving. Dit ligt voor de hand voor verordeningen en beschikkingen, die immers verbindend in al hun onderdelen zijn (zie § 11.4). Ook richtlijnen kunnen echter in bepaalde gevallen rechten voor individuen bevatten die zij rechtstreeks voor de nationale rechter kunnen inroepen. Dit is het geval wanneer richtlijnen *niet tijdig of niet adequaat* zijn ingevoerd door een Lid-Staat, terwijl de bepalingen uit de richtlijn voldoende *duidelijk en onvoorwaardelijk* zijn.

Ad. 2 - Het arrest-Costa-Enel (1964)

bevoegdheid nationale rechters

In Italië ontstaat een geschil tussen een particulier, genaamd Flaminio Costa, en ENEL, de organisatie die de activa van de genationaliseerde Italiaanse elektriciteitsbedrijven beheert. In dit geschil beroept Costa zich op het Gemeenschapsrecht. Het is in dit kader niet van belang om nader in te gaan op de precieze inhoud van het geschil tussen Costa en ENEL, noch op de precieze verdragsbepalingen die hier in het

geding zijn. Wat het arrest Costa-Enel zo belangrijk maakt, is dat het Europees Hof van Justitie moest ingaan op een argument dat door de Italiaanse regering naar voren werd gebracht betreffende de bevoegdheid van nationale rechters om het Gemeenschapsrecht toe te passen. De Italiaanse regering stond namelijk op het traditioneel dualistische standpunt dat de nationale rechter gehouden is om slechts het nationale recht toe te passen. Op grond hiervan meende de Italiaanse regering dat nationale rechters onbevoegd zijn om gebruik te maken van de prejudiciële procedure (zie artikel 234).

In zijn antwoord op de door Italië naar voren gebrachte stelling herhaalt het Hof de overwegingen uit het van Gend en Loos-arrest: het Gemeenschapsrecht is een eigen rechtsorde, die direct rechten en plichten in het leven kan roepen voor Lid-Staten en particulieren. Staten hebben, door ondertekening en ratificatie van de Gemeenschapsverdragen, vrijwillig afstand gedaan van een deel van hun soevereiniteit. Aan het eigen karakter van de Europese rechtsorde koppelt het Hof vervolgens een belangrijke conclusie: staten kunnen niet met een eenzijdig wettelijk voorschrift ingaan tegen het Gemeenschapsrecht, dat zij op basis van *wederkerigheid* hebben aanvaard. Wanneer staten immers naar eigen goeddunken wetgeving zouden mogen uitvaardigen die strijdig is met het gemeenschapsrecht, zou dit de uniforme toepassing daarvan in gevaar brengen. Bovendien zou dit de aantasting betekenen van het in art. 10 EG-verdrag uiteengezette beginsel van gemeenschapstrouw, op grond waarvan Lid-Staten alle maatregelen moeten treffen die geschikt zijn om de naleving te verzekeren van de verplichtingen die volgen uit het verdrag of uit handelingen van de instellingen van de Gemeenschap.

Gemeenschapsrecht op dezelfde wijze interpreteren

Om de naleving van de verplichtingen uit het verdrag te verzekeren, zijn nationale rechters derhalve bevoegd (en soms zelfs verplicht) om ex art. 234 een prejudiciële vraag aan het Europees Hof van Justitie voor te leggen. Het is in deze irrelevant of er nationale wetten bestaan die deze bevoegdheid van de nationale rechter eventueel inperken. Het Gemeenschapsrecht, dat slechts kan functioneren wanneer het in iedere Lid-Staat op dezelfde wijze wordt geïnterpreteerd en toegepast, dient met voorrang op strijdig nationaal recht te worden toegepast.

Dit beginsel van de voorrang van Europees recht is later door het Hof uitgewerkt in het arrest-Simmenthal (106/77 Jur. 1978). Hierin stelde het Europees Hof dat communautaire regels:

'in de weg staan aan de geldige totstandkoming van nieuwe nationale wetgevende handelingen, voor zover die onverenigbaar met de gemeenschapsregels zouden zijn.'

De twee vragen die in het begin van deze paragraaf werden gesteld, kunnen derhalve als volgt worden beantwoord:

1. Bepalingen van EG-recht kunnen direct en indirect rechten voor particulieren in het leven roepen. Deze rechten kunnen voor de rechter worden ingeroepen wanneer zij voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk zijn.
2. De regels van EG-recht die aan particulieren rechten toekennen, hebben voorrang boven strijdige nationale regels.

11.5 Recht gehandhaafd en beleid getoetst

Zowel Lid-Staten als instellingen van de Gemeenschap kunnen in strijd handelen met het gemeenschapsrecht. In deze paragraaf zal worden uiteengezet welke mogelijkheden er bestaan om dergelijke schendingen van het gemeenschapsrecht via gerechtelijke weg te bestrijden. In § 11.5.1 komen de schendingen van het Gemeenschapsrecht door een lidstaat aan de orde; § 11.5.2 betreft de schendingen van het Gemeenschapsrecht door instellingen.

11.5.1 Schending van gemeenschapsrecht door een Lid-Staat

Wanneer een Lid-Staat zijn gemeenschapsrechtelijke verplichtingen niet nakomt, zijn er twee belangrijke wijzen waarop deze staat daarop voor de rechter kan worden aangesproken:

1. De desbetreffende staat kan ex art. 226 door de Commissie voor het Europees Hof van Justitie worden gedaagd. (Het is theoretisch gezien ook mogelijk dat een Lid-Staat door een andere Lid-Staat voor het Europees Hof wordt gedaagd. Van deze mogelijkheid wordt door Lid-Staten echter praktisch geen gebruik gemaakt.)
2. De desbetreffende staat kan door een particulier voor de nationale rechter worden gedaagd.

Ad. 1 - De procedure ex art. 226

schending Gemeenschapsrecht

De verdragsschendingsprocedure tegen een Lid-Staat door de Commissie ex art. 226 van het EG-verdrag kent twee fasen:

- een administratieve fase
- een rechterlijke fase.

administratieve fase

De administratieve fase begint met het verzenden van een aanmaningsbrief aan een Lid-Staat waarvan de Commissie vermoedt dat deze zijn gemeenschapsverplichtingen niet nakomt. De betrokken Lid-Staat dient hierbij in staat te worden gesteld om opmerkingen te maken over de bezwaren van de Commissie. De aanmaningsbrief is van groot belang, omdat de Commissie in het verdere verloop van de procedure geen bezwaren mag aanvoeren die niet reeds in de aanmaningsbrief stonden vermeld (zaak 7/69 Wolinvoerarrest Jur (1970), 111). De aanmaningsbrief leidt normaal gesproken tot een dialoog tussen de Commissie en de Lid-Staat. Naar aanleiding van deze dialoog is het mogelijk dat de procedure wordt beëindigd, ofwel omdat de Commissie door de Lid-Staat wordt overtuigd en haar bezwaren terugkomt, ofwel omdat de Lid-Staat overtuigd raakt en zijn gedrag aanpast. Wanneer de Commissie echter van mening is dat, ook na een eventuele dialoog, de Lid-Staat volhardt in zijn schending van het gemeenschapsrecht, dan brengt zij een 'met redenen omkleed advies' uit. In dit advies nodigt de Commissie de Lid-Staat uit om binnen een bepaalde periode een einde te maken aan de - vermeende - verdragsschending.

Wanneer de Lid-Staat niet of onvoldoende reageert op het 'met redenen omklede advies', dan kan de Commissie de *rechterlijke* fase starten door de zaak aanhangig te maken bij het Europees Hof van Justitie. Dit doet vervolgens een uitspraak, die bindend is voor de partijen en die zij verplicht zijn uit te voeren.

Ad. 2 - De prejudiciële procedure

strijdige handelingen

Wanneer een Lid-Staat in strijd handelt met direct werkende bepalingen van gemeenschapsrecht, kunnen particulieren deze handelingen aanvechten voor de nationale rechter. Deze nationale rechter is vervolgens ex art. 234 bevoegd (en, in het geval geen hoger beroep meer mogelijk is, zelfs verplicht) om in aangewezen gevallen een prejudiciële vraag aan het Europees Hof van Justitie voor te leggen. De interpretatie die het Europees Hof van het gemeenschapsrecht geeft, is bindend voor de nationale rechter. In zijn beantwoording van deze prejudiciële vraag beperkt het Europees Hof zich overigens tot de *uitleg van het gemeenschapsrecht*. Het Europees Hof is nadrukkelijk niet bevoegd om het gemeenschapsrecht ook toe te passen op een concreet geval. Dit laatste is voorbehouden aan de nationale rechter.

Door middel van de prejudiciële procedure wordt de nationale rechter derhalve actief ingeschakeld bij de handhaving van het gemeenschapsrecht. Het is de nationale rechter die het initiatief neemt tot het stellen van een vraag aan het Europees Hof van Justitie en het is de nationale rechter die vervolgens de algemene regels van het gemeenschapsrecht (zoals uitgelegd door het Europees Hof) toepast op een concreet geval.

11.5.2 Schending van gemeenschapsrecht door een instelling

beroep instellen

Tegen het handelen of het nalaten van gemeenschapsinstellingen kunnen diverse beroepen worden ingesteld bij het Europees Hof van Justitie (zie de artikelen 230, 232 en 235 EG-verdrag). De meest voorkomende hiervan is het 'beroep tot nietigverklaring' van verordeningen, richtlijnen of beschikkingen. Dit beroep staat onbeperkt open voor de Lid-Staten, de Raad en de Commissie. Het Europees Parlement is ook gerechtigd tot het instellen van een beroep tot nietigverklaring, maar kan dit slechts doen voor zover zijn specifieke rechten en bevoegdheden in het geding zijn (de 'prerogatieven'). Voor particulieren geldt weer een andere beperking ten aanzien van het beroep tot nietigverklaring: particulieren kunnen een dergelijk beroep direct bij het Europees Hof instellen voor zover dit beroep betrekking heeft op een beschikking, die de klager rechtstreeks en individueel raakt.

beroepsgronden

De gronden waarop een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld, staan limitatief opgesomd in art. 230, tweede lid:

- onbevoegdheid
- schending van een wezenlijk vormvoorschrift
- schending van het verdrag of van een uitvoeringsregeling daarvan
- misbruik van bevoegdheid.

Wanneer een beroep door het Hof gegrond wordt bevonden, verklaart deze de betwiste handeling nietig. De nietigverklaring werkt terug tot het moment waarop de handeling is verricht ('ex tunc') en geldt ten opzichte van een ieder ('erga omnes').

11.6 De Vogelrichtlijn als voorbeeld van geïnternationaliseerd beleid

praktijk- voorbeelden uit Europees recht

In deze paragraaf zullen enkele punten die tot nu toe in dit hoofdstuk zijn behandeld, kort worden geïllustreerd en nader worden uitgewerkt aan de hand van een praktijkvoorbeeld uit het Europees recht. Hierbij is bewust gekozen voor een beleidsterrein dat buiten de strikt economische sfeer ligt: het Europees milieubeleid. (Hieronder is tevens het belang van de natuurbescherming begrepen.) Reeds in de Introductie en in § 11.1 werd gesteld dat de activiteiten van de Gemeenschappen zich niet beperken tot louter economische aangelegenheden. De EG tracht niet alleen een gemeenschappelijke markt en een economische en monetaire unie te realiseren, zij voert bovendien op vele terreinen gemeenschappelijk beleid. Eén van de gebieden waarop dit plaatsvindt, is het milieu. Zo stelde het Hof in 1985 dat milieubescherming moet worden beschouwd als 'een van de wezenlijke doelstellingen van de Gemeenschap' (Zaak 240/83, 2 februari 1985 - ADBHU). In het huidige verdrag is het belang van milieubescherming voor de Gemeenschap met name uiteengezet in de artikelen 2 (doelstellingen en middelen van de gemeenschap), 95 (eis van hoog beschermingsniveau bij harmonisatiemaatregelen) en 174, 175, 176 EG-verdrag (gemeenschappelijk milieubeleid).

11.6.1 Bescherming van de vogelstand door een richtlijn

In het kader van het gemeenschappelijk milieubeleid vaardigde de Raad, op voorstel van de Commissie, richtlijn 79/409 inzake het behoud van de vogelstand uit (de 'Vogelrichtlijn' - PB 1979, L 103, p. 1. Gewijzigd bij richtlijn 84/411, PB 1985, L 233, p. 33). Het doel van deze richtlijn is te komen tot regelgeving inzake de bescherming van in het wild levende vogelsoorten en de regulering van de jacht op en de handel in deze soorten.

richtlijn in plaats van verordening

Het feit dat de Raad koos voor het instrument van de richtlijn is niet zonder betekenis. De Raad had er immers ook voor kunnen kiezen om een verordening uit te vaardigen. Daarmee zou een uniforme regeling op gemeenschapsniveau tot stand zijn gebracht, die verbindend is in al haar onderdelen. Door te kiezen voor een richtlijn geeft de Raad aan dat hij blijkbaar enige vrijheid aan de Lid-Staten wil laten bij de keuze van de vorm en middelen ter implementatie van de gemeenschapsbepalingen (voor het onderscheid tussen verordeningen en richtlijnen zie § 11.3).

11.6.2 Implementatie van een richtlijn

eisen aan implementatie

De vrijheid die Lid-Staten hebben bij de keuze van de vorm en middelen, dient overigens niet te worden overschat. Het Europees Hof van Justitie heeft in de loop van het integratieproces nadere eisen gesteld aan de implementatie van richtlijnen door Lid-Staten. Wij noemen de volgende eisen.

1. Richtlijnen dienen *tijdig* te worden omgezet in nationaal recht. Richtlijnen bevatten veelal duidelijke bepalingen die aangeven binnen welke termijn de vereiste nationale wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen moeten zijn getroffen. Zo stelt art. 8, eerste lid, van de Vogelrichtlijn dat Lid-Staten verplicht zijn om binnen twee jaar te voldoen aan de in de richtlijn gestelde eisen. Wanneer staten in gebreke blijven en richtlijnen niet tijdig in nationaal recht omzetten, kunnen particulieren zich voor de nationale rechter direct beroepen op de hen in de richtlijn toegekende rechten tegenover de nalatige Lid-Staat.

2. Staten zijn gehouden om richtlijnen zodanig uit te voeren dat het doel daarvan daadwerkelijk wordt bereikt. Uitvoeringsmaatregelen dienen met andere woorden 'effectief' te zijn. Deze eis is overigens niet verwonderlijk wanneer wordt bedacht dat in art. 249 wordt gesteld dat richtlijnen 'bindend zijn ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke Lid-Staat waarvoor zij bestemd is'.
3. Staten dienen bij de uitvoering van richtlijnen het beginsel van de 'rechtszekerheid' te respecteren. Dit betekent volgens het Hof dat uitvoeringsmaatregelen zodanig moeten zijn dat aan particulieren toegekende rechten openbaar zijn (gekend kunnen worden door de begunstigden) en zo nodig voor nationale rechterlijke instanties kunnen worden ingeroepen (Zie zaak C190/90).

Het belang van de bovengenoemde eisen komt ook duidelijk naar voren wanneer de implementatie van de Vogelrichtlijn in de Nederlandse rechtsorde nader wordt beschouwd. In de jaren na het verlopen van de uitvoeringstermijn (op 6 april 1981) is Nederland partij geweest in drie verschillende procedures die betrekking hadden op de implementatie of de naleving van de Vogelrichtlijn:

- a. In een Verdragsschendingsprocedure die werd aangespannen door de Commissie (zie § 11.5.1)
- b. In een prejudiciële procedure (zie § 11.5.1)
- c. In een procedure voor de (toenmalige) Afdeling rechtspraak van de Raad van State.

11.6.3 Implementatie van de Vogelrichtlijn

Laten we deze drie procedures, zoals deze zich in hoofdzaak hebben voltrokken, eens nader tegen het licht houden.

Ad. a - De Verdragsschendingsprocedure

Op 28 oktober 1985 leidt de Commissie een verdragsschendingsprocedure ex art. 226 EG-verdrag in tegen Nederland. De Commissie is van mening dat de Nederlandse staat de Vogelrichtlijn niet of onvoldoende heeft omgezet in Nederlands recht en derhalve zijn verdragsverplichtingen heeft geschonden.

omzetting naar Nederlands recht

De Vogelrichtlijn was door Nederland omgezet in regelingen van verschillende aard: de Jachtwet (en wet in formele zin) en twee ministeriële regelingen. De Commissie meent dat deze Nederlandse regelgeving moet worden beschouwd als een onvoldoende implementatie van de richtlijn, onder andere vanwege de artikelen 53 en 54 uit de Jachtwet. (In het kader van dit betoog is het niet nodig om in te gaan op alle grieven die de Commissie naar voren brengt. Volstaan wordt met één voorbeeld dat illustratief is voor de soms strenge eisen die het Hof stelt aan de implementatie van richtlijnen in de nationale rechtsorde.) In deze bepalingen staat opgenomen dat de minister jachtvergunningen mag afgeven wanneer hij meent dat dit noodzakelijk is ter bestrijding van schade (bijv. schade die bepaalde vogelsoorten kunnen toebrengen aan de landbouw). Met deze bepalingen kent de Nederlandse regelgeving ruimere mogelijkheden voor het jagen op vogels dan is voorzien in de Vogelrichtlijn. Art. 9 van de richtlijn spreekt over de mogelijkheid voor Lid-Staten om, indien er geen andere bevredigende oplossing bestaat, af te wijken van de eerder opgesomde verboden betreffende de jacht op vogels. Deze afwijking is echter alleen toegestaan, indien de afwijking is gemotiveerd met een beroep op de voorkoming van 'belangrijke schade aan gewassen, vee, bossen visserij en wateren'. De Commissie is van mening dat de art. 53 en 54 van de Jachtwet, waarin het criterium 'belangrijke schade' ontbreekt, niet kunnen worden beschouwd als een adequate uitvoering van de Vogelrichtlijn.

Nederland verweert zich tegen de grieven van de Commissie door te stellen dat *in de praktijk* vergunningen slechts worden verleend ter voorkoming en bestrijding van belangrijke schade. Hoewel het criterium 'belangrijke schade' derhalve niet formeel is opgenomen in de Jachtwet, wordt dit wel feitelijk gebruikt door de minister bij het afgeven van jachtvergunningen.

Het verweer van Nederland wordt echter door het Hof verworpen. Het Hof komt tot deze verwerping op basis van twee argumenten die van groot belang zijn voor de implementatie van EG-richtlijnen in het algemeen:

1. In de eerste plaats stelt het Hof dat criteria op basis waarvan Lid-Staten mogen afwijken van in richtlijnen voorgeschreven verboden, nauwkeurig moeten worden overgenomen in duidelijke nationale bepalingen (zie Rechtsoverweging 28). Met deze eis tracht het Hof onder andere te voorkomen dat het doel van een richtlijn wordt ondergraven (overweging van effectiviteit).
2. In de tweede plaats stelt het Hof dat richtlijnen nooit mogen worden uitgevoerd door middel van louter feitelijke gedragingen van nationale organen. Letterlijk overweegt het Hof dat:

'eenvoudige praktijken, die naar hun aard door de administratie kunnen worden gewijzigd, niet [zijn] te beschouwen als een geldige uitvoering van de verplichting krachtens die art. 189 EEG-verdrag (nu: artikel 249) rust op de Lid-Staten tot wie de richtlijn gericht is.'

Lid-Staten moeten zorgen voor een uitvoering waarbij de rechten van particulieren openbaar zijn vastgelegd, terwijl hierop beroep mogelijk is voor nationale rechterlijke instanties (eis van de rechtszekerheid).

Ad. b - De prejudiciële procedure

Op 13 mei 1990 deed het Europees Hof van Justitie opnieuw een voor Nederland relevante uitspraak inzake de Vogelrichtlijn. Dit keer betrof het echter geen uitspraak in een verdragsschendingsprocedure ex art. 226, maar een uitleg van het EG-recht naar aanleiding van een prejudiciële vraag die was gesteld door de Hoge Raad der Nederlanden.

geschil

De Hoge Raad stelde de prejudiciële vraag naar aanleiding van een geschil dat was gerezen tussen de Nederlandse Staat en een gourmetterierie, genaamd Van den Burg. In 1984 werd bij deze gourmetterierie een dood 'Schots sneeuwhoen' in beslag genomen. Het Schots sneeuwhoen, bij sommigen beter bekend onder de naam 'Lagopus lagopus scoticus', is een vogelsoort die wordt beschermd door art. 7 van de Nederlandse Vogelwet. Krachtens dit art. 7 is het verboden om geschoten sneeuwhoenders in Nederland in te voeren, zelfs als het gaat om exemplaren die afkomstig zijn uit landen waar de jacht op deze vogels wettelijk is toegestaan. De Nederlandse Staat achtte van den Burg dan ook schuldig aan overtreding van de Vogelwet, ook al was het in de gourmetterierie gevonden sneeuwhoen afkomstig uit Groot-Brittannië, een land waar vrijelijk mag worden gejaagd op de desbetreffende dieren.

afweging

De Hoge Raad moest oordelen of de toepassing van art. 7 van de Nederlandse Vogelwet in overeenstemming is met het vrije verkeer van goederen dat geldt binnen de Europese Gemeenschap (zie § 11.2). De Hoge Raad moest met andere woorden een afweging maken tussen twee belangrijke beginselen: het vrije verkeer van goederen in de Gemeenschap en de bescherming van het milieu (dat door het Europees Hof is aangemerkt als een van de wezenlijke doelen van de Gemeenschap). Bij deze afweging speelde de inhoud van de Europese Vogelrichtlijn een belangrijke rol: kon Nederland zich beroepen op richtlijn 79/409 om een mogelijke belemmering van de tussenstatelijke handel te rechtvaardigen? Deze vraag werd door de Hoge Raad in een prejudiciële procedure voorgelegd aan het Europees Hof van Justitie.

Het Europees Hof beantwoorde de voorgelegde vraag ontkennend. Het overwoog dat de Vogelrichtlijn alleen verdergaande beschermingsmaatregelen op nationaal niveau toelaat voor trekvogels of voor vogels die in een bijlage bij de richtlijn uitdrukkelijk staan vermeld als 'bedreigde vogelsoort'. Aangezien de sneeuwhoender geen trekvogel is en evenmin staat opgenomen als 'bedreigde vogelsoort' is het Lid-Staten verboden om de invoer hiervan aan banden te leggen.

In algemene zin stelt het Hof met andere woorden dat wanneer een milieुरichtlijn een bepaalde materie *uitputtend* regelt, staten niet langer gerechtigd zijn om strengere maatregelen te nemen wanneer deze in strijd zijn met het *beginsel van het vrije verkeer van goederen*.

Ad. c - De procedure voor de Raad van State

vergunning verlenen of niet

De laatste zaak die in dit hoofdstuk wordt besproken, betreft een uitspraak van de Raad van State (de toenmalige Afdeling rechtspraak) van 2 december 1991. Het ging in de onderhavige zaak om de vraag of een vergunning moest worden verleend voor het verstoren van nesten van blauwe reigers in een park te Voorburg dat is getooid met de fraaie naam 'Vreugd en Rust'.

Volgens art. 10, eerste lid, van de Nederlandse Vogelwet mag een dergelijke vergunning worden verleend wanneer beschermde vogels - zoals de blauwe reiger - 'schade toebrengen of overlast veroorzaken of zulks dreigen te doen'. Bij de beantwoording van de bovengenoemde rechtsvraag liet de Raad van State zich echter niet alleen leiden door de Nederlandse Vogelwet. De Raad van State betrok daarbij nadrukkelijk ook richtlijn 79/409 van de EG.

In de eerste plaats stelt de Raad van State dat het begrip 'schade' uit art. 10 van de Vogelwet dient te worden geïnterpreteerd in het licht van art. 9, eerste lid, van de Europese Vogelrichtlijn. Art. 9, eerste lid, van de richtlijn stelt dat het toebrengen van schade aan nesten van beschermde vogels alleen is toegestaan wanneer er sprake is van 'belangrijke schade' die wordt toegebracht door de vogel in kwestie. Uit de rechtspraak van het Europees Hof is naar voren gekomen dat art. 9, eerste lid, er niet toe strekt om dreigende schade van geringe omvang te voorkomen: versterking van nesten is alleen gerechtvaardigd in geval van 'schade van een zekere omvang' (Zaak 247/85 Commissie vs. België, Jur 1987, 3029).

richtlijnconforme uitleg

Wanneer de Nederlandse Vogelwet aldus 'richtlijnconform' wordt geïnterpreteerd, zo stelt de Raad van State, dan moet worden geconcludeerd dat een vergunning tot het verstoren van nesten van blauwe reigers in 'Vreugd en Rust' terecht kan worden geweigerd.

uitspraak

In de tweede plaats past de Raad van State *direct* een bepaling uit de Vogelrichtlijn toe. De Raad van State stelt namelijk dat een vergunning tot het verstoren van nesten pas kan worden verleend wanneer er geen andere 'bevredigende oplossingen' bestaan om de vermeende schade door bedreigde vogels te voorkomen. Dit criterium is niet te vinden in de Nederlandse Vogelwet, maar wordt door de Afdeling rechtspraak rechtstreeks ontleend aan art. 9, eerste lid, van de Europese richtlijn. De afwezigheid van deze andere 'bevredigende oplossingen' acht de Raad van State niet aangetoond.

Conclusie. De weergegeven uitspraak van de Raad van State toont eens te meer de doordringing van het EG-recht in het nationale bestuursrecht. Nederlandse wetgeving wordt door de Raad van State 'richtlijnconform' geïnterpreteerd, zelfs wanneer geen prejudiciële vraag aan het Europees Hof van Justitie is gesteld. Bovendien gaat de Raad van State er zelfstandig toe over om *direct* bepalingen uit het EG-recht toe te passen op een nationaal geschil.

