

Dus: slechts eenzijdig bindend

1. De Stichting Rooms Katholiek Onderwijs Huizen (hierna de Stichting) wilde, als ‘bevoegd gezag’ in de zin van de Wet op het basisonderwijs (WBO (oud)), voor een onder haar gezag vallende basisschool in de gemeente Huizen vijf nieuwe lokalen realiseren. Voor de bekostiging daarvan verzocht de gemeente Huizen (ingevolge art. 67 jo 65 jo 69 WBO (oud)) de minister van O&W om goedkeuring. Die goedkeuring werd verkregen en de bouwopdracht werd gegeven. Helaas echter verviel, op grond van art. III van de wet van 18 juni 1992 (Stb. 310), vervolgens deze goedkeuring omdat de bouwopdracht niet tijdig aan de minister was toegezonden. Via een zogenoemd ‘hersteltraject’ werd later alsnog Rijksbekostiging gerealiseerd, maar voor de tussenliggende periode had de gemeente Huizen (hierna de Gemeente) inmiddels een bedrag van fl. 115.103,- aan renten gederfd. Daarvoor zocht zij verhaal bij de Stichting en wel op basis van art. 113a lid 1 WBO (oud). Die bepaling verklaarde – kortgezegd – het bevoegd gezag aansprakelijk jegens de gemeente voor schade die de gemeente heeft ondervonden doordat het bevoegd gezag een bij of krachtens de wet gesteld termijnvoorschrift niet is nagekomen. Volgens de Gemeente was het namelijk de Stichting die de bouwopdracht naar de minister had moeten zenden. De Stichting was echter van oordeel dat op haar geen rechtsplicht tot inzenden rustte en dat integendeel juist de Gemeente tot inzenden was gehouden.

2. De vraag op wie de rechtsplicht tot inzending berustte heeft de partijen in drie instanties verdeeld gehouden. De Rechtbank en het Hof hebben de Gemeente in het gelijk gesteld. A-G Langemeijer concludeerde tot verwerping van het door de Stichting ingestelde cassatieberoep. De Hoge Raad echter oordeelde anders, te weten in het voordeel van de Stichting. Volgens de Rechtbank biedt niet de WBO(oud) uitkomst in dit geschil, maar wel een (o.m.) tot gemeenten en besturen (zoals de Stichting) van onderwijsinstellingen gerichte ministeriële beleidsregel (van 21 april 1992; *Uitleg O&W regelingen*, 1992/12). Die regel stelt dat wie de opdracht geeft voor de bouw – in casu de Stichting – ook een kopie van de bouwopdracht naar de minister dient te zenden. Het Hof deelt in de conclusie van de Rechtbank. Volgens de A-G niet op basis van voornoemde beleidsregel, maar op basis van ’s Hof’s eigen interpretatie van het wettelijke stelsel van de WBO; het Hof zou hooguit geïnspireerd zijn door de wetsinterpreterende beleidsregel. De Hoge Raad meent echter dat - “zakelijk weergegeven” – ook het Hof als uitgangspunt heeft genomen dat de Stichting werd gebonden door de beleidsregel. De Hoge Raad zelf stelt voorop dat een beleidsregel geen burgers bindend karakter kan dragen, zodat de beleidsregel in casu geen uitsluitel kan geven over de vraag op wie de plicht tot inzending van de bouwopdracht rustte. Voorts stelt de Hoge Raad vast dat tekst noch wetsgeschiedenis grondslag bieden voor een rechtsplicht van de Stichting tot inzending. In de wetssystematiek, met name in de getrapte systematiek van enerzijds de WBO (oud) en anderzijds het Bekostigingsbesluit, meent de Hoge Raad het uiteindelijke antwoord te kunnen vinden. Die systematiek is namelijk dat niet de Stichting maar dat juist steeds de Gemeente het contact met de minister onderhoudt. “Het ligt”, zo stelt de Hoge Raad, “dus in de rede dat ook het afschrift van de bouwopdracht [...] tijdig door het bevoegd gezag aan de gemeente diende te worden gezonden, waarna de gemeente gehouden was dit afschrift tijdig aan de minister toe te zenden.” (r.o. 3.5.3).

3. “Het ligt dus in de rede...”; zo passeert de Hoge Raad enerzijds Rechtbank en Hof en anderzijds toch ook de A-G. Met Rechtbank en Hof verschilt de Hoge Raad van opvatting over de juridische status van een beleidsregel. Over dat punt meer onder 4. A-G en Hoge Raad delen de opvatting dat wetstekst en wetshistorie geen uitsluitel geven over de vraag wie tot inzending van de bouwopdracht aan de minister is gehouden. Hun beider wetssystematische analyses leiden echter tot geheel verschillende conclusies. De A-G concludeert dat de inzendingsplicht hooguit een ‘impliciete norm’ is; de wet beschrijft immers alleen de negatieve gevolgen van niet-(tijdig)inzenden. Dit is typerend voor de situatie die wel wordt aangeduid met de term ‘Obliegenheit’: iemand is gehouden tot een gedraging op ‘straffe’ van verval of beperking van eigen rechten of bevoegdheden, zonder dat overigens sprake is van een rechtens afdwingbare rechtsplicht tot het verrichten van die gedraging. Vergelijk de ‘plicht’ van de schuldeiser om mee te werken aan de prestatie van de schuldenaar of de plicht van de gelaedeerde om zijn schade te beperken – deze plichten zijn niet afdwingbaar, maar als zij worden verzaakt kan dit leiden tot beperking of zelfs verval van de aanspraken op prestaties van anderen. Nu de wet geen indicatie biedt over tot wie de Obliegenheit zich richten moeten we, volgens de A-G, omzien naar – bijvoorbeeld – rechtseconomische argumenten of maatschappelijke belangen. Het

getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting als het Hof de doorslag geeft aan de vraag “wie de informatiestroom [...] in gang had behoren te zetten.” Voorts acht de A-G het verdedigbaar om ook indien slechts sprake is van een Obliegenheit, de Stichting uit hoofde van art. 113 WBO (oud) aansprakelijk te achten. De Hoge Raad volgt, zoals wij zagen, een andere, meer directe lijn. De wetssystematiek duidt op een rechtsplicht van de Gemeente en nu wetstekst en wetsgeschiedenis geen steun bieden aan de opvatting dat de Stichting verantwoordelijk was voor inzending, ligt het *dus* in de rede dat de Gemeente het afschrift van de bouwopdracht had moeten doorzenden. Het woordje ‘*dus*’ is door mij gecursiveerd. Battus omschrijft *dus* in ‘Opperlandse taal- en letterkunde’ als ‘Aankondiging van een denkfout’. Zover wil ik niet gaan, maar aan de suggestie van een logisch-dwingende conclusie, wordt naar mijn smaak in de overwegingen onvoldoende recht gedaan. Was het, zo vraag ik mij af, uiteindelijk toch niet veeleer een pragmatische beslissing om de last bij de overheid te plaatsen. Het alternatief zou immers zeker tot politiek-bestuurlijke en administratieve problemen hebben geleid, voortvloeiend uit de plotselinge financiële lasten waarmee de Stichting zich geconfronteerd zou zien... Overigens geeft dit punt ook wetgevingstechnisch te denken: waarom toch heeft de wetgever onzekerheid laten bestaan over wie drager is van de rechtsplicht tot inzending?

4. De standpunten tussen Hoge Raad en A-G convergeren wel als het gaat om het juridische uitgangspunt inzake de juridische status van beleidsregels. Preliminair wordt aangegeven dat, “Hetgeen inmiddels in titel 4.3 Awb (...) Awb is bepaald omtrent beleidsregels kan worden beschouwd als ongeschreven in de rechtspraak ontwikkeld recht in de voor het geding relevante periode.” (r.o. 3.4; A-G, 3.10). Dat biedt een praktisch uitgangspunt (al kan men zich afvragen of zich met de codificatie van deze rechtsfiguur niet toch ook modificaties zijn aangebracht – maar dit terzijde). Vervolgens heet het dat, “... slechts het bestuursorgaan, en dus niet de burger, aan een beleidsregel kan worden gehouden. Beleidsregels regelen slechts de uitoefening van bevoegdheden, zij scheppen geen (nieuwe) bevoegdheden. De door de minister gegeven (interpretatieve) beleidsregel (...) bindt derhalve wel de minister (...), maar zij kan niet aan de Stichting worden tegengeworpen (r.o. 3.4).

Het verschil tussen algemeen verbindende voorschriften (avv’s) en beleidsregels zit overigens ook ingebakken in de definitie van beleidsregels (vide art. 1:3, lid 4 Awb). Helaas ontbeert de Awb een definitie van het verschijnsel avv, maar een belangrijk en algemeen geaccepteerd verschilpunt is dat bij avv *wel* en bij beleidsregels *geen* burgers bindende bevoegdheden kunnen worden toegekend of overgedragen. Bijgevolg kan een beleidsregel nimmer verandering brengen in de aard en reikwijdte van de rechten en plichten die op basis van een avv aan een bestuursorgaan zijn toegekend. Ware dit anders dan zou een eenmaal bevoegd bestuursorgaan zelfstandig de grenzen van die bevoegdheid kunnen bepalen; zulks in strijd met het legaliteitsbeginsel. Wel kan een bestuursorgaan zichzelf binden tot een binnen de gegeven aard en reikwijdte van de bevoegdheid wijze van toepassing daarvan. Geschiedt dit in de vorm van een beleidsregel dan volgt daaruit een aanspraak van burgers tot een dienovereenkomstige bevoegdheidstoepassing. Andere bevoegdheidstoepassingen zijn niet bij voorbaat uitgesloten omdat zij uit hoofde van de inherente afwijkingsbevoegdheid (vide art. 4:84 Awb) alsnog kunnen worden ‘geactiveerd’. Overigens is de uitsluiting van andere denkbare bevoegdheidstoepassingen rechtens slechts geoorloofd als de bevoegdheidstoekenning resp. – overdracht daarvoor een grondslag biedt (bijvoorbeeld omdat het een beleidsvrije bevoegdheid betreft).

De idee dat bij beleidsregel een burgers bindende rechtsplicht kan worden geschapen (in casu tot tijdige inzending) staat, zo mag duidelijk zijn, absoluut haaks op deze principiële scheidslijn tussen avv’s en beleidsregels. Als zo’n rechtsplicht toch is beoogd, zijn de verschillen tussen gedelegeerde regelgevingsbevoegdheid en de bevoegdheid tot beleidsregelgeving kennelijk veronachtzaamd. Een mogelijke verklaring daarvoor is dat de beoogde werking van een gebrekkige avv’s soms kan worden gerealiseerd door conversie in beleidsregels; kortom, misschien is het toch maar ‘lood om oud ijzer’. Daarbij kan dan ook enig eenzijdig-pragmatisme een rol spelen: het gaat toch enkel om ‘toepassing’ of ‘praktische uitvoering’ van onze eigen regels? Men moet zich echter realiseren dat een dergelijke ‘reddingsoperatie’ (door conversie) alleen slaagt als het betrokken avv niets meer beoogde te regelen dan per beleidsregel zou kunnen worden geregeld (Vergelijk Rechtbank Dordrecht 4 juni 1999, JB 1999/184 m.nt. R.J.N.S.).

Zou deze strikte karakteristiek van beleidsregels niet ook voor de Rechtbank en het Hof duidelijk zijn geweest? Ik kan het me nauwelijks anders voorstellen (en mij lijkt de zakelijke weergave van beider standpunten in r.o. 3.3 daarom te kort door de bocht). Met de A-G lijkt het me meer plausibel dat in

beide instanties niet is uitgegaan van burgers bindendheid van de beleidsregel maar van de overtuigingskracht van de wetsinterpretatie die daarin is vervat. Als die interpretatie de rechter overtuigt, kan hij kond doen van het feit dat de beleidsregel de wet goed heeft uitgelegd (als vingerwijzing aan burgers). Vervolgens beslist de rechter dan geheel op eigen gezag: art. III lid 1 onder b van de wet van 18 juni 1992 (verval van goedkeuring bij niet-tijdige inzending), moet zo worden uitgelegd dat daarin de impliciete rechtsplicht is gelegen dat het bevoegd gezag, in casu de Stichting, de bouwopdracht naar de minister moet sturen. In feite geldt voor wetsinterpreterende beleidsregels hetzelfde als hiervoor in het algemeen werd gesteld: de beleidsregel moet blijven binnen de grenzen van de bevoegdheid waarop hij betrekking heeft. Er mogen natuurlijk niet onder het mom van interpretatie bevoegdheden aan worden toegevoegd. Het lastige is dat wetsinterpretatie behoort tot het primaat van rechters, terwijl belangenafweging en feitenvaststelling juist het bestuurlijk primaat kunnen betreffen (voor feitenvaststelling geldt dat overigens alleen als het om beoordelingsvrije kwalificatie van feiten in termen van toepassingscondities van bevoegdheden gaat). Daar past de rechter terughoudendheid; de beleidsregel mag geen onredelijke of onevenredige bevoegdheidstoepassing inhouden. Hoewel hij ambtshalve kan treden in de interpretatie van de beleidsregel (als recht in de zin van art. 99 RO; vgl. HR 28 maart 1990, AB 306, Leidraad administratieve boeten 1984) mag de rechter zich door een dergelijke beleidsregel niet laten inspireren tot een bepaalde eigen belangenafweging of feitenkwalificatie die hij *uit eigen gezag* tot toetsingsmaatstaf in het geschil verheft! Dat dit voor wetsinterpreterende beleidsregels anders ligt, betekent niet dat deze juridisch geen toegevoegde waarde hebben. De A-G scheidt daarover m.i. verwarring door dit type beleidsregels ten onrechte te vergelijken met bestuursrechtelijke 'richtlijnen' (A-G, 3.11. Zie overigens H.E. Bröring, *Richtlijnen*, prft. Groningen 1993). De Hoge Raad expliciteert de bindende kracht door er kort en krachtig op te wijzen dat wetsinterpreterende regels wel degelijk aan het bestuursorgaan zelf kunnen worden tegengeworpen.

Voor de Hoge Raad is een eenzijdig bindende kracht van de beleidsregel reden om deze rechtsfiguur voor de beantwoording van de belangrijkste rechtsvraag buiten de orde te plaatsen (door het desbetreffende 2^o onderdeel van het cassatiemiddel als eerste te behandelen). De charme daarvan is dat het rechtsdogmatische verschil tussen avv's en beleidsregels helder naar voren komt en – aldus – een waarschuwing wordt gegeven voor al te eenzijdig-pragmatisch gebruik van beleidsregels. Op het hoofdpunt van geschil komt de Hoge Raad op de beleidsregel dan ook niet meer terug en terecht. Zelfs al worden rechters door beleidsregels geïnspireerd tot een bepaalde wetsinterpretatie, voor de onderbouwing van hun eigen interpretatie komt aan die beleidsregel geen juridisch gewicht toe – en dat moet helder zijn. Rest de vaststelling dat de A-G oordeelt dat voornoemd art. III wel degelijk (door Rechtbank en Hof) zo geïnterpreteerd mag worden dat daarin een impliciete rechtsplicht (of althans een tot aansprakelijkheid aanleiding gevende Obliegenheit) wordt gelezen, terwijl de rechtsvinding door de Hoge Raad geen ruimte laat voor een zodanig extensieve uitleg. Over het feit dat dit m.i. wel wat minder apodictisch had gemogen sprak ik reeds onder 3.

Michiel Heldeweg