Universiteit
Leiden
The Netherlands

Beleidsregels geregeld?

Voermans, W.J.M.

Citation
Voermans, W. J. M. (1992). Beleidsregels geregeld? Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/3426

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/3426

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

SECTIE STAATS- EN BESTUURSRECHT KUB[1]

Beleidsregels geregeld?

In het voorontwerp voor een 'derde tranche' van de Algemene wet bestuursrecht dat in december 1991 is gepubliceerd, is een titel gewijd aan beleidsregels (4.4). Op basis van de voorgestelde regeling zullen voor 'beleidsregels' in de zin van de Algemene wet bestuursrecht bijzondere regels gaan gelden, zoals de plicht tot het neerleggen van een vaste gedragslijn in een beleidsregel, en zoals een bijzondere regeling ten aanzien van de motiveringsplicht. Doordat de vaststelling van beleidsregels als 'besluit' wordt aangemerkt gaan ook Awb-normen uit andere titels en hoofdstukken voor deze beleidsregels gelden (in het bijzonder de bepalingen van de hoofdstukken 3 en 4); zoals afdeling 3.2, over zorgvuldigheid en belangenafweging, en de bekendmakingsbepalingen van afdeling 3.5.[2]

Daarmee is in het geschreven recht een scheiding tot stand gebracht tussen het regime voor 'beleidsregels' en dat voor 'vaste gedragslijnen' die niet in beleidsregels zijn vastgelegd. Het is de vraag welke invloed ongeschreven recht nog zal hebben op beleidsregels. Hieronder volgt, na een korte beschrijving, een bespreking van het voorstel.

1. Korte beschrijving

Het voorontwerp bevat een aparte titel (titel 4.4) voor beleidsregels en stelt daarnaast voor om in de begripsbepalingen in hoofdstuk 1 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), ook het begrip 'beleidsregel' te definiëren. Onder beleidsregel wordt verstaan: 'een besluit, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, dat een algemene regel geeft voor het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan en is vastgesteld door het daartoe krachtens art. 4.4.1 bevoegde bestuursorgaan.'[3]

De titel over beleidsregels bevat vijf bepalingen. De eerste daarvan, art. 4.4.1, zegt dat een bestuursorgaan beleidsregels *kan* vaststellen. Het ziet er dan ook uit alsof in die bepaling een discretionaire bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels is vervat.

Het tweede artikel bevat een bepaling voor de situatie dat een vaste gedragslijn wordt gevolgd. Dan bestaat een *verplichting* tot het geven van beleidsregels, tenzij redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daaraan geen behoefte bestaat.

Art. 4.4.3 kan worden gezien als de beloning voor het bestuursorgaan dat beleidsregels vaststelt. Het luidt: 'Ter motivering van een besluit kan slechts worden volstaan met een verwijzing naar een vaste gedragslijn voor zover deze is neergelegd in een beleidsregel.'

De bepaling brengt geen verandering in de omstandigheid, dat het orgaan zich ambtshalve zal dienen af te vragen of een bijzondere situatie aanwezig is die tot afwijking van de beleidsregels noopt (en van de betreffende overwegingen in de motivering blijk zal moeten geven). Maar het doorsnee geval kan worden gemotiveerd door enkele verwijzing naar de beleidsregel. Dat is anders indien slechts sprake is van een vaste ge-

1. Aan het artikel is meegewerkt door: drs. J.H.W.M. Aarts, mw.mr. A.J.A. de Bie, mw.mr. M.G. Boekhorst, mr.drs. N.A. Florijn, mw.mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, drs. W.J.M. Voermans, prof.mr. B.W.N. de Waard en mr. P.J.J. Zoontjens, allen verbonden aan de Katholieke Universiteit Brabant.

2. Overigens wordt – naar aanleiding van het onderwerp beleidsregels – in de derde tranche voorgesteld de bekendmakingsbepaling art. 3.5.3 aan te scherpen, in die zin dat (uiteindelijk) niet mag worden volstaan met het bekendmaken van de zakelijke inhoud: indien alleen de zakelijke inhoud bekend wordt gemaakt moet worden vermeld waar en wanneer het besluit zelf ter inzage ligt.

3. Voorstel voor een aan art. 1.3 Awb toe te voegen vierde lid.

dragslijn die niet in een beleidsregel is neergelegd: dan mag met een dergelijke verwijzing als motivering niet worden volstaan.

Met de vierde bepaling (art. 4.4.4) wordt beoogd de rechtszekerheid te dienen. Deze bepaling houdt in dat bij de bekendmaking van de beleidsregel zo mogelijk het wettelijk voorschrift moet worden vermeld waaruit de bevoegdheid, waarop de beleidsregel betrekking heeft, voortvloeit.

Het laatste artikel (art. 4.4.5) codificeert de zgn. 'inherente afwijkingsbevoegdheid'; het betreft de mate van gebondenheid van het bestuur aan beleidsregels: 'Het bestuursorgaan handelt overeenkomstig de beleidsregels, tenzij dat voor één of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.'[4]

2. Het karakter van beleidsregels

Wat moet de Awb-wetgever met het onderwerp 'beleidsregels' aanvangen? Kán de wetgever dit onderwerp eigenlijk wel regelen zonder de eigen aard van de beleidsregels aan te tasten? Het eigenaardige aan beleidsregels is immers, dat géén toekenning van bevoegdheid tot het stellen van regels heeft plaatsgehad. Anderzijds: de jurisprudentie laat zien, dat beleidsregels wel juridisch genormeerd zijn. En het zou mede daarom vreemd zijn als dit voor de dagelijkse praktijk van het bestuursrecht zo belangrijke onderwerp geen plaats zou krijgen in de Awb. Maar hoe dan (en waar)?

Dogmatisch gezien was het tot nog toe het meest zuiver om een besluit waarbij beleidsregels worden vastgesteld te zien als een besluit dat *niet* het karakter heeft van een rechtshandeling; als een besluit waarvan niet gezegd kan worden dat het 'gericht is op rechtsgevolg'.[5] Immers, het gaat om 'regels', die wel een algemene strekking hebben, maar per definitie niet de pretentie (kunnen) hebben om te gelden als algemeen verbindende voorschriften. Een besluit waarbij beleidsregels worden vastgesteld valt dus niet onder de definitie van het begrip 'besluit', zoals tot nog toe[6] was gegeven in art. 1.3 Awb.

Daarmee is niets gezegd over de vraag of beleidsregels bestuursorganen rechtens kunnen binden, waar het de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden betreft. Er is geen twijfel over dat beleidsregels dit kunnen; net zoals een beslissing in een concreet geval in principe bindt voor toekomstige identieke gevallen en net zoals een toezegging van bijvoorbeeld een wethouder een bindend effect kan hebben. Zo'n toezegging is geen rechtshandeling, maar een feitelijke omstandigheid die rechtens relevant is voor de inhoud van de latere beschikking. Vergelijkbare opmerkingen kunnen worden gemaakt ten aanzien van vanwege een bestuursorgaan gepubliceerde folders of brochures en ten aanzien van (openbare) beleidsnota's die niet onder de begripsomschrijving van beleidsregels vallen, maar toch een inperking kunnen impliceren van de keuzemogelijkheden die het orgaan aanvankelijk op basis van zijn discretionaire bestuursbevoegdheid had.

Hoe past art. 4.4.1 van het voorontwerp ('een bestuursorgaan kan beleidsregels vaststellen' ...) in deze visie? De globale strekking van art. 4.4.1 lijkt verenigbaar met die visie, voorzover die strekking inhoudt dat

4. Bedoeld wordt, dat bij onevenredigheid ten aanzien van bepaalde personen de beleidsregel *in dat betreffende geval* niet mag worden toegepast. Uit de tekst blijkt niet, dat dit in principe geen gevolgen heeft voor de gebondenheid aan diezelfde beleidsregel voor andere gevallen.

5. Vgl. bijv. Commentaar Awb, deel E, art. 1.3 (R.M. van Male), VUGA, 's-Gravenhage 1988, p. E 1.3–41; en H.Ph.J.A.M. Hennekens, Naar een Algemene wet bestuursrecht, in: Bestuurswetenschappen 1987, p. 229–244, m.n. p. 237. Anders: W. Konijnenbelt, Rechtsvorming door het bestuur, in: Bouwrecht 1989, p. 496-505, m.n. p. 503 e.v. Zie over de benadering van Konijnenbelt hierna, noot 7.

6. Zoals boven al even ter sprake kwam definieert het voorontwerp derde tranche beleidsregels wel als besluit en dus als rechtshandeling. Er waren overigens al eerder aanwijzingen dat beleidsregels in de Awb als 'besluit' gezien zouden gaan worden. Zie bijv. de memorie van toelichting bij de eerste tranche, Kamerstukken II 1988–1989, 21 221, nr 3, p. 61.

het een bestuursorgaan is toegestaan beleidsregels uit te vaardigen. In zoverre is op het eerste gezicht sprake van louter codificatie. Het is echter enigszins verwarrend om die toelaatbaarheid te gieten in de vorm van een 'kan'-bepaling, vanwege de onvermijdelijke associatie met een discretionaire bevoegdheid. Die verwarring wordt nog versterkt door de in het voorontwerp gegeven begripsomschrijving van 'beleidsregel', waarvan het slot luidt: 'vastgesteld door het daartoe (...) bevoegde bestuursorgaan'. Indien we de hierboven gegeven dogmatische beleidsregel-visie zouden volgen, kan de term 'kan', in de begripsomschrijving van art. 4.4.1 van de Awb, niet verwijzen naar een publiekrechtelijke bevoegdheid, in de zin van het recht om een nadere publiekrechtelijke (burgers bindende) normstelling te verrichten. De term 'kan' zou in die opvatting niet zozeer naar een dergelijke bevoegdheid[7] verwijzen, maar veeleer naar iets wat is toegestaan, rechtens geoorloofd is.[8]

Twee kanttekeningen kunnen bij het bovenstaande worden gemaakt. In de eerste plaats: is dat dogmatische verhaal nog wel vol te houden, nu de verschillen tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften steeds verder afnemen? Brengt met name de omstandigheid dat beleidsregels onder omstandigheden worden aangemerkt als 'recht' in de zin van art. 99 Wet RO mee, dat het vaststellen van dergelijke regels als rechtshandeling moet worden aangemerkt? Het antwoord op die laatste vraag moet ontkennend luiden. Door Van der Meulen e.a. is er vorig jaar in het NTB op gewezen dat de Hoge Raad ten aanzien van de kwalificatie van beleidsregels als recht in de zin van art. 99 Wet RO een, wat wij zouden willen noemen 'strategisch' rechtsbegrip hanteert: beleidsregels zelf roepen, volgens de Hoge Raad, niet zelfstandig rechten en plichten in het leven, maar juist de algemene beginselen van behoorlijk bestuur doen dat bij de uitoefening van bestuursbevoegdheid.[9] Beleidsregels vormen op het ogenblik dus geen zelfstandige rechtsbron.

In de tweede plaats: zelfs als men het 'dogmatische verhaal' aanvaardt als geldend vóór de totstandkoming van de Awb, dan moet men toch toegeven dat de wetgever in staat is die dogmatiek naar de prullenmand te verwijzen, door het onderwerp beleidsregels in de Awb zodanig te regelen dat een besluit tot vaststellen van beleidsregels wel degelijk de status verkrijgt van (bijzonder) besluit in de zin van de Awb?[10] Dit lijkt inderdaad te gebeuren, zoals hieronder nader aan de orde zal komen.[11]

7. Anders dan wij stelt W. Konijnenbelt de (impliciete) 'juridische mogelijkheid' tot het vaststellen van beleidsregels gelijk met een 'bevoegdheid' daartoe. Op grond daarvan, en op grond van het (indirecte) bindende effect van beleidsregels, concludeert Konijnenbelt dat het aanmerken van beleidsregels als besluit 'alleszins plausibel' is. Zie W. Konijnenbelt, a.w. (zie noot 5), m.n. p. 503 e.v.

8. Terzijde: dat beleidsregels, naar huidig inzicht, geen op rechtsgevolg gerichte besluiten zijn, omdat de bevoegdheid tot het geven van algemene regels ontbreekt, betekent niet dat op het ogenblik beleidsregels als een ongewenst verschijnsel worden beschouwd. Sterker nog: de intentie van de Commissie Scheltema om in de Awb vast te leggen dat onder omstandigheden een *plicht* tot het vaststellen van en bekendmaken van beleidsregels geldt, sluit goed aan bij de wijze waarop tegenwoordig vrij algemeen over beleidsregels wordt gedacht. Op grond van die algemene zienswijze is echter goed verdedigbaar, dat de aangewezen plaats om die plicht vast te leggen niet is hoofdstuk 4 van de Awb (Bijzondere bepalingen over besluiten) en eigenlijk ook niet hoofdstuk 3 Awb (Algemene bepalingen over besluiten), maar hoofdstuk 2: Verkeer tussen burgers en bestuursorganen.

9. Vgl. B. van der Meulen, E. Steyger, M. Heldeweg, R. Bakker, R. Cobben, T. Tak, Bestuursbevoegdheid als bron van recht, in: NTB 1991, p. 133 e.v., p. 139. Zie overigens nader hieronder, par. 5.

10. Zo stelt G.P. Kleijn vast dat de opstellers van het voorontwerp voor een formeel 'beleidsregelbegrip' hebben gekozen o.m. door beleidsregels onder het besluitbegrip van de Awb te scharen. Zie G.P. Kleijn, Beleidsregels in de derde tranche van de Awb, in: Bestuurswetenschappen, mei/juni 1992, nr 3 (themanummer de Algemene wet bestuursrecht en de decentrale overheden), p. 296–303, m.n. p. 298.

11. Zie hierna, m.n. par. 3.2.

3. Karakter, grondslag en binding volgens het voorontwerp

3.1 Globale strekking van het voorontwerp

Hoe moeten beleidsregels worden gezien, indien met de benadering van de Commissie-Scheltema volgt? Vooropgesteld zij, dat het voorontwerp geen principiële verandering wil brengen in de verhouding tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels, zoals deze traditioneel wordt gezien, ondanks de omstandigheid dat een wettelijke 'bevoegdheidsgrondslag' voor beleidsregels wordt voorgesteld. Ook op het punt van de afwijkingsbevoegdheden wordt geen wijziging beoogd. Omdat bestuursorganen zichzelf door het opstellen van algemene regels omtrent de uitoefening van bestuursbevoegdheden niet de plicht tot een belangenafweging in concrete en individuele gevallen kunnen ontnemen is de toelaatbaarheid van afwijking (n.a.v. een dergelijke concrete en individuele afweging) *inherent* aan beleidsregelgeving.[12] Soms kunnen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot afwijking verplichten.[13] Een dergelijke '*inherente afwijkingsbevoegdheid*' bestaat in beginsel niet ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften. Opmerkelijk is overigens wel, dat juist de laatste jaren steeds vaker wordt aangenomen dat ook bij de toepassing van algemeen verbindende voorschriften in bijzondere gevallen het bestuursorgaan verplicht is het voorschrift niet toe te passen, indien toepassing tot onevenredige hardheid zou leiden.[14] Het meest cruciale verschil in binding tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels lijkt daarmee te verworden tot een gradueel, in plaats van een principieel verschil.

Welke wijzigingen brengt titel 4.4 Awb op het terrein van het karakter, de grondslag van en binding aan beleidsregels?

3.2 Karakter en grondslag van beleidsregels volgens het voorontwerp

Zoals gezegd ligt volgens de heersende leer de toelaatbaarheid van het opstellen van beleidsregels opgesloten in de bestuursbevoegdheid zelf.[15] Brengt art. 4.4.1 van het voorontwerp hier verandering in, doordat deze 'kan-bepaling' volgens de opstellers van het ontwerp gezien moet worden als toekenning van een bevoegdheid en dus als de bevoegdheidsgrondslag? De formulering van het nieuwe vierde lid van art. 1.3 Awb ('krachtens art. 4.4.1 bevoegde' ...) lijkt daarop te wijzen. Ook lijkt de memorie van toelichting (MvT) daarvan uit te gaan. Zo wordt gesproken over art. 4.4.1 als een 'bevoegdheidsbepaling'.[16] Helemaal consequent is de tekst van de toelichting echter niet.[17]

Hierboven hebben we gezien, dat art. 4.4.1 op zichzelf – met de huidige opvattingen over beleidsregels in het achterhoofd – nog niet voldoende houvast geeft voor de conclusie, dat het aanvaardbaar is dat beleidsregels (in art. 1.3) onder het begrip (op rechtsgevolg gericht) 'besluit' kunnen worden gebracht. Hoe kan dat dan wel worden beargumenteerd? Wat zou het rechtsgevolg

12. Aldus, in iets andere bewoordingen, ook de memorie van toelichting bij art. 4.4.5.

13. De memorie van toelichting noemt jurisprudentievoorbeelden van de verschillende administratieve rechters, op p. 126.

14. Vgl. bijv. Vz. Afd. rechtspraak RvS 24 febr. 1987, tB/S 1987, 31 m.nt. BdeW. En zie M. Schreuder-Vlasblom, De harde wet en haar zachte kant; enige opmerkingen over hardheidsclausules, in: Bestuurswetenschappen 1987, p. 100–117 en P.J.J. Zoontjens, Hardheidsclausules in wetgeving, in: H.A.M. Backx e.a., Recht doen door wetgeving, Zwolle 1990, p. 431 e.v., m.n. par. 3.3.2.

15. Aldus ook, in iets andere woorden, de toelichting bij het voorontwerp, p.114.

16. Zie p. 120. Vgl. ook p. 122, waar staat dat art. 4.4.1 '– uiteraard – niet de bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels in strijd met de wet' geeft: wél die tot het vaststellen van beleidsregels die niet in strijd zijn met de wet?

17. Zo wordt op p. 125–126 geschreven: 'Artikel 3.6.2, (d.i. art. 4.1.4.2 in het wetsvoorstel Awb, eerste tranche, Schrs.) tweede lid, mist ten aanzien van beleidsregels echter praktische betekenis, omdat de beleidsregel zelf geen wettelijke grondslag heeft.' Ook de formulering: ... 'aan beleidsregels verwante regels die wel krachtens een bij wettelijk voorschrift gegeven bevoegdheid zijn gegeven' (p. 118) past niet goed in de visie dat 4.4.1 een bevoegdheidverlenende bepaling is.

kunnen zijn waar beleidsregels op gericht zijn? Dat moet wel zijn de gebondenheid van het orgaan aan die beleidsregels, zoals neergelegd in art. 4.4.5. Als beleid wordt vastgesteld bij een besluit als bedoeld in art. 1.3 lid 4 juncto 4.4.1 Awb (en aan de daarvoor geldende formele vereisten, zoals de bekendmaking, is voldaan) dan is het rechtsgevolg de geconditioneerde gebondenheid die vervat is in art. 4.4.5. Daaraan doet niet af, dat het bestuursorgaan ook gebonden zou zijn als art. 4.4.5 niet bestond, namelijk via de beginselen van behoorlijk bestuur. Zelfs doet daar niet aan af, dat die beginselen óók op beleidsregels in de zin van de Awb hun werking houden, zoals hieronder nog nader aan de orde zal komen.

Met andere woorden: aanvaard moet worden, dat beleidsregels in de zin van de Awb, *door de enkele vastlegging van de bindende werking van beleidsregels in de Awb,* als op rechtsgevolg gerichte besluiten kunnen worden aangemerkt. Het beeld van de 'gelede normstelling' in het bestuursrecht moet als gevolg daarvan worden aangepast: beleidsregels krijgen bij invoering van de voorstellen een plaats *binnen* die normstelling,[18] ergens tussen algemeen verbindende voorschriften en beschikkingen in. De 'bevoegdheid' tot beleidsregelgeving neemt dan wel een bijzondere plaats in tussen de bevoegdheden tot het nemen van publiekrechtelijke besluiten, als gevolg van de geconditioneerde gebondenheid aan beleidsregels.

Over art. 4.4.5, de bepaling waarin de gebondenheid aan beleidsregels wordt vastgelegd, nog het volgende. Het valt op, dat die bepaling zichzelf niet beperkt tot codificatie van de inherente afwijkingsbevoegdheid (door te zeggen wanneer het bestuur een beleidsregel *niet* moet toepassen), maar zich uitstrekt tot het bepalen dat overeenkomstig beleidsregels gehandeld moet worden. Dat lijkt op het eerste gezicht niet zo nodig: het is gek, dat uitdrukkelijk bepaald zou moeten worden dat het bestuur zich aan zijn 'besluiten' moet houden. Een dergelijke bepaling wordt ook niet ten aanzien van andere besluiten gegeven. Anderzijds: we hebben hierboven opgemerkt dat juist aan de omstandigheid dat de gebondenheid wettelijk wordt vastgelegd de beleidsregel de status van (op rechtsgevolg gericht) 'besluit' kan ontlenen. Dan is het niet zo vreemd als die binding expliciet wettelijk wordt vastgelegd.

Een volgende vraag is, of er niet een vergelijkbare bepaling zou moeten komen die zich uitstrekt tot 'beleid' in het algemeen, dus ook buiten beleidsregels. Want daarover wordt nu niets gecodificeerd. Wij vinden dat een gemis.

3.3 Gebondenheid aan beleidsregels

Brengen de voorgestelde bepalingen verandering, op het punt van de toepasselijkheid van beginselen van behoorlijk bestuur op beleidsregels? Volgens de memorie van toelichting behouden de beginselen van behoorlijk bestuur hun betekenis ingeval van onverbindende beleidsregels (zie hierna), en voor het overgangsrecht dat bij de invoering of wijziging in acht genomen dient te worden. Daarnaast blijven de beginselen van behoorlijk bestuur onverminderd van belang voor beleid dat niet in een beleidsregel is vastgelegd, aldus de memorie van toelichting. Maar ten aanzien van verbindende beleidsregels in het algemeen wordt in de toelichting bij art. 4.4.5 opgemerkt dat de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur beperkt wordt, doordat de gebondenheid aan beleidsregels rechtstreeks zal voortvloeien uit de wet.[19] Inderdaad zijn de beginselen van behoorlijk bestuur dan niet langer nodig om vast te stellen dat gebondenheid aan beleidsregels bestaat. Wij vinden het echter niet erg gelukkig hier te spreken van een *beperking* van de *werking* van de beginselen van behoorlijk bestuur, omdat de wijze van gebondenheid aan beleidsregels onzes inziens beheerst zal blijven worden door die beginselen. Wij komen daar op terug (zie par. 3.5 en 3.6).

3.4 Gebondenheid aan onverbindende beleidsregels?

In de toelichting wordt de interessante vraag opgeworpen naar gebondenheid aan be-

18. Vgl. het handboek van H.D. Van Wijk/W. Konijnenbelt, Hoofdstukken van administratief recht, zevende druk, Utrecht 1991, waar beleidsregels (pseudo-wetgeving in de eerdere drukken) altijd buiten de keten van gelede normstelling om – althans ná de beschikking – werd behandeld.
19. Zie p. 128 MvT.

leidsregels die inhoudelijk of procedureel gebrekkig zijn. 'Het lijkt voor de hand te liggen dat beleidsregels die onrechtmatig zijn naar inhoud of wijze van totstandkoming, niet toegepast mogen worden', aldus Van Kreveld.[20] De toelichting neemt deze visie begrijpelijkerwijs over: in die gevallen is de beleidsregel onverbindend, 'dat wil zeggen, zij geldt niet'.[21] In zoverre is er geen verschil met onverbindende algemeen verbindende voorschriften. Het merkwaardige van de onverbindende beleidsregel is echter dat die weliswaar niet toegepast mag worden, maar dat onder omstandigheden wel overeenkomstig die regel gehandeld moet worden.[22] Deze paradox vindt zijn oorzaak in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, legt de toelichting uit. Indien op grond van de vermeend verbindende beleidsregel een vaste praktijk is ontstaan, brengen het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel mee dat dienovereenkomstig wordt beslist. Daarnaast kan door publikatie van de regel het vertrouwen gewekt zijn dat op een bepaalde wijze gehandeld zou worden. Aan de burger kan dan uiteraard niet zonder meer worden tegengeworpen dat de beleidsregel onrechtmatig is. Afgewacht zal moeten worden of een jurisprudentie ontstaat waarbij van de burger onder omstandigheden toch wordt verlangd dat hij zich tijdig realiseert dat de beleidsregel niet verbindend kon zijn.[23]

Intussen moet worden aangenomen dat de vraag of een onverbindende beleidsregel mag of moet worden toegepast in beginsel[24] in het voordeel van de burger zal moeten worden beantwoord. De positie van derden kan daarbij een complicerende factor opleveren. De verplichting de door de onverbindende beleidsregels gewekte verwachtingen te honoreren, kan opgeheven worden als door dat handelen overeenkomstig de onverbindende beleidsregel een andere burger op onevenredige wijze zou worden benadeeld.

3.5 De inherente afwijkingsbevoegdheid

Verandert er iets, als de inherente afwijkingsbevoegdheid in het licht van de voorgestelde regeling wordt bezien? In art. 4.4.5 worden twee cumulatieve eisen gesteld. Allereerst moet er sprake zijn van bijzondere omstandigheden. Het bestuur is in beginsel gebonden aan een rechtmatige beleidsregel. Een structurele afwijking of afwijking in een normaal geval zou neerkomen op een wijziging van de beleidsregel. Zoiets behoort niet via een afwijking, maar via een overeenkomstig art. 3.5.3 lid 3 bekend te maken wijziging te geschieden (zie hierna par. 4.).

In de tweede plaats: naast de aanwezigheid van een bijzonder geval is vereist, dat de nadelige of voordelige gevolgen van handelen overeenkomstig de beleidsregel *onevenredig* zouden zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Het kan daarbij gaan om een onevenredig *nadeel*, maar, volgens de opstellers van het voorontwerp, dient ook de mogelijkheid te bestaan om van de inherente afwijkingsbevoegdheid gebruik te maken indien strikte toepassing van die beleidsregel zou leiden tot onevenredig *voordeel* voor de belanghebbende.[25] Overigens wordt in de memorie van toelichting hieraan toegevoegd, dat van zulke gevallen in de jurisprudentie nauwelijks voorbeelden te vinden zijn.[26] In de memorie van toelichting wordt als voorbeeld genoemd het strikte volgen van een beleidslijn in een concreet, bijzonder geval dat tegen de duidelijke doelstelling van de regeling in zou kunnen gaan. Afwijken ten nadele van de bestuurde zou dan geboden kunnen zijn.

Aangenomen moet worden, dat hier inderdaad van zeer uitzonderlijke gevallen wordt gesproken. Het zou dan moeten gaan om een geval waarin het volgen van de beleidsregel – ondanks de bewoordingen van

20. J.H. van Kreveld, Verdere inbouw van beleidsregels in het recht, in: NTB 1988/6, p. 189–196 (192).
21. Zie de MvT, p. 127.
22. Zie de MvT, p. 127. Vgl. ook de eerdere uitlating (op p. 125) dat een op een niet bekend gemaakte beleidsregel gebaseerd besluit niet reeds daarom onrechtmatig is.
23. Vgl. de jurisprudentie over gerechtvaardigd vertrouwen: de burger moet in het kader van bepaalde besluiten bijvoorbeeld geacht worden te begrijpen dat een ambtenaar niet zelf het bevoegde gezag is.
24. Een uitzondering kan worden gemaakt ingeval sprake is van zodanige strijd met een algemeen verbindend voorschrift, dat de beleidsregel niet mag worden toegepast.
25. Zie de MvT, p. 129.
26. M. Schreuder-Vlasblom geeft er enkele. Zie: de verbindende kracht van rechtsregels, in: Bestuurswetenschappen 1992, p. 25–41, noot 34.

de beleidsregel – zo duidelijk afbreuk zou doen aan de doelstellingen van de beleidsregel of van de regeling waarop de bestuursbevoegdheid berust, dat de burger er in redelijkheid niet op heeft kunnen vertrouwen dat de regel ook in zijn geval zou worden toegepast.

Welke betekenis heeft het, dat voor de afwijkingsbevoegdheid gekozen is voor een onevenredigheids-criterium? Niets wijst er op, dat de opstellers van het voorontwerp een wijziging ten opzichte van de huidige inherente afwijkingsbevoegdheid hebben willen aanbrengen. De formulering kan echter vragen oproepen. Zal daaruit een sterkere binding voortvloeien, en minder gemakkelijk tot afwijking kunnen worden besloten? Zal nu slechts tot afwijking kunnen worden besloten bij onevenredigheid (evenredigheidsbeginsel)? Zal dan moeilijker tot afwijking kunnen worden besloten, dan wanneer men dat ook op andere beginselen van behoorlijk bestuur kan baseren? Onzes inziens is dit niet het geval. Ook wanneer expliciet in de wet wordt aangegeven dat – slechts – in sommige gevallen kan worden afgeweken van de beleidsregel, zullen de verschillende, relevante, belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen.[27] De aard van beleidsregels brengt met zich dat altijd moet worden bekeken of er aanleiding is om te spreken van een bijzonder geval, waarin een individuele afweging van belangen nodig is.

Eén van de vragen die door opneming van het 'onevenredigheidscriterium' nog wordt opgeroepen wordt impliciet beantwoord in de memorie van toelichting. Daar staat, dat indien aan een belanghebbende een toezegging is gedaan die slechts door afwijking van de beleidsregel gehonoreerd kan worden, het bestuursorgaan daartoe op grond van het vertrouwensbeginsel inderdaad verplicht is.[28] Met andere woorden, de onevenredigheid van de gevolgen kan niet alleen bestaan als die gevolgen op zichzelf beschouwd, worden afgewogen tegen de met de beleidsregel te dienen doelen: bijkomende omstandigheden (zoals een toezegging) kunnen de gevolgen onevenredig doen zijn. Andere beginselen van behoorlijk bestuur kunnen derhalve ook grond zijn voor afwijking van de beleidsregel. In de betreffende passage zien wij een aanwijzing, dat niet alleen bij een individuele toezegging, maar ook bij een algemene beleidspraktijk die in een andere richting groeit dan de beleidsregel te zien geeft aanleiding tot afwijking kan bestaan. In de Awb wordt begrijpelijkerwijs uitgegaan van de systematiek: beleidsregel – gewijzigde beleidsregel (met overgangsrecht). Het lijkt echter waarschijnlijk dat de praktijk behoefte zal blijken te hebben aan een flexibeler wijze van werken, waarbij *naast* de beleidsregel vaste praktijken groeien. Onzes inziens zou voor een dergelijke situatie voor de beginselen van behoorlijk bestuur eenzelfde rol moeten zijn weggelegd als thans: zonodig voorrang boven het in de bekendgemaakte beleidsregels neergelegde officiële beleid.[29] Het bestuur zal wel aanvullend beleid kunnen toepassen, maar geen beleid dat voor de burger ongunstiger is dan de beleidsregel in het vooruitzicht stelt. Voor het geval naast de beleidsregel een voor de burger gunstiger vaste praktijk is ontstaan, gaan wij er vooralsnog van uit dat een burger zich op een vaste gedragslijn kan beroepen die in strijd met een beleidsregel is. Een beroep op het vertrouwensbeginsel zou dan niet mogen worden verworpen op de grond, dat de burger de beleidsregel had kunnen kennen.

3.6 Conflicterende beleidsregels

De vraag of de rol van de beginselen van behoorlijk bestuur geringer zal worden kan ook worden gesteld bij het onderwerp 'conflicterende beleidsregels'. De memorie van toelichting behandelt dit onderwerp, kort, maar rept daar niet van enige werking van beginselen van behoorlijk bestuur. Het ligt voor de

27. Zie voor de periode van vóór de codificatie, J.H. van Kreveld, Beleidsregels in het recht, diss. RU Groningen, Deventer 1983, p. 201. In de MvT bij het voorontwerp wordt met nadruk gewezen op de belangenafweging die de art. 3.2.1 en 3.2.3 eisen (p. 126).

28. Zie p. 128 MvT.

29. Dat zou dan – zoals gezegd – wel op gespannen voet staan met de tekst van art. 4.4.5: 'Het bestuursorgaan handelt overeenkomstig de beleidsregels, tenzij...'. Deze spanning zou af kunnen nemen, indien titel 4 meer in het algemeen op beleid betrokken zou zijn. Zie ook onze opmerkingen hierover in par. 3.2.

hand de voor conflicterende wetgeving geldende regels zoveel mogelijk analoog toe te passen, zegt de memorie van toelichting.[30] Wij zijn het daarmee niet oneens. Ook thans zouden die voor wetgeving geldende uitgangspunten vermoedelijk wel enige betekenis hebben. Bijvoorbeeld: in principe gaat de latere regel voor de eerdere. Wij zouden echter een ander accent leggen. Onzes inziens geldt ook voor de nieuwe situatie dat een dominante rol is weggelegd voor de beginselen van behoorlijk bestuur: mocht de individuele burger er op rekenen dat juist één van beide beleidsregels jegens hem zouden worden toegepast? Onder het nieuwe regime zal de neiging bestaan om los van de individuele gevallen de 'gelding' van een beleidsregel te onderzoeken; een getrapte toetsing, derhalve. De beginselen van behoorlijk bestuur zullen dan vermoedelijk iets meer op de achtergrond komen te staan. Zij blijven echter ongetwijfeld direct of indirect van belang: niet alleen bij het vaststellen of in het individuele geval juist is gehandeld, maar ook bij het beantwoorden van de vraag welke beleidsregel ingeval van conflict geacht moet worden te gelden.

3.7 Typen beleidsregels

Bij de bespreking van het karakter van beleidsregels wordt in de memorie van toelichting ook de kwestie van de verschillende typen beleidsregels aangeroerd. Zo wordt in de toelichting bij art. 4.4.1 waarde gehecht aan de bekende indeling in binnenwettelijke, buitenwettelijke, tegenwettelijke en wetsinterpreterende regels.[31] Omdat volgens de toelichting wetsinterpreterende regels even belangrijk zijn als 'andere' beleidsregels, worden zij ook daaronder begrepen.[32] Toch is dit dogmatisch onzuiver.[33] Interpretatie van een norm is immers iets anders dan de uitoefening van een bevoegdheid. Het bestuur is gebonden aan zijn wetsinterpreterende regels door de objectieve vage norm van de wet zelf, en deze wetsinterpretatie kan door de rechter volledig worden getoetst. Een bevoegdheid tot afwijking van een wetsinterpreterende regel zou dan strijd met de wet opleveren. Wél is een verfijning van de interpretatie mogelijk in het licht van de omstandigheden van het te beoordelen geval.

De toelichting sluit tegenwettelijke beleidsregelgeving uit, maar voor zover de rechtspraak een ongeschreven hardheidsclausule heeft erkend, 'ligt dit anders'. Het is dus aan de rechter om te bepalen wanneer er sprake is van tegenwettelijke beleidsregels en wat de gevolgen daarvan zijn. Beleidsregelgeving bij ongeschreven hardheidsclausules leidt echter tot rare puzzels wat betreft art. 4.4.5. De situatie is dan, dat de wet geen afwijking toestaat, maar de rechter op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een ongeschreven hardheidsclausule heeft erkend. Die hardheidsclausule is vervolgens door het bestuursorgaan ingevuld met beleidsregels. In concrete gevallen zal het bestuursorgaan zich dan dienen af te vragen of het wegens 'bijzonder bijzondere' omstandigheden van de beleidsregels moet afwijken.

4. Vaststellen, bekendmaken, wijzigen en intrekken beleidsregels

4.1 Vaststelling

In de mogelijkheden van bestuursorganen tot het vaststellen van beleidsregels lijkt het voorontwerp geen wijzigingen aan te brengen. Twijfel hierover zou wel kunnen ontstaan op basis van een passage in de memorie van toelichting omtrent delegatie:[34]

'Het voorgestelde artikel 1A.1.2.4 van de Algemene wet bestuursrecht voorziet in algemene zin in een bevoegdheid voor de delegans om voorschriften omtrent de uitoefening van een gedelegeerde bevoegdheid te stellen. Door deze grondslag in de Algemene wet bestuursrecht zijn deze voorschriften algemeen verbindende voorschriften.'

Deze passage wekt verbazing. In de eerste plaats kan in art. 1A.1.2.4 helemaal niet de

30. Zie p. 127.
31. Zie p. 121 e.v. De omschrijving van de typen beleidsregels komt grotendeels overeen met die uit het proefschrift van Van Kreveld en die van de Commissie-Polak in Orde in de regelgeving.
32. Zie p. 123 MvT.
33. J.H. van Kreveld, a.w. (diss.), p. 255–256.
34. Zie p. 118 MvT.

toekenning van de bevoegdheid tot het geven van algemeen verbindende voorschriften worden gelezen. Er staat slechts, dat het bestuursorgaan *geen bijzondere* aanwijzingen terzake van de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheid kan geven. In de tweede plaats: als uit die bepaling *a contrario* mag worden afgeleid, dat het orgaan (dus) wél algemene aanwijzingen kan geven, waarom zouden die dan het karakter van algemeen verbindende voorschrift hebben? In ieder geval niet om de enkele reden dat een grondslag in de Awb te vinden is. Want in de Awb zal – via het hier besproken voorontwerp – ook een grondslag te vinden zijn voor beleidsregels. En ten aanzien van beleidsregels wordt nu juist volgehouden dat het géén algemeen verbindende voorschriften zijn.

Ten derde, ook los van de vorige twee punten: de conclusie, dat de algemene aanwijzingen omtrent uitoefening van een gedelegeerde bevoegdheid (altijd) de status van algemeen verbindend voorschrift hebben, kan moeilijk als juist worden aanvaard. Dit zou immers neerkomen op blanco delegatie van regelgevende bevoegdheden, hetgeen in strijd is met het (doel van het) legaliteitsbeginsel[35] en de strekking van het primaat van de formele wetgever.[36] Indien er geen *specifieke* grondslag voor regelgevende bevoegdheid is, moet derhalve worden aangenomen dat aanwijzingen die de uitoefening van gedelegeerde bevoegdheden betreffen dan géén algemeen verbindende voorschriften kunnen zijn.

Het ziet er echter naar uit, dat op basis van het voorontwerp bij het ontbreken van een specifieke grondslag voor delegatie van regelgevende bevoegdheid *helemaal geen* bindende algemene aanwijzingen kunnen worden gegeven: voor 'beleidsregels' in de zin van het ontwerp is al evenmin plaats.[37] De toelichting maakt duidelijk dat adviezen, richtlijnen en aanbevelingen van andere bestuursorganen dan het bestuursorgaan dat over de betreffende bestuursbevoegdheid beschikt, geen beleidsregels (kunnen) zijn indien eerstgenoemd bestuursorgaan niet *verantwoordelijk* is voor de uitoefening van die bestuursbevoegdheid.[38] Bij delegatie ontbreekt die verantwoordelijkheid, tenzij het gaat om delegatie aan ondergeschikten.[39] Met de invoering van de derde tranche van de Awb (art. 1A.1.2.2) wordt delegatie aan ondergeschikten echter geheel uitgesloten. Doordat het voorontwerp delegatie aan ondergeschikten uitsluit, maar attributie (door de wetgever) aan gedeconcentreerde ambten niet, worden de juridische regimes voor delegatie en attributie uit elkaar getrokken.[40] Bij geattribueerde beschikkingsbevoegdheid aan gedeconcentreerde ambten zijn wèl beleidsregels in de zin van de Awb mogelijk, bij gedelegeerde beschikkingsbevoegdheid nooit.

In die zin *lijken* de mogelijkheden van bestuursorganen tot het vaststellen van beleidsregels te worden verminderd. Men zou echter kunnen stellen dat dit slechts schijn is, omdat sprake is van een verschuiving. Immers, als de Awb delegatie aan ondergeschikten verbiedt, komt voor die gevallen de mandaatsfiguur in aanmerking. Dan kan het betreffende orgaan uiteraard wel degelijk

35. Zie ook de door een werkgroep van het ICHW voorgestelde nieuwe Aanwijzingen voor de regelgeving, m.n. a.w. 25 e.v.
36. Ook in de MvT nog eens bevestigd op p. 115.
37. Ook C.J.P. Goorden signaleert dat in het geval van dergelijke algemene aanwijzingen bij delegatie noch sprake is van algemeen verbindende voorschriften, noch van beleidsregels, hetgeen tot een verwarrende situatie leidt. Opheldering inzake het rechtskarakter van deze algemene aanwijzingen in de Awb zou dan ook gewenst zijn. Zie C.J.P. Goorden, Beleidsregels bij mandaat en delegatie, in: NTB 1992, nr 5, p. 166–167.
38. Zie p. 120.
39. Zie ook art. 1A.1.2.1 van het Voorontwerp Awb, derde tranche.
40. Zie voor kritiek op de betreffende bepaling (art. 1A.1.2.2): F.A.M. Stroink, Regeling delegatie in derde tranche Algemene wet bestuursrecht ondoordacht, in: NJB 1992, p. 478–479.

beleidsregels opstellen, voor de in zijn naam plaatsvindende toepassing van de beschikkingsbevoegdheid.

4.2 Verplichting tot beleidsregelgeving

Naast een expliciete bevestiging dat rechtmatig tot het vaststellen van beleidsregels kan worden overgegaan introduceert het voorontwerp onder omstandigheden een plicht daartoe (art. 4.2.2). Deze plicht is beperkt gehouden; zij geldt eerst als sprake is van een vaste gedragslijn.

Hoe verhoudt de omvang van deze plicht zich tot de huidige situatie? Over de huidige situatie wordt wel gesteld dat niet alleen een rechtsplicht bestaat om zich aan beleidsregels te houden, maar ook om beleid te voeren,[41] én dat ingevolge beginselen van behoorlijk bestuur in beginsel zelfs een plicht tot het vaststellen van beleidsregels bestaat.[42] In de jurisprudentie is het er echter nog zelden van gekomen dat een plicht tot het vaststellen van beleidsregels werd aangenomen.[43] Opmerkelijk is wel, dat het in een aantal van die zeldzame gevallen blijkt te gaan om situaties die door art. 4.2.2 *niet* worden bestreken. Namelijk om gevallen waarin de rechter het kennelijk noodzakelijk acht dat een (voor belanghebbenden kenbaar) beleid aanwezig is, vóórdat de betreffende bevoegdheid uitgeoefend wordt.[44] Dan kan zich dus niet de situatie voordoen – waar art. 4.4.2 van uit gaat – dat in de praktijk gaandeweg een vaste gedragslijn ontwikkeld wordt. Het is jammer dat het voorontwerp geen poging doet een codificatie te vinden die deze juridisch interessante categorie gevallen boven water haalt. Wel wordt in de memorie van toelichting overwogen dat het bestuursorgaan 'uiteraard bevoegd' is reeds vóór het ontstaan van een bestendige bestuurspraktijk beleidsregels vast te stellen 'indien de voorspelbaarheid en doeltreffendheid van het bestuursoptreden dat vergen'. Waarom dan niet in de wet – naast hetgeen nu in art. 4.4.2 staat – bijvoorbeeld opgenomen dat vaststelling van beleidsregels bovendien verplicht is als de voorspelbaarheid van het bestuursoptreden dit eist? Wij gaan er in ieder geval van uit dat naast de wettelijke verplichting – dus zonder dat er sprake is van een vaste gedragslijn – nog een verdere verplichting tot beleidsregelgeving kan bestaan, die gebaseerd kan worden op algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De opstellers van het voorontwerp besteden hieraan geen aandacht.

Uiteraard hoeft het ontbreken van een dergelijke bepaling de rechter niet te weerhouden van verdere ontwikkeling van de jurisprudentie op dit punt. Immers, de rechter zou de bepaling waarin het recht om beleidsregels vast te stellen is vastgelegd (art. 4.4.1) kunnen aangrijpen, door op zoek te gaan naar de juridische grenzen van de 'bevoegdheid' om beleidsregels te stellen: zoals elk publiek recht zal ook dit publieke recht voor sommige gevallen een plicht opleveren. Maar het zou fraaier zijn als de wettekst zelf daartoe een aanzet zou geven. Nu wordt dat zelfs in de toelichting op het voorontwerp niet gedaan.

Een probleem is niet alleen de beperkte strekking van art. 4.4.2, maar ook de vaagheid van de bepaling. Het voorstel gaat ervan uit dat een vaste bestuurspraktijk kan groeien, waarin een vaste gedragslijn is vervat, maar dat die vervolgens omgezet moet worden in een 'beleidsregel' in de zin van art. 4.4.1. Het grote probleem zal zijn, vast te stellen op welk moment die plicht ontstaat. Immers, pas als een vaste gedragslijn *is* ontstaan, bestaat de plicht een besluit te nemen waarbij beleidsregels worden vastgesteld.

4.3 Beleidsregels en privaatrechtelijke rechtshandelingen/algemene voorwaarden

Art. 4.4.2 betreft beleidsregelgeving voor zowel de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden als het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen. Volgens de toelichting vervullen deze algemene regels in het verkeer tussen burgers en bestuursorganen dezelfde functie en moeten zij

41. Zie reeds W. Duk, De zachte kern van het bestuursrecht, RM Themis 1978, p. 564–588 (p. 575).
42. Orde in de regelgeving, Eindrapport Commissie Wetgevingsvraagstukken, Kamerstukken II 1986–1987, 20 038, p. 21.
43. Zie de jurisprudentie, besproken door E.M.H. Hirsch Ballin, Recht op beleidsregels en beleidsregels als recht, in: AA 1986, p. 493–501.
44. Vgl. Afd. rechtspraak RvS 13 juni 1978, AB 1978, 459 m.nt. FHvdB; tB/S V, nr 85, p. 294, m.nt. tB/S (orkestenbestel); CRvB 26 okt. 1979, AB 1980, 548 m.nt. E.H. Nuver (machtiging gebruik eigen auto).

dus ook aan hetzelfde wettelijke regime onderworpen worden.[45] Dit roept de vraag op of algemene voorwaarden, gebruikt door de overheid, beleidsregels zijn in de zin van de Awb, althans daarmee gelijk behandeld moeten worden.

Recent heeft de Hoge Raad echter geweigerd om erfpachtvoorwaarden door een gemeente gebruikt, aan te merken als 'recht' in de zin van art. 99 Wet RO.[46] Het cruciale verschil met beleidsregels is dat erfpachtvoorwaarden 'hun verbindende kracht telkens slechts ontlenen aan de individuele overeenkomst waarin zij (...) zijn opgenomen', en niet aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. A-G Koopmans vroeg zich af of door de publikatie van algemene voorwaarden niet een zekere binding jegens de burgers uitgaat, maar hij kwam tot hetzelfde oordeel als de Hoge Raad, omdat 'anders een onaanvaardbaar groot verschil in behandeling zou ontstaan tussen algemene voorwaarden gehanteerd door gemeenten en algemene voorwaarden van particulieren zoals groothandelaren, postorderbedrijven, vervoersondernemingen, banken e.d.'.

Wij nemen aan dat het voorontwerp niet poogt dit verschil in bindingsgrondslag op te heffen, en algemene voorwaarden dus niet gelijkgesteld kunnen worden met beleidsregels. De bescherming tegen onereuze algemene voorwaarden loopt dan ook via afdeling 6.5.3 BW, en niet via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

4.4 Bekendmaking/inwerkingtreding

Het schriftelijk vaststellen van beleidsregels is een besluit in de zin van de Awb en moet dientengevolge worden bekendgemaakt conform afdeling 3.5 Awb. Art. 3.5.3 schrijft publikatie voor in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad dan wel op een andere geschikte wijze. Hoewel de bekendmakingsplicht toe te juichen is, dreigt de 'sanctie' op dit verzuim niet (alleen) het bestuursorgaan, maar onder omstandigheden ook de burger te treffen. Ingevolge art. 3.5.1 treedt een niet gepubliceerde beleidsregel niet in werking. Wij hebben hierboven al aangegeven aan te nemen dat de burger zich dan in principe desondanks op de beleidsregel zou moeten kunnen beroepen,[47] maar herinneren er hier aan dat bekendmaking tevens een voorwaarde is voor de kwalificatie van beleidsregels als recht in de zin van art. 99 Wet RO. Door die omstandigheid zou dan ook de burger getroffen kunnen worden door handelen in strijd met de bekendmakingsregels.

Overigens geldt de verplichting ex art. 3.5.4 Awb tot mededeling aan diegenen die bij de voorbereiding van het besluit hun zienswijze naar voren hebben gebracht ook voor beleidsregels. Voor de inwerkingtreding van een beleidsregel zal evenwel de publikatie en *niet* de mededeling van belang zijn.[48]

Op het punt van de inwerkingtreding, de 'gelding', bestaat thans nog een belangrijk verschil in binding tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. De binding aan algemeen verbindende voorschriften bestaat vanaf een vast moment, bijvoorbeeld het moment van bekendmaking van die voorschriften.[49] Het moment van het intreden van de binding aan beleidsregels kent niet zo'n duidelijke grens. Er is als het ware een vloeiend verloop. Een wijziging van de beleidspraktijk die voor de burger gunstig is, derogeert aan de beleidsregel.[50]

45. Toelichting, p. 119.
46. HR 10 jan. 1992, AB 1992, 282 m.nt. FHvdB.
47. Zie par. 3.5.
48. Vgl. Commentaar Awb, deel E, art. 6.2.2, (N. Verheij), VUGA, 's-Gravenhage 1988, p. E 6.2.2.-1–E 6.2.2-15, betreffende de aanvangstermijn voor het indienen van bezwaar- of beroepschrift.
49. Zie bijv. art. 89 lid 3 Gr.w.
50. Zie bijv. reeds Orde in de regelgeving, a.w., p. 20–22.

En zelfs voorgenomen beleidswijzigingen werpen hun schaduw vooruit: de 'geldende' beleidsregel mag niet worden toegepast zonder dat het bestuur tenminste stilstaat bij de vraag of niet reeds het toekomstige beleid moet worden gehanteerd.[51] Nu beleidsregels wat de bekendmaking en inwerkingtreding betreft onder het regime worden gebracht dat geldt voor (andere) besluiten, ziet het ernaar uit dat het voorstel op het punt van de inwerkingtreding wijziging gaat brengen, hoewel moeilijk te voorspellen is of via de inherente afwijkingsbevoegdheid toch de scherpe kantjes van de inwerkingtreding van een beleidsregel zullen worden weggenomen.[52]

Over de exacte datum van inwerkingtreding van een besluit is in het voorontwerp niets geregeld.[53] Toch is dit niet geheel onbelangrijk, zeker niet als het betreft de wijziging of intrekking van een besluit. Bij beleidsregelgeving kan natuurlijk in de beleidsregel zelf de datum van inwerkingtreding worden vastgelegd,[54] maar welke termijn daarvoor moet gelden, wanneer daaromtrent niets is geregeld, blijft onduidelijk. Betreft het een wijziging van het beleid dan zal de datum van inwerkingtreding niet te snel na de bekendmaking mogen geschieden. Er dient rekening te worden gehouden met gevestigde belangen, waardoor een overgangstermijn geïndiceerd kan zijn, aldus de jurisprudentie.[55] Overigens eist de jurisprudentie[56] ook voor wijzigingen van vaste bestuurspraktijken die niet zijn vastgelegd in beleidsregels een bekendmaking. Met de inwerkingtreding van de Awb moet worden aangenomen dat deze jurisprudentie geen verandering zal ondergaan: als een beleidswijziging niet plaatsvindt bij besluit in de zin van art. 1.3 Awb mag niet geconcludeerd worden dat geen bekendmakingsplicht bestaat.

4.5 Wijzigen en intrekken

Behalve de ook voor de vaststelling van besluiten in het algemeen geldende eisen (afdeling 3.2 Awb), met name de zorgvuldige belangenafweging en de motivering, is er in de wet géén specifieke aandacht voor beleidswijziging of het overgangsrecht in algemene zin. Voorzover de opstellers van het voorontwerp terecht erkennen dat de eisen, te stellen aan beleidswijziging, niet in algemene zin uit de jurisprudentie zijn af te leiden, zouden de in de Aanwijzingen voor de regelgeving op dit punt gebezigde terminologie en uitgangspunten als inspiratiebron hebben kunnen dienen. Wellicht dat een en ander aan de orde komt bij de regeling van de intrekking en wijziging van beschikkingen. Vooralsnog is te verwachten dat de jurisprudentie op het punt van beleidswijzigingen geen opzienbarende veranderingen zal ondergaan bij invoering van de Awb.

De voorgestelde wettelijke eisen alsmede de wettelijke grondslag doen de vraag rijzen of een beleidsregel door de rechter onverbindend kan worden verklaard, waardoor het bestuursorgaan verplicht is tot intrekking

51. Zie Afd. rechtspraak RvS 14 maart 1985, tB/S III, nr 602 (p. 3439) m.nt. BdeW (notitie gezinshereniging en kinderen van migranten).
52. Zie ook Schreuder-Vlasblom, De verbindende kracht van rechtsregels, in: Bestuurswetenschappen 1992, p. 25–41, m.n. p. 39, punt 3.
53. Wel is volgens de MvT (p. 113), op het besluit waarbij beleidsregels worden vastgesteld de algemene bepaling 3.5.1 van toepassing: een besluit treedt niet in werking voordat het is bekendgemaakt.
54. Vgl. de voorstellen voor de nieuwe Aanwijzingen voor de regelgeving, a.w. 170.
55. Zie o.a. H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt, a.w., p. 285 en P. Nicolaï, Administratief recht, in: AA Katern (1983) 8, p. 278–288.
56. Vgl. CRvB 14 juli 1900, TAR 1990, 165 m.nt. W.J.M. Voermans, TAR 1991, p. 205–207.

en/of wijziging van de beleidsregels.[57] Daarmee lijkt de weg te worden geopend voor vorderingen tot schadevergoeding of tot buitenwerkingstelling van een beleidsregel op grond van onrechtmatige overheidsdaad.[58]

5. Beleidsregels en recht in de zin van artikel 99 Wet RO

Kunnen beleidsregels gelden als recht in de zin van art. 99 Wet RO? Deze vraag, die zeker sinds het Avanti-arrest[59] van de Hoge Raad in 1985 de gemoederen heeft beziggehouden, gaf vaak aanleiding tot fundamentele en verhitte discussies over de vraag naar het wezenlijke onderscheid tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften.

Wat is eigenlijk het praktische belang van de kwalificatie als 'recht' van beleidsregels? Door beleidsregels als 'recht' aan te merken komen ze binnen het toetsingsbereik van de Hoge Raad als cassatierechter. De Hoge Raad kan door een dergelijke kwalificatie beleidsregels interpreteren en bekijken of ze, in het licht van hetgeen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vorderen, juist zijn toegepast. Beleidsregels (of onderdelen daarvan) die niet als recht in de zin van art. 99 Wet RO kunnen worden aangemerkt vallen als louter feitelijk handelen buiten het bereik van een cassatiebeoordeling. De kwalificatie als 'recht' kan dus een beslissende wending geven aan een procedure omdat het verstrekkende gevolgen kan hebben voor het vaststellen van de gehoudenheid van bestuursorganen ten opzichte van burgers. Ook de Hoge Raad ziet het belang van zowel beleidsregels als het vitale belang van de kwalificatie als 'recht'. In het Leidraad-arrest bracht hij dit onder woorden door uit te spreken dat gezien het feit dat beleidsregels een steeds gewichtiger rol zijn gaan spelen bij het bepalen van de verhouding tussen overheid en burger, het wenselijk is om redenen van het bewaken van rechtseenheid die regels in de cassatiebeoordeling te betrekken om een eenvormige interpretatie van en zekerheid omtrent de inhoud en strekking van die regels te garanderen.[60] De Hoge Raad heeft dan ook gekozen voor een strategische oplossing.

In drie beleidsregelarresten uit 1990[61] maakt de Hoge Raad duidelijk dat beleidsregels als recht in de zin van art. 99 Wet RO kunnen worden aangemerkt indien ze: a. door een bestuursorgaan binnen zijn bevoegdheid 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 en e. zich naar inhoud en strekking ertoe lenen jegens de bij de desbetreffende regeling betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast. De Hoge Raad houdt echter vast aan een juridisch verschil tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften, nu beleidsregels, in tegenstelling tot algemeen verbindende voorschriften, niet op basis van enige wettelijke grondslag zijn gegeven, maar binden op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[62]

Hoe past die jurisprudentie van de Hoge Raad nu in het voorontwerp? Zoals hierboven al aan de orde kwam, handhaaft het voorontwerp, net als de Hoge Raad, het juridisch verschil tussen algemeen verbindende voor-

57. De toelichting op het voorontwerp is hier niet expliciet over. Zie p. 127.
58. In het wetsvoorstel voor de *'tweede* tranche' van de Awb (Kamerstukken II 1991–1992, 22 495, nr 2) wordt voorgesteld dat geen beroep op de administratieve rechter kan worden ingesteld tegen beleidsregels (art. 8.1.1.2). De belanghebbende die een beleidsregel wil aantasten zal zich derhalve vooralsnog tot de burgerlijke rechter moeten blijven wenden, aldus ook de MvT, p. 100.
59. HR 11 okt. 1985, AB 1986 m.nt. FHvdB, NJ 1986, 322 m.nt. MS, AA 1986, p. 493 m.nt. EHB.
60. HR 28 maart 1990, AB 1990, 306 m.nt. FHvdB, NJ 1991, 118, r.o. 4.5.
61. HR 28 maart 1990, AB 1990, 306 m.nt. FHvdB, AA 1990, 464 m.nt. J.W. Zwemmer, NJ 1991, 118, BNB 1990, 194 (Leidraad-arrest); HR 29 juni 1990, AB 1990, 561 m.nt. FHvdB (Trakzel-Amsterdam-arrest) en HR 29 juni 1990, NJ 1991, 120 (Boadu-arrest).
62. Vgl. r.o. 4.8 van het eerder genoemde Leidraad-arrest HR 28 maart 1990, NJ 1991, 118, AB 1990, 306.

schriften en beleidsregels. Ten aanzien van de tweede discussie (onder welke voorwaarden kunnen beleidsregels als recht in de zin van art. 99 Wet RO gelden?) lijkt het ontwerp voor de vierde titel van hoofdstuk 4 niet veel nieuws te willen brengen. In de memorie van toelichting wordt in ieder geval niet lang stilgestaan bij de verschillende voorwaarden die de Hoge Raad stelt aan beleidsregels die wel en niet kunnen gelden als recht in de zin van art. 99 Wet RO. De memorie van toelichting behandelt deze kwestie slechts bij de vraag naar het onderscheid tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Daardoor blijven enkele vragen open.

Vermoedelijk gaat de Commissie-Scheltema ervan uit, dat 'beleidsregels', zoals in het voorontwerp gedefinieerd, in principe samenvallen met beleidsregels die de Hoge Raad als recht aanmerkt. Maar wat betekent de (deels) veranderde bindingsgrondslag van art. 4.4.5 uit het ontwerp voor de jurisprudentie van de Hoge Raad? Beleidsregels werden door de Hoge Raad slechts aangemerkt als recht indien ze het bestuursorgaan binden op grond van enig beginsel van behoorlijk bestuur. Met de nieuwe bindingsgrondslag uit art. 4.4.5 zal de Hoge Raad dit strategische rechtsbegrip moeten verlaten of bij moeten stellen, nu deze grondslag naast de beginselen van behoorlijk bestuur als grondslag zal moeten worden aanvaard. Dat lijkt niet moeilijk: de rechter kan in de toekomst gewoon naar de Awb wijzen. Op tenminste één punt zal de Hoge Raad zich dan echter nog wel moeten beraden: de vraag of de rechter gehouden is tot een ambtshalve toetsing aan beleidsregels o.g.v. art. 48 Rv. Tot nu toe bestaat die plicht nog niet. In het Leidraad-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de rechter *niet* tot ambtshalve toepassing is gehouden o.g.v. art. 48 Rv. De Hoge Raad overwoog dat dit niet nodig was gelet op de aard van de door een bestuursorgaan vastgestelde beleidsregels, *en met name ook de grondslag waarop zij dat orgaan binden* (zie r.o. 4.8). Die argumentatie gaat onder vigeur van het nieuwe voorstel Awb echter niet meer op.

De afwijzing van de plicht tot ambtshalve toepassing van beleidsregels levert overigens bezwaren op, vanuit een oogpunt van rechtsbescherming. Het is immers ook voor de burger, net als voor de rechter, niet altijd gemakkelijk om na te gaan óf er (gepubliceerde) beleidsregels van toepassing zijn en hoe deze luiden. Nadere jurisprudentie zal moeten leren, of dit bezwaar in de praktijk ernstig zal blijken te zijn. Het kán meevallen, als de Hoge Raad als civiele rechter (en als belastingrechter) de burger bij de bewijslastverdeling tegemoet komt. Dat zou kunnen, door een bewijsrecht te hanteren dat lijkt op hetgeen thans door de Afd. rechtspraak RvS wordt toegepast. Een bewijsrecht, waarin het als de taak van het bestuur wordt gezien adequate informatie te leveren over het gevoerde beleid, onder meer door overlegging van bestaande beleidsregels. Een aanwijzing dat de Hoge Raad geneigd is die kant op te denken lezen wij in het Ikon-arrest. Uit het arrest blijkt, dat als een burger concrete gegevens in de procedure brengt, die suggereren dat een bepaald beleid gevoerd wordt, het volgens de Hoge Raad op de weg van de overheid ligt zich over een en ander uit te laten en bijvoorbeeld een eventuele ongelijke behandeling te verklaren.[63]

Overigens zien wij ook wel in, dat een plicht tot ambtshalve toepassing van beleidsregels voor de rechter problematisch zou zijn. Het administratief procesrecht kent in het algemeen een oplossing die in vergaande mate tegemoet komt aan het ontbreken van een dergelijke plicht; namelijk de plicht voor het bestuursorgaan de 'op de zaak betrekking hebbende stukken over te leggen', in combinatie met de rechterlijke bevoegdheid inlichtingen en stukken op te vragen.[64] Vooruitlopend op verdergaande integratie van procesrecht zou overwogen moeten worden dergelijke bepalingen vast te stellen voor takken van procesrecht waar zij nu ontbreken.

6. Conclusies

Tot nog toe was de vaststelling van beleidsregels naar onze mening niet te kwalificeren als een op rechtsgevolg gericht besluit. Ver-

63. HR 28 maart 1987, AB 1987, 273 (Ikon-arrest); zie m.n. het slot van r.o. 3.4. Wij laten even daar dat het in de casus van dit arrest niet ging om beleidsregels in de zin van de Awb.
64. Zie, voor het nieuwe bestuursprocesrecht, de ontwerp-artikelen 8.2.2.1 en 8.2.2.4 (Kamerstukken II 1991–1992, 22 495).

dedigbaar is echter, dat dit anders wordt, nu de binding aan beleidsregels niet meer uitsluitend een indirect karakter heeft (via de beginselen van behoorlijk bestuur), maar rechtstreeks uit de Awb zal voortvloeien.

De opstellers van het voorontwerp lijken niet aan te sturen op een principiële wijziging in de verhouding tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften. Toch drijft het voorstel de 'beleidsregels' meer in de richting van algemeen verbindende voorschriften. Niet alleen doordat de enkele omstandigheid van de codificatie meebrengt dat de rol van ongeschreven recht afneemt, en doordat een aantal bepalingen op beide soorten van regels van toepassing wordt (bijv. inzake de bekendmaking), maar ook doordat in de toelichting nogal eens een terminologie wordt gehanteerd die past bij algemeen verbindende voorschriften, maar die wat zwaar aandoet als het gaat om beleidsregels (bijv. 'overgangsrecht'). Wij gaan er echter van uit dat de beginselen van behoorlijk bestuur hun greep op beleidsregels niet zullen verliezen. Deze beginselen zullen in méér situaties dan waar de Commissie-Scheltema van uit lijkt te gaan een doorslaggevende betekenis houden (bijv. ten aanzien van de 'inwerkingtreding', en, meer in het algemeen, de gelding van beleidsregels).

Problematisch lijkt ons de beantwoording van de vraag wanneer in de praktijk nu precies de plicht tot het vaststellen van beleidsregels ontstaat. Maar wij realiseren ons ook wel, dat het moeilijk is hier scherpe criteria – en vooral: effectieve sancties op overtreding ervan – te formuleren. De plicht om beleidsregels vast te stellen als een vaste bestuurspraktijk is ontstaan zouden wij graag uitgebreid zien tot situaties, waarin de voorspelbaarheid van het bestuursoptreden eist dat beleidsregels zijn vastgesteld en bekendgemaakt.

Effect van de in titel 4.4 van het voorontwerp gekozen opzet is, dat een scheiding ontstaat tussen de beleidsregels als besluit in de zin van de Awb en andere handelingen waaruit beleid kan blijken. Dat 'overig beleid' dreigt nu teveel buiten de codificatie te blijven.