



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De common law traditie

Koopmans, T.

Citation

Koopmans, T. (1986). De common law traditie. In *Vergelijkend publiekrecht* (pp. 115-130). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/25959>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/25959>

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

HOOFDSTUK VIII

De common law traditie

T. Koopmans, 'De common law traditie', in: *Vergelijkend Publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1986, pp. 115-130.

37. De positie van de Kroon

Het uitgangspunt van de common law is in 1765 al puntig geformuleerd door het toenmalige Court of Common Pleas (later opgegaan in de King's Bench):

'And with respect to the argument of State necessity, or a distinction that has been aimed at between State offences and others, the common law does not understand that kind of reasoning, nor do our books take notice of any such distinctions.'³³²

Het is wonderlijk dat, hoe juist deze uitspraak ook moge zijn geweest en gebleven, er oorspronkelijk één belangrijke uitzondering op de daarin neergelegde stelling is geweest: zij betreft de positie van de Kroon, en heeft zowel in het Engelse als in het Amerikaanse recht haar sporen achtergelaten.

Onder de oude common law of England kon elke ambtenaar, en kon elk openbaar lichaam, voor de gewone rechter worden gedaagd ter zake van onrechtmatige daad, volgens de regels van het gewone privaatrecht; en eveneens ter zake van overschrijding of misbruik van bevoegdheid, door middel van *certiorari* of prohibition.³³³ De Kroon werd daarvan echter uitgesloten geacht ('the King can do no wrong'); en dat betekende ook dat de Kroon niet kon worden aangesproken wegens onrechtmatige daden van haar ondergeschikten of van personen die zij te werk had gesteld. Wel bestond in het oude recht de mogelijkheid dat de gelaedeerde onderdaan zich met een 'petition of right' tot de Kroon richtte; wanneer de Kroon daarin bewilligde (met de formule 'let right be done') onderwierp zij zich daarmee aan de rechtsmacht van de gewone rechter. De petition of right had oorspronkelijk alleen betrekking op zakenrechtelijke acties, zoals revindicatie van grondeigendom, maar werd later ook toegepast op acties uit overeenkomst, zoals wanprestatie. Toen in de loop van de 19e eeuw de bewilliging op de petition of right meer en meer een regeringsbeslissing werd, waarvoor ministers ter verantwoording konden worden geroepen in het parlement, werd het onbevredigende karakter van deze procedure steeds duidelijker.³³⁴ Toch duurde het nog tot 1947 voordat het recht

332. *Entick v. Carrington* (1765) 19 St. Tr. 1030.

333. Zie no. 32.

334. Theaterminnaars zij verwezen naar 'The Winslow Boy' van Terence Rattigan.

werd hervormd: de Crown Proceedings Act van dat jaar vestigde het beginsel dat de Kroon direct, zonder petition of right, uit overeenkomst kan worden aangesproken, en bovendien uit onrechtmatige daad aansprakelijk is op dezelfde voet als een particulier 'of full age and capacity'. Ook de delictuele aansprakelijkheid voor het handelen van 'Crown servants' is erkend, met enkele uitzonderingen, waarvan die voor het optreden van de politie de belangrijkste is. Daarbij verdient aantekening dat de Britse politie een zeer onafhankelijke positie heeft, vooral waar het opsporing en vervolging van strafbare feiten betreft, en bovendien sterk gedecentraliseerd is; de aansprakelijkheid van superieuren voor onrechtmatig optreden van lager personeel loopt thans niet verder dan de chief constable van de regionale politie-eenheid.³³⁵

Het leerstuk van de immuniteit van de Kroon was met de common law in de VS gerecipieerd; het nam in het republikeinse Amerika de vorm aan van de 'doctrine of sovereign immunity', die het onmogelijk maakte zowel de unie als de deelstaten te dagvaarden wegens onrechtmatige daad. Ook hier moest het initiatief tot verandering van de wetgever uitgaan: de Federal Tort Claims Act van 1946 maakte de unie aansprakelijk op dezelfde voet als een particulier persoon, met evenwel enkele belangrijke uitzonderingen. De meest vergaande daarvan is dat de aansprakelijkheid niet bestaat wanneer het beweerdelijk onrechtmatige handelen verricht werd bij de uitoefening van discretionaire bevoegdheden. Het Amerikaanse Hooggerechtshof legt deze uitzondering ruim uit: toen in 1947 een schip in de haven van Texas City ontplofte met ammonium-nitraat aan boord, dat in regeringsbedrijven was vervaardigd om als kunstmest onder het Marshall-plan naar Europa te worden verscheept, meende het hof dat de unie niet aansprakelijk kon zijn omdat de regering op dit soort terreinen de bevoegdheid had om te handelen overeenkomstig haar inzicht in wat de beste koers was.³³⁶ Er was in dit geval een aanzienlijke schade (o.a. meer dan 500 doden), zodat een van de dissenters, Justice Jackson, kon opmerken dat 'the ancient and discredited doctrine that "The King can do no wrong" has not been uprooted; it has merely been amended to read "The King can do only little wrongs".' Op de deelstaten wordt de leer van de sovereign immunity over het algemeen nog toegepast, maar de hooggerichtshoven van sommige staten, o.a. Californië, zijn bezig zich langzamerhand van die leer te distancieren. De immuniteit is derhalve, ondanks de explosie in Texas, op haar retour.³³⁷

Er is één gebied waar de bijzondere positie van de Kroon in het Engelse recht de Crown Proceedings Act vrij lang heeft overleefd. Onder de common law was de Kroon bevoegd overlegging van bewijsstukken te weigeren indien dat schadelijk zou zijn voor het algemeen belang; en de wet van 1947 sauveer-

335. Ingevolge de Police Act 1964.

336. *Dalehite v. US*, 346 US 15 (1953).

337. Voor overheidsoptreden in het buitenland wordt de staat zowel naar Engels als naar Amerikaans recht in principe niet aansprakelijk geacht ('acts of state'). Zie voor het Amerikaanse recht op dat punt C. Flinterman, *De Act of State doctrine* ('s-Gravenhage 1981) hfdst. II.

de dit 'Crown privilege' uitdrukkelijk. De rechtspraak stond aanvankelijk op het standpunt dat een ministeriële mededeling dat dit privilege werd ingeroepen, door de rechter zonder nader onderzoek geëerbiedigd moest worden. Deze opvatting was in 1942 door het House of Lords bevestigd.³³⁸ De duikboot Thetis was tijdens een proefvaart in 1939 gezonken, en de nabestaanden van de 99 verdronken militairen spraken de scheepswerf aan voor schadevergoeding. De schuit was evenwel gebouwd volgens nauwkeurige instructies van de Admiralty, en deze riep het Crown privilege in om overlegging van het aannemingscontract en de daarbij behorende bescheiden te voorkomen. Het House of Lords meende dat de rechter dit beroep had te eerbiedigen en zond de eisers met lege handen naar huis. Het is mogelijk dat door overlegging van de contracten militaire geheimen zouden zijn blootgelegd, maar in dit geval kon de Admiralty ermee volstaan te stellen dat overlegging strijdig was met het algemeen belang. De Amerikaanse rechter was nooit zo welwillend jegens de regering geweest: hij erkent het 'executive privilege', maar behoudt zich het recht voor zelf vast te stellen 'whether the circumstances are appropriate for the claim of privilege'; 'a complete abandonment of judicial control would lead to intolerable abuses'.³³⁹

Bij dit verschil in benadering heeft misschien meegespeeld dat het vertrouwen in de wijsheid van de eigen instellingen, ook in die van de regering, de Britse spraakmakende opinie altijd meer gekenmerkt heeft dan de Amerikaanse. Hoe dan ook, het House of Lords ging in 1968 om, nadat het eerdere pogingen van het Court of Appeal in die richting had afgewezen. De executieve had misschien de boog ook wat te strak gespannen: verschillende keren verdedigde de Attorney General³⁴⁰ namens de regering de opvatting dat bepaalde categorieën documenten van overlegging gevrijwaard hoorden te zijn, ongeacht wat de inhoud was van het individuele document uit die categorie waarvan in concreto de overlegging werd gevraagd. In het geval van 1968 ging het om binnen een departement gewisselde stukken, en de Attorney General meende dat overlegging van alle stukken uit die categorie kon worden geweigerd ter wille van de 'freedom and candour of communication with and within the public service'. Dit werd het House of Lords te gortig³⁴¹: het gelastte vertrouwelijke inzage van de stukken door de rechter, die dan zelf diende na te gaan of het algemeen belang dat namens de Kroon werd gesteld wel opwoog tegen het algemene belang van een goede rechtsbedeling; de rechter zou bij negatieve beantwoording van die vraag de produktie van de stukken als processtukken kunnen bevelen.

Daarmee is het Engelse recht op dit stuk in principe op één lijn gebracht met het Amerikaanse.³⁴² Dat betekent nog niet dat de concrete resultaten ook

338. *Duncan v. Cammel, Laird & Co. Ltd.* (1942) AC 624.

339. *US v. Reynolds*, 345 US 1 (1953).

340. De Britse Attorney General is de minister die namens de regering in rechte optreedt; hij is – anders dan zijn Amerikaanse homoniem – niet te vergelijken met een minister van Justitie.

341. *Conway v. Rimmer* (1968) AC 910.

342. Zie voor latere Engelse rechtspraak *Burmah Oil Co. Ltd. v. Bank of England* (1979) 3 WLR 722 en het commentaar van David Williams (1980) CLJ 1.

identiek zullen zijn: de Britse rechter springt voorzichtiger om met vertrouwelijke of anderszins gevoelige informatie dan de Amerikaanse. Het US Supreme Court weigerde bijv. de regering een injunction tegen publikatie van de 'zeer geheime' Pentagon papers, aan het departement van Defensie ontvreemde stukken over de voorgeschiedenis van de Vietnamoorlog; het belang van de onbelemmerde informatie over een politiek gewichtige episode woog voor het hof zwaarder, en het riep het Ie amendement in (freedom of the press) om tot die slotsom te komen. Zo'n beslissing zou in Engeland moeilijk voorstelbaar zijn: toen de 'diaries' van oud-minister Richard Crossman gepubliceerd zouden worden, is er eindeloos gemier geweest over de vraag of daarmee vertrouwelijke 'cabinet information' (van jaren her) zou worden geopenbaard, met een rechterlijke uitspraak aan het eind die niemand bevredigde.³⁴³ Bovendien is de Engelse 'law of libel' (smaad) zeer strikt: toen bijv. in november 1976 een conservatief Lagerhuislid in een brief, waarvan hij zelf de inhoud openbaar maakte, enkele met name genoemde Labour-collega's ervan betichtte dat zij communist waren, en misschien zelfs communistische agenten, zagen de Britse kranten er uit vrees voor smaadacties van af de namen van die linkse parlementariërs te publiceren, totdat deze in het Lagerhuis waren genoemd en aldus tot het publieke domein waren gaan behoren. Het is een van de paradoxen van het Britse staatkundige leven dat al deze terughoudendheid toch gepaard gaat met een – naar Nederlandse maatstaven – buitengewoon openhartige en kritische gedachtenwisseling in de publiciteitsmedia en elders.

38. Remedies

De vraag welke acties de justitiabele ten dienste staan tegen onwettig overheidsoptreden, aanvankelijk een van de ingewikkeldste onderdelen van het Engelse recht, is sinds kort vereenvoudigd. De benadeelde kan zich thans tot het High Court wenden met een 'application for judicial review', ongeacht of hij *certiorari*, prohibition of *mandamus* vraagt dan wel een injunction of een declaration verlangt.³⁴⁴ Het toepasselijke procesrecht is als het ware gelijkgetrokken, en de rechter heeft een grotere vrijheid dan vroeger om zelf uit te maken welke vorm van rechtsbescherming moet worden toegepast.

De gedachte dat de rechter in elk geval toezicht moet kunnen houden op overschrijding van bevoegdheid, en daarmee op de grenzen van de bevoegdheid van de administratie, is in het oude recht terug te vinden in *certiorari* en prohibition, en ook (waar het vrijheidsberoving betrof) in *habeas corpus*. Later kon men ook via een declaration laten vaststellen dat *ultra vires* was gehandeld, en soms kon dat gecombineerd worden met een injunction als verbodsactie. De vraag hoe de grenzen tussen deze verschillende acties moeten worden

343. Resp. *New York Times Co. v. US*, 403 US 713 (1971); *Attorney General v. Jonathan Cape Ltd.* (1975) 3 WLR 600.

344. Order 53, rule 1, Rules of the Supreme Court.

getrokken, wordt overigens in de onderscheidene common-law-stelsels niet gelijk beantwoord. In de VS is *certiorari* vrijwel geheel uitgestorven (behalve voor het beroep op het Supreme Court, als vorm van appel³⁴⁵), doordat de jurisprudentie een combinatie van declaration en injunction toeliet in gevallen waar *certiorari* mogelijk was. In ruil daarvoor, zo lijkt het, kent het Amerikaanse recht nog de in Engeland in onbruik geraakte Middeleeuwse actie '*quo warranto*', door middel waarvan men van een ambtsdrager kan verlangen dat hij zijn recht aantoot om dat ambt te bekleden (bijv. als een gekozen functionaris ambtsdaden wil verrichten na de termijn waarvoor hij gekozen is); maar de actie komt niet vaak voor.³⁴⁶

De recente vereenvoudigingen van het Engelse recht betekenen niet dat de ingewikkelde oude rechtsvormen geen sporen hebben achtergelaten. Het is voor een verzoek tot judicial review nog altijd nodig dat de procedure in twee etappes verloopt, omdat eerst verlof moet worden gevraagd aan het High Court: de verzoeker moet daartoe een 'sufficient interest' aantonen. De procedure is bovendien exclusief in die zin dat *certiorari*, prohibition en *mandamus* alleen maar op deze wijze kunnen worden verkregen. Het House of Lords staat bovendien op het standpunt dat de weg van judicial review ook vereist is voor het verkrijgen van een declaration als deze ertoe strekt een administratieve beslissing aan te vechten. Enkele gedetineerden die in de gevangenis getroffen tuchtmaatregelen wilden aanvechten door rechtstreeks een declaration te vragen dat gehandeld was in strijd met beginselen van 'natural justice' kregen nul op het rekest: zij waren uit op vernietiging van de beslissing van de gevangenisautoriteiten en hadden daarom eerst een verzoek tot judicial review moeten indienen.³⁴⁷

In het oude recht golden voor de onderscheidene remedies ook verschillende eisen voor de 'standing', d.w.z. voor de vraag wie als procespartij de actie kan instellen. De rechtspraak schijnt thans een betrekkelijk soepel standpunt in te nemen wanneer het puur om judicial review gaat. Als de belanghebbende een injunction vraagt, schijnen de 'standing'-eisen nog vrij strikt te zijn: er moet schade dreigen voor de verzoeker zelf, of de wet moet hem de actie hebben toegekend, of hij moet althans door het betwiste gedrag persoonlijk worden geraakt.

De striktheid van de standing-eisen bij de drie oude acties en bij de injunction werd traditioneel verzacht, doordat de Attorney General altijd als verzoeker kan optreden 'in the public interest'. Op basis daarvan heeft zich in het Engelse recht een nieuwe mogelijkheid ontwikkeld in de vorm van de 'relator action': iemand die tegen onwettig handelen (van overheidsorganen of particulieren) in rechte wil optreden, maar zelf geen belanghebbende is, kan de Attorney General toestemming vragen een actie in te stellen tot verkrijging van een injunction of een declaration, en als hij die toestemming verkrijgt wordt de

345. Zie no. 18.

346. Zie Breyer and Stewart, *Administrative law and regulatory policy* (Boston 1979) p. 865.

347. *O'Reilly v. Mackmann* (1983) 2 AC 237.

vordering door hem ingesteld op de naam van de Attorney General die dan 'ex relatione' van de verzoeker partij is. Ook dan is er eigenlijk een procedure in twee etappes; bovendien is de Attorney General vrij de toestemming te weigeren. Het voordeel van die discretionaire bevoegdheid is dat 'frivolous suits' van 'busybodies' en andere lieden die zichzelf opwerpen tot hoeders van de publieke moraal, worden voorkomen; maar het bezwaar is soms dat de Attorney General, als politicus, ook om redenen van partijpolitieke aard zijn toestemming kan onthouden.³⁴⁸ Aanvankelijk was de rechter geneigd deze discretionaire bevoegdheid te eerbiedigen, mede op grond van het motief dat de Attorney General voor de uitoefening van die bevoegdheid verantwoordelijk is jegens het Parlement. In 1977 wees het Court of Appeal echter een injunction toe tegen de vakbond van postbeambten, die een boycot had gelast van alle post- en telefoonverbindingen met Zuid-Afrika, zulks in strijd met de geldende postwetten; de verzoeker was een gewoon lid van het publiek, zonder enig direct belang, aan wie eerst door de Attorney General toestemming tot een relator action was geweigerd, misschien wel omdat een Labourregering niet erg op optreden tegen vakbonden gesteld is; hoe dan ook, 'their Lordships' lieten in hun arrest duidelijk merken dat zij van de parlementaire verantwoordelijkheid van de minister in dit geval geen hoge pet op hadden. Het House of Lords vernietigde evenwel het arrest met een uitvoerige motivering.³⁴⁹

In de VS is de situatie iets minder nevelig door de grondwettelijke bepaling dat de rechterlijke macht alleen over 'cases or controversies' heeft te oordelen; als iemand alleen in het algemeen belang tegen onwettig handelen wil optreden wordt dat niet als 'case or controversy' beschouwd.³⁵⁰ Het vereiste belang bij een zaak wordt echter ruim uitgelegd, zodat de kwaliteit van belastingbetaler in staats- of gemeentelijke belastingen (maar niet in federale) soms een voldoende grond voor standing oplevert. Daarbij valt in het oog te houden dat het onder federaal Amerikaans recht bij optreden tegen overheidsorganen vrijwel altijd gaat om injunction of declaration, of een combinatie van beide, en nog maar een enkele keer om *mandamus* of een van de andere oude acties. Op staatsniveau is dat anders: sommige staten staan nog veel dichter bij het oude Engelse recht, andere daarentegen – zoals New York en Illinois – hebben hun recht volkomen gemoderniseerd en kennen nu nog slechts één algemene actie voor 'judicial review of administrative action'.³⁵¹

348. Zie S.A. de Smith, *Judicial review of administrative action* (3e dr., Londen 1973) p. 385-410; Cappelletti and Jolowicz, *Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation* (Milaan 1975) dl. I hfdst. III.

349. *Gouriet v. Union of Post Office Workers* (1977) 2 WLR 311 en (1977) 3 WLR 300.

350. Art. 3 section 2 US Constitution; *Massachusetts v. Mellon*, 262 US 447 (1923).

351. Zie Schwartz en Wade op. cit. (nt. 285) hfdst. IX.

39. Review naar Engels recht

Grondslag van het Engelse bestuursrecht blijft de controle op de bevoegdheid: treedt een overheidsorgaan buiten de 'powers' (of de 'authority') die de wet het toekent, of die, wat de centrale overheid betreft, volgen uit een Royal prerogative, dan handelt het *ultra vires*, en dan kan er ook altijd een rechter worden gevonden om de genomen beslissing te vernietigen (zoals bij *certiorari*) of onwettig te verklaren (zoals bij declaration). Dat is als het ware de algemene ingang, zoals in Frankrijk destijds de *incompétence* dat was.

Die bevoegdheidstoetsing heeft naar twee richtingen uitbreiding ondergaan. In de eerste plaats wordt een besluit altijd als onbevoegd genomen beschouwd als het inbreuk maakt op principles of natural justice. Deze beginselen hebben echter, anders dan de Franse principes généraux du droit, uitsluitend betrekking op procedurele waarborgen: zij omvatten 'the right to a hearing', maar bijv. ook de regel dat degenen die bij de besluitvorming betrokken waren niet bevooroordeeld mogen zijn geweest (rule against bias). In handen van de rechter zijn deze beginselen daarom een methode om erop toe te zien dat de administratieve procedures regelmatig zijn verlopen; zij verschaffen hem geen mogelijkheid de inhoud van de genomen beslissingen te controleren.³⁵² In de tweede plaats staat de rechtspraak op het standpunt dat ook 'abuse of power' altijd tot rechterlijk ingrijpen kan leiden; wat precies onder deze term moet worden verstaan, is niet altijd even duidelijk. Het is bovendien de vraag of de uitdrukking nog wel erg bruikbaar is, nu de Engelse rechtspraak de laatste jaren voorzichtige stappen zet in de richting van toezicht op de inhoud van de genomen beslissingen.

Dit brengt ons weer terug bij de kwestie van het rechterlijk toezicht op de uitoefening van discretionaire bevoegdheden.³⁵³ Reeds in de tijd van Elisabeth I werd uitgemaakt dat ambtsdragers, ook als zij beschikken over ruime bevoegdheden, niet kunnen handelen 'according to their wills and private affections': zij zijn gebonden aan 'law and reason'.³⁵⁴ Van de hierdoor geopende mogelijkheden werd aanvankelijk maar een beperkt gebruik gemaakt. In de 19e eeuw bezweken nogal wat besluiten van local authorities aan de 'reasonableness test', maar zodra het om beslissingen op centraal niveau ging trad de rechter buitengewoon omzichtig op. Bovendien was het moeilijk enigerlei vaste lijn in de jurisprudentie te ontwaren. Pas in 1948 gaf het Court of Appeal een definitie van 'reasonableness' — een die de Nederlandse lezer bekend zal voorkomen — door te beslissen 'that it must be proved to be unreasonable in the sense that the Court considers it to be a decision that no reasonable body could have come to'.³⁵⁵

352. Uitvoerig: Wade, Administrative law (nt. 49) hfdst. 13-15.

353. Verg. no. 35-36.

354. *Rooke v. Whithers* (1598) 5 Co. Rep. 99b.

355. *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury and others* (1948) 1 KB 223. Verg. daarbij HR 25 februari 1949, Doetinchem, NJ 1949 no. 558.

Ten aanzien van ministeriële beslissingen bleef de rechtspraak lange tijd op het standpunt staan dat de minister, als hij maar handelde binnen zijn wettelijke bevoegdheden, de vrijheid had 'to go wrong'. Er was geen 'contrôle des motifs': als de minister zich gebaseerd had op onjuiste feiten of op onhoudbare juridische redeneringen, was dat jammer, maar er was niets aan te doen. In de jaren veertig en vijftig werden de eerste tekenen van verandering waarneembaar. Bij feitelijk gekleurde wettelijke kwalificaties meende de rechter dat geen sprake was van 'discretion', maar van interpretatie; hij achtte zich daarom bijv. gerechtigd na te gaan of een bepaalde landschapsinrichting wel een 'park' in de zin van de wet opleverde.³⁵⁶ En enkele jaren later kwam de uitspraak dat het de minister weliswaar vrijstond om 'within his jurisdiction' fouten te maken, maar dat de rechter bij evidente fouten die uit de stukken bleken geen andere keus had dan in te grijpen.³⁵⁷ 'Error on the face of the record', zegt men thans, is 'reviewable'. Toch vielen in die jaren ook wel uitspraken waarin de 'unlimited discretion' van de minister geheel werd geëerbiedigd, maar deze hadden soms betrekking op uitoefening van bevoegdheden in oorlogstijd.³⁵⁸

Sinds een jaar of vijftien is het klimaat duidelijk veranderd. Wij zagen daarvan al een voorbeeld in het toezicht op de discretionaire bevoegdheid bij het invoeren van het Crown privilege.³⁵⁹ De meest geruchtmakende uitspraak kwam toen het House of Lords in 1968 een ministeriële beslissing omverkegelde die op een zuiver Ermessen, op een 'kan'-bevoegdheid, berustte.³⁶⁰ De toepasselijke wetsbepaling verklaarde dat klachten van melkproducenten over het optreden van de Milk Marketing Board naar een commissie van onderzoek moesten worden verwezen 'if the Minister in any case so directs'. Via *mandamus* probeerde een melkproducent, die vruchteloos had geklaagd, een rechterlijk bevel aan de minister te verkrijgen om die aanwijzing te geven, en dat lukte tenslotte. Als het om echte klachten gaat, zo meenden de law lords, dan moet de zaak worden onderzocht, ondanks de 'permissive language' van de wet. Algemene richtlijnen over rechterlijk toezicht op de uitoefening van discretionaire bevoegdheden zijn uit het arrest niet te halen.

In 1976 volgden twee vergelijkbare zaken. In de eerste daarvan had de Home Secretary een aantal televisievergunningen ingetrokken; de wet stelde geen enkel criterium, de minister 'kon' de vergunningen intrekken. Uit een circulaire bleek echter waarom dat in casu was geschied: de kijkgelden waren fors verhoogd, en een aantal kijkers had enkele dagen voordat de nieuwe tarieven ingingen een nieuwe vergunning voor een jaar verkregen, daarmee een aardig bedragje uitsparend. Uit de wet bleek niet dat zulks ongeoorloofd zou zijn,

356. *White and Collins v. Minister of Health* (1939) 2 KB 838.

357. *The King v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal* (1952) 1 KB 338 was de gangmaker.

358. *Bv. Liversidge v. Anderson* (1942) AC 206. Zie daarover Wade, *Administrative law* (nt. 49) p. 405-408.

359. Zie *Conway v. Rimmer*, nt. 341.

360. *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food* (1968) AC 997.

maar het departement zag er een ondergraving van zijn kijkgeldbeleid in en bestrafte de zuinige slimmerds met intrekking, na waarschuwing per circulaire. De rechter achtte dat een onwettig gebruik van de bevoegdheid, ook al was de 'discretion' volledig; het soort motieven dat de minister had aangevoerd kon de intrekking niet rechtvaardigen.³⁶¹ Het tweede geval had te maken met de overgang van het Britse secundair onderwijs naar een systeem van 'comprehensive schools' (algemene scholen voor secundair onderwijs met aselechte brugklassen en een stelsel van 'stromen' in de hogere klassen). De invoering daarvan is door Labour sterk bevorderd, omdat het een eind zou kunnen maken aan de 'standenscholen' die de gelaagdheid van de Britse bevolking in stand zouden houden, en door de conservatieven heftig bestreden, omdat het tekort zou doen aan de begaafde leerlingen. In de gemeente Tameside bij Manchester had een Labour-meerderheid de overgang naar het comprehensive system ingevoerd, maar voordat het zover was werd Labour bij de gemeenteraadsverkiezingen (in mei) verslagen door de conservatives, die juist van de onderwijskwestie een verkiezingsissue hadden gemaakt. De nieuwe gemeentelijke autoriteiten bepaalden nu dat de gemeente gedeeltelijk – nl. voor zover dat volgens hen nog administratief doenlijk was – terug zou gaan naar het oude stelsel, met selectie, grammar schools, modern secondary schools e.d. Het departement in Westminster intervenieerde echter: het meende dat de voorbereiding tot de overgang te ver was voortgeschreden om zonder schade aan het onderwijs ongedaan te kunnen worden gemaakt. De gemeente hield, mede met een beroep op het 'mandaat' van de kiezers, voet bij stuk; na enige correspondentie volgde een instructie van de minister, en toen deze niet werd opgevolgd vroeg de minister een order of *mandamus* om de gemeente in het gareel te krijgen. Het verzoek werd aanvankelijk toegewezen, maar het Court of Appeal vernietigde het vonnis in een breed gemotiveerd arrest, dat door het House of Lords werd bevestigd.³⁶²

Het arrest van het Court of Appeal is belangwekkend omdat de rechters zich bewust concentreren op de grenzen van de discretionaire bevoegdheid. De crux was de uitlegging van een bepaling uit de onderwijswet:

'If the Secretary of State is satisfied ... that any local education authority ... has acted or is proposing to act unreasonably with respect to the exercise of any powers conferred or the performance of any duty imposed by or under this Act, he may ... give directions ...' etc.³⁶³

Het hof meende dat het uitgangspunt hier was dat de local authority een eigen 'policy' in onderwijsvragen mocht hebben, en dat interventie slechts mogelijk was bij 'unreasonableness'. Lord Denning, Master of the Rolls, onderscheid-

361. *Congreve v. Home Office* (1976) 1 QB 641.

362. *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council* (1976) 3 WLR 641.

363. Section 63 Education Act 1944.

de hier twee verschillende vragen omtrent rechterlijke controle van 'administrative discretion': heeft de rechter het oordeel van de minister te eerbiedigen dat hij is 'satisfied' dat een bepaalde situatie bestaat; en heeft de rechter het oordeel van de minister over de 'reasonableness' van het optreden der local authority te eerbiedigen. Ten aanzien van de eerste vraag oordeelde hij dat de subjectieve formulering wel een grote terughoudendheid van de rechter verlangt, maar geen totale passiviteit: uit het geval van de Milk Marketing Board leidde hij af dat elk ministerieel oordeel, hoe vrij de wet de minister ook laat, moet zijn 'supported by good reasons'. Dat zulks hier niet was geschied, hing samen met het tweede probleem: de minister mocht volgens de wet slechts interveniëren bij 'unreasonableness', maar blijkens de correspondentie die met Tameside was gevoerd ging het in dit geval niet om redelijkheid of onredelijkheid, maar om verschillen van waardering tussen de gemeente en het departement. Lord Justice Scarman, concurring, formuleerde het aldus dat de minister had 'applied the wrong legal test'; volgens hem was dat vooral daarom een reden voor rechterlijk toezicht, omdat het hier niet alleen om de 'discretion' van de minister ging maar ook om die van de local education authority: de term 'unreasonable' in de wet veronderstelt juist dat de regering het beleid in beginsel aan de gemeente overlaat, en niet ingrijpt wanneer het gaat om meningsverschillen over te voeren beleid. Ook enkele law lords stonden bij dit laatste aspect uitvoerig stil.

Het minste dat men kan zeggen is dat sinds Tameside het gebied van 'unfettered discretion' van de administratie aanzienlijk is ingeëngd.³⁶⁴ Er is wel eens gedacht dat de rechter eerder zou interveniëren wanneer de discretionaire bevoegdheid op de wet zou steunen, zoals in Tameside het geval was, dan wanneer zij zou berusten op een Royal prerogative, d.w.z. op de ongeschreven constitutionele bevoegdheden van de regering (bijv. buitenlandse betrekkingen, maar ook afgifte van paspoorten). Het verschil wordt evenwel in de recente rechtspraak niet meer gemaakt, al lijkt het soms in vreemdelingenzaken terug te keren.³⁶⁵

40. De Britse tribunals

De groei van de verzorgingsstaat heeft op de Britse eilanden aanleiding gegeven tot de inrichting van een groot aantal speciale gerechten, 'administrative tribunals' of kortweg 'tribunals', belast met rechtspraak op een bepaald gebied. Zo zijn er employment tribunals voor arbeidszaken, land tribunals voor onteigeningskwesties, rent tribunals in huurzaken, enz. De tribunals zijn bij de wet ingesteld, meestal bij de wet die de desbetreffende materie regelt. Hun samenstelling verschilt sterk: soms bestaat een tribunal uit een High Court judge (bijv. het Registered Designs Appeal Tribunal), maar meestal is er een

364. Zie Lord Denning, *The discipline of law* (Londen 1979) p. 97-103.

365. *R. v. Home Secretary ex p. Zamir* (1980) AC 930.

commissie van drie, waarvan alleen de voorzitter rechter of althans jurist is.³⁶⁶

Op het eerste gezicht lijkt het dat deze stand van zaken in strijd is met de typerende karakteristiek die wij aan de common-law-stelsels hebben toegeschreven, nl. het ontbreken van bijzonder recht voor het bestuur en de algemene rechtsmacht van de gewone rechter, de 'courts of law'. Dit is echter schijn, omdat men altijd op de gewone rechter kan terugvallen. In de eerste plaats stellen de meeste wetten die tribunals inrichten van de uitspraken 'appeal' open op de gewone rechter (bijv. voor een 'point of law' op het Court of Appeal). Zulke 'statutory appeals' bestaan ook vaak wanneer er van het tribunal al beroep heeft opengestaan op een 'appeal tribunal' (er is bijv. een Employment Appeal Tribunal, met een belangrijke jurisprudentie in arbeidszaken). In de tweede plaats is het altijd mogelijk, ongeacht of er een 'statutory appeal' is, om de uitspraak van een tribunal voor de gewone rechter aan te vechten met een application for judicial review, als die uitspraak *ultra vires* is of error on the face of the record vertoont.³⁶⁷ Wettelijke voorzieningen die pogen deze rechterlijke bevoegdheid terug te dringen hebben tot nu toe weinig succes gehad. Een wetsbepaling die uitdrukkelijk stelde dat de beslissing van een tribunal 'shall not be questioned in any court of law' werd door het House of Lords aldus uitgelegd dat daardoor slechts rechterlijk toezicht op 'error within the jurisdiction' werd uitgesloten. De bepaling kon echter niet een beslissing die *ultra vires* was voor vernietiging door de rechter behoeden.³⁶⁸

De organisatie van de tribunals is gestroomlijnd door de Tribunals and Inquiries Act 1958.³⁶⁹ Voordien bestonden vaak moeilijk te begrijpen verschillen in procedure, bijv. ten aanzien van openbaarheid, rechtsbijstand, bewijs e.d. Er is thans wat meer eenheid. Een belangrijke vernieuwing was dat de wet van 1958 de tribunals verplicht hun beslissingen met redenen te omkleden, wanneer dat althans door een van de partijen wordt gevraagd. Er is bovendien een toezichthoudend orgaan ingesteld, de Council on Tribunals, die regelmatig verslag uitbrengt aan de Lord Chancellor en daarbij eventueel suggesties voor wetwijziging kan doen.³⁷⁰ Belangrijker is waarschijnlijk dat men zich veel duidelijker bewust geworden is van de rechtsprekende functie van de tribunals: aanvankelijk zag men er meer een soort administratieve procedure in – vooral bij zulke onderwerpen als werkloosheidsuitkering en vervoervergunningen –, hetgeen niet alleen betekende dat de strakke opzet van het Engelse procesrecht niet van toepassing werd geacht, maar ook dat niet erg werd stilgestaan bij waarborgen voor een behoorlijke procesvoering. Sinds 1958 wordt aan het laatste meer aandacht besteed, zonder dat men bij de tribunals

366. Uitvoerig: R.M. Jackson op. cit. (nt. 206) hfdst. III.

367. Zie no. 38-39.

368. *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission* (1969) 2 WLR 163.

369. Intussen vervangen door de Tribunals and Inquiries Act 1971.

370. De Lord Chancellor heeft o.a. de functie van minister en is in die kwaliteit verantwoordelijk voor de organisatie van de meeste rechterlijke colleges (sommige ervan vallen onder de verantwoordelijkheid van het Home Office).

streeft naar imitatie van de gang van zaken bij de courts, met hun verplichte rechtsbijstand, toga's en pruiken, partijstrijd, vaste regels over ondervraging van getuigen, lijdelijkheid van de rechter e.d. Het rapport van de staatscommissie dat tot de wet van 1958 leidde, naar de voorzitter Franks Committee genoemd, heeft daar een belangrijke bijdrage toe geleverd. Het gaf een uitgebreid overzicht en een indringende analyse van wat er op dit terrein aan de hand was; behalve wetsvoorstellen ontwierp het ook een aantal aanbevelingen met betrekking tot de praktische gang van zaken bij de tribunals³⁷¹; de Council on Tribunals poogt thans enige druk uit te oefenen in de richting van naleving daarvan.

Het Franks Committee heeft ook advies gegeven over de zgn. statutory inquiries, een typisch Britse techniek, die in de ogen van velen enigszins vergelijkbaar was met geschillenbeslechting door tribunals. De strekking ervan is echter juist sterk verschillend: inquiries vinden plaats ingeval een gemeente of een minister een typische 'policy decision' moet nemen, bijv. goedkeuring van een uitbreidingsplan, aanwijzing van een stadswijk voor krotopruijing of vaststelling van het tracé voor een autoweg. Een departementale 'inspector' (soms een advocaat of accountant die *ad hoc* daarvoor wordt aangewezen) houdt dan een hoorzitting; er zijn ca. 6000 van zulke zittingen per jaar.³⁷² Zij die zakelijke rechten of persoonlijke gebruiksrechten hebben op onroerend goed dat in de plannen is betrokken, moeten volgens de meeste wetten, bijv. de Housing Act, van tevoren worden gewaarschuwd dat de inquiry plaatsvindt. De inspector stelt na de zitting een uitvoerig verslag op, dat hij aan het beslissende orgaan aanbiedt. De beslissing zelf kan voor de rechter slechts worden aangevochten wanneer zij *ultra vires* is, maar de rechtspraak vertoont sinds de jaren dertig de neiging om dat het geval te achten wanneer bepaalde procedurele waarborgen, belichaamd in principles of natural justice, niet zijn nageleefd. 'Leading case' was een geval waarin de minister een beslissing moest nemen over de goedkeuring van een saneringsplan in Jarrow, waartegen tijdens de inquiry vele bezwaren waren aangemeld; toen hij het verslag van de inspector reeds had ontvangen, probeerde hij de project-ontwikkelaar en de gemeente ertoe te bewegen een goedkoper plan te aanvaarden, en dit leidde o.a. tot nadere besprekingen tussen departement, gemeente en projectontwikkelaar waarvan de bezwaarden onkundig bleven. Toen de minister tenslotte toch het oorspronkelijke plan goedkeurde, vernietigde het Court of Appeal zijn beslissing omdat de minister achter de rug van de ene partij om de andere had gehoord na afsluiting van de inquiry.³⁷³ Het Franks Committee trok uit deze jurisprudentie de consequenties, door gedetailleerde aanbevelingen te doen over de 'procedural fairness' die bij de inquiries geëerbiedigd moet worden. Sindsdien zijn die aanbevelingen langzamerhand in praktijk gebracht; klachten over unfairness kunnen bij de Council on Tribunals worden ingediend; de

371. Report on administrative tribunals and inquiries (Cmnd. 218), 1957.

372. Uitvoerig: Wade, Administrative law (nt. 49) hfdst. 24.

373. Errington v. Minister of Health (1935) 1 KB 249.

Council stelt dan een onderzoek in, maar kan verder niets doen dan rapporteren. Een inquiry die 'fairly conducted' wordt leidt er misschien wel toe dat het bevoegde orgaan zijn beslissing kan nemen met voldoende kennis van mogelijke bezwaren, zij voert blijkens de Britse ervaringen van de laatste jaren niet tot gemakkelijker aanvaarding van die beslissing door de bezwaarden.

De rechter komt bij tribunals en inquiries niet alleen tussenbeide in geval van onbevoegdheid of strijd met principles of natural justice, hij zal ook hier vernietigen bij error on the face of the record. Ook besluiten van tribunals kunnen op andere gronden niet worden aangetast: als het tribunal een 'error within its jurisdiction' begaat, kan de rechter daar niets aan doen. De laatste tijd beschouwt het House of Lords sommige redeneringen die vroeger als 'error within the jurisdiction' werden gezien, nu als grond voor onbevoegdheid. Toen de Foreign Compensation Commission de rechtsopvolgers van iemand die schade had geleden door nationalisatie in het buitenland uitsloot van schadevergoeding, omdat zij niet de Britse nationaliteit hadden, meenden de law lords dat 'upon a true construction of the statute' de nationaliteitseis niet mocht worden gesteld; daarom was de commissie buiten haar 'jurisdiction' getreden en had zij onbevoegd gehandeld.³⁷⁴ Sindsdien zijn er meer gevallen geweest waarin de beslissing van een tribunal *ultra vires* werd geacht omdat het college 'applied the wrong legal test'. Deze jurisprudentie past enigszins in de actievare rol die de rechter zich de laatste jaren in administratiefrechtelijke zaken is gaan aanmeten.

41. De Amerikaanse agencies

In de VS heeft het economisch interventionisme het aanschijn gegeven aan een geheel nieuwe vorm van besturing, nl. die door middel van zgn. agencies. Deze agencies zijn organen, meestal collegiaal werkende commissies, die grote bevoegdheden hebben in een bepaalde sector van economisch of sociaal recht, en die deze bevoegdheden rechtstreeks aan de wet ontlenuen. Een van de eerste was de Interstate Commerce Commission, ingesteld in 1877, en toen belast met de controle van spoorwegtarieven in verband met de ruïneuze concurrentie tussen de verschillende spoorwegmaatschappijen; thans heeft de ICC bevoegdheden voor alle vervoer per rail, weg, binnenwater en pijpleiding. Op federaal niveau – waartoe wij ons verder zullen beperken – bestaan er thans meer dan vijftig; bijzonder belangrijk zijn de Federal Trade Commission, belast met de toepassing van het anti-trustrecht en het tegengaan van 'unfair competition'; de Securities and Exchange Commission, die bevoegdheden heeft op het gebied van deelneming in vennootschappen; en de National Labor Relations Board voor het tegengaan van 'unfair labor practices', vooral, maar niet uitsluitend, in de sfeer van de collectieve onderhandelingen. De

374. *Anisminic v. Foreign Compensation Commission*, nt. 368. Zie ook *Re A Company* (1981) AC 374, geciteerd als *Racal case*.

New-Dealperiode gaf een soort escalatie van deze bestuursvorm te zien, maar niet alle toen gevestigde agencies hebben die tijd overleefd.³⁷⁵

De agencies zijn onafhankelijk: hun bevoegdheden zijn in de toepasselijke wetgeving omschreven, en zij kunnen noch van de President noch van het Congres instructies krijgen over de wijze waarop zij die bevoegdheden uitoefenen. Toen President Franklin Roosevelt in 1933 een lid van de Federal Trade Commission ontsloeg omdat diens economische ideeën niet overeenstemden met die van de nieuwe regeerders, waardoor de uitvoering van de nieuwe economische politiek van de Roosevelt-administratie zou worden belemmerd, werd dit ontslag door de rechter nietig verklaard³⁷⁶; en de onafhankelijkheid die van de agencies moet worden verlangd was een van de argumenten voor die beslissing: 'for it is quite evident that one who holds his office only during the pleasure of another, cannot be depended upon to maintain an attitude of independence against the latter's will'.

Het tweede kenmerk van de agencies is gelegen in de ruime bevoegdheden die hun zijn toegedeeld. Dit geldt vooral voor agencies in de economische sector: een bepaald werkterrein wordt hun door de wet toegewezen, die daarnaast enige algemene en soms vrij vage criteria voor hun optreden formuleert; binnen die grenzen hebben zij niet alleen grote vrijheid, maar vervullen zij ook verschillende soorten functies. De belangrijkste agencies hebben regelgevende bevoegdheid: zij kunnen bijv. tarieven stellen, maar soms ook meer in het algemeen gedragsregels opleggen. Daarnaast kunnen zij individuele beslissingen nemen, bijv. vergunningen verlenen. Vaak hebben zij opsporingsbevoegdheden, kunnen zij klachten van het publiek onderzoeken en wetsovertreders vervolgen; soms kunnen zij ook zelf boetes opleggen en geschillen beslechten. Om een paar willekeurige voorbeelden te geven: de Interstate Commerce Commission stelt veiligheidsvoorschriften vast voor het vervoer van brandbare en explosieve stoffen met vrachtwagens; de National Labor Relations Board kan een 'cease and desist order' uitvaardigen indien een werkgever of een vakbond zich aan unfair labor practices schuldig maakt, bijv. als een onderneming met voorbijgaan van de bonden waar de meeste personeelsleden in zijn georganiseerd probeert een c.a.o. met een kleine vakbond af te sluiten; de Federal Trade Commission is bevoegd inlichtingen in te winnen over de betrekkingen van elke handelsonderneming (enkele uitgezonderd) met enige andere onderneming, en zij kan daarbij zelfstandig een onderzoek instellen en ook jaarlijkse verslaglegging vorderen, of verslaglegging over een bepaald onderwerp. De bevoegdheden van de agencies kunnen daarom zeer ingrijpend zijn.

De gerechten hebben een vrij uitgebreide rechtsmacht over agency decisions. In vele gevallen verschaft de toepasselijke wet zelf uitdrukkelijk de gelegenheid de rechter te adiëren: dat heet 'statutory review' en is enigszins vergelijkbaar met de statutory appeals uit het Engelse recht. Enigszins: want de ver-

375. Kort historisch overzicht bij Breyer and Stewart op. cit. (nt. 346) p. 20-35.

376. *Humphrey's Executor v. US*, 295 US 602 (1935).

schijningsvormen van het statutory review zijn nogal gevarieerd. Soms heeft bijv. een 'order' van een agency geen rechtskracht dan nadat hij door de rechter is bevestigd; volgens andere wetten heeft de 'order' onmiddellijk effect, maar staat het aan de belanghebbende om de rechter 'review' van die order te vragen. Alle rechtsvragen die tijdens de agency proceedings zijn gerezen kunnen bij statutory review voor de rechter opnieuw aan de orde worden gesteld; maar ten aanzien van feitelijke vragen stelt de rechter zich voorzichtig op: er wordt een soort redelijkheidstoets toegepast waarbij het oordeel van de agency alleen maar in extreme gevallen ter zijde wordt gesteld. Indien de toepasselijke wet geen statutory review mogelijk maakt, staan de belanghebbende toch altijd nog wegen naar de rechter open: indien hij in zijn rechten is benadeeld kan hij een gewone onrechtmatige-daadsactie aanspannen; en indien dat niet het geval is kan hij altijd pogen de bevoegdheid van de agency tot het nemen van de betwiste beslissing aan te vallen, of de agency te dwingen haar wettelijke verplichtingen na te leven, via declaration, prohibition of *mandamus*.

Deze opzet heeft een merkwaardig gevolg gehad. De agency lijkt vaak op te treden als een soort rechter van eerste aanleg: hij ontvangt klachten, onderzoekt de zaak, hoort partijen, ontvangt een aantal stukken en neemt tenslotte een beslissing waartegen beroep openstaat. Het is daarom niet onbegrijpelijk dat de procedure voor de agency op ongeveer dezelfde manier wordt gevoerd als een geding voor de rechter, en de agencies zijn die procedures in feite ook aan strenge regels gaan binden. In 1946 vond een soort codificatie plaats, toen de federale wetgever een aantal uniforme regels vaststelde over de procedure voor de agencies³⁷⁷: bijv. over voorafgaande kennisgeving van voorgenomen regelingen, hoorzittingen, indiening van bezwaarschriften, rechtsbijstand, processen-verbaal. Dat was op zijn beurt het uitgangspunt voor verdere ontwikkelingen: de wet versterkte de gelijkstelling van agency proceedings met gedingen voor de rechter, en leidde daardoor tot verdere judicialisering – als men het zo noemen mag – van het administratieve besluitvormingsproces.³⁷⁸ Die judicialisering had wederom haar eigen consequenties: toen het Amerikaanse Supreme Court begon om op constitutionele gronden de rechten van partijen te versterken, bijv. ten aanzien van kosteloze rechtsbijstand, werden de aldus geschapen nieuwe garanties voor een behoorlijke procesgang ook toepasselijk geacht op agency proceedings.

Het Amerikaanse bestuursrecht vertoont aldus een geheel eigen karakter. Het presenteert zich meer als een eenheid dan het Engelse administratiefrecht, als men daarvan kan spreken, en het is minder sterk verweven gebleven met het gewone burgerlijke proces. Het heeft echter weinig gemeen met de Franse en Duitse stelsels, vooral omdat het zich niet zozeer op de legaliteitscontrole achteraf richt, die zo kenmerkend is voor het recours pour excès de pouvoir en de Anfechtungsklage, maar op de waarborgen voor een behoorlijk besluit-

377. Federal Administrative Procedures Act, 1946. Uittreksels in Breyer and Stewart op. cit. (nt. 346) p. 1087.

378. Zie ook no. 32.

vormingsproces op administratief niveau. Het feitelijk gevolg daarvan is wel dat men er verstandig aan doet naar elke zitting van een agency zijn advocaat mee te nemen: de vaardigheden die het Engelse trial tot zo'n boeiend spel voor de buitenstaander maken kunnen in de VS ook helpen een gunstige administratieve beslissing te verkrijgen.