

Artikel 8:2 (8.1.1.2) DRAFT

Geen beroep kan worden ingesteld tegen:

a een besluit, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift [2] of een beleidsregel [3],

b een besluit, inhoudende de intrekking of de vaststelling van de inwerkingtreding van een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel [4], en

c een besluit, inhoudende de goedkeuring van een besluit, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel of de intrekking of de vaststelling van de inwerkingtreding van een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel [4].

Inhoud commentaar¹

1 Algemeen, **2** Algemeen verbindend voorschrift, **3** Beleidsregel, **4** De onderdelen b en c.

1 Algemeen

Artikel 8:2, aanhef en onder a is een van de meest omstreden bepalingen van het nieuwe bestuursprocesrecht. In de juridische literatuur, in het bijzonder reeds door Van Male (in diens dissertatie *Rechter en bestuurswetgeving*, Zwolle, 1988), was aangedrongen op het mogelijk maken van beroep bij de administratieve rechter tegen besluiten die een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel inhouden. Ook tijdens de parlementaire behandeling stond de uitsluiting van deze beroepsmogelijkheid in de onderhavige bepaling bloot aan veel kritiek.

Een en ander heeft bij de totstandkoming van de (1^e en) 2^e tranche van de Awb geleid tot het aannemen van een amendement van de leden Jurgens en Biesheuvel (Kamerstukken 22 495, nr. 19) op grond waarvan aan hoofdstuk 6 (Overgangs- en Slotbepalingen) een artikel IVA werd toegevoegd. Op grond van deze bepaling zou de uitsluiting van het beroep tegen besluiten, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel (en daarmee van de hiermee op één lijn te stellen besluiten genoemd in artikel 8:2, aanhef en onder b en c), op 1 januari 1999 komen te vervallen.

Op 29 december 1998 verscheen echter in het Staatsblad de Wet uitstel verval artikel 8:2 Awbb (Stb. 1998, 738) die daags na deze publicatie inwerking trad. Aldus werd vlak voordat art. 8:2 Awb van rechtswege zou vervallen voornoemd art. IVA in die zin aangepast dat art. 8:2 Awb zal vervallen 'met ingang van een bij wet te bepalen tijdstip.

In het nu volgende commentaar zal wat uitgebreider ingegaan worden op de uitsluiting van de mogelijkheid van beroep tegen besluiten inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel zoals bedoeld in onderdeel a.

¹ Door mr. M.A. Heldeweg (oorspronkelijke tekst mr. R.E. Bakker)

Aan de uitsluiting van de besluiten bedoeld in de onderdelen b en e van dit artikel zal slechts zeer kort aandacht worden besteed. Dogmatisch gezien vloeit de uitsluiting van deze besluiten voort uit de uitsluiting bedoeld bij onderdeel a. Voorts kan grotendeels verwezen worden naar aantekening 7 bij artikel 8:1.

2 *Algemeen verbindend voorschrift*

Achtereenvolgens zal hier worden stilgestaan bij de volgende onderwerpen:

- a- ter inleiding de uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter door toedoen van het besluitbegrip;
- b- een korte positiebepaling over de principiële betekenis van art. 8:2 Awb;
- c- een beknopte verwijzing naar enige jurisprudentie als opmaat voor art. 8:2 Awb;
- d- een weergave van enkele dragende overwegingen bij de 2^e tranche van de Awb;
- e- een weergave van de belangrijkste ontwikkelingen aan de zijde van regering en wetgevende macht inzake het *niet* vervallen van art. 8:2 Awb ('het vervolg 1');
- f- een weergave van enkele ontwikkelingen in de jurisprudentie op basis van art. 8:2 Awb ('het vervolg 2').

a – Inleiding: uitbreiding rechtsmacht bestuursrechter

Onder de Wet Arob en de TwK was voor de rechtsmacht van de administratieve rechter doorslaggevend of het voorwerp van beroep was aan te merken als een beschikking. Besluiten van algemene strekking werden in beide regelingen van beroep uitgezonderd. Dit heeft aanleiding gegeven tot een stroom van jurisprudentie en literatuur over de afbakening tussen beide begrippen. De conclusie kan worden getrokken dat deze afbakening niet altijd even duidelijk was. Voor een bespreking in kort bestek over deze afbakeningsproblematiek zij verwezen naar het commentaar bij art. 1:3 Awb.

Artikel 8:1 stelt voor de nieuwe regeling het begrip besluit als voorwerp van beroep centraal. Dit heeft tot gevolg dat het onderscheid tussen de begrippen beschikking en besluit van algemene strekking, althans voor de bepaling van de rechtsmacht van de administratieve rechter, zijn betekenis heeft verloren. Beslissend is van nu af aan of het voorwerp van beroep is aan te duiden als een voor beroep vatbaar besluit. Dit zijn die besluiten die niet kunnen worden aangemerkt als een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel. In de MvT 2^e tranche (p. 92) wordt de verwachting uitgesproken dat het onderscheid tussen voor beroep vatbare besluiten enerzijds en algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels anderzijds, gemakkelijker te maken zal zijn dan tussen beschikkingen en besluiten van algemene strekking. Op deze verwachting komen we aanstonds (onder **x**) nog terug.

In de MvT bij de derde tranche (Kamerstukken 23 700, nr. 3, p. 105) wordt, in overeenstemming met de betekenis die de Hoge Raad hieraan reeds gaf in zijn arrest van 10 juni 1919 (NJ 1919, p. 647), een algemeen verbindend voorschrift omschreven als: een naar buiten werkende, voor de daarbij betrokkenen bindende regel, uitgegaan van het openbaar gezag dat de bevoegdheid daartoe aan de wet ontleent. Anders gezegd: algemeen verbindende voorschriften zijn krachtens de

wet door een publiekrechtelijk orgaan uitgevaardigde algemene regelingen. Deze regelingen werken naar buiten, in die zin dat zij de betrokken burgers (alsmede de betrokken organen) rechtstreeks binden.

Algemeen verbindende voorschriften worden vastgesteld, ofwel door de wetgever in formele zin op grond van artikel 81 van de Grondwet, ofwel door een bestuursorgaan krachtens een wettelijke bevoegdheid. Op algemeen verbindende voorschriften die zijn vastgesteld door de wetgever in formele zin is artikel 8:2 overigens niet van toepassing, omdat beslissingen van de wetgever in formele zin op grond van artikel 1:3, eerste lid juncto artikel 1:1, tweede lid, aanhef en onder a niet als een voor beroep vatbaar besluit kunnen worden aangemerkt. Ook artikel 120 van de Grondwet sluit een rechtstreeks beroep tegen wetgeving in formele zin uit.

b – principiële betekenis art. 8:2 Awb

De praktische betekenis van artikel 8:2 is aldus gelegen in de uitsluiting van beroep tegen algemeen verbindende voorschriften die krachtens een wettelijke bevoegdheid door bestuursorganen zijn vastgesteld. In navolging van Van Male wordt dit type wetgeving veelal aangeduid als 'bestuurswetgeving'. Deze term omvat alle wetgeving afkomstig van, wat ook wel wordt aangeduid als, de lagere wetgevers: AMvB's, ministeriële verordeningen, provinciale en gemeentelijke verordeningen, verordeningen van pbo-organen en waterschappen, alsmede alle andere algemene regelingen afkomstig van bestuurlijke organen als colleges van gedeputeerde staten of van burgemeester en wethouders, mits hun regelgeving gebaseerd is op attributie dan wel delegatie van wetgevende bevoegdheid.

Volgens de oude Trias-gedachte werd een scherp onderscheid gemaakt tussen wetgeving en bestuur. Het begrip wetgeving had in deze gedachte allereerst betrekking op de regelgeving afkomstig van de formele wetgever (in de terminologie van artikel 1:1 aangeduid als de wetgevende macht), dan wel van lagere democratisch gelegitimeerde organen als provinciale staten en de gemeenteraad. De gedachte was voorts dat de wetgeving afkomstig van deze organen gedetailleerde voorschriften voor de bestuurlijke organen bevatte. In deze filosofie paste (rechterlijk dan wel bestuurlijk) toezicht op de bestuurlijke organen, opdat gegarandeerd werd dat het bestuur de wet op een juiste wijze uitvoerde. Geen plaats was er in deze filosofie evenwel voor rechterlijk toezicht op wetgevend handelen: de wettelijke procedure werd geacht met voldoende waarborgen te zijn omkleed; ook de (vermeende) democratische legitimatie stond aan rechterlijke controle in de weg.

In talloze geschriften (verwezen zij hier slechts naar de reeds genoemde dissertatie van Van Male) is erop gewezen dat deze visie voor de huidige wetgevende en bestuurlijke praktijk niet meer opgaat. Het openbaar bestuur kent veelal slechts een globale (formeel)wettelijke regeling die door de bestuurlijke organen nader moet worden ingevuld. De nadere regelgeving die hiervoor nodig is, is veeleer slechts een van de instrumenten geworden waarvan het bestuur zich bedient ter vervulling van zijn taak.

c – jurisprudentieel 'voorwerk'

De teloorgang van het sacrosancte karakter van wetgeving uitte zich ook in de jurisprudentie. Daar waar de regelingen voor het beroep op de diverse administratieve rechters beroep tegen algemeen verbindende voorschriften uitsloten, is de burgerlijke rechter krachtens zijn aanvullende rechtsbeschermende rol ingesprongen. De bemoeienis van de gewone rechter met wetgeving heeft overigens al een lange geschiedenis. Verwezen zij naar het fraaie overzicht van Van Male in AB *Klassiek* (Zwolle 1994, p. 150-164), die achtereenvolgens wijst op:

- a. de sinds het midden van de vorige eeuw aanvaarde, zogenoemde, incidentele toetsing, waarbij de rechter het toe te passen wettelijk voorschrift toetst aan een hoger wettelijk voorschrift, en bij bevonden onverenigbaarheid het lagere wettelijk voorschrift buiten toepassing laat dan wel onverbindend verklaart;
- b. de rechtstreeks op schadevergoeding gerichte actie bij de burgerlijke rechter tegen onrechtmatige wetgeving, te beginnen met het Pocketbooks II-arrest (HR 24 januari 1969, ARB 1969, p. 194; NJ 1969, 316. Zie voorts HR 16 mei 1986, AB 1986, 574, m.nt. P.J.J. van Buuren; NJ 1987, 251 m.m. M. Scheltema (Landbouwwliegers) en HR 18 januari 1991, AB 1991, 241 m.nt. F.H. van der Burg; NJ 1992, 638 m.nt. C.J.H. Brunner (Varkensmester);
- c. de met ingang van het LSV-arrest (HR 1 juli 1983, AB 1984, 103; NJ 1984, 360) ontwikkelde buitenwerkingstelling van algemeen verbindende voorschriften door de burgerlijke rechter in kort geding. De gevolgen van deze buitenwerkingstelling zijn verstrekkend en hebben, praktisch gezien, dezelfde gevolgen als een schorsing van het algemeen verbindend voorschrift zou hebben. In het LSV-arrest omschrijft de Hoge Raad de buitenwerkingstelling immers als: een in algemene termen vervat verbod, daartoe strekkende dat de Staat zich - tot de eventuele beslissing in de bodemprocedure, waarbij het algemeen verbindend voorschrift verbindend wordt geoordeeld - heeft te onthouden van gedragingen die op de uitwerking van het bestreden algemeen verbindende voorschrift zijn gegrond. Bij dit laatste heeft de Hoge Raad met name het oog op het uitvoeren of doen uitvoeren van het algemeen verbindend voorschrift, bijvoorbeeld door daden van opsporing en vervolging.

Voorts is deze uitbreiding van rechtsmiddelen tegen algemeen verbindende voorschriften gepaard gegaan met een ontwikkeling waarbij de rechter de algemeen verbindende voorschriften in toenemende mate ook op hun verenigbaarheid met ongeschreven rechtsbeginselen toetst (zie, onder meer, Van Male in AB *Klassiek*, p. 157-164).

d – overwegingen bij de 2^e tranche

Ondanks deze ontwikkelingen hield de wetgever in artikel 8:2 vooralsnog vast aan de uitsluiting van beroep tegen besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften. Voor deze uitsluiting werden evenwel door de regering, in de MvT bij de 2^e tranche (p. 92-94), geen dogmatische gronden meer aangevoerd. Aan het openen van de mogelijkheid van beroep tegen besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften, waren volgens de regering nog te veel onzekerheden verbonden. Deze achtte de regering met name gelegen in twijfel over het effect van de leer van de formele rechtskracht, ontwikkeld voor de rechterlijke toetsing van beschikkingen. Beschikkingen waartegen niet tijdig bezwaar dan wel beroep is

aangetekend, verkrijgen formele rechtskracht. Dat wil zeggen dat zij voortaan als in rechte onaantastbaar dienen te worden beschouwd. Dit houdt weer in dat deze beschikkingen in latere procedures, zowel naar hun wijze van totstandkoming als naar hun inhoud, voor rechtmatig moeten worden gehouden.

Onverkorte toepassing van deze leer op de toetsing van algemeen verbindende voorschriften zou betekenen dat, indien binnen gestelde termijnen geen beroep zou worden ingesteld tegen het besluit waarbij het algemeen verbindend voorschrift werd vastgesteld, dit besluit in rechte onaantastbaar zou worden. In de MvT bij de 2^e tranche werd de vrees uitgesproken dat, om aan deze consequentie te ontkomen, veel belanghebbenden voor de zekerheid alvast tegen het besluit, waarbij het algemeen verbindend voorschrift wordt vastgesteld, in beroep zullen gaan. Gevreesd werd dan ook voor een aanzuigende werking die van het openen van deze beroepsmogelijkheid het gevolg zou kunnen zijn.

In dezelfde MvT werd terecht opgemerkt dat, in verband met de herhaalde toepasbaarheid van algemeen verbindende voorschriften, de leer der formele rechtskracht voor de toetsing van besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften een andere betekenis heeft. Ook werd er terecht op gewezen dat de vraag naar de rechtmatigheid van deze besluiten in die zin geen 'zwart-wit-karakter' heeft, dat op het moment van de totstandkoming van het besluit de kring van belanghebbenden niet vaststaat. Personen die ten tijde van de uitvaardiging van het algemeen verbindend voorschrift nog geen belanghebbende in de zin van artikel 1:2 zijn, kunnen dit later, geconfronteerd met de toepassing van het besluit, wel zijn. Voorts werd gewezen op de dynamiek van de rechtsontwikkeling, die met zich kan brengen dat een voor herhaalde toepassing vatbaar besluit weliswaar ten tijde van zijn totstandkoming rechtmatig is, maar door latere ontwikkelingen - bijvoorbeeld door de doorwerking van verdragsrecht - onrechtmatig wordt.

Naast deze onzekerheden was er nog de vraag naar de rechtskracht van ter uitvoering van een vernietigd algemeen verbindend voorschrift reeds genomen uitvoeringsbesluiten en de vraag naar de bevoegdheid van de burgerlijke en de strafrechter om algemeen verbindende voorschriften die de toets van de bestuursrechter hebben doorstaan, alsnog onverbindend te verklaren (zie hieromtrent o.a. J. Boesjes, *Een gordel van smaragd*, Deventer, 1993).

In aantekening 1 is al gebleken dat de Tweede Kamer, bij de totstandkoming van de 2^e tranche, in meerderheid uiteindelijk niet overtuigd werd door de argumenten van de regering. Uit het oogpunt van de doorzichtigheid van het Stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming achtte de kamer het niet gewenst dat de behandeling van het beroep tegen een wettelijk voorschrift bij een andere rechterlijke instantie berust dan de behandeling van het beroep tegen een besluit waarbij dit wettelijk voorschrift ten uitvoer wordt gelegd.

De voornoemde, door de regering aangegeven complicaties vormden echter wel de basis voor de beslissing van de wetgever om door introductie van overgangsartikel IVA een 'adempauze' te scheppen waardoor deze (en mogelijke andere problemen) voorafgaand aan de introductie van een beroepsrecht tegen algemeen verbindende voorschriften (c.a. en tegen beleidsregels) tot een bevredigende oplossing konden worden gebracht. De constructie van verval van rechtswege bevestigde echter de intentie om uiteindelijk (na vijf jaar) dit beroep inderdaad mogelijk te maken.

e – het vervolg 1: regering en wetgever

Vooraleer aan de hand van enkele uitspraken nader in te gaan op de toepassing van art. 8:2 Awb (zie *f*) wordt nu eerst aangegeven hoe (de onder punt 1. aangegeven) de beslissing tot wijziging van overgangsartikel IVA Awb gestalte kreeg. Achtereenvolgens wordt daartoe ingegaan op:

- De Notitie rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels bij de bestuursrechter (hier kortweg, de Notitie; TK 1996/1997, 25383, nr. 1 en 2);
- De Wet uitstel verval artikel 8:2 Awb (hier kortweg, de Wet uitstel; Stb 1998, 738).

Bij de Notitie wordt hier wat uitgebreider stilgestaan omdat deze een uitwerking biedt van de (deels ook hiervoor aangekaarte) problemen van beroep tegen algemeen verbindende voorschriften in de visie van de minister van Justitie (en staatssecretaris van Binnenlandse Zaken) en de insteek die de minister voor ogen staat om deze tot een oplossing te brengen. Niet alleen als opmaat voor de Wet uitstel, maar ook voor het debat dat in de komende jaren stellig nog zal volgen lijkt het goed de posities helder in beeld te hebben.

De Notitie wordt uitsluitend ingegaan op de (eventuele ongewenste neveneffecten van de) toetsing van algemeen verbindende voorschriften (zie ook Aanhangsel I, 1995/1996, nrs. 32 en 34). Niet wordt ingegaan op wetten in formele zin of op PKB's en evenmin op beleidsregels (vernietiging van een beleidsregel heeft immers geen gevolgen heeft voor de mogelijkheid om een bepaalde bevoegdheid te gebruiken en is daarmee minder problematisch.

De minister stelt vast (Notitie, onderdeel 2.1) dat de Hoge Raad in het arrest Leenders-Ubbergen (HR 11 oktober 1996, JB1996/241; AB 1997, 1 m.nt. ThGD) de mogelijkheid van beroep op de burgerlijke rechter tegen een algemeen verbindend voorschrift heeft bevestigd. Volgens de Hoge Raad brengt de eis van doelmatige rechtsbescherming tegen de overheid mee dat de burger een geschil omtrent verbindendheid van een algemeen verbindende voorschrift aan de burgerlijke rechter moet kunnen voorleggen, althans zolang beslechting van een dergelijk geschil niet aan de bestuursrechter is opgedragen. Van de burger kan niet worden verwacht dat hij het op strafvervolgning of bestuursdwang (c.a.) laat aankomen.

Met deze stand van zaken neemt Nederland (Notitie, onderdeel 2.2) met Luxemburg een uitzonderingspositie in door geen beroep tegen algemeen verbindende voorschriften bij de bestuursrechter mogelijk te laten zijn. Wat de overige West-Europese landen betreft valt op dat: 1) het beroep vaker decentrale regelingen betreft dan nationale; 2) het toetsingsrecht steeds primair is voorbehouden aan de bestuursrechter; 3) de rechtsgang doorgaans naast beroep in eerste aanleg, hoger beroep en het hoogste beroep (cassatie of prejudiciële toetsing) beslaat; 4) de drempel om toegang tot het beroep te krijgen laag is (een direct, individueel, actueel of toekomstig belang is voldoende – soms Duitsland/Portugal is (voorzienbaar) nadeel vereist); 5) de beroepstermijnen uiteen lopen van 2 maanden (60 dagen) tot geen termijn; 6) er wordt getoetst aan geschreven en

ongeschreven recht (niet in Duitsland, maar daar bevat de Grondwet enkele algemene rechtsbeginselen); 7) het beroep nergens schorsende werking heeft (afgezien van de mogelijkheid tot een verzoek om schorsing als voorlopige voorziening); 8) het beroep in alle landen kan leiden tot vernietiging erga omnes en met terugwerkende kracht van het algemeen verbindende voorschrift; 9) uitvoeringsbesluiten van een vernietigd algemeen verbindende voorschrift vaak in stand kunnen blijven.

De minister inventariseert vervolgens de argumenten voor en tegen het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels bij de bestuursrechter, zulks mede aan de hand van de indeling in 'rechtssystematische' overwegingen en overwegingen 'aangaande de rol van de wetgever en de totstandkoming van wetgeving'. Ook geeft de minister een overweging inzake de timing van het doen vervallen van art. 8:2 – wellicht een voorschot voor de Wet uitstel (Notitie, onderdeel 3.1 en 3.2):

- rechtssystematische overwegingen: art. 8:2 Awb vormt een inconsistentie in het systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming en art. 6:162 BW wordt in feite op een oneigenlijke wijze gebruikt en plaatst de burgerlijke rechter voor beslechting van een geschil waartoe hij eigenlijk (qua bevoegdheden) niet is toegerust. Voorts biedt de mogelijkheid van indirect beroep tegen een algemeen verbindende voorschrift, bij gelegenheid van het beroep tegen een uitvoeringshandeling, onvoldoende rechtsbescherming, met name indien er schade optreedt rechtstreeks door de werking van een algemeen verbindende voorschrift). Aan de andere kant is er geen sprake van een lacune in de rechtsbescherming en valt wel degelijk te verdedigen dat algemeen verbindende voorschriften zich onderscheiden van andere besluiten, met name vanwege de formele rechtskracht (al speelt die problematiek ook bij besluiten van algemene strekking die geen algemeen verbindend voorschrift zijn, vgl. overigens MvA 2^e tranche, p. 36 - MAH) hetgeen, bij toepassing van een beroepstermijn met een (hiervoor reeds genoemde – MAH) aanzuigende werking van het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften bij de bestuursrechter gepaard zou gaan. Tenslotte (ook dit punt kwam bij de 2^e tranche al naar voren; zie hierboven – MAH) leven we in een dynamische rechtsorde waardoor sommige burgers eerst later belanghebbend worden bij een algemeen verbindende voorschrift en waardoor een eerst rechtmatig algemeen verbindende voorschrift later (door feitelijke of juridische ontwikkelingen, zoals latere hogere regelgeving) alsnog onrechtmatig kan worden.
- overwegingen aangaande de rol van de wetgever en de totstandkoming van wetgeving: direct beroep tegen algemeen verbindende voorschriften is een goed tegenwicht voor toegenomen bestuurlijke beleidsvrijheid door delegatie van regelgevende bevoegdheid ('bestuurscentrisme': ten opzichte van het parlement – als medewetgever – is sprake van een overwegende invloed van het bestuur op wetgeving, terwijl het parlement ook slechts 'vooraf' (mede) aan het recht kan toetsen. Daarnaast is het onderscheid tussen beschikkingen en bassen enerzijds en algemeen verbindende voorschriften anderzijds voor burgers onvoldoende duidelijk (de minister vergelijkt als voorbeeld beperkingen uithoofde van de bouwverordening – geen beroep - met de

weigering van een bouwvergunning –wel beroep). Ook is handhaving van een uitzonderingspositie t.o.v. de ons omringende landen ongelukkig. Anderzijds bestaat het risico dat de rechter op de stoel van de wetgever belandt en dat de rechter de controle uitvoert die eigenlijk aan volksvertegenwoordigingen is voorbehouden (al bestaat dat risico ook nu al bij de burgerlijke rechter en bij het indirecte beroep (bij de bestuurs- en de strafrechter) terwijl nogal wat van de te toetsen/getoetste algemeen verbindende voorschriften niet met medewerking van een volksvertegenwoordiging worden gegeven, zoals AmvB's, Ministeriële regelingen. Dat laatste relateert ook een andere zorg, namelijk die van de botsing van toetsing aan rechtsbeginselen met het primaat van de politiek – iets dat vooral speelt op het decentrale niveau aangezien op rijksniveau nog de weg van de wet in formele zin kan worden gekozen. In elk geval moet de bestuurlijke beleidsvrijheid moet worden gewaarborgd (tegen stropoerigheid en onzekerheid over rechtsgeldigheid van het beleid).

- de overweging inzake timing is niet opmerkelijk, de minister stelt dat de gewenning aan de Awb zich niet verdraagt met een majeure en snelle uitbreiding van de rechtsmacht en dat daarom werd gekozen voor de overgangstermijn van 5 jaar, maar, zoals nog zal blijken is het de opmaat tot het advies om die overgangstermijn nog verder te verlengen.

Tegen de achtergrond van deze overwegingen zet de minister vervolgens een viertal aandachtspunten uit relevant voor het geval art. 8:2 Awb inderdaad komt te vervallen (Notitie, onderdeel 4.1):

1. er volgt dan een verschuiving van de burgerlijke rechter naar de bestuursrechter - met als voordeel dat samenhangende beoordelingen meer door één hand worden beslecht;
2. er zal geen verschil optreden in toetsingsmaatstaven - ook de bestuursrechter toetst aan geschreven en ongeschreven recht (m.i.v. art. 3:4, lid 2 Awb als 'marginale redelijkheidstoets');
3. er komt wel een verandering in rechtsingang - met een beroepstermijn en bijgevolg de regel van de formele rechtskracht (met de vraag of bij ongebruikt verstrijken van de termijn ook de mogelijkheid van indirect beroep vervalt), alsmede met de kwestie van de omvang van de kring van beroepsgerechtigden (indien te beperkt zal de burgerlijke rechter weer restrechter zijn) en tenslotte nog de kwesties van procesvertegenwoordiging en de (al dan niet) verplichte bezwaarschriftenprocedure;
4. ook het verschil in uitspraakbevoegdheden wordt voelbaar – de burgerlijke rechter beschikte niet over de vernietigingsbevoegdheid van de bestuursrechter (met bijbehorende beperkingsmogelijkheden en uitbreidingen van art. 8:72 Awb) en de uitspraak zal niet slechts inter partes maar erga omnes werken;

De minister komt vervolgens (Notitie, onderdeel 4.2) met drie constatering direct relevant voor het geval dat art. 8:2 vervalt zonder aanvullende wetgeving: a) door toedoen van de beroepstermijn in een vroeg stadium helderheid komen over de rechtmatigheid (ex tunc) van dit algemeen verbindende voorschrift (met mogelijk een aanzuigende werking); b) de bezwaarschriftenprocedure zal van toepassing zijn en de voortgang in de beleidsvoering kunnen vertragen; c) bestuur en rechters zijn nog in een stadium van gewenning zodat introductie van beroep tegen algemeen

verbindende voorschriften vanwege extra werklust en voornoemde probleempunten nu onverstandig zou zijn.

Wat het beroep tegen AMvB's betreft ligt er ook nog het risico dat de ABRS moet oordelen over geschillen waarin eerder door de RvS werd geadviseerd. Voor decentrale overheden dreigt bij beroep tegen verordeningen met name stagnatie door procedures. Deze overheden kunnen hun algemeen verbindende voorschriften niet gelijk de wetgever in formele zin 'immuniseren' voor rechterlijke toetsing. Opmerkelijk is de opmerking van de minister dat het amendement – in de 2^e tranche - tot verval van art. 8:2 Awb, blijkens het commentaar van één der indieners, met name was ingegeven m.h.o. op AMvB's en Ministeriële regelingen, niet op lokale verordeningen ook vanwege het feit dat lokale bestuurders tevens als vertegenwoordigende lichamen wetgever kunnen zijn en aldus de confrontatie met rechterlijke toetsing veel scherper zou komen te liggen.

Pogingen om in beeld te krijgen met hoeveel zaken moet worden gerekend, door te kijken naar aantallen in het buitenland en bij de burgerlijke rechter alhier leveren weinig op (Notitie 4.3). In het buitenland wordt het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften waarschijnlijk onvoldoende bijzonder gevonden, want specifieke tellingen zijn daarvoor niet verricht. Geschat wordt dat bij de burgerlijke rechter jaarlijks zo'n 40 a 50 zaken inzake algemeen verbindende voorschriften worden aangebracht, maar het extrapoleren van dat getal is eigenlijk te moeilijk.

Tenslotte komt de minister tot een voorlopige stellingname inzake de procesrechtelijke vormgeving. Het uitgangspunt is – vooralsnog - dat zo min mogelijk zou moeten worden afgeweken van het inmiddels geharmoniseerde bestuursprocesrecht. en dat een onevenredige (toename) van werklust voor openbaar bestuur en rechter moet worden voorkomen, net als een onevenredige vertraging van bestuurlijke besluitvorming en een onevenredige toename van de tijdsduur van de procesgang. Enkele stellingnames zullen nu puntsgewijs volgen:

1. Toegang tot de procedure (Notitie, onderdeel 5.1)
 - Het belanghebbendebegrip: hierin moet geen beperking worden aangebracht ook al omdat dit de restfunctie van de burgerlijke rechter zou activeren. Mogelijk verdient het aanbeveling om, net als in de BRD, een figuur van een 'Massenverfahren' (Massaproces), te introduceren (waarbij een beroepsgerechtigde anderen vertegenwoordigt).;
 - Het processueel belang: de burgerlijke rechter zou bij bezwaren tegen een algemeen verbindende voorschrift die zich eerst bij een uitvoeringsbeslissing openbaren kunnen verwijzen naar de bestuursrechtelijke rechtsgang. Mogelijk moet er een regeling komen om indien schade eerst na een uitvoeringsbeslissing optreedt ook eerst dan beroep mogelijk te maken;
 - Uitsluiting van algemeen verbindende voorschriften: lijkt – nog los van principiële inconsistentie – reeds vanwege het gevaar voor het activeren van de restfunctie van de burgerlijke rechter niet wenselijk (NB bij verval van art. 8:2 blijven art. 8:4 en art. 8:5 Awb hun werk doen).
2. De bezwaarschriftprocedure (Notitie, onderdeel 5.2)
 - tegenover bestuurlijke heroverweging als bevestiging van het primaat van het bestuur en de zeeffunctie staat dat vaak al een uitgebreide en recente voorbereiding (met inspraak, overleg en advies) heeft plaatsgevonden, alsmede

de te verwachten vertraging. Bij overslaan van de bezwaarfase heeft het bestuur o.g.v. art. 6:18 en art. 6:19 Awb nog wel de mogelijkheid om tijdens een eventuele procedure het bestreden besluit te wijzigen, in te trekken of een nieuw besluit te nemen. Dit punt moet alsnog worden gezien.

3. bezwaar- en beroepstermijnen en formele rechtskracht (Notitie, onderdeel 5.3)
 - rechtens onaantastbaar worden (formele rechtskracht): de minister stelt zich voor dat, in aansluiting op regimes in andere landen, ook beroep tegen uitvoeringsbeslissingen, met een indirect beroep, mogelijk moet zijn zonder voorafgaand beroep tegen het desbetreffend algemeen verbindende voorschrift (bijvoorbeeld bezwaar tegen bouwvergunning wegens onrechtmatigheid bestemmingsplan) – zulks i.v.m. de dynamiek van de rechtsontwikkeling en latere belanghebbendheid (zoals door verhuizing);
 - bezwaar- en beroepstermijn: voor Nederland hecht de minister aan termijnen vanuit de rechtszekerheid (voor burger en bestuur). Het risico van later beroep op de burgerlijke rechter wordt niet al te groot geacht: deze zal toch toetsen of eiser niet een redelijkerwijs voor hem openstaande volwaardige (bestuursrechtelijke) beroepsgang heeft laten liggen en bijgevolg nu niet kan worden ontvangen. Het zelfde geldt ook voor gevallen dat nog de mogelijkheid van bestuursrechtelijk indirect beroep bij een uitvoeringsbeslissing open staat. De restgroep is klein – en er zal waarschijnlijk altijd wel een restcategorie zijn.
4. relatieve competentie (Notitie, onderdeel 5.4)
 - de minister zal voorstellen om beroep tegen algemeen verbindende voorschriften van rijkswege te concentreren bij één rechtbank – gegeven de reikwijdte van rijks-algemeen verbindende voorschriften zou, in het huidige stelsel, in beginsel elke rechtbank bevoegd kunnen zijn met als gevolg: uiteenlopende uitspraken en forumshopping.
5. schorsende werking (Notitie, onderdeel 5.5)
 - de geldende systematiek kan worden toegepast, d.w.z. vragen om schorsing. Anders (d.w.z.: ‘instellen van beroep schorst’) zou het beroep waarschijnlijk een sterk aanzuigende werking krijgen.
6. hoger beroep (Notitie, onderdeel 5.6)
 - uitsluiting bevordert snel verkrijgen zekerheid, maar is toch een inconsistentie. Bovendien zou uitsluiting ook het bestuur de kans ontnemen om in hoger beroep te beslissing in eerste aanleg aan te vechten. Ook zou er een inconsistentie zijn tegenover het indirect beroep waarvoor doorgaans wel tenminste twee instanties beschikbaar zijn. De minister kiest voor twee instanties, behalve daar waar voor uitvoeringsbesluiten ook nu al de uitzondering van één instantie geldt (Wet milieubeheer). Notabene, er is een risico van vernietiging van een algemeen verbindende voorschrift in eerste aanleg en vernietiging van die uitspraak in hoger beroep. Via de mogelijkheid van het in stand houden van rechtsgevolgen, dan wel het al dan niet aan de vernietiging verbinden van terugwerkende kracht, is het mogelijk ongewenste uitkomsten te voorkomen.
7. rechterlijke beslistermijn (Notitie, onderdeel 5.7)
 - de minister ziet geen reden om hier een apart regime voor beroep tegen algemeen verbindende voorschriften te scheppen – maar uiteraard moet art. 6 EVRM, o.a. geen onevenredig lange termijn, worden gerespecteerd.
8. toetsingsmaatstaven (Notitie, onderdeel 5.8)

- in andere landen met beroep tegen algemeen verbindende voorschriften wordt geen onderscheid gemaakt tussen toetsing van algemeen verbindende voorschriften en van andere besluiten. Er is geen reden om dat in Nederland wel te doen – relevant is ook dat de burgerlijke rechter ook zowel aan geschreven als ongeschreven (bestuurs)recht toetst
- 9. vernietiging en de gevolgen daarvan (Notitie, onderdeel 5.9)
 - vernietiging ex nunc of ex tunc: in alle omringende landen met beroep tegen algemeen verbindende voorschriften is het mogelijk een onrechtmatig algemeen verbindende voorschrift geheel of gedeeltelijk te vernietigen en wel terugwerkend (ex tunc). Aangezien de rechter zelf kan bepalen of van deze regel(s) moet worden afgeweken ziet de minister geen reden tot wijzigingen op dit punt. Vernietiging van een algemeen verbindende voorschrift zou geen effect moeten hebben op inmiddels reeds rechtens onaantastbaar geworden uitvoeringsbesluiten. Wel kan natuurlijk om intrekking daarvan worden gevraagd en terzake kan een beroepsgang volgen;
 - gehele of gedeeltelijke vernietiging: indien mogelijk zal de rechter alleen de onrechtmatige delen van een algemeen verbindende voorschrift vernietigen of buiten toepassing verklaren. Deze bevoegdheid (zie art. 8:72, lid 3 Awb) zal moeten blijven;
 - zelf in de zaak voorzien: als uitgangspunt geldt hierbij dat de rechter hiervan alleen gebruik maakt als er rechtens slechts één beslissing mogelijk blijft. De ervaring wijst uit dat de rechter hiervan terughoudend gebruik maakt en het valt niet te verwachten dat dit anders zal worden bij toetsing van algemeen verbindende voorschriften.

Tenslotte volgen de overwegingen van de minister op het punt van het tijdstip van invoering. Naar de mening van de minister is de termijn van 5 jaar tekort geweest en zou deze eventueel moeten worden verlengd, immers: 1) er is nog sprake van een proces van gewenning aan de Awb en aan de wijze waarop procedures bij de rechter verlopen (denk ook aan de kwesties rond de organisatie van de rechtspraak, zoals de gewenning aan de integratie van bestuurssectoren en de aanstaande wijzigingen in het beheer); 2) er loopt nog de discussie over het thema juridisering (de toenemende juridische vormgeving van de relatie bestuur burger), met als onderdeel het zoeken naar evenwicht tussen bestuur en rechter (gevoerd door de vrees voor uitholling van politieke democratie door juridische controle), 3) er moeten nog keuzes worden gemaakt over kwesties zoals besproken in deze notitie. Uitstel van het vervallen van art. 8:2 Awb geniet derhalve de voorkeur.

Uit het verslag van een algemeen overleg van de vaste commissies voor justitie en BZK over (o.a.) deze notitie (TK 1998/1999, 25 383, nr. 2) blijkt dat er over het geheel genomen begrip is voor de aangegeven problemen, maar ook teleurstelling over het late stadium dat deze problemen worden gepresenteerd en – last but not least – dat (behoudens o.a. de SGP) fracties de wens uitspreken dat uitstel niet uitloopt op afstel van het verval van art. 8:2 Awb.

Als dragende overwegingen voor de Wet uitstel zien we een verwijzing naar de drie bovengenoemde motieven voor uitstel (TK 1997/1998, 26077A, p. 1-2,

alsmede TK 1997/1998, 26077, nr. 3 (MvT - het Wetsvoorstel uitstel strekt ter uitvoering van het in de Notitie ingenomen positie).

Aanvankelijk beoogde de regering dat in plaats van vervallen (van art. 8:2 Awb) van rechtswege sprake zou zijn van verval op een bij KB te bepalen ogenblik. Volgens de Raad van State (a.w.) nopen zowel de ingrijpende gevolgen van zodanige vervallenverklaring als de twijfels over de wenselijkheid van vervallenverklaring tot beraad in de vorm van een voorstel tot wetgeving in formele zin en niet enkel tot het geven van een KB. Delegatie ligt in die zin ook minder voor de hand omdat bij het amendement waarbij art. IVA werd aangenomen de datum van verval van rechtswege uitdrukkelijk was inbegrepen. Het advies van de RvS wordt door de Regering in het definitieve wetsvoorstel gevolgd (a.w., p. 2).

Vanuit de Tweede Kamer wordt nog (m.n. door de PvdA; vgl. TK 1998/1999, 26077, nr. 5: Verslag 22 sept. 1998) aangedrongen op het preciseren van het tijdstip van verval, bijvoorbeeld 8 in plaats van 5 jaar en op in elk geval een principieel standpunt van de regering. Aangezien (TK 1998/1999, 26077, nr. 6: Nota n.a.v. het verslag, 2 okt. 1998) de regering in het regeerakkoord (3 augustus 1998; TK 1997/1998, 26024, nr. 10, p. 77) heeft vastgelegd dat in deze regeerperiode geen wetsvoorstellen tot invoering rechtstreeks beroep worden gedaan, komt de regering ook niet met een nieuwe datum. De regering stelt voor om bij gelegenheid van de eerstvolgende evaluatie van de Awb in 2002 de kwestie van het verval van art. 8:2 Awb mee te nemen: de discussie is dus niet met de behandeling van dit wetsvoorstel beëindigd.

De Eerste Kamer toont zich nogal geërgerd over het feit dat een maand voor het verval van rechtswege van art. 8:2 Awb over het Wetsvoorstel uitstel moet worden besloten (EK 1998/1999, 26077, nr. 53a: Voorlopig verslag vaste cie voor justitie, dd 30 november 1998). De minister van Justitie dringt aan op behandeling voordat het kortgezegd 'te laat is' (EK 1998/1999, 26077, nr. 53b: Brief minister van justitie dd 1 december 1998). Op de valreep wordt de regering nog geconfronteerd met een motie (EK 1998/1999, 26077, nr. 53f: Motie Jurgens/Hirsch Ballin, dd. 15 december 1998) waarin van de regering wordt verlangd toch nog in deze regeerperiode klaarheid brengen over de inhoud van een rechtstreeks beroep en evt. daarmee samenhangende wetswijzigingen van procesrechtelijke aard. Op 22 december 1998 worden wetsvoorstel en laatstgenoemde motie aangenomen.

Rest hier de opmerking dat het Kabinetsstandpunt Juridisering (TK 1998/1999, 26360, nr. 1, dd. 21 december 1998, p. 7 en p. 28) inhoudelijk geen nieuwe overwegingen toevoegt aan de wenselijkheid van verval van art. 8:2 Awb. Enkel wordt gerefereerd aan de terzake doorlopen procedure en de beslissing om een eventueel toekomstig doen vervallen slechts op basis van een wet in formele zin mogelijk te laten zijn.

f – het vervolg 2: ontwikkelingen in de jurisprudentie

Een paar punten uit de jurisprudentie zijn in het bijzonder interessant:

1. het onderscheid tussen besluiten van algemene strekking die wel of juist niet zijn aan te merken als algemeen verbindend voorschrift;

2. de kwestie van indirect beroep tegen algemeen verbindende voorschriften in samenhang met de leer van de formele rechtskracht;
3. algemeen verbindende voorschriften (en beleidsregels) als schadeoorzaak.

Achtereenvolgens wordt op deze onderwerpen nader ingegaan aan de hand van enkele ‘trendsettende’ uitspraken.

Ad. 1 – Onderscheid besluit van algemene strekking-niet algemeen verbindend voorschrift en algemeen verbindend voorschrift

Reeds in 1994 valt op hoe uitspraken op het punt van dit onderscheid kunnen contrasteren. Vergelijk in dat verband bijvoorbeeld de uitspraken van de Pres. Rechtbank Utrecht (31 augustus 1994, JB 1994/255) en Pres. Rechtbank Den Bosch (23 september 1994, JB 1994/298, beide m.nt. F.A.M. S.). Het betreft hier de kwalificatie van het besluit beperking inschrijving geneeskunde 1994-1995 en 1995-1996, met daarin een landelijk maximum en een maximum per instelling. Volgens de Utrechtse president betreft het geen algemene, abstracte regels, die zich voor herhaalde concrete toepassing lenen. Het besluit is concreet naar landelijke aantallen, naar aantallen per instelling en naar tijdsvakken en is daarom geen algemeen verbindend voorschrift. De Bossche president ziet er juist wel een naar buiten werkende, voor de daarbij betrokkenen bindende regel, uitgaande van het bevoegd gezag op wettelijke grondslag gegeven, met ook naar de kring van personen algemene strekking. Wat dat laatste betreft ziet deze president, m.n. voor het tweede tijdvak mogelijkheden tot uitbreiding. Annotator Stroink volgt de Utrechtse president: het besluit is niet voor herhaalde toepassing vatbaar – en daarmee uit. (vgl. over het zelfde type besluit ook Rechtbank Utrecht, 10 mei 1996, JB 1996/195 m.nt. EvdL: geen algemene abstracte regels, want niet voor herhaalde toepassing vatbaar).

In de sfeer van zogenoemde functiewaarderingsbesluiten wordt de eis van concreetheid als onderscheidend criterium gehanteerd: vgl. CRvB 20 april 1995, AB 1995, 563 m.nt. Hennekens, JB 1995/140 (voor een ontvankelijk beroep moet blijken van een duidelijke gerichtheid van de procedure op de individuele ambtenaar) en Rechtbank 's Hertogenbosch, 10 oktober 1995, JB 1995/299 (beroep tegen functiewaardering ontvankelijk: het betreft geen algemeen verbindend voorschrift, wel een besluit van algemene strekking dat zich echter richt op één bepaalde functie – zo ook CRvB 4 juli 1996, JB 1996/175).

Ook de richtlijnen inzake tarifiering in de gezondheidszorg maken duidelijk dat het hier aangesneden onderscheid niet zonder problemen is. Vergelijk in dit verband Rechtbank Amsterdam 31 december 1996, JB 1997/56 m.nt. F.A.M. S. (de vaststelling van een richtlijn o.g.v. art. 11 Wet tarieven gezondheidszorg tot toekenning van een bedrag uit een bij de Regionale Instelling voor Geestelijke Gezondheidszorg (RIGG) aangesloten instellingen, ten behoeve van deze RIGG, is een besluit van algemene strekking niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift omdat de richtlijn zich niet richt tot een open, in abstracto omschreven groep, maar tot 39 met name genoemde instellingen. Anders oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak (zie ABRS 22 september 1997 m.nt. IcvdV – zie ook hierna onder Ad. 2). In die zaak staan richtlijnen o.g.v. de Wet tarieven gezondheidszorg

(Wtg) indirect ter toetsing in het kader van beroep tegen tariefbeslissingen van het COTG (Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg). Het beroep richt zich tegen (o.a. de goedkeuring van) enkele richtlijnen. Uitgaande van het stelsel van de mogelijkheden van beroep volgens de Wtg en uitgaande van de stelling dat uit de richtlijnvaststelling/goedkeuring voor de RIGGs niet rechtstreeks gevolgen in het leven worden geroepen, oordeelt de ABRS dat voornoemde richtlijnen zijn aan te merken als algemeen verbindend voorschriften. Daarmee staan art. 8:2, sub a en sub c Awb in de weg aan de mogelijkheid van beroep. Overigens voegt de ABRS toe dat een ander oordeel zou leiden tot het ontstaan van een stelling door de wetgever ongewenst bevonden parallelle rechtsgang. De Afdeling gaat voorbij aan het feit dat de bestreden richtlijn appellant (een RIGG) met name noemt – annotator van der Vlies vindt dit, mede in het licht van de beoordeling door de rechtbank, opmerkelijk en houdt het ervoor dat de ABRS een strategische interpretatie heeft gegeven met het oog op een goede rechtsmachtverdeling met het Cbb.

Datzelfde Cbb, althans de president van dit college, moet op het hier behandelende grensvlak (o.a.) oordelen over het besluit tot vaststelling (wijziging) van het Nummerplan voor telefoon en ISDN-diensten van de minister van V. en W. (zie Pres. Cbb 14 juli 1997, AB 1998, 203 m.nt. GC). Is het Nummerplan is (een plan ingevolge de Wet op de telecommunicatievoorzieningen, met als inhoud de bestemming van nummers (mede naar lengte en samenstelling) i.v.m. toegang tot of identificatie van gebruikers, netwerkexploitanten e.d.). De president maakt er geen woorden aan vuil en oordeelt dat het geen algemeen verbindend voorschrift betreft. De annotator houdt het ervoor dat de president zich heeft laten leiden door de opvatting dat uit het Nummerplan zelf nog niet rechtstreeks rechten of plichten voor justitiabelen voortvloeien – dat is pas het geval bij toekennings- of reserverings, terwijl het verbod om zonder toestemming een bepaald nummer toe te kennen rechtstreeks op de wet berust. Voorzover er rechtstreeks verplichtingen uit het plan voortvloeien binden deze (intern!) enkel de minister zelf. Zo beschouwd lijkt het besluit veeleer een beleidsregel in te houden! De annotator meent dat voor deze interpretatie veel te zeggen valt (m.n. in termen van een regel inzake de wijze van afweging van belangen die gemoeid zijn met de toekenning van nummers e.d.) maar het valt niet voor alle regels vol te houden, terwijl het splitsen van het besluit de annotator minder geschikt voorkomt). Tegen deze visie pleit, zo stelt ook de annotator, dat het plan zelf een expliciete afwijkingbevoegdheid kent die natuurlijk bij een beleidsregel overbodig zou zijn (vgl. art. 4:84 Awb). Ook de Rechtbank Rotterdam merkte, meer recent (12 mei 1999, Awbkatern 1999, 54), een nummerplan voor telefoon- en ISDN-diensten aan als een besluit van algemene strekking niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift.

Reeds eerder in de tijd (Pres. Cbb, 29 juni 1994, JB 1994/184 - Dienstregeling NZH) oordeelde de president van het Cbb dat de vaststelling van een dienstregeling een besluit van algemene strekking is, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift (later bevestigd, vgl. Pres. Cbb 30 november 1994, JB 1995/19 m.nt. J.C.C.L. - Goedkeuring dienstregeling door de minister van V. en W.). Ook de Regeling van werkgebieden voor Regionale besturen 1996, inhoudende territoriale decentralisatie van de taken van de arbeidsvoorzieningsorganisatie, werd door de

president aangemerkt als een besluit van algemene strekking niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift (Pres. Cbb 10 oktober 1995, JB 1995/326).

Menige uitspraak maakt maar weinig woorden vuil aan de hier bedoelde scheidslijn. Belangwekkend lijkt de problematiek rond de bij (model)APV aan de burgemeester toegekende bevoegdheid om de in de APV opgenomen vergunningplicht voor horeca-inrichtingen onder bepaalde condities (zoals voor de sluitingstijd) op te heffen voor bepaalde soorten horeca-inrichtingen en/of voor bepaalde delen van de gemeente. De Rechtbank Zutphen (25 februari 1999, JB 1999/80 m.nt. ARN) oordeelde dat het een algemeen verbindend voorschrift betreft omdat het besluit algemene, abstracte regels bevat, die zich voor herhaalde en concrete toepassing lenen. Telkens wanneer een horecabedrijf in het betreffende gebied staat voor de vraag of een vergunning nodig is wordt de regeling van de burgemeester (herhaald) concreet toegepast. De rechtbank verwijst uitdrukkelijk naar de definitie voor algemeen verbindende voorschriften uit de Derde Tranche van de Awb (TK 23700, nr. 3, p. 105): ‘Naar buiten werkende, voor de daarbij betrokkenen bindende regels, uitgegaan van het openbaar gezag dat de bevoegdheid daartoe aan de wet ontleent.’ Annotator Neerhof vraagt zich – terecht - af waarom het burgemeestersbesluit niet als concretiserend besluit van algemene strekking (een besluit van algemene strekking niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift) werd aangemerkt. In een dergelijk besluit wordt aan een algemeen voorschrift een concrete inhoud naar tijd en plaats gegeven (Neerhof verwijst naar J.B.J.M. ten Berge, Besturen door de overheid, Deventer 1998, p. 156). De normstelling in zo’n besluit wordt voor *onzelfstandig* gehouden, omdat niet meer geschiedt dan dat van een reeds vastgestelde algemene regel het toepassingsbereik wordt vastgesteld. Bij een algemeen verbindend voorschrift gaat het om zelfstandige normstelling omdat daadwerkelijk nieuwe regels voor een bepaald onderwerp worden gegeven (vgl. ook Vz ABRS 30 augustus 1994, JB 1994/250 - verbod om een hond uit te laten in een bepaald gebied -; ABRS 4 juli 1996, Gst 7054.5 m.nt. R. Boesveld - plaatsing bushalte).

ABRS 23 november 1999 (JB 2000/23 m.nt. J.M.E. Derks) en ABRS 13 januari 2000 (JB 2000/27 – Bloemenmarkt Amsterdam) bevestigen Neerhofs kritiek. De Afdeling oordeelde in de eerstgenoemde uitspraak over dezelfde APV constructie als de Rechtbank Zutphen in voornoemde zaak (zij het uit de APV-Maastricht i.p.v. de APV-Epe – notabene de Rechtbank Maastricht, oordelend op 24 augustus 1998, nam anders dan de Zutphense rechtbank wel een appellabel besluit aan). In het kader van de vraag naar de verbindendheid van de APV-bepaling die de burgemeester bevoegd maakt tot opheffing van de vergunningplicht, werkt de Afdeling met het begrip (on)zelfstandige normstelling. De betekenis blijft helaas nog enigszins onduidelijk omdat de Afdeling geen expliciete definitie geeft. Dat geldt ook voor de zaak over de ‘bloemenmarkt’, waarbij het een besluit inzake de aanwijzing van plaats en bepaling van de tijden voor de bloemenmarkt betrof. In beide zaken wordt er (met het voegwoordje ‘en’ een verbinding gelegd met een karakterisering die een definitie van de term ‘(on)zelfstandige normstelling’ zou kunnen zijn, maar die grammaticaal (door het voegwoordje ‘en’) evengoed als aanvullende kwalificatie kan worden begrepen. In de Maastrichtse-casus: als deze APV-bepaling ‘het mogelijk zou maken een besluit te nemen dat een zelfstandige normstelling zou inhouden *en* verder zou strekken dan het bepalen van de

werkingsfeer van een reeds bestaande algemeen verbindende norm. Daarvan is (...) geen sprake.’ In de casus ‘Bloemenmarkt’: ‘De aanwijzing van de plaats van de bloemenmarkt en de aanwijzing van de grenzen waarbinnen en de dagen en uren waarop de bloemenmarkt wordt gehouden, strekken tot het bepalen van de werkingssfeer van reeds bestaande algemeen verbindende normen (...) en (curs. MAH) bevatten geen zelfstandige normstelling.’ Eenzelfde lijn zien we in de uitspraak van de ABRS van 1 oktober 1998 (JB 1998/243, AB 1999, 16 - Woodward Govenor – ook aangehaald door Derks in haar noot bij de Maastrichtse zaak). In die uitspraak werd het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot algemeen verbindendverklaring van een CAO op één lijn gesteld met de besluiten genoemd in art. 8:2 onder b en c Awb (resp. intrekking of vaststelling van een algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel en de goedkeuring van een algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel resp. de goedkeuring van voornoemde vaststelling of intrekking). Ter motivering stelt de ABRS dat deze algemeen verbindendverklaring geen zelfstandige rechtsnorm behelst en (*en!*) (enkel) ziet op uitbreiding van de werkingssfeer van de bepalingen uit de CAO. Ik houd het er voor dat het voegwoordje ‘en’ is bedoeld als een bevestiging van de onzelfstandigheid, namelijk door aanduiding van wat een besluit dat *geen* zelfstandige norm inhoudt dan eigenlijk *wel* inhoudt, te weten een bepaling inzake werkings- of de toepassingsfeer. Wat die werkings- en toepassingsfeer betreft wijst Derks in haar noot terecht op het door Ten Berge gemaakte onderscheid tussen enerzijds ‘*constitutieve-annexe besluiten*’ (betreffende toepasselijkheid, d.w.z. inwerkingtreding of intrekking) en anderzijds op ‘*concretiserende-annexe besluiten*’ (betreffende de werking, d.w.z. bepaling naar plaats en/of tijd) - vgl. J.B.J.M. Ten Berge, Besturen door de overheid, Deventer 1998, p. 155-156. De eerste categorie valt (hoewel het dus geen – zelfstandige -algemeen verbindende voorschriften betreft) onder art. 8:2, onderdeel b en c Awb, de tweede categorie valt buiten het bereik van art. 8:2 Awb.

Het lijkt er dus op dat (on)zelfstandigheid (voorlopig) het onderscheidende criterium vormt tussen algemeen verbindend voorschriften en besluiten van algemene strekking-niet-algemeen verbindend voorschriften: zodra een besluit slechts een constituerend-annex of concretiserend-annexe inhoud heeft is het (deswegen) onzelfstandig en (bijgevolg) een ‘besluit van algemene strekking niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift’. Voor het beroep op de bestuursrechter wordt echter tussen beide typen van annexe besluiten weer een onderscheid gemaakt. De constituerend-annexe besluiten zijn zozeer annex – zij voegen materieel-normatief niets toe aan het algemeen verbind voorschrift waarop zij betrekking hebben – dat zij voor het beroep met algemeen verbindende voorschriften op één lijn worden gesteld (zie art. 8:2, onderdeel b en c Awb). De concretiserend-annexe besluiten hebben toch nog (net) een zodanig concretiserende materieel-normatieve inhoud dat zij buiten het bereik van art. 8:2 Awb kunnen blijven.

Ad. 2 - indirect beroep/formele rechtskracht

Over dit punt is in het voorafgaande beschouwing al een en ander opgemerkt. Derhalve wordt hier volstaan met een korte illustratie.

De ook door de regering in de hiervoor (onder *f*) behandelde Notitie aangehaalde uitspraak Leenders-Ubbergen (HR 11 oktober 1996, AB 1997, 1 m.nt. ThGD, NJ 1997/165 m.nt. MS, JB 1996/241 m.nt. EvdL) geeft de huidige hoofdlijn aanzoals de Hoge Raad deze ziet. Ook als een regeling voorziet in een vergunningstelsel is het niet nodig om een vergunning aan te vragen en dan eerst in bezwaar en beroep tegen het besluit op aanvraag de onverbindendheid aan de orde te stellen (hetzelfde geldt voor de strafrechtelijke weg). Belangrijk is de (hierboven nog onvermeld gebleven) toevoeging dat ook als die weg wel, maar zonder succes, is gevolgd de formele rechtskracht van dit uitvoeringsbesluit zich niet uitstrekt over het achterliggend algemeen verbindend voorschrift. De HR gaat strikt uit van de grondslag van de vordering (vgl. Zegwaard-Knijnenburg, HR 17 september 1982, NJ 1983, 278 m.nt. MS, Bolsius, HR 2 februari 1990, AB 1990, 223 m.nt. Klein, alsmede Kuunders, HR 18 december 1992, NJ 1994, 139 m.nt. MS en CHJB en Covra, HR 17 januari 1997, AB 1997, 265 m.nt. ThGD, NJ 1998, 656 m.nt. MS) en tevens van de leer van de formele rechtskracht (zij het niet in die zin dat vanuit ongegrond bevinding van het indirect beroep formele rechtskracht van de achterliggende regeling kan ontstaan!).

Indirecte toetsing is overigens in het bestuursproces een reeds lang aanvaarde praktijk, die hier verder buiten bespreking kan blijven. Interessant is wel de vraag wanneer de bestuursrechter tot indirecte toetsing is gehouden. Vergelijk in dit verband Vz. ABRS 10 februari 1997 (JB 1997/99 m.nt. F.A.M. S.; Bakker/Noord-Beverland). In deze zaak was het beroep ingesteld tegen verlening van een vergunning gegrond op onverbindendheid van het betrokken algemeen verbindend voorschrift. Indirecte toetsing werd niet gehinderd door art. 8:2, sub a Awb, aldus de Voorzitter, maar het beroep op onverbindendheid wegens strijd met het EVRM was onvoldoende aannemelijk gemaakt. Annotator Stroink vraagt zich hierbij –m.i. terecht – af of de rechter niet ambtshalve strijd met het EVRM zou moeten onderzoeken; vgl. overigens het commentaar bij art. 8:69, lid 2 Awb).

Ad. 3 - algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel als schadeoorzaak (art. 8:2 en het formele connexiteitsvereiste)

De bij het commentaar op art. 8:1 Awb besproken jurisprudentie inzake besluiten op grondslag van algemene rechtsbeginselen (commentaar onder nr. 3, onderdeel) werd zichtbaar dat de uitsluiting van art. 8:2 Awb doorwerkt in de mogelijkheid beroep in te stellen tegen beslissingen inzake terugvordering of schadevergoeding in gevallen waarbij de (pretense) terugbetalingsverplichting/schadeplicht voortvloeit uit het geven van een algemeen verbindend voorschrift (of een beleidsregel). Hier wordt volstaan met een beknopte verwijzing naar de belangrijkste uitspraken.

In de Afdelingsuitspraak van 29 november 1996 (JB 1996/253 - Alpha kledingreiniging) werd een verzoek om schadevergoeding ter zake van schade die het gevolg is van een in een Amvb vervatte verscherping van toepasselijke milieuvoorschriften aangemerkt als besluit en werd appellant bijgevolg ontvankelijk verklaard (vgl. H.J. Simon en R.J.N. Schlössels, Het zelfstandige schadebesluit: nieuwe kansen? JB 1996/255). Het gaat in casu om een besluit op grondslag van een rechtsverhouding voortvloeiend uit een algemeen verbindend

voorschrift. In ABRS 18 februari 1997 (JB 1997/47 m.nt. HJS, AB 1997, 143 m.nt. Van Buuren – Beurkens) betreft het de plicht tot schadevergoeding uit hoofde van het, mede aan art. 3:4, lid 2 Awb ten grondslag liggende beginsel van ‘égalité devant les charges publiques’. Belangrijk is de aanscherping t.a.v. de procesrechtelijke bevoegdheid: de bevoegdheid tot kennisneming van het besluit inzake schadevergoeding dient, uit een oogpunt van overzichtelijke bevoegdheidsverdeling tussen de onderscheiden rechterlijke instanties, aan te sluiten bij de bevoegdheid kennis te nemen van het beweerdelijk schadeveroorzakend besluit zelve. Zo ook – en zonneklaar – ABRS 6 mei 1997 (JB 1997/118, AB 1997/229 - Van Vlodrop): alleen indien het schadeveroorzakende besluit voor beroep bij de bestuursrechter vatbaar is, kan bij die bestuursrechter beroep worden ingesteld tegen een beslissing op verzoek om vergoeding van de door dat (eerstgenoemde) besluit veroorzaakte schade zijn. In de casus Van Vlodrop ging het echter om schade t.g.v. een beleidsregel. Dat de schade is veroorzaakt binnen het kader van de uitoefening van een aan publiekrecht ontleende bevoegdheid, maakt de beslissing op het verzoek om vergoeding wel een besluit (dit noemt men wel de zogenoemde ‘*materiële connexiteit*’), maar daartegen staat geen beroep open bij de bestuursrechter aangezien ex art. 8:2 aanhef en onder a Awb geen beroep openstaat tegen beleidsregels (dit noemt men de kwestie van de ‘*formele connexiteit*’). Deze kwestie moet niet worden verward met (o.a.) ABRS 1 augustus 1997 (AB 1998, 37 m.nt. PvB - Dagevos), waarbij het gaat om een zuivere schadebeslissing ter zake van schade door feitelijke werkzaamheden (verbeteren kanaal). Nu de beslissing op het verzoek tot vergoeding (*niet* dus de schadeoorzaak zelf!) berust op een beleidsregel (de Regeling bestuurscompensatie Rijkswaterstaat) wordt door de Afdeling een impliciete publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslag aangenomen en is appelland ontvankelijk. Zie voorts ABRS 4 maart 1999 (AB 1999/133 - Afsluiting Zuiderzee). Het betreft in deze zaak schade veroorzaakt door wet in formele zin, waarbij de beslissing op het verzoek om schadevergoeding mogelijk reeds materieel niet als besluit is aan te merken; ook de materiële connexiteit ontbreekt aangezien de wetgever, die zou moeten beslissen over schadevergoeding, geen bestuursorgaan is (vgl. B.P.M. van Ravels, Kroniek Schadevergoeding, NTB 1999/10, p. 271-282, i.h.b. p. 278 onder c), maar (in elk geval) is de beslissing niet vatbaar voor beroep wegens ontbrekende processuele connexiteit.

In dit verband zij nog verwezen naar een artikel van R.J.N. Schlössels, Het besluitbegrip: doos van Pandora of hoofd van Medusa?, NTB 2000/1, p. 1-13. In deze bijdrage pleit hij (mede in navolging van Hennekens en Ruiters) voor uitbreiding van het besluitbegrip met de rechtsvaststellende beslissing. inzake resp. terugvordering of schadevergoeding en inzake een rechtsoordeel over de toepassing resp. toepasselijkheid van een algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel. De charme van dit voorstel zou zijn dat enerzijds de ‘formele connexiteitseis’ zou kunnen worden overwonnen (met alle beperkingen die onder andere art. 8:2 Awb dienaangaande meebrengt) terwijl anderzijds een met de indirecte toetsing vergelijkbare, maar van een aantal procesrechtelijke complicaties ontdane rechtsgang mogelijk wordt waarbij algemeen verbindende voorschriften (en beleidsregels) in de sfeer van hun toepassing worden getoetst.

3 *Beleidsregel*

a - algemene opmerkingen

Het in de derde tranche van de Awb (zie Kamerstukken 23 700, nr. 1-2) aan artikel 1:3 toegevoegde vierde lid merkt een beleidsregel aan als een besluit, niet inhoudende een algemeen verbindend voorschrift, dat een algemene regel geeft omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.

Voor de behandeling van het begrip beleidsregel zij verwezen naar het commentaar bij voornoemd artikel. Aan één belangrijk element van dit begrip wordt ook hier kort aandacht besteed.

In de MvT bij de tweede tranche (Kamerstukken 22 495, nr. 3, p. 94-95) worden beleidsregels aangeduid als besluiten van algemene strekking zonder wettelijke grondslag. Het ontbreken van een wettelijke grondslag is lange tijd gezien als het belangrijkste criterium waardoor beleidsregels zich van algemeen verbindende voorschriften onderscheiden. Opvallend is dat dit criterium blijkens de MvT bij de derde tranche (Kamerstukken 23 700, nr. 3, p. 101-105) aan belang heeft ingeboet. De achtergrond hiervan is dat art. 4:81, tweede lid Awb de mogelijkheid wordt geopend bij wettelijk voorschrift te bepalen dat een bestuursorgaan tot het vaststellen van beleidsregels dient over te gaan. Ook acht de regering in de codificatie van de rechtsfiguur beleidsregels zelf een impliciete wettelijke grondslag gelegen.

Doorslaggevend voor het verschil tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels wordt nu geacht dat beleidsregels slechts betrekking kunnen hebben op de wijze van uitoefening van een bevoegdheid die het bestuursorgaan (krachtens wettelijke toedeling) reeds bezit; in tegenstelling tot algemeen verbindende voorschriften kunnen beleidsregels geen (nieuwe) bevoegdheden aan bestuursorganen toedelen.

De onderhavige bepaling sluit beroep tegen besluiten, inhoudende een beleidsregel uit. De ratio voor deze uitsluiting is blijkens de MvT (p. 94-95) gelegen in de omstandigheid dat in de meeste gevallen niet het beleid zelf, maar de wijze waarop daar in concrete gevallen gestalte aan wordt gegeven ter discussie staat. Daarbij gaat het gewoonlijk om de vraag of op grond van bijzondere omstandigheden al dan niet ten gunste van de belanghebbende van de beleidsregel moet worden afgeweken. De rechtmatigheid van de beleidsregel zelf staat gewoonlijk niet ter discussie.

b - jurisprudentie

Onder punt 2f van het voorafgaande commentaar werd ook reeds verwezen naar enkele uitspraken waarin (tevens) werd gerefereerd aan beleidsregels. Overigens blijkt dat in de praktijk het onderscheid tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften nog al eens onduidelijk is. Ook zien we de figuur van de conversie van algemeen verbindende voorschriften in beleidsregels, bijvoorbeeld indien sprake is van totstandkomingsgebreken bij het geven van een algemeen verbindende voorschrift. Uit het hierboven (onder *a*) reeds gestelde vloeit voort dat

een dergelijke conversie niet altijd tot de mogelijkheden behoort. Indien de regel attributie of delegatie van een bevoegdheid beoogt, plichten beoogt op te leggen aan burgers (of beperkingen in hun grondrechten), of als er sprake is van een wettelijke plicht tot het geven van een algemeen verbindend voorschrift, is conversie in een beleidsregel uitgesloten. Voor de toepasselijkheid van art. 8:2 Awb is deze kwestie uiteindelijk niet van belang: algemeen verbindend voorschrift of beleidsregels, beide zijn niet vatbaar voor beroep bij de bestuursrechter. Notabene vergelijk voor deze conversieproblematiek (o.a.) ABRS 12 september 1994, AB 1995, 10 m.nt. RMvM en Rechtbank Dordrecht 4 juni 1999, JB 1999/184 m.nt. R.J.N. S.).

Dat het onderscheid tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften nog niet geheel is opgehelderd moge (onder andere) blijken uit de volgende uitspraak (die tevens interessant is vanwege de onder *a* genoemde rol van lid 2 van art. 4:81 Awb). Het betreft de uitspraak van de ABRS van 28 augustus 1998 (JB 1998/220 m.nt. R.J.G.H. S.). Daarin worden richtlijnen van de Centrale Landinrichtingscommissie (ex art. 195 Landinrichtingswet – Liw) voor het plan van toedeling (ex art. 196 Liw) voor de ruilverkaveling ‘Ruinerwold-Koekange’ aangemerkt als beleidsregels. De richtlijnen bevatten beleidsmatige uitgangspunten voor (o.a.) de toedeling van rechten op gronden en moeten bij het maken van het Plan van toedeling in acht worden genomen. De richtlijnen bevatten volgens de ABRS algemene regels omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten en de uitleg van wettelijke voorschriften. Het gaat niet om algemeen verbindend voorschriften omdat het gaat om regels omtrent de uitoefening van een bevoegdheid. Zulks volgt tevens uit het feit dat het Plan van toedeling de instemming behoeft van de Centrale Landinrichtingscommissie. In feite gaat het nu om beleidsregels inzake een ‘onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende (...) bevoegdheid’; niet inzake een eigen bevoegdheid (vide art. 4:81, lid 1 Awb). M.i. terecht plaatst de annotator (Seerden) hierbij vraagtekens omdat ‘onder zijn ‘verantwoordelijkheid’ duidt op een ondergeschiktheidsrelatie waarvan in casu geen sprake is. Mogelijk kan dan worden aangenomen dat sprake is van een wettelijk toegekende bevoegdheid tot beleidsregelgeving (lid 2 van art. 4:81 Awb), waarbij art. 195 Liw de grondslag biedt. Met de annotator meen ik dat de plicht (in art. 196 Liw) tot ‘inachtneming’ van de richtlijnen verder gaat dan de bindende kracht van beleidsregels vermag (vgl. art. 4:84 Awb – i.h.b. de ‘inherente afwijkingsbevoegdheid’). Mogelijk gaat het dus toch gewoon om algemeen verbindend voorschriften. Nogmaals, voor de toepasselijkheid van art. 8:2 Awb maakt het geen verschil.

Soms gaat het om beleidsregels als je het echt niet zou vermoeden. Ook hiervoor zij verwezen naar het commentaar bij art. 1:3, lid 4 Awb. Een geval zij hier, bij wijze van illustratie genoemd. In de uitspraak van het College van beroep studiefinanciering van 23 oktober 1997 (JB 1997/187 m.nt. MAH) ging het om een zogenoemd samenstel van regels neergelegd in de brief van verweerder van 10 april 1991, inhoudende een voorstel aan de gemeentebesturen van de Waddeneilanden om overeen te komen dat door verweerder jaarlijks een bedrag zal worden vergoed ten behoeve van een door de gemeente Ameland uit te voeren regeling voor een tegemoetkoming in de kosten van het vervoer per veer van studerenden wier ouder(s) op een van de Waddeneilanden is (zijn) ingeschreven van en naar de waddeneilanden. Naar aard en inhoud is dit samenstel volgens het College te beschouwen als

beleidsregel. Het gegeven dat in art. 32i Wet studiefinanciering wordt gesproken van het aangaan van een overeenkomst, leidt niet tot een ander oordeel. Naar moet worden aangenomen is voor de term overeenkomst gekozen, omdat reeds voor de invoering van dit artikel sprake was van een in overleg met de Waddengemeenten totstandgekomen regeling. Dit doet er echter niet aan af dat de regels betreffende de toekenning van de tegemoetkoming beleidsregels vormen. Op grond van art. 8:2 Awb kan daartegen geen beroep worden ingesteld. M.i. een voorbeeld van ongelukkige codificatie.

4 De onderdelen b en c

De uitsluitingen genoemd in de onderdelen b en c van artikel 8:2 zijn een direct uitvloeisel van het gezegde: 'wie a zegt, moet ook b zeggen'. De genoemde besluiten zijn zodanig op één lijn te stellen met de besluiten genoemd in onderdeel a, dat ook zij van beroep worden uitgesloten. Notabene, de categorieën van de onderdelen b en c van art. 8:2 Awb kwamen hierboven onder 2f reeds naar voren. Het zijn in de daar aangehaalde terminologie van Ten Berge, 'constitutief-annexe' besluiten. Hoewel zij zelf zijn aan te merken als 'besluiten van algemene strekking niet zijnde algemeen verbindende voorschriften', worden ze door hun zeer annexe karakter met algemeen verbindende voorschriften op één lijn gesteld. De 'concretiserend-annexe' besluiten (inhoudende de bepaling van de toepassings sfeer van een algemeen verbindend voorschrift naar tijd en/of plaats) worden, hoewel onzelfstandig, materieel toch voldoende concreet geacht om voor beroep vatbaar te zijn. Verwezen zij naar de onder 2f aangehaalde uitspraak ABRS van 1 oktober 1998 (JB 1998/243, AB 1999, 16 - Woodward Govenor) – en overigens naar de eveneens aldaar aangehaalde uitspraak ABRS 22 september 1997 m.nt. IcvdV.