

Beleidsregels: naar een nieuwe catechismus voor 'ambtelijke bijbels'?, Een analyse van de voorstellen inzake beleidsregels in het wetsvoorstel derde tranche Awb, NTB'95/4, p. 81-93.

Beleidsregels: naar een nieuwe catechismus voor 'ambtelijke bijbels'?

In het voorstel voor een derde tranche Awb bevat artikel 1:3, vierde lid, een definitie van het begrip 'beleidsregel' en is titel 4.4 gewijd aan een regeling van beleidsregels. Heldeweg analyseert de voorgestelde regeling en stelt een aantal principiële vragen aan de orde. De auteur betoont zich weinig gelukkig met het voorstel: draagt zij wel bij aan de helderheid van het bestuursrecht vanuit het perspectief van de burgers?

1. Ambtelijke bijbels en de grote vragen van het bestuursrecht

De door Donner gehanteerde term 'ambtelijke bijbels'ⁱ vond ik – reeds ten tijde van mijn rechtenstudie – van alle overigens wel voor beleidsregels gehanteerde termen, zoals spiegelrechtⁱⁱ en pseudo-wetgevingⁱⁱⁱ, de meest treffende.^{iv} Deze aanduiding suggereerde allereerst dat zich tussen toedeling en toepassing van bevoegdheden nog een omvangrijke bestuurlijke exegese voltrok. Er bestond kennelijk nog 'bevoegdheidsruimte' die in algemene zin nadere ambtelijke invulling behoefde. Tegelijkertijd leek deze exegese uit te monden in voor burgers niet onbelangrijke, voor de bevoegdheidstoepassing dwingende regels. Daarmee werd een, wat mij betreft Kafkaïens beeld opgeroepen waarin de ambtelijke praktijk in volstrekt tegendeel van wettelijke waarborgen kon komen te verkeren.^v

Met de aanduiding 'ambtelijke bijbels' stond wat mij betreft het bestuursrecht op scherp; het had zijn eigen 'Meerenberg' want ook hier stond het legaliteitsbeginsel onder druk. Werd het bestuur door beleidsregelgeving immers niet 'wetgever in eigen zaak'? Daarbij was ook de eigentijdse idee van een aan een individuele rechtsbedeling gediensig bestuur^{vi} in het geding. Hoe verhield zich immers het gebruik van (in algemene termen gestelde) beleidsregels tot het zich rekenschap geven van betrokken individuele belangen; de grenzen van willekeurverbod en marginale toetsing werden nader verkend. Het ging om de grote vragen van het bestuursrecht.

2. Naar een wettelijke regeling

De jurisprudentie en de literatuur gaven belangrijke aanknopingspunten voor het beantwoorden van de grote en kleine aan het verschijnsel beleidsregels verbonden vragen. De wetgever zweeg echter. Daar lijkt nu verandering in te komen. Na het voorontwerp Algemene wet bestuursrecht, derde tranche^{vii} ligt nu een wetsvoorstel^{viii} voor, dat (net als het Voorontwerp) enkele regels bevat voor beleidsregels.

Het gaat daarbij in het bijzonder om artikel I onder A, onhoudende toevoeging van een vierde lid aan artikel 1:3 Awb, zulks ter omschrijving van de beleidsregel als een bepaald type besluit, en onder G, voorzover inhoudende invoeging van titel 4.4 (Beleidsregels). De nieuwe titel bevat regels inzake de bevoegdheid tot het geven van beleidsregels (art. 4.4.1), de motivering (art. 4.4.3), de bekendmaking (art. 4.4.4) en de inherente afwijkingsbevoegdheid (art. 4.4.5). De in het voorontwerp opgenomen bepaling inzake de verplichting tot het stellen van beleidsregels (art. 4.4.2) is niet in het wetsvoorstel overgenomen.

Als belangrijkste overwegingen om terzake van de onderwerpen uit de derde tranche Awb thans een wetsvoorstel in te dienen noemt de regering de behoefte aan harmonisatie en codificatie, het praktisch belang van een uniforme regeling en de vraag of de stand van wetgeving, jurisprudentie en doctrine voldoende uitzicht biedt op een bevredigende regeling. Wat de beleidsregels betreft is met name de jurisprudentie van de laatste decennia van groot belang geweest. Niettemin liggen er – zo stelt de regering – een aantal kernpunten waarin de wetgever een keuze moet maken. De regering is overigens van mening dat 'de teneur van de reacties' op het voorontwerp 'op hoofdlijnen' positief was, al geeft zij wel aan dat het hierbij met name de wenselijkheid de Awb verder uit te breiden en de keuze van de onderwerpen betreft: op concrete bepalingen – zo stelt de regering – was er ook kritiek.^{ix} Dat deze kritiek soms ook zeer principieel was, ik wijs voor het onderhavige onderwerp ondermeer naar de artikelen van de sectie staats- en bestuursrecht van de KU Brabant^x en de sectie bestuursrecht van de RU Limburg^{xi}, alsmede de commentaren van Nicolai^{xii} en Van Male,^{xiii} wordt naar mijn smaak (aldus) toch enigszins verhuld.

Hieronder zal ik een aantal grote en – en passant – een paar kleine vragen rond de voorgestelde regeling inzake beleidsregels bespreken. Achtereenvolgens betreft het daarbij: het besluitkarakter van beleidsregels (3), beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften (4), de bevoegdheid tot het geven van beleidsregels (5), het object van beleidsregels (6), de inhoud van beleidsregels (7), de toetsing door de rechter (8) en de bindende kracht (9). Vervolgens rond ik af met een aantal conclusies.

3. De beleidsregel als besluit?

Volgens Artikel I onder A, wordt aan artikel 1:3 Awb een vierde lid toegevoegd, luidende: *Onder beleidsregel wordt verstaan: 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.*

Het eerste bestanddeel van deze omschrijving geeft aan dat de regering van mening is dat een beleidsregel een bepaald type besluit is. Kwalitatief brengt dit met zich mee dat daarop de waarborgen van hoofdstuk 3 Awb van toepassing zijn en dat tegen beleidsregels, na het vervallen van artikel 8:2 Awb, beroep bij een administratieve rechter mogelijk zal worden. Door de voorstellen voor titel 4.4, zijn er overigens ook nog bijzondere regels van toepassing op beleidsregels – maar die hadden strikt genomen ook zonder het label ‘besluit’ wel ergens (anders) een plaats kunnen krijgen.

Twee punten zijn het bijzonder van belang: de vraag of beleidsregels wel besluiten kunnen zijn èn, zo het antwoord positief luidt, of alle beleidsregels ook besluiten zijn.

Vanuit de literatuur is kritisch gereageerd op de stellingname in het voorontwerp dat beleidsregels een *rechtshandeling* en mitsdien een besluit kunnen zijn. Ik verwijs allereerst naar de Tilburgse en de Maastrichtse secties en Nicolai, die uitdrukkelijk de vraag stellen wat dan wel de beoogde rechtsgevolgen van een beleidsregel zijn.^{xiv} Het wetsvoorstel biedt mijns inziens terzake geen adequate analyse. Misschien is de regering van mening dat (zoals de Tilburgse sectie veronderstelt)^{xv} het enkele feit dat de bindende werking bij invoering van de voorstellen uit de Awb (i.h.b. art. 4.4.5 Awb) kan worden afgeleid, een wettelijke basis verschaft die beleidsregels het karakter van rechtshandelingen geeft. Toch dreigt hier naar mijn mening een cirkelredenering: beleidsregels zijn rechtshandelingen omdat beleidsregels als rechtshandelingen bindend zijn ingevolge artikel 4.4.5 Awb. Deze cirkel is slechts te doorbreken als we aannemen dat de kwalificatie ‘besluit’ in dit verband normatief bedoeld is. Beleidsregels zijn besluiten – en dus rechtshandelingen – omdat de wetgever het zegt! Zowel Kleijn als Nicolai lijken het hier uiteindelijk op te houden.^{xvi} Deze gedachtengang sluit aan bij het ‘strategische beschikkingsbegrip’ van Konijnenbelt, inhoudende dat de tot toetsing van beschikkingen bevoegde rechter al datgene als beschikking aanmerkt dat de bescherming behoeft die hij kan bieden. Het beschikkingsbegrip is ‘leidraad bij de redenering, geen dwangbuis.’^{xvii} Toegespitst op beleidsregels zouden deze als besluiten worden aangemerkt omdat het wenselijk is de waarborgen van de Awb, in het bijzonder hoofdstuk 3, op beleidsregels toe te passen. Ongelukkig vind ik echter, dat waar in de gedachtengang van het strategisch beschikkingsbegrip de rechter voortborduurde op een dogmatische keuze van de wetgever, nu (wordt aangenomen dat) de wetgever zelf strategisch definieert en geen dogmatisch ijkpunt meer aanbiedt. Wordt, als die veronderstelling juist is, de rechter èn daaraan voorafgaand het bestuur niet erg veel discretie gelaten? Overigens is mijn indruk dat de regering ook niet voor een normatief of strategisch beleidsregel-besluitbegrip kiest, waar zij uitdrukkelijk stelt alleen beleidsregels die bij schriftelijke publiekrechtelijke rechtshandeling zijn gegeven als beleidsregels in de zin van de Awb te beschouwen.^{xviii} Aldus lijkt de regering het toch aan de dogmatiek te laten om te bepalen of dergelijke gevallen zich voordoen. Helaas echter biedt het wetsvoorstel op dit punt weinig helderheid. Daarom blijft het voor mij toch de vraag of beleidsregels niet beter buiten het besluitbegrip van artikel 1:3 Awb gehouden hadden kunnen worden. De met de kwalificatie beoogde doelen (kortgezegd, toepasselijkheid van de hoofdstukken 3, 8, 6 en 7 Awb) zouden dan, met toepassing van artikel 3:1, tweede lid Awb en aanvulling van artikel 8:1 Awb, ook bereikt kunnen worden. Het is in elk geval te hopen dat de – mijns inziens – tamelijk vreselijke exegese rond het besluit en beschikkingsbegrip zich niet ook nog zal gaan uitstrekken tot het fenomeen beleidsregels.^{xix}

Deze kwalificatie-arbeid zal zich overigens ook (kunnen gaan) uitstrekken tot de vraag naar het *publiekrechtelijke karakter* van de ‘regel inzake beleid’; de vraag of voor de regel een

publiekrechtelijke grondslag is aan te wijzen. Volgens de doctrine^{xx} moeten we daarbij voor beschikkingen vooral denken aan een wettelijke bevoegdheid in een publiekrechtelijke regeling. In de toelichting van de regering wordt expliciet aangegeven dat de voorgestelde regeling niet uitsluitend het oog heeft op de uitoefening van beschikkingsbevoegdheden, doch zich (juist) wil uitstrekken tot beleidsregels ‘betreffende alle bevoegdheden van bestuursorganen’.^{xxi} ‘Bepalend is’- zo stelt de regering – ‘of het geven van de algemene regel, gelet op de omstandigheden, als een publiekrechtelijke rechtshandeling kan worden beschouwd’. Aansluitend voegt zij toe dat hetzelfde geldt voor de uitoefening van ‘privaatrechtelijke bevoegdheden’. Daarbij moet het dan gaan om ‘afzonderlijke rechtshandelingen van bestuursorganen die betrekkingen hebben op het aangaan van privaatrechtelijke rechtshandelingen’ (maar daarmee niet samenvallen!).^{xxii} Als voorbeelden noemt de regering beslissingen tot goedkeuring of vernietiging van een privaatrechtelijke rechtshandeling van andere bestuursorganen. In het voetspoor van de eerste tranche wordt aangenomen dat het hierbij om besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb gaat – waarmee we weer terug zijn bij de kwalificatieproblemen die reeds daarin besloten liggen.

4. Beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften

Algemeen verbindende voorschriften worden in de MvT omschreven als: *‘naar buiten werkende, voor de daarbij betrokkenen bindende regels, uitgegaan van het openbaar gezag dat de bevoegdheid daartoe aan de wet ontleent.’*^{xxiii}

De voorgestelde omschrijving van artikel 1:3, vierde lid, sluit uit dat een beleidsregel tevens algemeen voorschrift kan zijn. In de toelichting op dit punt signaleert de regering dat beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften in de praktijk naar elkaar toegroeien, maar kiest zij er uitdrukkelijk niet voor om tussen beide geen verschil meer te maken.^{xxiv} Ik meen dat dit zeer verstandig is omdat de verschillen wel degelijk principieel zijn. Het punt is dat hetgeen bij beleidsregel geregeld wordt in principe ook bij algemeen verbindend voorschrift geregeld kan worden terwijl het omgekeerde nu juist niet geldt. Zo kunnen de toedeling en het overdragen van bestuursbevoegdheden, het geven van burgers bindende voorschriften en het aanleggen van beperkingen op bepaalde grondrechten uitsluitend bij algemeen verbindend voorschrift geschieden. Niet elk algemeen verbindend voorschrift heeft een dergelijke strekking, maar essentieel is dat dergelijke zaken niet bij beleidsregel mogen geschieden en (juist) de vorm van een algemeen verbindend voorschrift behoeven. Vanuit dit vermogen is ook de noodzaak van een wettelijke grondslag voor algemeen verbindende voorschriften te begrijpen. Daarmee impliceer ik echter tevens dat het materiële aspect (wat kan geregeld worden?) bepalend is en niet het formele (is een wettelijke grondslag vereist?). De regering geeft mijns inziens ook terecht aan dat in het licht van het voorstel voor (met name het tweede lid van) art. 4.4.1 Awb aan dit criterium geen beslissende rol meer toekomt.^{xxv} Uit de toelichting van de regering blijkt overigens dat zij het wenselijk vindt dat waar een regeling slechts datgene beoogt dat bij beleidsregel kan worden geregeld, het ook de voorkeur verdient dit bij beleidsregel te regelen. Gelet op het feit dat algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels een verschillende juridische actieradius hebben lijkt mij dat een zinvolle suggestie.^{xxvi}

Dat verschil in juridische actieradius houdt uiteindelijk overigens wel verband met de bevoegdheidsgrondslag. Het gaat daarbij echter – als gezegd – niet meer om de vraag of er een wettelijke bevoegdheidsgrondslag is, maar om de vraag wat het karakter van die grondslag is.

Ik meen dat we hier een scherp onderscheid moeten maken tussen primaire en secundaire bevoegdheden. Een *primaire bevoegdheid* is een op de ‘expliciete wil’ van de volksvertegenwoordiging terug te voeren machtiging tot rechtsvorming, c.q. tot voor burgers bindende overheidsinterventies in de samenleving. In formeel opzicht behelst deze bevoegdheid het vermogen om anderen te binden dan zichzelf en in materieel opzicht het gezag tot een exclusieve determinatie van rechten en plichten terzake van een (door de overheid) te behartigen algemeen publiekrechtelijk belang.^{xxvii} *Secundaire bevoegdheden* behelzen in formele zin ‘slechts’ het vermogen tot zelfbinding inzake een (reeds) toegekende primaire bevoegdheid.^{xxviii} Materieel is de uitoefening van de bevoegdheid ingekaderd door de doelstelling welke in de (regeling van de) primaire bevoegdheid ligt besloten – de secundaire bevoegdheid is accessoir. Zulks vloeit ook voort uit het specialiteitsbeginsel, dat de bevoegdheidsuitoefening bindt aan het primaat van de wetgever en de burger beschermt tegen

lasten of vrijheidsbeperkingen anders dan uit hoofde van het krachtens (het desbetreffende) algemeen verbindend voorschrift te behartigen belang.^{xxxix}

Kijken we nader naar de primaire bevoegdheden dan zien we dat deze zowel de bevoegdheid kunnen behelzen tot het verrichten van een abstracte als van een concrete belangenafweging. We kunnen mitsdien een onderscheid maken tussen algemene en concrete primaire bevoegdheden. Een algemeen verbindend voorschrift^{xxx} is de resultante van een abstracte belangenafweging waarbij algemene (publiekrechtelijke) belangen tegen elkaar zijn afgewogen. Het resultaat is een algemene, burgers bindende norm. Soms bevat deze norm finale gedragsnormen, waarmee de rechtsposities van een ‘onbepaalde groep’ burgers wordt gedetermineerd. In de systematiek van gelede normstelling is echter veelal sprake van conditionele gedragsnormen. Alsdan moet in een nadere concrete belangenafweging, in het verlengde van de algemene norm, de rechtspositie van met name te noemen personen worden vastgesteld.^{xxxxi} De meest voorkomende vorm hiervan is het vergunningstelsel. Ten principale kan het bestuur zich hier – naar mijn mening – niet begeven in een abstracte afweging van algemene belangen doch dient het zich toe te leggen op (en daarmee te beperken tot) een doorvoering van de algemene (abstracte) norm op maat van de concrete omstandigheden van het geval. Daarbij moet het bestuur zich rekenschap geven van de betrokken bijzondere belangen (vergelijk ook art. 3:4 Awb). In dit ‘schema’ is evident dat de aan het bestuur gelaten discretie geen ruimte biedt om burgers verder te binden of te beperken dan waartoe het onderliggend algemeen verbindend voorschrift de ruimte biedt. Anders gezegd, de mogelijkheid tot belastend handelen moet reeds in het algemeen verbindend voorschrift (als resultaat van abstracte belangenafweging) besloten liggen; een verdergaande beperking van burgerlijke vrijheid is niet toelaatbaar. Net als bij de uitoefening van secundaire bevoegdheid speelt het specialiteitsbeginsel hierbij een essentiële rol.

Eerste gevolgtrekking uit deze schets moet mijns inziens zijn dat zelfs als de bevoegdheid tot beleidsregelgeving en de gebondenheid (van het bestuur) aan beleidsregels wettelijk is vastgelegd,^{xxxii} deze bevoegdheid een secundair karakter behoudt. Beleidsregels zijn mitsdien hiërarchisch ondergeschikt aan algemeen verbindende voorschriften en dat ligt besloten in de aard van de bevoegdheid tot beleidsregelgeving. De wetgever doet er goed aan dit schema, dat een uitvloeisel is van de idee van het democratisch primaat, aan te houden.^{xxxiii} De positie van de regering sluit hier ook goed bij aan, waar zij stelt dat: ‘Het niet zo (kan) zijn dat het bestuursorgaan zichzelf bij de uitoefening van zijn eigen bevoegdheid zo sterk bindt dat geen rekening meer kan worden gehouden met bijzondere omstandigheden. Zodanig sterk bindende regels kunnen alleen tot stand worden gebracht door middel van een algemeen verbindend voorschrift’.^{xxxiv} Ook hier wordt de beperking tot zelfbinding, typerend voor de secundaire bevoegdheid, duidelijk aangegeven.

Interessant is dat in de stellingname van de regering ook uitdrukkelijk wordt verwezen naar het feit dat de kracht van de binding door beleidsregels duidelijk zwakker is dan bij algemeen verbindende voorschriften. Het is de vraag waarom dat zo zou zijn. Denkbaar is dat zulks voortvloeit uit het accessoire karakter van secundaire bevoegdheden. Een goede aanwijzing daarvoor is gelegen in het gebruik van beleidsregels terzake van een ‘concrete primaire bevoegdheid’, c.q. een beschikkingsbevoegdheid. Ook daarbij staat immers het idee voorop dat weliswaar een algemene norm kan worden gesteld maar dat de bevoegdheidsuitoefening ook steeds verlangt dat het bestuur zich rekenschap geeft van alle relevante bijzondere belangen.^{xxxv}

Beleidsregels inzake *beschikkingsbevoegdheden* bieden een algemene regel over de wijze waarop de concrete belangenafweging zich voltrekt,^{xxxvi} de algemeenheid van deze regel impliceert – in het geschetste perspectief – echter geen abstracte belangenafweging met een burgers bindende uitkomst. De algemeenheid verwijst slechts naar de onbepaalde, in abstracto omschreven groep van bij de bestuurlijke bevoegdheidsuitoefening betrokken personen. De ‘normale gevallen’ van bevoegdheidsuitoefening worden geschetst, waarmee een voorschot wordt genomen op de concrete belangenafweging in een bijzonder geval. Het is een eerste stap in de concretisering van de in abstracto gestelde, conditionele norm. Een stap die logisch past in de jurisprudentie inzake de zogenoemde twee-fasentoetsing ingevolge het willekeurverbod:^{xxxvii} eerst moet het bestuur blijk geven van een (niet-onredelijke) algemene visie op de uitoefening van de bevoegdheid, daarna komt het aan op de (niet-onredelijke) toepassing. De eerste stap kan met een beleidsregel worden gezet, de plicht tot concrete belangenafweging dwingt er echter toe bij de tweede stap te bezien of er in het concrete geval sprake is van zodanig bijzondere omstandigheden, c.q. een zodanige afwijking van het ‘normale geval’ dat een uitzondering op de regel gemaakt moet worden.

De zwakke kracht van de binding van beleidsregels bij beschikkingsbevoegdheid is – aldus – goed te begrijpen vanuit de plicht tot concrete belangenafweging. Opmerkelijk is echter dat de regering niet alleen denkt aan beleidsregels terzake van beschikkingsbevoegdheden maar ook terzake van de bevoegdheid tot het geven van (onder andere – zie onder 5) algemeen verbindende voorschriften!^{xxxviii} Meedenkend met de regering zou de redenering hier moeten zijn, dat indien en voorzover de bevoegdheid tot het geven van algemeen verbindende voorschriften een discretionaire bevoegdheid is, daar uit voortvloeit dat desbetreffende beleidsregels ruimte moeten laten voor de daarmee verbonden plicht tot belangenafweging. Het doet er dan niet toe of het gaat om een bevoegdheid op het niveau van een abstracte of concrete belangenafweging, bepalend is dat er sprake is van discretie, c.q. van een plicht om alle betrokken (algemene en/of bijzondere) belangen af wegen. Dat enkele feit sluit uit dat beleidsregels categorisch binden. Ik kom op dit punt nog terug.

In de jurisprudentie zijn inmiddels voorbeelden te vinden waar de rechter een algemene regel die door de regelgever is bedoeld als algemeen verbindend voorschrift concerteert in een beleidsregel.^{xxxix} Uitgangspunt is daarbij dat de regelgever meent een bevoegdheid te hebben op grond waarvan algemene burgers bindende voorschriften gegeven kunnen worden, terwijl zulks volgens de rechter onjuist is. Als de rechter vervolgens aanneemt dat het pretense algemeen verbindend voorschrift een beleidsregel is (de conversie), loopt het vervolgens toch al snel mis: uitgaande van de veronderstelling dat het een algemeen verbindend voorschrift betreft zag het bestuur immers geen noodzaak zich te bezinnen op de vraag of in het concrete geval aanleiding bestaat van het in de beleidsregel neergelegde beleid af te wijken. Dat enkele feit is voor de concrete belangenafweging – en de plaats van de beleidsregel daarbinnen – een kardinaal gebrek.

5. De bevoegdheid tot het geven van beleidsregels

Het ware aardig geweest indien de regering zich in de derde tranche had gewaagd aan een omschrijving van het begrip (bestuurs)bevoegdheid en regels voor attributie daarvan.^{xl} Nu is de betekenis van dit begrip in artikel 1:3, vierde lid, en artikel 4.4.1, eerste lid, slechts uit de toelichting af te leiden en – zoals hierboven terzake van het publiekrechtelijk karakter van beleidsregels al bleek – enigszins ongewis.

Overigens is de kwestie van de bevoegdheid tot beleidsregelgeving met de voorgaande uiteenzetting in algemene zin geschetst. Hoewel die bevoegdheid voor de binnen de in artikel 1:3, vierde lid vallende beleidsregel, in algemene zin wordt neergelegd in artikel 4.4.1 Awb, blijft de onderliggende (primair gegeven) bevoegdheid tot het nemen van burgers bindende besluiten grensstellend; de bevoegdheid tot beleidsregelgeving is accessoir.

6. Het object van de beleidsregels

Het object van beleidsregels (de concrete primaire bevoegdheid) wordt aangegeven in artikel 4.4.1 Awb. Het moet gaan om een aan het bestuursorgaan toekomende of onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende, dan wel door hem gedelegeerde bevoegdheid (lid 1), hetzij om een geval waarin bij wettelijk voorschrift de bevoegdheid tot beleidsregelgeving is gegeven (lid 2). De bevoegdheid tot het geven van beleidsregels inzake de uitoefening van een eigen bevoegdheid behoeft wel nauwelijks betoog. Interessant is met name de toevoeging ‘onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende’ en ‘door hem gedelegeerde bevoegdheid’.

Onder de verwijzing naar de verantwoordelijkheid voor bevoegdheidsuitoefening gaan twee vormen schuil: het geval waarin het desbetreffende bestuursorgaan krachtens ambtelijk-hiërarchische verhoudingen verantwoordelijk is voor de uitoefening van geattribueerde bevoegdheden^{xli} en de situatie waarin de bevoegdheid krachtens mandaat door een ander orgaan wordt uitgeoefend.^{xlii}

Bij delegatie gaat – in het stelsel van de Awb – niet alleen de bevoegdheid maar ook de verantwoordelijkheid voor de toepassing daarvan over.^{xliii} In afwijking van het voorontwerp heeft de regering ook het geven van algemene aanwijzingen bij delegatie onder de bevoegdheid tot het geven van beleidsregels gebracht. De bevoegdheid tot het geven van dergelijke aanwijzingen werd in het voorontwerp geïmpliceerd door het voorgestelde artikel 1A.1.2.4, eerste lid: Het bestuursorgaan kan terzake van de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheid geen bijzondere aanwijzingen geven.^{xliv}

De thans voorgestelde tekst van artikel 1A.1.2.4, eerste lid luidt aldus:
‘Het bestuursorgaan kan terzake van de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheid uitsluitend beleidsregels geven.’

De toelichting maakt nu echter expliciet duidelijk dat het hierbij ook aanwijzingen, c.q. beleidsregels kan betreffen welke *na* de overdracht van de bevoegdheid worden gegeven. Ik vraag mij toch af of zulk een geïmpliceerde bevoegdheid nog wel past bij de aard van de delegatie-figuur.

Uitdrukkelijk geeft de regering aan dat uitspraken over de uitoefening van bevoegdheden door niet voor de uitoefening verantwoordelijke, niet tot beleidsregelgeving bevoegde organen (denk aan adviezen, circulaire, uitspraken van vertegenwoordigende organen), niet de betekenis van beleidsregels kunnen hebben.^{xiv} Hoewel aan deze uitspraken ingevolge de abbb wel enige juridische betekenis kan toekomen,^{xlvi} kunnen zij niet in dezelfde mate bindend worden beschouwd als beleidsregels. Wel is het denkbaar dat een bestuursorgaan zich dergelijke ‘richtlijnen’ eigen maakt, maar zulks vergt wel een expliciet schriftelijk besluit, waarbij ik – op voet van artikel 3:42 Awb – aanneem dat dit besluit niet enkel een verwijzing naar de richtlijn zou mogen inhouden.

In soortgelijke zin oordeelt de regering dat beleidsregels van andere bestuursorganen (natuurlijk) ook slechts die organen binden, tenzij een ander orgaan deze – gelijk bij richtlijnen – overneemt.

De regering geeft in de toelichting bij het eerste lid van artikel 4.4.1 Awb ook te kennen ‘dat in plaats van algemeen verbindende voorschriften onder bepaalde omstandigheden beleidsregels kunnen worden vastgesteld’.^{xlvii} Hierbij wordt met name gedacht aan een beleidsregel die als het ware een ‘try-out regeling’ geeft, vooraleer daadwerkelijk een algemeen verbindend voorschrift wordt gegeven.^{xlviii} Het voordeel hiervan zou zijn dat de inherente afwijkingsbevoegdheid bij beleidsregels meer ruimte biedt om uitzonderingen te maken, terwijl de behoefte daaraan juist bij nieuwe regelgeving het grootst kan zijn.

ⁱ Donner, A.M., Nederlands bestuursrecht, Algemeen deel, Alphen aan den Rijn 1974, p. 93.

ⁱⁱ Afkomstig van J. Mannoury, Spiegelrecht, in: opstellen aangeboden aan Prof. mr dr G. van den Bergh, Alphen aan den Rijn 1960.

ⁱⁱⁱ Afkomstig van J. van der Hoeven, Pseudo-wetgeving, diesrede UvA 1965 en Pseudo-wetgeving, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in Nederland en België 1966.

^{iv} De term beleidsregels is in zwang sinds het proefschrift van J.H. van Kreveld, Beleidsregels in het recht, Zwolle 1983.

^v Getuige ook het citaat uit Donners Algemeen deel, a.w., p. 93: ‘De wet, mijnheer? Kom ons niet met de wet aan. Hier zegt de minister dat het zó moet’.

^{vi} Vgl. Nicolaï, Beginselen van behoorlijk bestuur, diss. Deventer 1990, p. 431; de idee dat ‘Normgerechtigheid’ (onder omstandigheden) moet wijken voor ‘Einzelfallgerechtigheid’.

^{vii} Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, ’s Gravenhage 1991.

^{viii} Kamerstukken II 1993/194, 23 700, nr. 1-2.

^{ix} Ibidem, p. 8. Op p. 10-12 van de MvT wordt een overzicht gegeven van adviezen, commentaren en literatuur.

^x Sectie staats- en bestuursrecht KUB, Beleidsregels geregeld?, NTB 92/8, p. 253-267.

^{xi} Sectie bestuursrecht RU Limburg, Beleidsregels: gebruiksaanwijzing van bestuursbevoegdheid, Regelmaat 1993/2, p. 54-60.

^{xii} P. Nicolaï, Beleidsregels, hoofdstuk 5 van: De derde tranche, Willem Konijnnebelt (red.) Alphen aan den Rijn 1992.

^{xiii} R.M. van Male, commentaar bij art. 89 GW, in: P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek (red.), De Grondwet, Zwolle 1992, p. 781-830, i.h.b. p. 797-798 en p. 805-808.

^{xiv} Vgl. voor de Tilburgse sectie, a.w., p. 254, voor de Maastrichtse sectie, a.w., p. 57-58 en voor P. Nicolaï, a.w., p. 85-88.

^{xv} A.w., p. 257 en 267.

^{xvi} G.P. Kleijn, Beleidsregels in de derde tranche van de Awb, Bestuurswetenschappen 1992/3, p. 298 (alwaar hij spreekt over een ‘formeel beleidsregelsbegrip’) en Nicolaï, a.w. p. 87-88.

^{xvii} Zoals is besproken in H.D. van Wijk, Hoofdstukken van administratief recht, bewerkt door Willem Konijnnebelt en Ron van Male, Utrecht 1994, p. 217 e.v., i.h.b. p. 219-220.

^{xviii} Vgl. MvT, p. 107 (onder ‘Een besluit’). Uitdrukkelijk sluit de regering ook een mondeling aangegeven gedragslijn en het geleidelijk ontstaan van vaste bestuurspraktijk uit.

^{xix} Waarbij ook de mogelijkheid van het splitsen van beleidsdocumenten in een deel dat wel op rechtsgevolgen is gericht en een deel waarbij dat niet zo is, aanwezig is – vgl. MvT, p. 107 onderaan: het is dus mogelijk dat een beleidsregel is opgenomen in een stuk dat wordt aangeduid als beleidsnota, circulaire of zelfs brief.

^{xx} Vgl. Van Wijk, a.w., p. 201 e.v.

^{xxi} MvT, p. 112.

^{xxii} Ibidem. In Van Wijk, a.w., p. 286 wordt in dit verband gesproken van een ‘misvatting’; algemene voorwaarden wroden daar –bij voorbeeld- nog als privaatrechtelijke regels beschouwd die via art. 3:1, tweede lid, Awb aan hoofdstuk 3 zijn onderworpen.

^{xxiii} MvT, p. 105.

^{xxiv} Zoals wel gesuggereerd door I.C. van der Vlies, N. Verheij en D.W.P. Ruiten, aangehaald MvT, p. 103, alsmede door H.E. Bröring, Beleidsregels, een beknopte biografie, in: Aantrekkelijke gedachten, Boxum c.s. (reds.), Deventer 1993, p. 387-402. Vgl. overigens MvT, p. 102-105.

^{xxv} MvT, p. 105.

^{xxvi} Vgl. MvT, p. 108. Deze suggestie is overigens met name zinvol als op beleidsregels de waarborgen van hoofdstuk 3, titel 4.4 en (in mindere mate) de hoofdstukken 6,7 en 8 Awb van toepassing zijn.

^{xxvii} Ik denk bij publiekrechtelijke belangen aan specifieke, algemene sectorale belangen, zoals het milieu of de economische mededinging.

^{xxviii} Vgl. Van Kreveld, a.w., p. 53 spreekt van een ‘impliciete bevoegdheid’. In Van Wijk a.w., p. 266 (noot 259) propageert men ‘geïmpliceerde bevoegdheid’.

^{xxix} Vgl. voor een recente (rechtsvergelijkende) schets: Willem Konijnenbelt, Het specialiteitsbeginsel in het Nederlandse en Franse administratieve recht, NTB 1994/10, p. 305-313, i.h.b. p. 306.

^{xxx} En ook een ‘zaakbeschikking’, vergelijk het onderscheid tussen van art. 3:41 en art. 3:42 Awb (vgl. Van Wijk, a.w., p. 433).

^{xxxi} Ik ga even voorbij aan het feit dat in de systematiek meerdere opvolgende abstracte belangenafwegingen kunnen plaatsvinden alvorens een concrete afweging in de hier bedoelde zin plaatsvindt.

^{xxxii} Resp. art. 4.4.1 en 4.4.4 Awb.

^{xxxiii} Vgl. MvT, p. 104. Met het ‘schema’ probeer ik het beeld op scherp te krijgen. M.i. is de redenering ook valide voor beleidsregels inzake de bevoegdheid tot het geven van besluiten van algemene strekking of algemeen verbindende voorschriften: ook daar geldt de ondergeschiktheidsregel.

^{xxxiv} MvT, p. 105, onder verwijzing naar art. 4.4.5 Awb.

^{xxxv} Vgl. art. 3:4, eerste lid Awb – ‘relevante’ is een verwijzing naar het te behartigen algemene publiekrechtelijke belang dat de belangenafweging begrenst.

^{xxxvi} Ik ga even voorbij aan het aspect van de beoordeling : regels inzake de vaststelling van de feiten en de interpretatie van wettelijke termen.

^{xxxvii} Vgl. ARRvS 11 december 1981, AB 1982, 216 (vuilcontainers Hoorn).

^{xxxviii} MvT, p. 112.

^{xxxix} Vgl. CRvB 28 april 1994, JB 1994 nr. 263 m.nt. BvM/MAH, alsmede ABR 12 september 1994, AB 1995, 10 m.nt. RMvM (m.n. onder 3).

^{xl} Vgl. Stroink, F.A.M., Regeling delgeatie in de derde tranche Algemene wet bestuursrecht ondoordacht, NJB 1992/15, p. 478-479.

^{xli} De regering verwijst hiervoor naar de verhouding tussen de minister van Financiën en de belastinginspecteurs.

^{xlii} Waarbij het volgens de regering, in lijn met het voorgestelde art. 1A.1.1.2 (tweede lid onder a) Awb, niet uitgesloten is dat ook de bevoegdheid tot beleidsregelgeving *uitdrukkelijk* gemandateerd wordt.

^{xliiii} Vgl. het voorgestelde art. 1A.1.2.1 Awb.

^{xliv} De toelichting, a.w., p. 40, gaf aan dat algemene aanwijzingen ‘nog’ wel gegeven mogen worden.

^{xlv} MvT, p. 117-118.

^{xlvi} Vgl. H.E. Bröring, Richtlijnen, Over de juridische betekenis van circulaire, leidraden, aanbevelingen, brochures, plannen, diss., Deventer 1993.

^{xlvii} MvT, p. 118.

^{xlviii} MvT, p. 118-120.