

## BESTUURSBEVOEGDHEID ALS BRON VAN RECHT?

### 1. Inleiding

Vorig jaar is door de Hoge Raad een drietal arresten gewezen waarin beleidsregels, onder bepaalde condities, als recht in de zin van art. 99 Wet RO worden gekwalificeerd. De arresten waarin dit gebeurde: het Leidraad-arrest,<sup>1</sup> het Trakzel-Amsterdam-arrest<sup>2</sup> en het Boadu-arrest<sup>3</sup> maken duidelijk dat het hier (waarschijnlijk) om een ‘raadsbreed’ overwogen, structurele koers(wijziging) van ons hoogste rechtscollege gaat.

In deze bijdrage nemen wij deze uitspraken als uitgangspunt voor nadere analyse van de juridische betekenis van beleidsregels. Hierbij gaat de aandacht tevens uit naar de betekenis van genoemde arresten voor status en onderlinge verhouding van regels afkomstig van de overheid.<sup>4</sup>

### 2. Preliminair vragen

Onze analyse gaat uit van een drietal vragen:

1. onder welke omstandigheden merkt de Hoge Raad beleidsregels aan als ‘Recht’ in de zin van art. 99 Wet RO?
2. wat is in dit verband de betekenis van art. 99 Wet RO?
3. wat moeten wij verstaan onder ‘beleidsregels’?

#### 2.1 De beleidsregelarresten

Volgens de Hoge Raad in genoemde arresten zijn beleidsregels aan te merken als recht in de zin van art. 99 Wet RO, indien zij:

- a. door een bestuursorgaan binnen zijn bestuursbevoegdheid zijn vastgesteld;
- b. betrekking hebben op de uitoefening van het beleid van dit bestuursorgaan;
- c. behoorlijk zijn bekendgemaakt;
- d. het bestuursorgaan binden op grond van enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (abbb);
- e. zich naar inhoud en strekking ertoe lenen jegens de bij de desbetreffende regeling betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast.

Anders dan in het nog nader te bespreken Avanti-arrest,<sup>5</sup> stipuleert de Hoge Raad bij zijn overwegingen in de drie genoemde arresten<sup>6</sup> uitdrukkelijk dat beleidsregels geen algemeen verbindende voorschriften zijn, aangezien beleidsregels niet op basis van enige wettelijke grondslag zijn gegeven maar het bestuursorgaan binden op grond van enig abbb (zie d. hierboven). Tenslotte voegt de Hoge Raad toe dat de rechter niet tot ambtshalve toepassing van beleidsregels is gehouden.<sup>7</sup>

#### 2.2 Recht in de zin van art. 99 Wet RO

Art. 99 Wet RO bevat de cassatiegronden. Sinds 1963 zijn dit er twee: verzuim van vormen (...) en schending van het recht (...). De tweede toetsingsgrond omvat de voordien geldende toetsingsgronden ‘verkeerde toepassing of schending der wet’ en ‘overschrijding van rechtsmacht’, maar ook algemene (ongeschreven) rechtsbeginselen.<sup>8</sup>

Al snel kwam de vraag op of ook de beleidsregels onder de nieuwe formule konden worden gebracht. In het Pluvier-arrest<sup>9</sup> lijkt het antwoord nog ontkennend. Andere regels van overheidswege (de Hoge Raad spreekt – aanvankelijk – steeds over ‘regelingen’) dan wetten in formele zin kunnen slechts als recht in de zin van art. 99 Wet RO worden aangemerkt voorzover zij:

\* Mr. M. Schreuder-Vlasblom is als adjunct chef-jurist verbonden aan de stafafdeling rechtspraak van de Raad van State en schreef deze bijdrage op persoonlijke titel.

- a. berusten op een wettelijke grondslag;
- b. in het Staatsblad of op andere wettige wijze zijn bekendgemaakt en
- c. een naar buiten werkende algemene, dus tot een ieder gerichte strekking hebben.<sup>10</sup>

In het Ennia-arrest<sup>11</sup> wordt aan de eis c. aldus invulling gegeven dat genoeg wordt genomen met (naar buiten werkende, de betrokkenen in die zin bindende) voorschriften dat daardoor voor hen jegens de Staat een aanspraak ontstaat. Daarmee maakt de *algemene*, tot een ieder gerichte strekking plaats voor een *bijzondere*, slechts tot de Staat gerichte. In het Avanti-arrest uit 1985 wordt deze lijn voortgezet. Bovendien wordt de onder a. genoemde eis dan niet meer gesteld. Aldus wordt de deur geopend voor aanvaarding van beleidsregels als recht in de zin van art. 99 Wet RO. In de beleidsregelarresten wordt de bindende stap gezet.

Bedacht moet worden dat art. 99 Wet RO slechts toetsingsgronden geeft voor de Hoge Raad en geen bevoegdheidsgrondslagen voor het bestuur. Art. 99 Wet RO levert daarmee voor de burger slechts in zoverre aanspraken op dat met de toetsingsgronden een bepaalde gedragswijze kan worden afgedwongen.

Met de wijziging van art. 99 Wet RO in 1963 is de nadere vaststelling welke normen als toetsmaatstaf kunnen worden aangemerkt aan de rechter overgelaten. De nieuwe omschrijving houdt een erkenning in dat er in de Nederlandse rechtsorde naast de wetgever andere bronnen van recht zijn. Ook aan de producten hiervan kan een zodanig gezag toekomen dat de rechter deze onder omstandigheden als toetsmaatstaf moet kunnen aanleggen. De ('algemeen aanvaarde') normen die uit deze bronnen voortvloeien kunnen van algemene strekking zijn<sup>12</sup> of juist betrekkelijk tot een specifieke rechtsverhouding, een specifieke actor of een specifiek belang in het recht. Zo is het mogelijk dat toetsingsmaatstaven worden aangelegd die naar hun aard slechts op een bepaald soort rechtsverhouding zijn toegesneden, zoals de *abbb*. Voorzover echter beleidsregels als 'Recht' worden aangemerkt, zijn hun inhoud en betekenis niet langer aan het oordeel van de Hoge Raad onttrokken als 'onderwerp van feitelijke aard'.

### 2.3 *Beleidsregels*

De Hoge Raad spreekt van 'door een bestuursorgaan binnen zijn bestuursbevoegdheid vastgestelde en behoorlijk bekend gemaakte regels omtrent de uitoefening van zijn beleid welke het bestuursorgaan binden op grond van enig *abbb*'. Het eerste deel van deze omschrijving past goed bij de in de literatuur gangbare omschrijving van het begrip beleidsregels.<sup>13</sup> Het moet gaan om een discretionaire bevoegdheid, zoals blijkt uit het woordje 'beleid'. In de beleidsregelarresten stelt de Hoge Raad, met het oog op art. 99 Wet RO, voorts nog de eis van een behoorlijke bekendmaking. In de literatuur was en is dit geen vereiste om van beleidsregels te kunnen spreken. Ook het aanhouden van een constante beleidslijn, blijvend uit een serie elkaar opvolgende beslissingen, ook wel als 'ambtelijk gebruik' omschreven,<sup>14</sup> kan als beleidsregel worden opgevat. Ook aan deze beleidsregels is het bestuursorgaan ingevolge de *abbb* gebonden. In cassatie kan over schending daarvan echter niet worden geklaagd.

In hoeverre binden beleidsregels?<sup>15</sup> Het bestuur wordt vrij algemeen geacht aan beleidsregels te zijn gebonden op grond van de *abbb*, in het bijzonder op grond van het rechtszekerheidsbeginsel. In dit verband wordt wel gesproken van 'zelfbinding': het bevoegd gezag heeft door het geven van beleidsregels gebruik gemaakt van aan hem toegeedeelde (politieke) keuze-ruimte en is aan de gemaakte keuze gehouden. Aangezien echter de gelaten vrijheid nu juist was toebedeeld om van geval tot geval bestuurlijk maatwerk te verrichten, blijft de bevoegdheid bestaan om in individuele bijzondere gevallen van de beleidsregel af te wijken: de zogenoemde 'inherente afwijkingsbevoegdheid'. Het rechtszekerheidsbeginsel creëert derhalve geen algemene aanspraak maar blijft betrekkelijk tot de aard van het bestuurlijk handelen: beschikken in *individuele* gevallen.<sup>16</sup> De gebondenheid (de *jure*) van het bestuur aan beleidsregels is dus in zoverre een indirecte dat deze slechts in het individuele geval met behulp van de *abbb* kan worden geconstrueerd.

Enigszins anders is het gesteld met de 'binding' van de burger aan beleidsregels. Het bestuur heeft krachtens zijn bestuursbevoegdheid het vermogen burgers (eenzijdig) te binden. Door beleidsregels geeft het bestuur te kennen hoe deze bevoegdheid zal worden gehanteerd. De burger is daaraan rechtens niet gebonden. De aankondiging maakt het voor hem echter mogelijk op de bevoegdheidsuitoefening te anticiperen. Als het bestuur zijn beleid in

beleidsregels uitstippelt verengt het daarmee vrijwillig de eigen keuze-ruimte. In zoverre wordt door de positie van de belanghebbende burger meer bepaald en zou men van 'feitelijke binding' kunnen spreken, in het concrete en individuele geval voorzover de abbb dit toelaten.<sup>17</sup>

Het begrip 'beleidsregels' in de literatuur omvat verschillende fenomenen die niet alle even goed binnen de theoretische kaders zijn te passen.<sup>18</sup> Tenminste de volgende drie vormen kunnen worden onderscheiden:

- *Beleidsregels (in enge zin)*. Dit zijn regels die het bevoegd gezag voor de uitoefening van zijn *eigen bestuursbevoegdheid* vaststelt. Deze vorm wordt in de literatuur als exemplarisch ervaren en heeft derhalve de meeste theorievorming naar zich toe getrokken. De hiervoor gemaakte opmerkingen over zelfbinding via de abbb en het kenmerk van de inherente afwijkingsbevoegdheid zijn op deze vorm zonder meer toepasbaar. Om dit soort beleidsregels ging het in het Boadu-arrest, waar het de vreemdelingen-circulaire betrof (voorzover niet door lagere overheden uitgevoerd). Onze beschouwing wordt verder op beleidsregels in de hier bedoelde enge zin toegespits.
- *Aanwijzingen*. Hiermee doelen wij in dit verband op regels die door een bestuursorgaan worden gegeven voor beleid dat krachtens *delegatie* of *mandaat* door een ander bestuursorgaan wordt gevoerd. Deze beleidsregels vormen in feite de begrenzing van de bevoegdheid van de delegataris of mandataris. Van inherente afwijkingsbevoegdheid kan dan ook geen sprake zijn. Delegataris en mandataris zijn eraan gebonden jegens de delegans respectievelijk mandans. Beleidsregels die de delegataris of mandataris zelf binnen de hem toegekende bevoegdheid ontwikkelt zijn uiteraard beleidsregels in enge zin.

Onder deze rubriek rangschikken we ook de *medebewindsituaties*, ook die waarin toekenning van specifieke uitkeringen aan bestuursorganen gepaard gaat met een aanwijzing voor de besteding daarvan.

- Tenslotte kunnen we nog denken aan *instructies* welke worden gegeven aan *hiërarchisch ondergeschikten*. Interessant is in dit verband vooral attributie van bevoegdheden aan een ondergeschikte, bijvoorbeeld bij deconcentratie. Algemeen wordt aangenomen dat attributie de ondergeschiktheidsrelatie niet doorbreekt. Dit betekent dat de ondergeschikte jegens de burger als het bevoegd gezag geldt, doch zich wel heeft te gedragen naar de algemene instructies die de hogere functionaris of instantie heeft gegeven of nog zal geven. Evenzeer als bij de aanwijzingen vormen ook deze 'beleidsregels' een begrenzing van de bevoegdheid van de handelende autoriteit. Van een (inherente) afwijkingsbevoegdheid van deze instructies is voor de ondergeschikte dus ook geen sprake. Voor het geven van instructies is, anders dan voor het geven van beleidsregels in enge zin en voor aanwijzingen, de staatsrechtelijke (ondergeschiktheids)verhouding tussen organen of ambten bepalend. Het Leidraad-arrest heeft betrekking op een situatie als hier bedoeld ook al wordt geredeneerd alsof een beleidsregel in enge zin aan de orde zou zijn.

### 3. De bestuursbevoegdheid als rechtsbron

3.1 De bevoegdheid tot het geven van algemeen verbindende voorschriften ontleent de *wetgevende macht* formeel gesproken aan de regelgevende bevoegdheid toegekend door de (Grond)wet. De materiële legitimatie ligt besloten in het feit dat de producten van wetgeving direct of indirect kunnen worden beschouwd als uitingen van democratische wil. Deze democratische legitimatie alsmede de overige specifieke elementen van de wetgevingsprocedure vormen een waarborg om de produkten ervan als 'Recht' te beschouwen.

3.2 Achter de term *uitvoerende macht* gaan in hoofdlijnen twee soorten bestuur schuil: het gebonden bestuur, gericht op het op maat uitvoering geven aan regels waarbij de regelgever het bestuur nog slechts beoordelingsruimte heeft gelaten; en het vrije bestuur, waarbij de desbetreffende bestuursorganen discretionaire bevoegdheid is gegeven. Bij het vrije bestuur krijgen we te maken met een afweging van belangen en het maken van politiek-beleidsmatig bepaalde keuzen. Dit vrije bestuur kan zowel het geven van beschikkingen als het geven van beleidsregels inhouden.

Voor de rechtsverhoudingen burger-bestuur is van oudsher het *legaliteitsbeginsel* een belangrijk uitgangspunt. Voor de vraag op welk 'Recht' men zich inzake de rechtsverhouding bestuur-burger (in het kader van art. 99 Wet RO kan beroepen, is het interessant dit beginsel nader te analyseren.

Verheij<sup>19</sup> onderscheidt binnen het legaliteitsbeginsel drie aspecten:

- het *negatieve* aspect: het bestuur mag niet in strijd met de wet handelen;
- het *formeel-positieve* aspect: bepaalde bevoegdheden komen het bestuur slechts toe, voorzover ze met zoveel woorden bij of krachtens de wet zijn verleend;
- het *materieel-positieve* aspect: bestuursbevoegdheden dienen volgens algemene regels te worden uitgeoefend.

Als in het hedendaagse bestuursrecht aan al deze aspecten van het legaliteitsbeginsel recht zou worden gedaan, zou de behoefte de oude redactie van art. 99 Wet RO te verlaten in 1963 minder klemmend zijn geweest. Feit is echter dat niet alle aspecten even sterk tot hun recht zijn gekomen.

Van het negatieve aspect kan dit laatste overigens niet worden gezegd. Strijd met een algemeen verbindend voorschrift (de bevoegdheidsverlenende regeling zelf maar ook andere relevante wetgeving in materiële zin), vervult nog altijd een belangrijke functie bij de toetsing van overheidshandelen. Wat het formeel-positieve aspect betreft wordt thans niet voor alle bestuurshandelingen de eis van een bevoegdheidsgrondslag in een algemeen verbindend voorschrift gesteld. Zo doet art. 89 Gr.w. vermoeden dat bestuurshandelingen die geen strafsancities kennen, ook zonder wettelijke grondslag kunnen worden gegeven, tenzij de Grondwet in een andere bepaling de eis van een wettelijke grondslag stelt.<sup>20</sup> In het Fluorideringsarrest<sup>21</sup> oordeelde de Hoge Raad dat voor overheidshandelingen die zeer diep ingrijpen in de vrijheid van burgers een wettelijke basis is vereist. Daarmee kent de Hoge Raad aan het legaliteitsbeginsel een bredere werking toe dan art. 89 Gr.w.

Het meest problematisch is echter het materieel-positieve aspect. Het streven om voor de uitoefening van bevoegdheden inhoudelijke wettelijke normen, voorwaarden en begrenzingen te geven is niet werkelijk tot ontwikkeling gekomen.

Met deze laatste constatering is wellicht (mede) een verklaring gegeven voor de opkomst van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Gaandeweg moest worden erkend dat de aan het legaliteitsbeginsel toegedachte waarborgen niet toereikend waren. Dit werd steeds sterker voelbaar naarmate de verzorgingsstaat haar intrede deed en het bestuur een toenemende, meer discretionaire invloed kreeg op de samenleving als geheel en op de rechtspositie van individuele burgers. In het verlengde van deze verschuiving valt de wijziging van art. 99 Wet RO zeer wel te plaatsen, al zullen daarvoor ook andere factoren zijn aan te wijzen.

3.3 Hoe dit ook zij, door de erkenning van ook ongeschreven publiekrecht als cassatiemaatstaf is iets van de oorspronkelijke waarborgen van het legaliteitsbeginsel teruggehaald. Deze constatering is van primair belang voor het beschikkend handelen van het bestuur. Het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van willekeur dwingen tot 'geregeld beleid' en maken het bestuurlijk handelen controleerbaar en voorspelbaar. Deze beginselen en meer in het algemeen de abbb zijn daarmee echter geenszins tot bevoegdheidsgrondslag geworden. Het is zeker niet zo dat de abbb een zelfde functie zijn gaan vervullen als het formeel-positieve aspect van het legaliteitsbeginsel. De gedachte dat de abbb als bevoegdheidsgrondslag voor beleidsregels zouden kunnen worden opgevat<sup>22</sup> moet dan ook worden verworpen. Hiervóór (onder 2.3) werd reeds gesteld dat de bevoegdheid tot het geven van beleidsregels (in enge zin) in de (discretionaire) bestuursbevoegdheid zelf ligt besloten. Deze is ook de grondslag voor de 'binding de facto' van burgers.

3.4 De Hoge Raad stelt in de beleidsregelarresten uitdrukkelijk vast dat het bij de betreffende regels niet gaat om algemeen verbindende voorschriften, aangezien een wettelijke grondslag ontbreekt. Wil er sprake zijn van ander 'Recht' dan moet dus (vergelijk 2.2) een andere *grondslag* worden gevonden uit hoofde waarvan de Hoge Raad tot toepassing en mitsdien tot interpretatie bevoegd is. Dit is om twee redenen nodig.

In de *eerste* plaats gaat het natuurlijk niet aan om allerhande regels zonder verankering in

het algemeen rechtsbewustzijn (o.i.d.) tot 'Recht' te promoveren en in rechtsgeschillen als toetsingsmaatstaf te hanteren.

In de *tweede* plaats moet klaarheid bestaan over de reikwijdte van de toetsingsmaatstaven die onder de aanduiding 'Recht' zijn te plaatsen. Anders dan bij de 'wet'<sup>23</sup> is het immers – zoals hiervoor onder 2.2 betoogd – denkbaar dat andere toetsingsmaatstaven een slechts tot een bepaalde soort rechtsverhoudingen beperkt bereik hebben.

Deze grondslag nu vindt de Hoge Raad in de bestuursbevoegdheid die onder correctieve werking van de *abb* middels beleidsregels wordt gericht op toepassing in concrete, individuele situaties. Deze constatering is essentieel, omdat we daarmee misverstanden kunnen voorkomen zoals de opvatting dat beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften op één lijn zouden zijn te stellen. Dit zien we bijvoorbeeld bij Van der Vlies.<sup>24</sup> Zij stelt dat er slechts een relatief verschil is: de algemeen verbindende voorschriften verbinden onverminderd de corrigerende werking van de *abb* en de beleidsregels binden in beginsel, waarbij dit 'beginsel' wordt bepaald door de kracht van het betreffende *abb*. In de concrete individuele toepassing van de bestuurlijke bevoegdheid wordt echter pas zichtbaar hoe de *abb*, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van willekeur, in het concrete geval uitpakken. De inherente afwijkingsbevoegdheid is hier concreet in het geding; zo kan het willekeurverbod in het concrete geval in de weg staan aan de beleidsregel. Hiermee wordt ook duidelijk dat het bereik van beleidsregels beperkt is tot de concrete bevoegdheidsuitoefening en dat zij geen algemene werking hebben zoals algemeen verbindende voorschriften, noch een vergelijkbaar effect.

Afgezien nog van verschillen die reeds op praktische gronden in aanmerking genomen zouden moeten worden,<sup>25</sup> ligt er ook het principiële punt, dat ook door Wattèl uitdrukkelijk wordt uitgesproken: beleidsregels kunnen geen verplichtingen als bedoeld in art. 89 Gr.w. opleggen of grondwettelijke grondrechten beperken. Daarvoor is een wettelijke grondslag vereist.<sup>26</sup> Het meest wezenlijke onderscheid tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften betreft dus wel de werking ervan ten aanzien van burgers. Algemeen verbindende voorschriften kenmerken zich doordat zij burgers rechtens kunnen binden. Beleidsregels hebben slechts een feitelijke sturende werking op het gedrag van burgers doordat deze laatsten anticiperen op de wijze van bevoegdheidsuitoefening die het bestuur zich blijkens deze regels voor ogen heeft gesteld.<sup>27</sup>

#### 4. Beleidsregels als 'Recht'?

4.1 Tegen de achtergrond van het voorgaande is het belang dat de Hoge Raad hecht aan het specificeren van de grondslag van beleidsregels, goed te begrijpen. Wat echter nog niet duidelijk is, is waarom de Hoge Raad het noodzakelijk vond de beleidsregels nu ook (onder omstandigheden) als 'Recht' te kwalificeren.

De Hoge Raad baseert zich daarbij op een rechtspolitieke overweging betreffende de rechtszekerheid. Hij hanteert in zoverre een strategisch rechtsbegrip. In zijn visie is het vaststellen van beleidsregels feitelijk handelen. De Hoge Raad neemt niet het standpunt in dat het bestuursorgaan rechtens gebonden is op grond van rechtens relevante bevoegdheidsuitoefening (waar wellicht ook wat voor te zeggen zou zijn geweest), maar door tussenkomst van *abb*. Beleidsregels roepen in deze visie niet zelfstandige rechten en plichten in het leven, dat doen zij als toepassing van bestuursbevoegdheid, onder corrigerend effect van de *abb*. Het produkt van een en ander nu kwalificeert de Hoge Raad als 'Recht'.

Een andere, meer afstandelijke, benadering zou denkbaar zijn geweest. De Hoge Raad had kunnen volstaan met toepassing van toetsing aan *abb*. De interpretatie die in het concrete geval aan deze beginselen moet worden gegeven hangt immers mede af van de inhoud van de betrokken beleidsregels (die werken door middel van deze beginselen). Deze interpretatie heeft gevolgen voor de vraag of een handelen volgens de beleidsregels zich met de *abb* verdraagt.

Dit zou een aanpak vergen vergelijkbaar met de aanpak die het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen volgt bij het beantwoorden van prejudiciële vragen. Het hof beoordeelt niet het nationale recht maar legt slechts het gemeenschapsrecht uit. Door dat op concrete punten en naar aanleiding van de gestelde vragen te doen geeft het (bindende) richtlijnen aan de nationale rechter hoe nu verder de zaak af te handelen. Het hof gaat daar vrij ver

in. Niet alleen vragen omtrent de precieze uitleg van een bepaling van gemeenschapsrecht maar ook vragen omtrent de toepassing ervan (zelfs als dat niet direct met de omstrede uitvoeringsregeling te maken heeft) kunnen aan bod komen.<sup>28</sup>

Met andere woorden: een belangrijk deel van de winst die thans is geboekt doordat de Hoge Raad zichzelf de bevoegdheid toekent beleidsregels uit te leggen had kunnen worden behaald door de toepasselijke beginselen uit te leggen en de beleidsregels (slechts) daaraan te toetsen.<sup>29</sup>

Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van het arrest Boadu.<sup>30</sup> Deze zaak betrof een Ghanese vluchteling die in kort geding schorsing van zijn uitzetting had gevorderd. De weigering van de staatssecretaris schorsende werking te verbinden aan een ingediend herzieningsverzoek was gebaseerd op de in de Vreemdelingencirculaire opgenomen beleidscriteria hieromtrent (hoofdstuk B.7 punt 5.1). Boadu beriep zich (grief C) op andersluidende rechtspraak van de Hoge Raad (het Mosa-arrest<sup>31</sup>) en daarmee impliciet op het rechtszekerheidsbeginsel.

De Hoge Raad gaf zijn interpretatie van de (sedert genoemd arrest gewijzigde) bepaling van de Vreemdelingencirculaire en toetste daaraan de rechtsopvatting van het Hof.

De Hoge Raad had deze opvatting ook kunnen toetsen aan het rechtszekerheidsbeginsel. Het resultaat was vermoedelijk niet anders geweest, want de betekenis die in casu aan dat beginsel toekomt vloeit voort uit de inhoud die moet worden toegekend aan de beleidsregel zoals gewijzigd, bezien in het licht van andere omstandigheden zoals de bestaande jurisprudentie. Voor het betrokken bestuursorgaan had daarbij tevens duidelijk kunnen worden waar de rechtszekerheid grenzen stelt aan de bevoegdheid tot beleidswijziging. De tegenwerping dat op deze wijze de Hoge Raad moet treden in vragen van feitelijke aard, de inhoud van de beleidsregel, heeft een beperkt betekenis. Dit is namelijk eigen aan alle toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>32</sup>

Hier wringt echter de schoen. Ondanks de omstandigheid dat de Hoge Raad nu ook als civiele rechter bestuurshandelingen rechtstreeks toetst aan abbb, komt hij in het kader van art. 99 Wet RO zelden tot uitlegging van enig beginsel. Deze inderdaad niet gemakkelijke opgave ontwijkt de Hoge Raad met zijn sprong naar de beleidsregels.

4.2 De door de Hoge Raad gekozen oplossing roept de vraag op wat de Hoge Raad nu precies beoogt met de eisen dat een beleidsregel 'behoorlijk moet zijn bekendgemaakt' en 'zich naar inhoud en strekking ertoe moet lenen om jegens de bij de desbetreffende regeling betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast'. Hoewel deze eisen in het logisch verlengde lijkt te liggen van de – hierboven besproken – eis van bestuurlijke bevoegdheid, is hier toch sprake van aanvullende eisen, die ter beoordeling van de rechter staan.

Een voor de hand liggende verklaring is, dat de Hoge Raad niet zo ver wil gaan om alle beleidsregels onverkort als 'Recht' te kwalificeren. Daarvoor is (zoals bleek onder 2.3.c) het begrip beleidsregels ook niet scherp genoeg. Denkbaar is dat de Hoge Raad heeft willen voorkomen dat intern gerichte ambtelijke instructies in de kwalificatie 'Recht' zouden delen. Ook kan een rol spelen dat beleidsregels die naar inhoud en strekking jegens burgers als rechtsregels kunnen worden toegepast, niet zelden zijn opgenomen in beleidsstukken (nota's en dergelijke) die een gemengd karakter hebben en ook andersoortige regels of uitingen (interne instructies, niet-openbare delen, bespiegelingen over toekomstig beleid en zo meer) bevatten.

Hoewel zo'n (toch overwegend praktisch) motief begrijpelijk is rijst de vraag welke toevoegende waarde de criteria hebben boven de eis dat het moet gaan om regels die het bestuursorgaan op grond van enig abbb binden. Met toepassing van dit criterium komen we aan interne ambtsinstructies, niet-openbare delen van de regels, alsmede toekomstbespiegelingen evenmin toe.

Zou er dan een ander argument in het geding zijn? Het is speculatief om hier iets over te opperen. Dit geldt vooral nu de Hoge Raad op dit punt eigenlijk geen enkele rechtsoverweging heeft gegeven, maar ook omdat de Hoge Raad niet gehouden is zich uit te laten over (rechts)regels waarover in het voorliggende geschil geen onenigheid bestaat.

4.3 Verleidelijk is in de laatstgenoemde eis een relativiteitscriterium te lezen. In het licht van de toepasselijke abbb zou dan van geval tot geval moeten worden bezien of beleidsregels in het specifiek voorliggende geval als 'Recht' kunnen worden aangemerkt. Nog verlei-

delijker is het om een dubbele relativiteit te veronderstellen: zowel een relativiteit die ambtsinstructies en dergelijke buiten de deur houdt als een relativiteit van geval tot geval. Dit zou sporen met de gedacht dat in het licht van de toepasselijke abbb moet worden gezien of beleidsregels in casu als 'Recht' kunnen worden aangemerkt. De door de Hoge Raad gekozen formules laten er alle ruimte toe dat eenzelfde beleidsregel, die ten aanzien van sommige burgers als recht wordt gekwalificeerd, ten aanzien van anderen, gezien verschillende omstandigheden, niet als zodanig wordt aangemerkt.

Uit de aard van beleidsregels vloeien twee redenen voort deze relativiteit te veronderstellen.

Ten *eerste* komt het in onze nota-cultuur vaak genoeg voor dat beleidsdocumenten een beleidsterrein beschrijven waarbinnen een bestuursorgaan over meerdere bestuursbevoegdheden beschikt. Het is niet altijd even helder hoe de vertaling van beleidsvoornemen naar concrete bevoegdheidsuitoefening moet worden gezien.

Het is denkbaar dat in de gedachtengang van de Hoge Raad een rol heeft gespeeld dat het gelet op de enorme diversiteit van beleidsuitingen die in deze relevant kunnen worden, van belang is deze uitingen steeds tegen het licht te houden en wel niet alleen per bevoegdheid, maar ook van geval tot geval. Er is voor de Hoge Raad inderdaad geen beginnen aan om een ambtshalve toetsing aan beleidsregels voor te schrijven.

Ten *tweede* is de rechtsbedeling van burgers met de relativiteitseis gediend. De nuancering kan optimale rechtsbedeling te stade komen

Geplaatst in het verlengde van Avanti hebben de beleidsregelarresten in tweeërlei opzicht toegevoegde waarde. In de eerste plaats in het noemen van de grondslag voor de beleidsregel en daarmee voor de toegekende aanspraak; te weten geen wettelijke grondslag zoals bij algemeen verbindende voorschriften, maar een bestuursbevoegdheid. In de tweede plaats in de conditionering van de aanspraak, te weten slechts voorzover dit uit de abbb voortvloeit, dus slechts in het concrete geval voor concrete personen.

Daarmee lijkt voor het bepalen van een grondslag van ander 'Recht' dan algemeen verbindende voorschriften, voorzover betrekking hebbend op de verhouding overheid-burger, de weg vrijgemaakt voor 'zoiets als' een subjectief publiekrecht,<sup>33</sup> ook daar waar dat niet door de wet wordt toegekend. Waar de grondslag voor de kwalificatie 'Recht' ingeval van algemeen verbindende voorschriften in een top-down benadering ligt (de wil van de volksvertegenwoordiging als 'rugdekking'), zou voor ander 'Recht' een bottom-up benadering in zicht kunnen komen.

Overigens blijft de bestuursbevoegdheid een essentiële schakel bij beantwoording van de vraag welk ander 'Recht' we binnen art. 99 Wet RO naast de algemeen verbindende voorschriften nog kunnen ontwaren. Deze bevoegdheid is de noodzakelijke schakel tussen wet en rechtspositie van de individuele burger; deze rechtspositie wordt door de uitoefening van de bestuursbevoegdheid immers nader bepaald.<sup>34</sup>

## 5. Bestuur als bron van 'Recht'

Bestuursbevoegdheid als bron van recht in de zin van art. 99 Wet RO? Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend. Is daarmee elke bestuursuiting een bron van 'Recht'? Nee; duidelijk is wel dat de Hoge Raad een voorzichtige koers blijft varen bij uitbreidingen van het domein van art. 99 Wet RO. Daarvoor zijn goede gronden aanwijsbaar. Het gaat niet aan iedere uiting tussen overheid en burger of tussen burgers onderling voorwerp van interpretatie in cassatie te laten zijn. Voor sommigen zal het onder omstandigheden aanmerken van beleidsregels als 'Recht' een te onverhoedse stap zijn (geweest). Tegelijkertijd blijft de Hoge Raad terughoudend omdat onder alle omstandigheden de rechtspositie van burgers en de daaromtrent door toedoen van de abbb ontstane verwachtingen bij burgers ijkpunt blijft.

Duidelijk winstpunt in de beleidsregelarresten is de nadrukkelijke onderscheiding die de Hoge Raad maakt in de grondslag voor de kwalificatie 'Recht'. Dit is vooral van belang omdat daardoor geen misverstanden ontstaan over de verhouding tussen verschillende overheidsregels; beperkingen van de vrijheid van burgers behoeven een duidelijke wettelijke grondslag (regels gegeven ingevolge een bestuursbevoegdheid en bindend krachtens abbb kunnen geen verdergaande beperkingen meebrengen dan de wet toestaat).

Tenslotte nodigen de beleidsregelarresten (met inbegrip van het Avanti-arrest) uit tot

theorie-vorming over de precieze optiek van de Hoge Raad. Tekstuele vergelijking roept een gedachte op die een wellicht ontluikend perspectief van een subjectief publiekrecht suggereert.

#### Noten

1. HR 28 maart 1990, AB 1990, 306 m.nt. FHvdB.
2. HR 29 juni 1990, RvdW 1990, 136.
3. HR 29 juni 1990, RvdW 1990, 140.
4. Onder 'regels' verstaan wij hier: gedragsvoorschriften van algemene strekking zijnde en mitsdien voor herhaalde toepassing vatbaar afkomstig van de overheid en gericht tot overheidsorganen, overheidsambten (en/of burgers).
5. HR 11 oktober 1985, NJ 1986, 332 m.nt. MS, hierover later meer.
6. Hierna 'de beleidsregelarresten'.
7. Vgl. r.o. 4.8. in het Leidraad-arrest.
8. Waaronder de abbb, vgl. HR 19 juni 1985, NJ 1986, 104.
9. HR 25 april 1969, NJ 1969, 303 m.nt. Veegens.
10. Vgl. de samenvatting die Veegens geeft in zijn noot bij het in de vorige noot genoemde arrest.
11. HR 20 maart 1981, NJ 1982, 183 m.nt. FHJM, WHH.
12. Zoals de meeste normen, c.q. toetsingsmaatstaven, onder de oude redactie.
13. Vgl. J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, prft. Groningen 1983 en H.D. van Wijk, *Hoofdstukken van administratief recht*, bewerkt door Willem Konijnenbelt, 7e druk, Utrecht 1990, p. 278 e.v.
14. Waarbij – uiteraard – niet wordt bedoeld op het handelen door ambtenaren maar door ambten! Zie J.H. van Kreveld, a.w., p. 8–10, die in dit verband van een 'vaste bestuurspraktijk' spreekt.
15. In dit verband verdient ook de aandacht de noot van Hirsch Ballin onder het Avanti-arrest in *Ars Aequi* 1986, p. 496 e.v.
16. Ook het gelijkheids- en vertrouwensbeginsel worden wel opgevat als abbb die aan de zelfbindingsgedachte ten grondslag liggen. Toch lijkt dat minder zuiver omdat deze beginselen vooral zien op (toezeggingen in of vergelijking van) individuele gevallen; het rechtszekerheidsbeginsel ziet juist op het regelmatige, de algemene lijn in het bestuurlijk handelen.
17. Er is dus wel een verschil. In het eerste geval ontstaat de binding door toedoen van de abbb als toetsingsgrond, in het tweede geval door de bestuurlijke bevoegdheid zelf voorzover de abbb het toelaten.
18. Vergelijk in dit verband H.E. Bröring, *Juridisch onbestemde regels in het bestuursrecht: richtlijnen*, NTB 1988, p. 80 e.v.; *Bestuur per circulaire*, VNG-studies, nr. 6, Den Haag 1985.
19. N. Verheij, *Alleen de wet heerscht over ons*, *Publiek Domein* 1989, p. 188 e.v.
20. Zoals – bijvoorbeeld – terzake van belastingheffing: art. 104 Gr.w.
21. HR 22 juni 1973, AB 1973, 187 m.nt. vdH.
22. Aldus de Hoge Raad in de visie van Kortmann, *RegelMaat* 1990/3, p. 70, r.k.
23. Zoals omschreven in HR 10 juni 1919, NJ 1919, 647/650 en later ook weer in HR 25 april 1969, NJ 1969, 303 (Pluvier).
24. I.C. van der Vlies, *Meer recht in de zin van art. 99 Wet RO*, NJB '90/29, p. 1147–1151.
25. Vgl. Wattèl, *Avanti nu ook in fiscalibus*. Beleidsregels inroepbaar in cassatie, WFR 1990 p. 689 e.v. m. n. p. 694: ambtshalve toepassing van beleidsregels is vanwege onafzienbaarheid van het aantal ondenkbaar.
26. Onder invloed van de Sunday-Times-jurisprudentie van het EHRM aanvaardt de Nederlandse rechter beleidsregels wel als voldoende grondslag voor de beperking van verdragenrechtelijk beschermde grondrechten (zoals m. b. t. art. 8 EVRM, vgl. Afd. rechtspraak RvS 24 april 1989, AB 1990, 300 m.nt. Zie ook Afd. rechtspraak 10 januari 1983, AB 1983, 306 'paspoort-instructie' m. b.t. het grondrecht op bewegingsvrijheid).
27. Het zogenoemde 'contra legem' gaan op grondslag van een abbb noopt niet tot een andere conclusie. Het contra legem gaan creëert immers geen bevoegdheidsgrondslag voor bestuursorgaan of ambt maar sanctioneert slechts een (door toepasselijkheid van de abbb afgedwongen) afwijking in het individuele geval van de regels die op de uitoefening betrekking hebben.
28. Zie onder meer C-177/88, 8 november 1990, (Dekker), nog niet gepubliceerd, waarin het hof aanwijzingen gaf omtrent aansprakelijkheid bij schending van rl. 76/207 in de Nederlandse onrechtmatige daadsprocedures.
29. Gelet op de gevolgen van de verschillende soorten toetsing zou die winst misschien zelfs groter kunnen zijn. Het gevolg van de directe toetsing is dat het bestuursorgaan moet handelen volgens de interpretatie van de beleidsregel zoals door de Hoge Raad gegeven. De gevolgen van de meer afstandelijke toetsing kunnen verschillend zijn: de met de eisen van de abbb niet verenigbare be-



leidsregel moet worden gewijzigd, of de interpretatie die het bestuursorgaan aan de beleidsregel geeft met aan het oordeel van de Hoge Raad worden aangepast. Met name dit laatste verschil tussen de twee toetsingsvormen is van belang. Een uitspraak over het betreffende beginsel kan ruimte laten voor verschillende wijzen van interpretatie van de beleidsregel. Het lijkt ons juist dat het bestuur voor de uiteindelijke wijze van interpreteren kiest. Een uitleg van het algemene beginsel impliceert echter dat ook duidelijkheid verschaft is voor het geval het bestuur besluit de beleidsregel te wijzigen.

30. Zie noot 4.
31. HR 22 juni 1984, NJ 1985, 82.
32. Vergelijk expliciet HR 18 januari 1991, zoals weergegeven in NJB 1991, p. 270 e.v.
33. Vergelijk in dit verband F.J. van Ommeren, NTB 1991/2, p. 55.
34. In de lijn van bovenstaande theorie is het voorstelbaar dat de Hoge Raad bij een toekomstige verdere beantwoording van de vraag naar de omvang van het begrip 'Recht', buiten de algemeen verbindende voorschriften, de rechten (in de zin van 'civil rights and obligations') van burgers als uitgangspunt gebruikt, de grondslag daarvoor opspoort en deze tot basis voor nieuw 'Recht' neemt.