

Rechtspraak Bestuursrecht 1995-1996: de annotaties

Onder redactie van:

MR. L.J.A. DAMEN,
raadsheer bij de Centrale Raad van Beroep;

MR. DRS. M.A. HELDEWEG,
universitair docent, vakgroep Staats- en Bestuursrecht aan de Rijksuniversiteit Limburg;

PROF.MR. F.A.M. STROINK,
hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Rijksuniversiteit Limburg;

MR. N. VERHEIJ,
raadadviseur Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie;

PROF.MR. B.W.N. DE WAARD,
hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant.

ISBN 90 5250 328 1

© 1997 VUGA Uitgeverij B.V., 's-Gravenhage
Behoudens de door de wet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd en/of openbaar gemaakt zonder schriftelijke toestemming van de uitgever die daartoe door de auteur(s) met uitsluiting van ieder ander onherroepelijk is gemachtigd.

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de uiterste zorg besteed. Voor informatie die nochtans onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaardden auteur(s), redactie en uitgever geen aansprakelijkheid. Voor eventuele verbeteringen van de opgenomen gegevens houden zij zich gaarne aanbevolen.

1997 VUGA Uitgeverij B.V., 's-Gravenhage

1 Is het beleid, of heeft u er echt over nagedacht?*

Taxikostenvoorziening - Detam

Centrale Raad van Beroep 20 juni 1995, JB 1995/220.

Verbod van willekeur impliceert geen plicht tot het vaststellen van beleid. Gelijkheidsbeginsel. Consistentie. Artikel 25, tweede lid, AAW, artikel 3:4 Awb en titel 4.4 Awb.

Het gaat naar het oordeel van de Raad te ver in het onderhavige geval uit het verbod van willekeur (of enig ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur) de verplichting af te leiden dat appelllant een beleid dient vast te stellen alvorens van de hem toekomende bevoegdheid krachtens artikel 25, tweede lid, laatste volzin, AAW gebruik te maken. Ten aanzien van de hantering van deze bevoegdheid eist bedoeld beginsel in gevallen als het onderhavige niet meer dan dat deze hantering moet leiden tot een beslissing die in redelijkheid na afweging van de betrokken belangen genomen had moeten worden.

Zulks laat echter onverlet dat aan de hantering van de onderhavige bevoegdheid (tevens) in rechte de eis gesteld wordt dat deze hantering consistent en in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel plaatsvindt, hetgeen uiteraard wordt bevorderd - zoals ook door appelllant is erkend - door de ontwikkeling en vaststelling van een beleid.

I Inleiding

Feitelijk relaas

Per 1 januari 1978 is gedaagde door de GMD geregistreerd als arbeidsongeschikt. Op 13 mei 1985 vraagt zij per brief aan de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen (hierna: 'Detam') om een taxikostenvoorziening. Vervolgens vult zij op 19 mei van dat jaar een meldingsformulier voor de AAW in, waarop zij stelt vanaf 7 maart 1974 arbeidsongeschikt te zijn geweest en dat zij in aanmerking wil komen voor

* Door mr. drs. M.A. Heldeweg.

een vervoersvoorziening. Op 14 april 1989 dient zij opnieuw bij de Detam een meldingsformulier in, waarop zij stelt sinds 1974 arbeidsongeschikt te zijn en dat zij een uitkering 'voor huisvrouwen' wenst. Dit formulier belandt na doorzending bij de Bedrijfsvereniging voor Hout- en Meubelindustrie en de Groothandel in hout (hierna: appellant). Uitgaande van de aanvraag van 25 april 1989 (het betreft laatstgenoemd meldingsformulier, dat vanwege doorzending eerst op 25 april bij appellant binnenkwam) besluit appellant op 8 januari 1991 tot toekenning van een AAW-uitkering en wel met ingang van 25 april 1987. Daarop gaat gedaagde in beroep en op 30 juni 1992 beslist de (toenmalige) Raad van Beroep te Utrecht, dat het beroep gegrond is aangezien gedaagde reeds op 13 mei 1985 een verzoek om vergoeding had ingediend en derhalve als een bijzonder geval had dienen te worden beschouwd. Het besluit van appellant wordt vernietigd en gedaagde wordt gelast een nieuw besluit te nemen met inachtneming van de uitspraak. Op 12 oktober 1992 beslist appellant ter uitvoering van deze uitspraak dat de AAW-uitkering niet ingaat per 25 april 1987 maar per 13 mei 1985. Daarop stelt gedaagde beroep in bij de rechtbank, met als stelling dat de uitkering met ingang van 13 mei 1983 dient te worden toegekend (de AAW geeft aan dat de AAW-uitkering niet vroeger kan ingaan dan twee jaar voor de datum van de aanvraag). De rechtbank verklaart het beroep, in zijn uitspraak van 23 december 1993, gegrond, vernietigt de bestreden beslissing en bepaalt dat appellant een nieuwe beslissing dient te nemen met inachtneming van de(ze) uitspraak. Op 21 januari stelt appellant tegen deze uitspraak beroep in bij de Centrale Raad van Beroep. Volgens neemt appellant op 31 mei 1994, ter uitvoering van de uitspraak van de rechtbank, het besluit tot toekenning van de AAW-uitkering met ingang van 13 mei 1983. Appellant overweegt daarbij dat hoewel normaal de uitkering niet eerder dan twee jaar voor de datum van de aanvraag om een uitkering kan ingaan (in casu 25 april 1989 en dus op z'n vroegst 25 april 1987) de AAW bepaalt dat van deze regel in bijzondere gevallen kan worden afgeweken. Daarvan is in casu sprake omdat gedaagde reeds op 13 mei 1985 bij de Detam kenbaar heeft gemaakt (reeds sinds 1974) arbeidsongeschikt te zijn maar met deze melding niets is gebeurd aangezien gedaagde naar de toenmalige stand van de wetgeving geen AAW-aanspraken had. Ware deze melding/aanvraag in behandeling genomen, dan was de uitkering met ingang van 13 mei 1983 (dus twee jaar voor de meldingsdatum) toegekend. Dienovereenkomstig wordt thans - alsnog - beslist. Dit laatste besluit wordt door appellant onder verwijzing naar artikel 6:19, eer-

ste lid, Awb¹ toegestuurd aan de Centrale Raad van Beroep. Op 20 juni doet de Centrale Raad (hierna: de Raad) uitspraak in het hoger beroep.

Kernoverwegingen

De Raad stelt voorop dat door de inmiddels onherroepelijk geworden uitspraak van de Raad van Beroep (d.d. 30 juni 1992) is komen vast te staan, dat in het onderhavige geval sprake is van een bijzonder geval in de zin van artikel 25, tweede lid, laatste volzin, AAW. Op die grond kan worden afgeweken van de bepaling inzake de maximale termijn voor het vroeger dan de datum van aanvraag doen ingaan van de uitkering. Door de rechtbank is overwogen, dat nu voor de hantering van deze afwijkingsbevoegdheid 'een vast van te voren bepaalde beleid ontbreekt [curs. MAH], de bestreden beslissing wegens schending van het "willekeurcriterium" voor vernietiging in aanmerking komt'. Appellant heeft in het hoger beroep aangevoerd zich niet te kunnen verenigen met de hier aangehaalde overweging. Hij erkent dat het wenselijk is om met betrekking tot de toepassing van een discretionaire bevoegdheid een beleid te ontwikkelen en vast te stellen. 'Het beginsel van willekeurverbod verzet zich echter naar de mening van ondergetekende [appellant, MAH] niet tegen een beslissing (...) zonder vast, van te voren bepaald beleid, als de bedrijfsvereniging bij afweging van alle in aanmerking komende belangen in redelijkheid tot de betreffende beslissing heeft kunnen komen.' Appellant meent dan ook dat de rechtbank 'met de eis van een vast, van te voren bepaald beleid een criterium toegevoegd heeft dat buiten de grenzen van de marginale toetsing ligt'. De Raad overweegt terzake dat het te ver gaat om

'in het onderhavige geval uit het verbod van willekeur (of enig ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur) de verplichting af te leiden dat appellant een beleid dient vast te stellen alvorens van de hem toekomende bevoegdheid krachtens artikel 25, tweede lid, laatste volzin, van de AAW gebruik te maken. Ten aanzien van de hantering van deze bevoegdheid cist bedoeld beginsel in gevallen als het onderhavige niet meer dan dat deze hantering moet leiden tot een beslissing die in redelijkheid na afweging van de betrokken belangen genomen had moeten worden.'

¹ Indien een bestuursorgaan een besluit heeft genomen als bedoeld in artikel 6:18 Awb (een besluit tot intrekking of wijziging van een besluit waartegen bezwaar of beroep is ingesteld), wordt het bezwaar of beroep geacht mede gericht te zijn tegen het nieuwe besluit, tenzij dat besluit aan het bezwaar of beroep geheel tegemoetkomt.

Dit laat echter volgens de Raad, 'onverlet dat aan de hantering van de on-derhavige bevoegdheid (tevens) in rechte de eis gesteld wordt dat deze hantering consistent en in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel plaatsvindt, hetgeen uiteraard wordt bevorderd - zoals ook door appellant is erkend - door de ontwikkeling en vaststelling van een beleid.' Voorts verwijst de Raad naar het wetsvoorstel derde tranche Awb (op 6 februari 1996 door de Tweede Kamer aanvaard), waarin uitdrukkelijk is afgezien van het oorspronkelijke voornemen tot het opnemen van de verplichting tot het vaststellen van beleidsregels indien bij de hantering van de bevoegdheid in kwestie sprake is van een vaste gedragslijn. De Raad meent dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het bestreden besluit in strijd met het willekeurverbod is genomen en vernietigt de aangevallen uitspraak zoals in hoger beroep aangevochten.

II Commentaar

Beginselen

In de uitspraak komen drie beginselen meer uitdrukkelijk naar voren: het willekeurverbod, het gelijkheidsbeginsel en de eis van consistente bevoegdheidshantering. Achtereenvolgens wil ik even oriënterend bij deze beginselen stilstaan.

Het *willekeurverbod* (of, zoals de rechtbank het noemt, 'willekeurcriterium') heeft sinds het Doetinchemse woonruimtevoorderingsarrest,¹ als toetsingsmaatstaf duidelijk een ontwikkeling doorgemaakt. In het Doetinchemse arrest was (nog) sprake van een zeer terughoudende toetsing, waarbij voor rechterlijk ingrijpen slechts aanleiding werd gezien als het bestuur in redelijkheid niet tot het besluit had kunnen komen, althans als 'een afweging van belangen geacht moet worden niet te hebben plaatsgehad'. Van willekeur kon in de visie van de Hoge Raad in dit arrest geen sprake zijn indien en voorzover de mogelijkheid aanwezig is dat redelijk oordelende mensen bij de belangenafweging tot (evenzeer) verschillende resultaten zouden komen. Anders gezegd, pas als het besluit niet meer als het resultaat van belangenafweging zou zijn te begrijpen, mag de rechter ingrijpen. Op deze wijze toetsend blijft de rechter buiten hetgeen des bestuurs is; te weten de belangenafweging. Pas als het bestuur er *apert* blijkt van geeft geen belangenafweging te hebben verricht (omdat het besluit niet als resultaat daarvan is te begrijpen), mag de rechter interveniëren. De

¹ HR 25 februari 1949, NJ 1949, 558 (woonruimtevoordering Doetinchem).

rechter neemt niet plaats op de stoel van het bestuur, maar hij moet bij beschouwing van hetgeen het bestuur heeft besloten wel eerst (zoals Scheltema het eens stelde) van zijn eigen stoel afvallen, wil hij ingrijpen. Na deze staatsrechtelijk correcte marginale redelijkheidstoetsing - die zo marginaal was dat wel van marginale rechterlijke toetsing werd gesproken¹ - heeft zich gaandeweg een meer indringende toetsing aan het willekeurverbod ontwikkeld. In een artikel dat ik samen met Schössels schreef, is geprobeerd - summier - inzichtelijk te maken hoe zich gaandeweg, zeker onder vigeur van de Wet Arob, een toetsing in de richting van *kennelijke* willekeur heeft ontwikkeld.² Onder de Tijdelijke wet Kroongeschillen ontwikkelde zich jurisprudentie waarin de rechter zich wel een zeer vooruitgeschoven positie permitteerde.³

Met de komst van de Awb, in het bijzonder met de introductie van artikel 3:4, tweede lid, Awb, is de vraag gerezen of de toetsing van de rechter aan het willekeurverbod nu een nog indringender karakter zou gaan krijgen. De vrees bestond dat codificatie van het materiële zorgvuldigheidsbeginsel, het sanctierechtelijke evenredigheidsbeginsel en het willekeurverbod in één formule, houdende dat er geen sprake mag zijn van onevenredigheid tussen het doel van het besluit en de door het besluit intredende nadelige gevolgen voor belanghebbenden, daartoe volop mogelijkheid zou bieden. Daarbij speelde mee dat de administratieve rechter met de komst van de Awb ook een algemene bevoegdheid kreeg om zelf in de zaak te voorzien.⁴ Na een aanvankelijk wat zoekende koers is inmiddels genoegzaam duidelijk dat de administratieve rechter volhardt in de onder vigeur van de Wet Arob gekozen koers: niet meer, maar ook niet minder.⁵

De wijze waarop de rechter aan het willekeurverbod toetst heeft zich eveneens ten tijde van de Wet Arob verder ontwikkeld. In het bijzonder valt daarbij de zogenoemde twee-fasentoetsing op. Deze toetsing, die reeds in

¹ Wat op zich begrijpelijk, maar niettemin wel onjuist was, omdat de rechter eenvoudig vol aan het recht toetst(c).

² M.A. Heldeweg en R.J.N. Schössels, Willekeur getoetst: terug naar Doetinchem?, JB 1996/212. Dit artikel richt zich overigens vooral op de ontwikkelingen na de komst van de Awb.

³ Vergelijk F.A.M. Stroink, A.Q.C. Tak en J.M.H.F. Teunissen, Een analyse van één jaar Twk-jurisprudentie, NJB 1989, p. 253 e.v.

⁴ Vergelijk hierover onder meer: F.A.M. Stroink, Judicial control of the administrative's discretionary powers, in: Rob Bakker et al., Judicial control, Comparative essays on judicial review, Antwerpen-Apeldoorn 1995, p. 81-99.

⁵ Vergelijk met name ABRvS 9 mei 1996, JB 1996/158 m.nt. F.A.M.S. en - als uitzondering op de regel van terughoudendheid - ABRvS 4 juni 1996, JB 1996/172 m.nt. EvdL. Vergelijk het voornoemde artikel dat ik samen met Schössels schreef.

de beginperiode van de Afdeling rechtspraak werd gepraktiseerd,¹ behelst allereerst een toetsing van de belangenafweging in abstracto en daarna van de belangenafweging in concreto. Bij de toetsing van de afweging-in-abstracto gaat het erom of een bepaald beleid in het algemeen niet kennelijk onredelijk is. Bij de toetsing van de belangenafweging-in-concreto gaat het om de vraag of het bestuur tot een (niet) kennelijk onredelijke beoordeling van de toepasselijkheid van dit beleid in het concrete geval is gekomen; dit omvat tevens de vraag of er wellicht termen zijn om van het algemene beleid af te wijken. Ook onder de Awb zijn reeds uitspraken geweest waarin de twee-fasentoesing tot uitdrukking komt.² Omdat, mede in het voetspoor van de in artikel 3:4, eerste lid, Awb voor het bestuur neergelegde plicht tot belangenafweging, hier een relatie ligt met de vraag of het bestuur de plicht heeft (algemeen) beleid vast te leggen, kom ik op deze wijze van toetsing aanstonds nog terug.

Het *gelijkheidsbeginsel* en de eis van *consistente hantering van een bevoegdheid* worden door de Raad in één adem genoemd. Mijns inziens is tussen deze beide beginselen ook een duidelijke samenhang aan te geven. Daarbij baseer ik mij op de zienswijze welke Duk terzake heeft ontwikkeld.³ In plaats van 'consistente hantering van bevoegdheden' spreekt Duk over de eis van stelselmatigheid van bevoegdheidsuitoefening en deze stelselmatigheid staat tegenover 'een door grill of toeval ingegeven, gebruik van (...) bevoegdheden'.⁴ Duks uitgangspunt is de rechtsplicht van het bestuur om bij beleidsvrijheid ook daadwerkelijk beleid te voeren. Aan elke discretionaire bestuursbeslissing moet - met andere woorden - een kenbaar beleid ten grondslag liggen. Deze eis wordt door Duk direct in verband gebracht met het verbod van willekeur.⁵ Beleidsvrijheid dwingt tot het geven van een belangenafweging en een belangenafweging behelst dat het bestuur criteria moet hebben. Op die regel accepteert Duk ook geen uitzondering. Zelfs in een naar het lijkt uniek geval, zal het bestuur criteria (althans ten minste één criterium) moeten stellen en wel zodanige dat op

¹ Onder meer in ARRvS 28 maart 1978, 1B/SIII, 340 (Ommense Boer) en ARRvS 11 december 1981, AB 1982, 216 (vuilcontainer Hoorn).

² Vergelijk ABRvS 3 november 1994, JB 1994/326 (APK/Bas Blaak BV) en CRvB 15 september 1994, AB 1995, 28 m.nt. HH (IZK), beide besproken in voornoemd JB-artikel met Schlössels.

³ W. Duk, De zachte kern van het bestuursrecht, RMTh 1978, p. 564-587 en W. Duk, Inleiding tot het bestuursrecht, Alphen aan den Rijn 1988.

⁴ W. Duk, 1978, a.w., p. 575.

⁵ W. Duk, 1978, a.w., p. 576.

basis daarvan ook in overeenkomstige gevallen kan worden beslist: 'Criteria moeten, naar hun 'aard', voor herhaalde toepassing vatbaar zijn. Anders is er geen beleid maar (doorzichtig gecamoufleerde) willekeur.'¹ Opvallend is dat het willekeurverbod uitsluitend wordt verbonden met de eis dat er stelselmatig kan worden bestuurd, dat wil zeggen op de eis van beleid. Nicolai² wijst erop hoe Duk het schema van de afweging-in-abstracto en de afweging-in-concreto (vergelijk de twee-fasentoesing hiervoor) hanteert. Hij geeft vervolgens aan hoe Duk op grondslag daarvan op de volgende hoofdbeginselen uitkomt:³

- 1 de plicht tot het stellen van voor herhaalde toepassing vatbare criteria - 'de eis van beleid als positieve keerzijde van het willekeurverbod';
- 2 de eis dat deze criteria van een redelijke belangenafweging getuigen - de 'redelijkheid';
- 3 de plicht het geval in concreto aan deze criteria te toetsen en in beginsel overeenkomstig deze criteria te beslissen - het 'gelijkheidsbeginsel';
- 4 de plicht van de beleidscriteria af te wijken zo opgewekte verwachtingen dit vorderen - het 'vertrouwensbeginsel';
- 5 de plicht van de beleidscriteria af te wijken zo (andere) bijzondere omstandigheden van het geval dit vorderen - de 'billijkheid' of 'evenwichtigheid'.

Mij dunkt dat dit overzicht ook goed duidelijk maakt hoe stelselmatigheid (Duks willekeurverbod in 'stricte zin') verbonden is met het gelijkheidsbeginsel, dat verbiedt om terzake (c.q. beleidsmatig) irrelevante factoren in de beschouwing te betrekken, tenzij er (ten gunste van betrokkene) overwegende factoren zijn die tot afwijking nopen.⁴ Gelijkheid kan in

¹ W. Duk, 1988, a.w., p. (36-)37.

² P. Nicolai, Beginselen van behoorlijk bestuur, diss., Deventer 1990, p. 166-167.

³ P. Nicolai, a.w., p. 167-168.

⁴ Stap 4 en 5 in het overzicht zou men wellicht kunnen categoriseren als subjectieve of objectieve factoren; vertrouwen is verbonden aan de bij een persoon opgewekte verwachtingen (subjectief); evenwichtigheid (ik denk eerder aan 'evenredigheid', binnen de maatstaf van het normaal maatschappelijk risico) aan de buiten de persoon gelegen, althans strikt zakelijke, zonder aanzien van de persoon (objectief) te duiden bijzondere omstandigheden.

deze zienswijze 'speels' worden aangeduid met het credo: 'Pas op, willekeur!'¹

Een soortgelijk credo wordt ook door Nicolai opgeroepen.² Ook hij legt een relatie tussen de eis van stelselmatigheid en het willekeurverbod (het 'verbod van grillen'). De eis van stelselmatigheid is echter in zijn visie geen algemeen beginsel van behoorlijk bestuur maar een daarbij te vooronderstellen 'harde regel': als het bestuur geen inzicht kan verschaffen in termen van algemene, voor herhaalde toepassing vatbare criteria, rijst 'een vermoeden van willekeur'. Een dergelijk vermoeden wordt, zo oordeelt Nicolai op basis van zijn analyse van de jurisprudentie, doorgaans bestraft met vernietiging van het desbetreffende besluit op grond van het ontbreken van een 'draagkrachtige motivering'.

In de onderhavige uitspraak geeft de Raad in zijn kernoverweging aan dat het te ver gaat om 'in het onderhavige geval uit het verbod van willekeur (of enig ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur) de verplichting af te leiden dat appelliant een beleid dient vast te stellen alvorens van de hem toekomende bevoegdheid (...) gebruik te maken'. Twee punten uit deze overweging behoeven nog even nader de aandacht: het stipuleren van 'het onderhavige geval' en de (negatieve) verwijzing naar andere abb. Beide punten worden niet nader uitgewerkt. Het kan dus zijn dat de Raad eenvoudig - zonder bijbedoeling - allereerst duidelijk wil maken uiteraard slechts over het onderhavige geval te oordelen. Ook is denkbaar dat de Raad daarmee juist wil benadrukken dat een dergelijke plicht tot beleidsregelgeving in bepaalde andere gevallen wel aanwezig kan zijn. Een voorbeeld daarvan (uit het (recente) 'Awb-tijdperk') vond ik in een uitspraak van de Rechtbank Groningen van 27 april 1995.³ De bevoegdheid van een facultaire examencommissie om, hoewel dit in de betreffende facultaire reglementen niet was voorzien, bij niet-nakoming van een aanwezigheidsverplichting (als onderdeel van het examen), een vervangende opdracht te geven, vormde hier het vertrekpunt. Het gebruik van die bevoegdheid diende, volgens de rechtbank, evenwel te rusten op een terzake duidelijk

¹ Vergelijk R.E. de Winter en A.W. Heringa, TvO 1982/17, p. 508 e.v. Hier gaat het om de 'relatieve kant' van het gelijkheidsbeginsel, waarbij de grenzen van het toelaatbare door het beleid worden bepaald. Ik ga hier niet nader in op de 'absolute kant': het feit dat bepaalde overwegingen nimmer een rol mogen spelen (vergelijk het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet) - hoewel daar uiteraard hetzelfde credo geldt, maar dan dus ongeacht de inhoud van het beleid!

² P. Nicolai, a.w., p. 415-416.

³ JB 1995/150 m.nt. Peter Janssen.

en (tevooren) bekendgemaakt beleid, met daarin normen ten aanzien van de aard en omvang van een vervangende verplichting. Deze eis vloeide volgens de rechtbank voort uit de eisen welke het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van willekeur met zich brengen. In casu was aan deze eisen niet voldaan.

Met het inroepen van het rechtszekerheidsbeginsel wordt daarbij nog een ander beginsel van behoorlijk bestuur aangehaald ter ondersteuning van de eis van duidelijk en (tevooren) bekendgemaakt beleid. Kennelijk echter ziet de Raad in dit beginsel in de hier besproken uitspraak geen basis voor de plicht een beleid vast te stellen. Of de Raad daar in het Groningse geval, met de rechtbank, anders over zou hebben gedacht, is giswerk.

Opmerking verdient voorts dat Peter Janssen, JB-annotator bij de uitspraak van de Groningse Rechtbank, stelt dat de in artikel 3:4, eerste lid, Awb neergelegde plicht van een belangenafweging, slechts de plicht van een 'evenwichtige' afweging behelst:

'Deze bepaling stelt slechts dat belangen moeten worden afgewogen en welke belangen dat zijn. De stelselmatigheids eis als zodanig is daarin niet verwoord, deze moet nog uit het ongeschreven recht worden afgeleid. Daarom was naast de toets aan voornoemde Awb-bepaling [artikel 3:4, eerste lid; MAH] een verwijzing naar het rechtszekerheidsbeginsel nodig.'

Ik ben het enerzijds wel en anderzijds niet met deze stelling eens. Ik denk dat de stelselmatigheids eis wel degelijk in het eerste lid van artikel 3:4 besloten ligt. Stelselmatigheid, in de zin waarin Duk¹ die term gebruikt, behelst dat er een belangenafweging dient plaats te vinden en dat daarvoor criteria moeten worden opgesteld; criteria die voor herhaalde toepassing vatbaar zijn. Mijns inziens ligt dit wel degelijk in artikel 3:4, eerste lid, Awb, besloten omdat het stellen van criteria cruciaal is voor een belangenafweging. Anderzijds is het niet zo dat de eis van stelselmatigheid moet worden verlengd tot de eis dat het beleid ook tevoren wordt bekendgemaakt! In dat opzicht is de grondslag van voornoemd artikelid ook naar mijn mening niet toereikend en is het dus nodig om, zo men die plicht toch (in een bepaald geval) aanwezig acht, daarvoor met verwijzing naar een ander beginsel (bijvoorbeeld het rechtszekerheidsbeginsel) een grondslag aan te wijzen.²

¹ Janssen verwijst ook expliciet naar Duk.

² N.B.: de eis van evenwichtigheid, zoals Duk die hanteert, heeft slechts betrekking op de afweging-in-concreto.

Achtereenvolgens ga ik in het vervolg van dit commentaar nu eerst in op de twee-fasentoesing en de beleidsregelgeving volgens de derde tranche van de Awb. Ten slotte zal ik stilstaan bij de vraag of een algemene plicht tot beleidsregelgeving in het verschieft ligt.

Twee-fasentoesing: nadere anatomie

Als gezegd behelst de twee-fasentoesing enerzijds een oordeel over de belangenafweging-in-abstracto en anderzijds een oordeel over de belangenafweging-in-concreto. In verband met de eis van stelselmatig bevoegdheidsgebruik ben ik al kort op deze onderscheiden toetsing ingegaan. Ik wil hier echter wat preciezer ingaan op de respectievelijke belangenafwegingen. Wat de belangenafweging-in-abstracto betreft, deze behelst dat het algemeen belang, vervat in het doel van de regeling en toegespit in de bevoegdheid in kwestie, wordt afgewogen 'tegen'¹ andere algemene belangen en de belangen van burgers in algemene termen, dat wil zeggen van bepaalde categorieën belanghebbenden (bijvoorbeeld vergunninghouders of aanvragers). Van belang is dat andere algemene belangen slechts een rol mogen spelen zo zij in positieve zin gewicht in de schaal leggen.² Dat wil zeggen dat zij niet mogen meewegen als een beperkende of belastende factor naar burgers toe; bijvoorbeeld als ratio voor afwijzing van een aanvraag of het opleggen van voorschriften. Het specialiteitsbeginsel sluit dit uit.³ Voorts gaat het bij de belangen van burgers - als gesteld - om categorieën van belanghebbenden, die worden beschreven in termen van min of meer gestandaardiseerde of 'genormaliseerde' gevallen. Individuele eige-naardigheden van een belanghebbende (uit een bepaalde categorie) worden hier (nog) buiten beschouwing gelaten.

¹ 'Tegen' heb ik eigenlijk altijd een beetje vreemd gevonden. Het beeld van een weegschaal voldoet hier mijns inziens ook niet. Misschien zou 'met' nog beter zijn, maar ik sluit hier maar aan bij het normale woordgebruik.

² Vergelijk PG Awb 1, MvT, p. 209.

³ Vergelijk mijn noot in Rechtspraak Bestuursrecht 1994-1995: de annotaties: nr. 12, Cafe-bedrijf Meers, p. 175-199 en in deze bundel de bijdrage van Schlössels. Overigens merk ik op dat artikel 3:4, tweede lid, Awb slechts de verhouding 'doel van het besluit - nadelen voor belanghebbenden' betreft. Als het doel geen betrekking heeft op 'andere algemene belangen', dan blijven deze geheel buiten het vizier van deze bepaling. Rest nog het eerste lid van dit artikel. Vergelijk ook de conclusie van het voornoemde JB-artikel met Schlössels.

Er is een aantal redenen te geven voor de noodzaak tot het uitvoeren van een belangenafweging-in-abstracto. Allereerst kan worden gedacht aan een soort compensatie voor het terugtrekken van de wetgever. Het discretionaire karakter van de bevoegdheid in kwestie brengt mee dat de waarborgen van de legaliteitseis bij de toepassing ervan niet volop tot gelding zouden kunnen komen. Waar moeten we dan aan denken? Recent heeft Scheltema¹ nog eens een aantal belangrijke elementen genoemd die door de legaliteitseis worden gediend: het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het democratiebeginsel. Men kan stellen dat het formuleren van beleid in abstracto, zeker indien dit in een beleidsregel wordt vastgelegd, bijdraagt aan een gelijke behandeling van gelijke gevallen, de voorspelbaarheid en consistentie (of stelselmatigheid) van het overheids-handelen, en aldus de rechtszekerheid dient. Ten slotte wordt aldus een beter aanknopingspunt geboden voor controle door de desbetreffende volksvertegenwoordiging van het uitvoerend bestuur dan indien deze gestalte moet krijgen aan de hand van willekeurige, individuele bestuursbeslissingen. Mij dunkt dat ook een ander aspect een rol zou kunnen spelen - dat oorspronkelijk bij het ontstaan van de legaliteitseis ook een rol speelde - namelijk de aan de Kantiaanse logica ontleende regel dat na een eerste test voor het waarheids- of juistheidsgehalte van een individuele uitspraak is te bezien of deze veralgemeniseerbaar is ofwel voor herhaalde toepassing vatbaar.² Voor de rechterlijke toets is dit een soort eerste zeef: het bestreden besluit moet voor eerst zijn grondslag vinden in een niet onredelijke algemene (beleidsmatige) visie op de toepassing van de bevoegdheid in kwestie. Pas daarna worden de merites van het individuele geval bezien.

Daarmee zijn we bij de toetsing in concreto. Deze toetsing behelst allereerst dat wordt bezien of het bestuur het beleid-in-abstracto op een logisch consistente wijze heeft vertaald naar zijn consequenties in het concrete geval.³ Vervolgens moet worden getoetst of de uitkomst van die - om het maar eens in bestuurlijk jargon te zeggen - 'vertaalslag' tot een resultaat

¹ M. Scheltema, Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht, NJB 1996, 33, p. 1355-1361. N.B.: vergelijk overigens ook de kritiek die ik daarop samen met Eveline van der Linden schreef (en de reactie daarop van Scheltema), NJB 1996, 43, p. 1818-1820.

² De romantische wetsidee behelste ook de aan de natuurwetenschappen ontleende gedachte dat - kortgezegd - alleen algemene uitspraken waarheid konden behelzen. Vergelijk H.D. van Wijk, Hoofdstukken van administratief recht, bewerkt door Willem Konijnenbelt en Ron van Maale, negende druk, Drecht 1994, p. 269-271.

³ In de visie van Duk: toetsing aan het (relatieve) gelijkheidsbeginsel.

leidt dat ertoe dwingt om in het concrete geval af te wijken van het beleid-in-abstracto. Daartoe bestaat aanleiding indien sprake is van bijzondere omstandigheden in het licht waarvan toepassing van het beleid tot onredelijke uitkomsten leidt.¹ In artikel 4:84 Awb komt deze zienswijze tot uitdrukking in de zogenoemde 'inherente afwijkingsbevoegdheid', waarbij de wetgever in aansluiting op de expliciet geformuleerde plicht voor het bestuur om te handelen overeenkomstig de beleidsregel, als clausule volgt: 'tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die *wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn* in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.'

Men kan er over strijden of hier nu sprake is van afwijken van het beleid, c.q. de beleidsregel, of dat de beleidsregel buiten toepassing blijft omdat deze niet voor het betreffende - afwijkende - geval is geschreven. Het laatste is wel door Bröring verdedigd² met als conclusie dat ook in dit opzicht het onderscheid tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften verwaarloosbaar is. Eerder wees ik er al op³ dat deze opvatting lijkt aan te sluiten bij een zinsnede uit de toelichting bij artikel 4:84: 'Afwijking in normale gevallen behoort niet mogelijk te zijn. Immers, een structurele afwijking in normale, door de beleidsregel voorziene, gevallen, betekent materieel een wijziging van de beleidsregel.'⁴ Bedacht moet worden dat daaraan voorafgaand wordt opgemerkt dat 'bijzondere gevallen' wil zeggen: gelet op de bijzonderheden van het geval.⁵ Ik vat dit aldus op dat bij het formuleren van een beleidsregel gevallen worden gedefinieerd naar een bepaald samenstel van kenmerken. Naar de mate waarin aan elk van de kenmerken in bepaalde mate wordt voldaan, of daardoor bepaalde belangen in een bepaalde mate worden geraakt, schrijft de beleidsregel een bepaalde beslissing voor. Er zijn dus twee stappen: de eerste betreft de toepassing van de beleidsregel (de beoordelingsruimte) en behelst de aanwijzing van 'normale gevallen', de tweede betreft de belangenafweging⁶ (de beleidsruimte) en behelst een aanduiding van de beoogde rechtshandeling.

¹ In Duks perspectief een kwestie van het vertrouwensbeginsel of de evenwichtigheid.

² H.E. Bröring, *Beleidsregels, een beknopte biografie*, in: J.L. Boxum et al. (red.), *Aanrekkelijke gedachten. Beschouwingen over de Algemene wet bestuursrecht*, Deventer 1993, p. 387-402, in het bijzonder p. 399.

³ Zie mijn bijdrage *Beleidsregels: naar een nieuwe catechismus voor 'ambtelijke bijbels'*?, NTB 1995/4, p. 81-93, in het bijzonder p. 92.

⁴ PG Awb I, MvT, p. 124.

⁵ PG Awb I, MvT, p. 124.

⁶ Ik beperk mij hier tot een bepaald type beleidsregel en ga voorbij aan wetsinterpreterende en feitenvaststellende beleidsregels.

gevolgen indien zich het betreffende geval voordoet. We moeten goed bedenken dat de omschrijving van de gevallen, geënt op de toepassingscondities van de bevoegdheid in kwestie, soms wel en soms niet alle bin-nen de begrenzing van de bevoegdheid vallende denkbare gevallen capteert; soms beoogt het bevoegd gezag slechts om voor een bepaalde categorie van onder de bevoegdheid vallende gevallen een regel te bieden. Zelfs, echter, als het wel de bedoeling is alle gevallen mee te nemen in de beleidsregel, zal het nog zo zijn dat deze slechts worden beschreven in termen van een beperkt aantal kenmerken. Het is derhalve goed mogelijk - en in elk geval theoretisch denkbaar - dat zich een geval voordoet dat past bij de genoemde normale gevallen in zoverre het voldoet aan de gebruikte kenmerken, maar dit tevens kenmerken bezit (of in een bepaalde combinatie bezit) die bij toepassing van de tweede stap in de beleidsregel (de belangenafweging) tot ongewenste uitkomsten aanleiding geeft. Denk bij handhavingsbeleid bijvoorbeeld aan de beleidsregel die bij overtreding van voorschrift x, sanctie c voorschrijft. De normaaltypische omschrijving is hier 'alle gevallen waarin voorschrift x wordt overtreden'. De tweede stap is: 'dan wordt sanctie c toegepast'. Enerzijds is denkbaar dat zich een geval voordoet waarbij inderdaad voorschrift x is geschonden, maar het vertrouwen is opgewekt dat geen sanctie (althans niet c) zal worden opgelegd. Anderzijds kan het zijn dat in een bepaald geval niet alleen voorschrift x maar ook voorschrift y is overtreden, of dat inmiddels reeds meerdere waarschuwingen van het bestuur zijn uitgegaan, en om die reden toepassing van sanctie c als een te zwakke reactie wordt beschouwd. Enerzijds is het een normaal geval - het voldoet aan het voorgeschreven kenmerk -, anderzijds is er meer aan de hand: er is een 'bijzonderheid van het geval', in het licht waarvan de beslissing die de beleidsregel in dergelijke normale gevallen voorschrijft, niet meer voldoet, omdat deze tot een onredelijke (in de woorden van artikel 4:84 Awb onevenredige) uitkomst leidt.¹ Voor de goede orde - en om deze kwestie kort te sluiten - dit is dus wel wat anders dan een geval dat zelfs niet aan de, c.q. alle kenmerken van het normale geval (of een van de soorten normale gevallen) uit de beleidsregel voldoet. Naar mijn smaak kan - overigens - het criterium van 'bijzondere omstandigheden en onevenredig nadeel' in theorie wel worden gescheiden, maar in de praktijk zijn beide sterk vervlochten.

¹ Ik ga nu - for arguments sake - even voorbij aan de complicaties die gepaard gaan met het ten nadele van belanghebbende afwijken van een belangenafweging-in-abstracto.

Het principiële punt bij de verhouding afweging-in-abstracto en afweging-in-concreto is, dat indien het gaat om bestuursbevoegdheden om in individuele gevallen een bepaalde beslissing te nemen, het niet zo mag zijn dat bij wijze van algemene regel wordt bestuurd. Het bestuur zou dan wetgever in eigen zaak worden. Het bestuur heeft echter de plicht om gegeven een dergelijke bevoegdheid elk individueel geval op zijn eigen merites te beoordelen. Om met Verheij en Lubberdink te spreken, inherente afwijkingbevoegdheid is ook een inherente afwijkingplicht.¹

Eis van beleidsregelgeving; voorontwerp en wettelijke regeling

De eis van een afweging-in-abstracto moet niet worden vereenzelvigd met de eis dat het bevoegd gezag voor de toepassing van eigen bestuursbevoegdheden beleidsregels opstelt en bekendmaakt. Een dergelijke plicht zou in het licht van eerdergenoemd rechtszekerheidsbeginsel zeer wel te plaatsen zijn, maar de wetgever wilde er niet aan. Het voorontwerp van de commissie-Scheltema² behelste een voorstel voor een dergelijke verplichting:

art. 4.4.2 - Indien een bestuursorgaan bij het gebruik van een bevoegdheid tot het nemen van besluiten of het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen een vaste gedragslijn volgt ter zake van het afwegen van belangen, het afwegen van feiten of het uitleggen van wettelijke voorschriften, wordt deze in een beleidsregel neergelegd, tenzij redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daaraan geen behoefte bestaat.

In de toelichting bij dit voorstel heet het dat het vaststellen van beleidsregels belangrijke voordelen kent.³ De uitoefening van de betreffende bestuursbevoegdheid wordt beter 'beheersbaar' en een 'gelijke, niet willekeurige behandeling van justitiabelen (is) beter gewaarborgd'. De commissie denkt hierbij met name aan gevallen waar zeer veel besluiten moesten worden genomen, vooral ook als dat krachtens mandaat of gedeconcentreerd gebeurt. Voorts wordt de 'voorspelbaarheid' van het bestuur bevorderd, hetgeen zowel de rechtszekerheid als de doeltreffendheid van het bestuursop treden zou dienen. Tevens wordt verwezen naar het eindrapport 'Orde in

¹ Vergelijk N. Verheij en H.G. Lubberdink, Algemene wet bestuursrecht, derde tranche, Zwolle 1996, p. 109-110.

² Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht, Derde tranche, 's-Gravenhage 1991.

³ Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht, Derde tranche, p. 123-125.

de regelgeving' van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, waarin de stelling wordt betrokken dat uit ruim omschreven bestuursbevoegdheden niet alleen de bevoegdheid, maar, gelet op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, tevens de plicht tot beleidsregelgeving voortvloeit. De commissie zag echter ook in dat aan de algemene verplichting tot beleidsregelgeving enkele belangrijke bezwaren kleefden. Soms is de achtergrond van een discretionaire bevoegdheid dat de wetgever niet in staat was aan te geven hoe de belangenafweging zich in concreto diende te voltrekken. Het zou dan vreemd zijn aan te nemen dat de desbetreffende bestuursorganen dat wel aanstonds zouden kunnen. Voorts is niet zelden sprake van een relatie tussen discretionaire bevoegdheden en planning¹ en dan zou een beleidsregel minder op z'n plaats zijn. Ten slotte zou het, mede in het licht van deze twee bezwaren, regeltechnisch onwenselijk zijn om een verplichting tot beleidsregelgeving in termen van 'in beginsel verplicht' of 'zo enigszins mogelijk' te formuleren.²

De commissie bedacht echter een oplossing die ik zeer kan waarderen. De voornoemde bezwaren gaan niet op als sprake is van een bestendige bestuurspraktijk. In een dergelijk geval heeft de belangenafweging-in-abstracto zich gaandeweg kunnen uitkristalliseren en kan in elk geval die praktijk, tot uitdrukking gekomen in een 'vaste gedragslijn' in een beleidsregel worden neergelegd, waarmee de kenbaarheid van die gedragslijn is gewaarborgd. Een uitzondering op deze regel zou slechts aangewezen zijn indien mag worden aangenomen dat de gedragslijn genoegzaam bekend is bij betrokkenen (waarbij moet worden gedacht aan situaties waarbij de betrokkenen gering in aantal zijn) en, mede vanwege frequente contacten op een (wat) langere termijn, bekend is bij en met het bestuur.

Het is belangrijk om dus goed te zien dat, hoewel met name de rechtszekerheid daarmee gediend zou kunnen zijn, niet wordt gekozen voor een algemene plicht om gegeven een concrete bestuursbevoegdheid, zo enigszins mogelijk, de belangenafweging-in-abstracto in een beleidsregel neer te leggen, maar slechts om zo ter zake van de uitoefening van die bevoegdheid sprake is van een vaste gedragslijn, deze in een beleidsregel te vervatten.

Zoals ook uit de kernoverweging van de Centrale Raad al bleek, ontbreekt in de thans vastgestelde wettelijke regeling voor beleidsregels de plicht van beleidsregelgeving - ook als sprake is van een 'vaste gedragslijn'. De vraag is natuurlijk waarom. De regering laat in de Memorie van Toelich-

¹ Vergelijk artikel 8.8, tweede lid, aanhef en onder a, Wet milieubeheer.

² Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht, Derde tranche, p. 124.

ting op onderdelen letterlijk de door de commissie voornoemd aangegeven voor- en nadelen van verplichte beleidsregelgeving de revue passerend. Uiteindelijk besluit zij echter dat, hoewel de argumenten pro 'in beginsel aanspreken', het voorstel op een tweetal gronden niet wordt overgenomen. Allereerst bestaat de vrees dat een dergelijke verplichting aanmerkelijke lasten voor het bestuur zal meebrengen en voorts dat het in de praktijk toch niet eenvoudig zal zijn om aan te geven wanneer nu precies sprake zal zijn van een vaste gedragslijn. De regering haast zich overigens om toe te voegen dat zij verwacht dat het gestelde in artikel 4.4.3 (4:82) Awb, namelijk dat indien een beleidsregel is vastgesteld en bekendgemaakt, bij motivering van besluiten kan worden volstaan met een verwijzing naar die beleidsregel, in de praktijk een belangrijke aanmoediging zal inhouden voor bestuursorganen om beleidsregels op te stellen en bekend te maken.

Naar een algemene plicht tot beleidsregelgeving?

Principeel punt in de twee-fasentoeetsing alsook bij de stelselmatigheids-eis is dat het bestuur, zelfs als het voor het eerst met de toepassing van een - mogelijk zelfs volstrekt nieuwe - bevoegdheid geconfronteerd wordt, een belangenafweging-in-abstracto dient te maken. Het besluit dat vervolgens op basis van een algemeen-beleidsconforme belangenafweging-in-concreto wordt genomen, bindt het bestuur uit hoofde van het gelijkheidsbeginsel. Dat staat er echter mijns inziens niet aan in de weg dat de belangenafweging-in-abstracto, met dat het bestuur ervaring opdoet met toepassing van de bevoegdheid, verfijningen en nuanceringen kan ondergaan; zowel in de aanduiding van de normale gevallen (in het bijzonder de relevante kenmerken) als in de aanduiding van de belangenafweging (in het bijzonder de beoogde rechtsgevolgen). Deze verfijningen en nuanceringen kunnen zich zonder schending van het gelijkheidsbeginsel (in concrete gevallen) voltrekken, omdat het bestuur kan verwijzen naar nieuwe kenmerken en belangenconfiguraties in het licht waarvan op dat moment moet worden aangenomen dat sprake is van ongelijke gevallen - nog daargelaten de rol van bijzondere omstandigheden. Aldus kan zich gaandeweg een vaste gedragslijn ontwikkelen.¹

¹ Zou er sprake zijn van een geschreven algemeen beleid dan zou deze ontwikkeling wel tot schending van de rechtszekerheid kunnen leiden en zou aankondiging van verfijning op zijn plaats zijn. Zo beschouwd klemt het rechtszekerheidsbeginsel meer dan het gelijkheidsbeginsel, maar wel pas als beleid als zodanigheid op papier staat; daaraan voorafgaand dwingt juist het gelijkheidsbeginsel tot zorgvuldige beleidsontwikkeling.

In het proces van verfijning en nuancering van de afweging-in-abstracto, voorafgaand aan het moment waarop zich een vaste gedragslijn vestigt - en volgens de commissie-Schellema in een beleidsregel zou dienen te worden neergelegd - speelt het begrip 'bijzondere omstandigheden' theoretisch gezien een belangrijke rol. Met name in een zeer (technisch) complex en dynamisch beleidsterrein kan het in den beginne bij de uitoefening van nieuwe bevoegdheden soms zo zijn dat elk nieuw geval een bijzonder geval lijkt te zijn. Gaandeweg worden overeenkomsten duidelijk en worden voorheen bijzondere gevallen gezien als exemplaren van een bepaalde categorie normale gevallen. Zij domineren de belangenafweging-in-abstracto, en alleen incidentele, echte bijzondere gevallen, blijven daarbuiten. Immers, indien het bestuur tot de conclusie komt dat een bijzondere omstandigheid zich niet incidenteel, maar structureel of stelselmatig voordoeft of zou kunnen gaan voordoen, kan de desbetreffende categorie gevallen als een bepaald type normaal geval aan het beleid (c.q. de beleidsregel) worden toegevoegd. Men zou het ook zo kunnen zien: zodra er een beleid voor inherente afwijking ontstaat, is dat een aanwijzing dat de beleidsregel met een nieuwe categorie normale gevallen moet worden uitgebreid.¹

Grosso modo zal het van de dynamiek van en bekendheid met het beleidsterrein afhankelijk zijn of reeds bij de start al de belangrijkste criteria (zowel voor beoordeling als belangenafweging) kunnen worden aangegeven of dat dit slechts in zeer beperkte mate mogelijk zal blijken. Dit geldt ook voor de vraag of beleid snel in een stabiele fase zal geraken. In een dynamisch beleidsterrein moet er rekening mee worden gehouden dat van tijd tot tijd ook een inmiddels bereikte vaste gedragslijn door toedoen van nieuwe omstandigheden herijkt moet worden.

In een aantal gevallen zal bij de toepassing van nieuwe bevoegdheden enige tijd heengaan met het ontwikkelen van beleid op basis van een belangenafweging-in-abstracto. Als dat beleid er is en tot uitdrukking komt in een vaste gedragslijn, zullen verschillende factoren een rol spelen bij de vraag of op grondslag hiervan een beleidsregel wordt uitgebracht: a allereerst zal er, tegen de achtergrond van het gelijkheidsbeginsel, vanuit rechtszekerheidsoogpunt sprake zijn van een aanhoudende druk tot het uitvaardigen van beleidsregels, zeker waar het gaat om vrij algemeen gere-

¹ Vergelijk ook de toelichting van de regering bij artikel 4.4.5 (4:84) Awb: 'Afwijking in normale gevallen behoort niet mogelijk te zijn. Immers, een structurele afwijking in normale, door de beleidsregel voorziene, gevallen betekent materieel een wijziging van de beleidsregel.' (MvT, p. 124)

digeerde bevoegdheden.¹ Mij dunkt overigens dat juist ook bij het ontwerpen van bevoegdheden uitdrukkelijker moet worden overwogen om in de vorm van algemeen verbindende voorschriften, mede afkomstig van volksvertegenwoordingen of met toepassing van 'voorhangprocedures' of analoge vormen daarvan, het politieke primaat inhoud te geven.

Ik merk hierbij overigens wel op dat juist rechtszekerheid, in het licht van artikel 4:84 Awb ook een schaduwzijde heeft. Als een gedragslijn eenmaal is vastgelegd in een beleidsregel, dan is afwijken ten nadele van de belanghebbende eigenlijk alleen nog mogelijk indien het een zodanig bijzondere omstandigheid betreft, dat moet worden aangenomen dat de beleidsregel er in het geheel niet voor geschreven kan zijn;

b in samenhang met het voorafgaande komt het mij voor dat daar waar het voor belanghebbende zeer ingrijpende en wezenlijke belangen betreft, het bestuur door politiek en rechtspraak ook eerder gehouden wordt geacht om rechtszekerheid te verschaffen. Op het terrein waar grondrechten in het geding zijn (en wat mij betreft gaat het dan ook om de sociale zorgplichtencatalogus van de overheid - al is deze erg omvangrijk), zou dit bijzonder aangewezen kunnen zijn. Het gebied van de sociale zekerheid lijkt mij daarvan een duidelijk voorbeeld;²

c de bekendheid met en dynamiek van het beleidsterrein, zal stellig ook een rol moeten spelen. Hoe onbekender of hoe dynamischer, des te voorzichtiger het beleid tot ontwikkeling komt en des te begrijpelijker het ook is als het bestuur zo het al met beleidsregelgeving komt, het daarin terughoudend zal zijn door bijvoorbeeld uitdrukkelijk slechts voor een zeer beperkt (en homogeen) deel van de uit hoofde van een bepaalde bevoegdheid te beoordelen gevallen het beleid bekend te maken.

Vanuit een meer bestuurskundige optiek kan deze terughoudendheid worden getemperd indien sprake is van een politiek-maatschappelijk meer gevoelig beleidsterrein, als ten gevolge daarvan de factor van de eenheid van beleid gaat meespelen. Dit kan - in combinatie met de omvang van het ambtelijk apparaat (met name bij een meer omvangrijk apparaat) - aanleiding zijn om dit apparaat te binden aan richtlijnen. Daarbij is de stap naar beleidslijnen snel gezet: ongewild, doordat intern beleid 'lekt' en ter voorkoming van verstoring in de implementatie van het beleid wenselijk wordt ook naar buiten toe helderder te bieden, of gewild omdat daarmee ook burgers weten waar ze ambtenaren aan kunnen houden;

1. Vergelijk de eerder aangehaalde opvatting van de Commissie voor wetgevingsvraagstukken.

2. Al zal men daarbinnen wel nuances kunnen aanbrengen.

d last but not least de aard van de bevoegdheid in kwestie. Het komt mij voor dat juist in het geval van de Taxivoorziening-Detam, waar het ging om de mogelijkheid om in *bijzondere gevallen in afwijking van de wettelijke regels* een uitkering meer dan twee jaar voor het moment van aanvraag te doen ingaan, inderdaad moeilijk kan worden verwacht dat daarvoor beleidsregels zijn aan te geven. Zo deze al kunnen worden geformuleerd, zullen deze juist in dergelijke gevallen, waarbij het eigenlijk gaat om een wettelijke hardheidsclausule, slechts in zeer algemene en derhalve weinig verhelderende vorm kunnen worden gegeven. In het geval van de uitspraak van de Rechtbank Groningen, inzake de 'vervangende opdracht', is in elk geval reeds helder welke gevallen zich zeer waarschijnlijk zullen voordoen.¹

Het komt mij voor dat het nog te vroeg is om in dezen met scherp afgebakende criteria te komen. Of ooit de tijd rijp zal zijn voor een algemene, eenvormige bepaling houdende de plicht tot beleidsregelgeving is wat mij betreft zelfs de vraag. Ik heb mij in het verleden kritisch betoond over de wenselijkheid om afzonderlijke regels te ontwikkelen voor beleidsregelgeving, zoals dat thans in de derde tranche is geschied. Ik was en blijf van mening dat het aantrekkelijker ware geweest om juist vanuit een verder uitwerken van beginselen in dezen voor de burger meer waarborgen te bieden.² Een en ander neemt niet weg dat de huidige regeling stellig een stimulus zal zijn tot nieuwe jurisprudentie inzake beleidsregelgeving.³ Ik denk dat het goed is te bezien welke bakens in de jurisprudentie ten aanzien van de plicht tot beleidsregelgeving zullen worden aangebracht. In verband daarmee hoop ik vurig dat de administratieve (en ook de burgerlijke) rechter in elk geval niet zal aflaten telkens weer allereerst te vragen naar het beleid. Dat hoeft niet op papier te staan, maar de rechter kan wat mij betreft niet indringend genoeg duidelijk maken dat er een algemene visie op de bevoegdheidsuitoefening dient te zijn. Een 'met de billen bloot'-benadering is een belangrijk startpunt voor meer 'uitgesproken be-

1. Een staatje met vervangende opdrachten in omvang of zwaarte variërend al naargelang het aantal verzumde bijeenkomsten; eventueel met een bepaalde nadere ondergrens, is snel gemaakt. Al is ook wel te begrijpen dat men wellicht beoogt te voorkomen dat een vervangende opdracht tot een alternatieve studie-route wordt.

2. Vergelijk de bijdrage van de Sectie bestuursrecht RU Limburg, Beleidsregels: gebruiksaanwijzing van bestuursbevoegdheid, Regelaar 1993/2, p. 54-60 en mijn eerder aangehaald NTB-artikel over beleidsregels uit 1995.

3. Al zal daar naar ik vrees helaas, vooral door toedoen van artikel 1:3, vierde lid, Awb, ook veel fundamenteel bezien onnutte jurisprudentie bij zijn!

leid'. De rechter zal wat mij betreft, indachtig de titel van deze annotatie ook kritischer kunnen staan tegenover de doordachtheid van dat beleid. De eis dat het beleid een reflectie moet bieden van alle redelijkerwijs in beschouwing te nemen belangen¹ kan daarbij goed worden toegepast, ook zonder dat de rechter daarmee op de stoel van het bestuur belandt. Ten slotte zal in wetenschap en wetgeving verder moeten worden gepiekerd over met name plaats en inhoud van het rechtszekerheidsbeginsel en - ik kan het niet laten - de rol van het politieke primaat in de onderste treden van de gelede normstelling.

¹ Vergelijk de eerder aangehaalde uitspraak ABRvS 3 november 1994, JB 1994/326 (APK/Bas Blaak B.V.), die voor die benadering een aanknopingspunt biedt.