

Bestuursrechtelijke soft law in Nederland, Duitsland en Engeland

12

1. Inleiding

Bestuursrecht is een mooi vak. Dat komt vooral omdat beleid hier zo'n grote rol speelt. Het zal deze betrokkenheid van beleid zijn, die veel studenten en juristen eerder afschrikt dan aantrekt. Zij kunnen wel uit de voeten met recht en feiten, maar ervaren beleid als een rare feitensoort, inferieure rechtscategorie of ongrijpbaar tussenverschijnsel. Voor wie in de gaten heeft dat fundamentele kwesties rond de verhouding tussen wetgever, bestuur en rechter (trias politica, checks and balances; beoordelingsruimte versus beoordelings- en beleidsvrijheid) en tussen algemene regels en individuele beslissingen (gelijke behandeling en individuele rechtvaardigheid) in het geding zijn, niet alleen op een vrijblijvend theoretisch niveau maar ook in de levendige praktijk van alledag, is beleid echter geen afstotend fenomeen maar juist een onderwerp barstensvol boeiende vragen. Die vragen dienen zich veelvuldig in de bestuurs- en rechtspraktijk aan. Zij hebben vanzelfsprekend ook aandacht in de literatuur gekregen.

Opvallend is dat de afgelopen jaren amper beschouwingen van meer algemene aard over beleid – beleidsregels en andere niet-wettelijke beslisregels – zijn verschenen,² tot op zekere hoogte met uitzondering van het unierecht.³ Opvallend is voorts dat rechtsvergelijkende beschouwingen goeddeels ontbreken, zowel in intern als in extern opzicht. Gezien de sterke opkomst van (aandacht voor) soft law op het terrein van bijvoorbeeld het strafrecht (o.a. de Polaris-richtlijnen), het ondernemingsrecht (codes of good governance) en het financieel bestuursrecht (beleidsregels en veldnormen) is interne rechtsvergelijking met het bestuursrecht aangewezen om meer kennis te verwerven over bijvoorbeeld inherente afwijkingsmogelijkheden en de betekenis van privaatrechtelijke soft law (zelfregulering) voor publiekrechtelijke soft law c.q. de bestuurlijke invulling van open wettelijke normen.⁴

Deze bijdrage blijft binnen de grenzen van het publiekrecht en spitst zich toe op de vraag hoe beleid in andere rechtstelsels juridisch wordt beoordeeld en of men daar eveneens bekend is met beleid met de status van een rechtshandeling. Vijftien jaar geleden werd de derde tranche Awb ingevoerd. Sindsdien kennen wij beleid in de vorm van een rechtshandeling, meer in het bijzonder een besluit: de Awb-beleidsregel (art. 1:3 lid 4 Awb). Is hier sprake van een Nederlandse 'Alleingang'? Of is de figuur van beleid als een rechtshandeling meer verbreid? Hoe moet uit het oogpunt van andere rechtstelsels het sinds 1998 in Nederland bestaande onderscheid worden beoordeeld tussen beleidsregels en beleid waaraan het bestuur op grond van de vaste gedragslijnconstructie gebonden is? Het onderscheid tussen beleid als een rechtshandeling en andersoortig beleid is onder meer van belang met het oog op de vraag via welk soort regels Europese richtlijnen dienen te worden geïmplementeerd. Zou, in afwijking van de huidige jurisprudentie, niet moeten worden aanvaard dat Europese richtlijnen ook mogen worden geïmplementeerd met behulp van een bepaald type niet-wettelijke beslisregels, te weten beleid met de status van een rechtshandeling, zoals de Awb-beleidsregel?⁵ Voor deze bijdrage is dus gekozen voor een *extern-vergelijkend* perspectief.⁶ Naast het Nederlandse bestuursrecht wordt aandacht besteed aan twee rechtstelsels waarin

1 Herman Bröring is hoogleraar integrale rechtsbeoefening, verbonden aan de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen; Gert Jan Geertjes voltooide het afgelopen jaar de research master Functionaliteit van het Recht aan dezelfde universiteit en studeert thans Public Law aan de London School of Economics.

2 Een uitzondering, naast de bekende handboeken, is een bijdrage van eerstgenoemde auteur waarin een algemene 'update' over beleid en beleidsregels wordt gegeven ('Bestuursrechtelijke "soft law"'). Of: lang leve de beleidsregel, maar niet de beleidsregel alleen', in: Schlössels e.a. (red.), *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer 2012, p. 167-183. Wel is de nodige aandacht besteed aan een aantal deelonderwerpen. Zie onder meer (sinds 2010): A.R. Neerhof & H.G. Hoogers, 'Het NEN-normenfeuilleton', <<JBPlus>> 2010, p. 133-152; L.J.M. Timmermans, 'De juridische status van door de overheid gehanteerde algemene voorwaarden', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer 2012, p. 185-204; B. de Kam, 'Standdaarvoorschriften in de zin van artikel 4:20e Awb. Verkapt burger bindende regels?', in: Schlössels e.a. (red.), *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer 2012, p. 205-218; F.T. Groenewegen, 'De rechterlijke toets van de interpretatie van beleidsregels', *NTB* 2010/16, p. 85-92; H.E. Bröring, 'Beleidswijziging: het spel, de regels en het vertrouwen', in: M.J. Jacobs e.a., *Tijd voor verandering. Over overgangsrecht* (preadviezen VAR, nr. 148), Den Haag 2012, p. 63-122.

3 H. Luijendijk & L.A.J. Senden, *De gelaagde doorwerking van Europese administratieve soft law in de nationale rechtsorde* (preadvies voor de Vereniging voor Europees Recht), www.nver.nl/documents/Preadvies2011_NVER_Luijendijk_Senden.pdf; B. Kaya, 'Soft law exiles Hard law: Europese "soft law" in het nationale bestuursrecht. Regelgeving in EU-perspectief', in: Schlössels e.a. (red.), *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer 2012, p. 125-143; J.C.A. van Dam, 'De doorwerking van Europese administratieve soft law: in strijd met Nederlandse legaliteit?', *NALL* 2013, januari-maart, DOI: 10.5553/NALL/000009.

4 Zie onder meer (sinds 2010): H.E. Bröring e.a., *Referentiekader geldboetes. Verslag van een onderzoek naar de hoogte en wijze van berekening van geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht*, WODC/Vakgroep bestuursrecht & bestuurskunde RUG 2012; J.G.C.M. Galle, *Consensus on the comply or explain* (Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 86), Deventer: Kluwer 2012; O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2010/11, p. 66-77. Denk voorts aan publicaties over protocollisering op het terrein van het gezondheidsrecht.

5 Maatgevend is nog steeds het al vrij oude arrest HvJ EG 30 mei 1991, nr. C-361/88 (TA Luft).

6 Daartoe aangespoord door een Redactioneel van Nico Verheij in dit blad, 'Bestuursrecht over de grens', *NTB* 2012/3, p. 63-64.

eveneens de waarden van de democratische rechtsstaat centraal staan, maar die desalniettemin als elkaars tegenpolen zijn te beschouwen: het Duitse recht, met zijn sterk dogmatische karakter, en het Engelse (common law-)recht, dat een minder gestructureerd, meer pragmatisch karakter lijkt te hebben.⁷

In de bestuurskunde is het gebruikelijk om beleid te definiëren als een samenstel van doelen, middelen en een tijdspad. In deze bijdrage wordt er iets anders onder verstaan, namelijk *regels*, dus *algemene* keuzes, ten behoeve van door bestuursorganen te nemen *beslissingen*. Een beperking is dat het begrip beleid hier alleen ziet op *niet-wettelijke* beslisregels.⁸ Het hier gehanteerde begrip beleid is niet beperkt tot keuzes ter zake van discretionaire elementen van bestuursbevoegdheden (beoordelings- en beleidsvrijheid), maar strekt zich uit over *alle* keuzeruimte. Minder duidelijk is of sprake moet zijn van enigerlei vorm van *intersubjectiviteit en communicatie*. In deze bijdrage wordt het standpunt ingenomen dat beslisregels die louter in het hoofd van een bestuurder, ambtenaar of ander persoon bestaan buiten het begrip beleid vallen, maar dat wel van beleid gesproken kan worden wanneer de desbetreffende beslisregels toepassing hebben gekregen (waarneembaar precedent, vaste gedragslijn). De niet-wettelijke beslisregels kunnen betrekking hebben op alle soorten bestuurlijke gedragingen. In het belang van de overzichtelijkheid ziet het onderstaande echter speciaal op niet-wettelijke beslisregels ten behoeve van het verrichten van publiekrechtelijke rechtshandelingen in individuele gevallen, dus voor de uitoefening van beschikingsbevoegdheid.

Verondersteld kan worden dat in verband met rechtsstatelijke kenmerken in alle drie de betrokken rechtsstelsels van belang is of de niet-wettelijke beslisregels – ofwel soft law⁹ – betrekking hebben op discretionaire dan wel gebonden bevoegdheidselementen. Ook zal in alle drie de rechtsstelsels van belang zijn of deze regels voor een eigen bevoegdheid zijn vastgesteld dan wel met het oog op de bevoegdheid van een andere instantie. Op voorhand minder duidelijk is of de niet-wettelijke beslisregels enigerlei bindende werking hebben en, zo ja, op welke grond. Op grond van een of ander (rechts)beginsel? Of als rechtshandeling, zoals dat in het Nederlandse bestuursrecht voor beleidsregels geldt? In elk geval vormt het sinds 1998 in het Nederlandse bestuursrecht bestaande onderscheid tussen beleid

met de status van een heus besluit (beleidsregels) en andere soorten beleid voor deze bijdrage een bijzonder aandachtspunt.

In de volgende paragraaf volgt, ter nadere oriëntatie, een beknopt overzicht van in het Nederlandse, Duitse en Engelse recht gehanteerde aanduidingen en indelingen van bestuursrechtelijke soft law. Daarna worden aan de hand van het Nederlandse recht verschillende soorten bindende werking onderscheiden (§ 3). Vervolgens wordt gezien in hoeverre deze soorten bindende werking eveneens in het Duitse en Engelse recht zijn aan te treffen (§ 4). Afgesloten wordt met de beantwoording van de vraag in hoeverre op het punt van de juridische betekenis van beleid eenheid tussen de onderzochte rechtsstelsels bestaat (§ 5). Daarmee zullen ook de hierboven geformuleerde vragen met betrekking tot het onderscheid tussen beleid als een rechtshandeling en andersoortig beleid worden beantwoord, waaronder de vraag of de jurisprudentie heroverwogen moet worden die implementatie van Europese richtlijnen door middel van beleidsregels en soortgelijke niet-wettelijke regels met een rechtshandelingenkarakter uitsluit.

2. Terminologie en rubricering

2.1 Nederland

In het Nederlandse bestuursrecht worden juridisch de volgende categorieën beleid onderscheiden: beleid met de status van een (op de voorgeschreven wijze bekendgemaakte) *beleidsregel* en derhalve van een (in werking getreden) besluit, *eigen beleid zonder de status van beleidsregel*, en beleid van een andere instantie dat de status van beleidsregel mist en waarvoor we de term *richtlijnen* gebruiken.¹⁰ De eerste categorie, beleidsregels, betreft bij *besluit* vastgestelde regels (art. 1:3 lid 4 Awb) voor de uitoefening van een eigen bevoegdheid of een bevoegdheid van een ondergeschikte of delegataris respectievelijk een andere bevoegdheid, doorgaans een aan een niet-ondergeschikt orgaan geattribueerde bevoegdheid (art. 4:81 lid 1 respectievelijk lid 2 Awb). De tweede categorie omvat een bont geheel van (interne) instructies in alle soorten en maten (vastgesteld door bijv. het bestuursorgaan, een managementteam, het hoofd van een afdeling), handboeken, codes, protocollen, digitale beslisssystemen, in dat kader gehanteerde modellen, niet bekendgemaakte en dus niet als besluit in werking getreden beleidsregels, enzovoort, die gebruikt worden voor de uitoefening van een eigen bevoegdheid of een bevoegdheid van een ondergeschikte.¹¹ Deze categorie is extern, ten opzichte van de burger, als basis voor en uitdrukking van een *vaste gedragslijn* rechtens relevant. Daarnaast is voorstel-

7 In deze bijdrage wordt steeds (te beperkt) gesproken van Engeland, en niet van het Verenigd Koninkrijk. Deze keuze is ingegeven door de overweging dat het Schotse recht een eigen karakter heeft, zodat de aanduiding Verenigd Koninkrijk te ruim zou zijn. Bovendien zijn de in deze bijdrage aangehaalde Britse voorbeelden met name ontleend aan het Engelse recht.

8 In de bestuurskunde is het niet ongebruikelijk ook algemeen verbindende voorschriften in termen van beleid te vatten (vooral als instrument, al kunnen dergelijke voorschriften ook een doel tot uitdrukking brengen).

9 In deze bijdrage gebruiken wij 'niet-wettelijke beslisregels' en 'soft law' als synoniemen. Dit in de wetenschap dat daarop wel iets valt af te dingen. Zo komt de term soft law onvoldoende tegemoet aan het rechtshandelingenkarakter van de Nederlandsrechtelijke figuur beleidsregels.

10 Conform H.E. Bröring, *Richtlijnen, Over de juridische betekenis, van circulaires, leidraden, aanbevelingen, brochures, plannen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.

11 Vgl. voor de instructiebevoegdheid art. 10:6 en 10:22 Awb. Zoals uit art. 10:16 Awb blijkt, mag de delegans voor de delegataris uitsluitend beleidsregels en dus geen instructies vaststellen (afgezien van algemene schriftelijke instructies die tevens als beleidsregels te kwalificeren zijn).

baar dat de betrokken beleidsvorm expertise weergeeft en dus als (interne) *deskundigenadvisering* rechtens relevant is. Voor zover deze regels specifieke deskundigheid weergeven of weerspiegelen, kan ook de juridische betekenis van richtlijnen met die van (externe) *deskundigenadvisering* overeenstemmen.¹² Daarnaast kunnen richtlijnen, net als beleidsvormen van de tweede categorie, de basis van een *vaste gedragslijn* vormen. Samenvattend, is de juridische betekenis van de onderscheiden soorten beleid in de relatie tussen bestuursorgaan en burger te relateren aan het besluit, de vaste gedragslijn en het (deskundigen)advies.

De Nederlandse rechtsontwikkeling geeft te zien dat beleidsvormen lange tijd alleen als interne aanwijzingen juridisch van belang waren. Toen in het midden van de vorige eeuw de externe werking van intern beleid werd onderkend en een grondslag voor de bindende werking in de verhouding tussen bestuursorgaan en burger werd gezocht, kwam men uit bij de vaste gedragslijnconstructie (binding vanwege precedenten en het gelijkheidsbeginsel) en, wanneer aan de bijbehorende voorwaarden was voldaan zoals met name bekendheid van de burger met het beleid, gebondenheid in verband met opgewekt vertrouwen (binding vanwege het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel). De betekenis van beleid als interne aanwijzingen is nog altijd juridisch relevant.¹³ Eerst met de inwerkingtreding op 1 januari 1998 van de derde tranche Awb is ons bestuursrecht verrijkt met beleid met de status van een besluit. Wederom geldt dat het oude niet is verdwenen: de argumentatie van externe gebondenheid aan beleid op basis van de vaste gedragslijnconstructie is nog altijd juridisch relevant; en niet slechts bij uitzondering.¹⁴

2.2 Duitsland

Een belangrijk deel van de bestuurlijke niet-wettelijke beslisregels wordt in Duitsland met de term *Verwaltungsvorschriften* aangeduid. Het gaat om regels die wij met het begrip beleidsregels associëren. Allereerst valt op dat het verschijnsel *Verwaltungsvorschriften* in Duitsland nog altijd voor alles als *bestuursinterne* regels (verwaltungsinterne Regelungen, gebaseerd op de Weisungskompetenz) worden beschouwd, met dien verstande dat al geruime tijd wordt onderkend dat deze regels externe werking (*Außenwirkung*) kunnen hebben.¹⁵

Verder valt op dat de gangbare rubricering in soorten *Verwaltungsvorschriften* te herleiden is tot de bevoegdheid waarop deze regels betrekking hebben. Op dit punt is er nauwe verwantschap met het Nederlandse bestuursrecht. *Verwaltungsvorschriften* die een bestuursorgaan voor de uitoefening van een eigen bevoegdheid vaststellen (vgl. art. 4:81 lid 1 Awb), heten *intrasubjektive* (einfache) *Verwaltungsvorschriften*. *Verwaltungsvorschriften* die voor de uitoefening van een bevoegdheid van een ander bestuursorgaan worden vastgesteld (vgl. art. 4:81 lid 2 Awb), heten *intersubjektive* (übergreifende) *Verwaltungsvorschriften*. Deze laatste hebben, vergelijkbaar met het Nederlandse bestuursrecht, een specifieke wettelijke grondslag nodig.¹⁶

Een andere onderscheiding is die tussen *norminterpretierende* en *ermessenslenkende* *Verwaltungsvorschriften*. De eerste soort regels, ook wel *Auslegungsrichtlinien* genoemd, zien op de invulling van beoordelingsruimte (onbestimmte Rechtsbegriffe), de laatste op de invulling van beleidsvrijheid (Ermessen). Grosso modo gaat het dus om het in ons bestuursrecht bekende onderscheid tussen beleidsregels over de uitleg van wettelijke voorschriften en die over de afweging van belangen (vgl. art. 1:3 lid 4 Awb). Een specifieke (tussen)categorie zijn de *normkonkretiserende* *Verwaltungsvorschriften*, die zien op de invulling van specifieke, vaak technische begrippen (onbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum, i.e. beoordelingsvrijheid) en die met name voorkomen in het milieu- en gezondheidsrecht; deze voorschriften moeten nadrukkelijk van de andere *Verwaltungsvorschriften* worden onderscheiden, omdat zij niet alleen het bestuur, maar ook de burger en de rechter in beginsel binden.¹⁷

Duitsland is eveneens vertrouwd met de categorie regels die in het Nederlands bestuursrecht met de term richtlijnen wordt aangeduid. Het gaat met name om (private) *technische* normen: Regelwerke sachverständiger Gremien, die juridische relevantie kunnen hebben als *antizipierte Sachverständigengutachten* (deskundigenberichten). In geval van herkomst van of overname door een overheidsinstantie kan er overlap zijn met de categorie normkonkretiserende *Verwaltungsvorschriften*. Ook richtlijnen van meer beleidsmatige aard komen in Duitsland voor. Dan wordt wel gesproken van *Empfehlungen*. Wanneer zij een wettelijke basis hebben, is er verwantschap met de categorie *übergreifende* *Verwaltungsvorschriften*.

Opgemerkt kan nog worden dat de Duitse doctrine ter zake van niet-wettelijke beslisregels voor het bestuur zeker zo goed ontwikkeld is als – en als altijd gründlicher is dan – de Nederlandse. Dit blijkt uit de aandacht die in Duitse handboeken aan *Verwaltungsvorschriften* wordt geschonken,

12 In andere gevallen kan eveneens een parallel met advisering worden getrokken, maar zal dat geen zoden aan de dijk zetten.

13 Zie ook de instructiebevoegdheden van art. 10:6 en 10:22 Awb, waarbij de naleving ambtenaarrechtelijk kan worden gewaarborgd.

14 Uitvoering over dit alles H.E. Bröring, 'Beleidsregels, een beknopte biografie', in: J.L. Boxum, L.J.A. Damen, e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten. Beschouwingen over de Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1993; p. 387-402.

15 Door plaatsgebrek laten wij dit interne aspect in onze bijdrage goeddeels rusten. Dat is in lijn met een Nederlandse traditie waarin deze kant van de zaak ten onrechte structureel onderbelicht is gebleven. Op deze plaats volstaan wij met de opmerking dat de uitvoerigere aandacht in Duitsland voor de interne kant van de zaak te maken heeft met spanningen tussen de norm om instructies in acht te nemen, de norm om rechtmatig te handelen en de volledige, persoonlijke aansprakelijkheid van ondergeschikten.

16 In verband met het federatieve karakter van de Duitse staat is een dergelijk grondslag zelfs in de Duitse grondwet terug te vinden. Zie Art. 84, Abs. 2, GG: 'Die Bundesregierung kann mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen.'

17 Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2011, p. 647 en (over het begrip Beurteilungsspielraum) p. 153-162. Zie nader § 4.3.

alsook uit publicaties die speciaal over dit onderwerp gaan.¹⁸

2.3 Engeland

Vanzelfsprekend zijn niet-wettelijke beslisregels voor het bestuur ook in Engeland ruimschoots aanwezig. Zij worden onder andere aangeduid als standards, self-imposed rules, circulars, directives, policy rules, guidelines, administrative rules en quasi-legislation. In tegenstelling tot Nederland en Duitsland krijgen niet-wettelijke beslisregels voor het bestuur in Engeland nog altijd amper *as such* aandacht: ze worden nog altijd vrijwel uitsluitend behandeld in de context van andere onderwerpen, met name de doctrine of legitimate expectations en de idea of discretion, en soms zelfs bestuurswetgeving (delegated legislation).¹⁹ De beperkte literatuur waarin bestuursrechtelijke soft law als afzonderlijk fenomeen wordt beschouwd, is in Engeland bovendien van relatief oude datum.²⁰

Dat beleidsvormen niet scherp als eigensoortige juridische verschijnselen worden onderkend, laat staan erkend, zal te maken hebben met het centrale uitgangspunt van de Sovereignty of Parliament. Het toekennen van enige juridische betekenis aan bestuursrechtelijke soft law is moeilijk te rijmen met dit nog altijd heersende primaat van het parlement. Voorts zou de case law – die in Engeland vergeleken met Nederland en Duitsland traditioneel een belangrijkere positie inneemt dan wetgeving – een rol kunnen spelen, waardoor de juridische betekenis van bestuursrechtelijke soft law sterk van de omstandigheden van het geval afhangt en een vastomlijnd leerstuk over dit verschijnsel slechts moeizaam van de grond komt.

Een ander neemt niet weg dat deze soft law in Engeland veelvuldig voorkomt en dezelfde functies vervult als in Nederland en Duitsland, zoals het uitleggen van wettelijke voorschriften (*interpretative guides*) en het invullen van discretionaire bevoegdheden (*discretion rules*).²¹ Verder valt op dat ook het Engelse recht, zij het minder duidelijk dan het Nederlandse en Duitse recht, vertrouwd is met het onderscheid tussen *eigen* beleid en *andere* soft law.

3. Juridische betekenis

3.1 Acceptatie en beperking

Met het bovenstaande is gezegd dat het bestaan van niet-wettelijke bestuurlijke beslisregels op zichzelf in alle drie de landen wordt geaccepteerd. Het is de Sovereignty of Par-

liament, die waarschijnlijk niet alleen aan een scherp beeld van bestuursrechtelijke soft law in de weg stond, maar in het licht waarvan dit type regels in Engeland ook lange tijd als onwenselijk, zo niet ongeoorloofd, werd beschouwd. Tegenwoordig wordt dit type regels ook daar aanvaard, al zijn er nog altijd tegengeluiden. In de Duitse doctrine ligt het accent vanouds op de groep van interne regels, die als volkomen passend bij bestuurlijke organisaties worden beschouwd. Er wordt onderkend dat deze bureaucratieën het niet zonder dergelijke regels kunnen stellen en dat er daarom onder omstandigheden zelfs een verplichting tot aansturing van de organisatie via deze regels kan worden aangenomen. Tegen deze achtergrond spreken de Engelse en de Duitse benadering elkaar op het punt van de juridische betekenis van niet-wettelijke beslisregels niet tegen, maar zij getuigen wel van een groot verschil in aandacht en perspectief.

Duidelijk is dat deze beslisregels tegenwoordig in geen van beide landen ongeoorloofd worden geacht: zij zijn niet verboden. Even duidelijk is dat deze regels in beide landen door het bestuur niet mogen worden toegepast ten eerste waar de legaliteitseis wettelijke voorschriften vergt (negatief overheidshandelen en positief overheidshandelen voor zover ingrijpend van aard; Vorbehalt des Gesetzes) en ten tweede – onverschillig of het om positief of negatief optreden gaat – waar deze niet-wettelijke beslisregels inbreuk op wettelijke voorschriften maken (normenhierarchie, wetmatigheid, Vorrang des Gesetzes).²² Kortom, eisen van legaliteit stellen steeds beperkingen aan het gebruik van niet-wettelijke beslisregels.

Dit geldt uiteraard ook voor Nederland,²³ al wordt de legaliteitseis hier minder 'precies' opgevat dan in Duitsland. Gedoeld wordt op het – goed bij de Hollandse koopmansgeest passende – arrest van de Hoge Raad van 22 juni 2012 over verwijzing in wetgeving naar NEN-normen.²⁴ In dit arrest wordt gebondenheid van de burger aangenomen aan normen waarnaar in wetgeving wordt verwezen maar die zelf niet openbaar gemaakt zijn maar slechts, in verband met auteursrecht, tegen betaling kunnen worden verkregen. In

18 Vermelding behoeft zeker Thomas Sauerland, *Die Verwaltungsvorschrift im System der Rechtsquellen* (diss. Marburg), Schriften zum Öffentliches Recht, Band 990, Berlin: Duncker & Humblot 2005.

19 Zie bijv. de handboeken over Engels bestuursrecht van Jack Beatson, Martin Matthews and Mark Elliot, *Administrative Law. Text and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 625-628 en Paul Craig, *Administrative Law*, London: Sweet and Maxwell 2008, p. 753-756.

20 Speciale vermelding verdienen R. Baldwin en J.K. Houghton, 'Circular Arguments: The Status and Legitimacy of Administrative Rules', *Public Law* 1986-3, p. 239-284, en de update hiervan: R. Baldwin, 'Rules, Discretion and Legitimacy', in: R. Baldwin (ed.), *Rules and Government*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 80-124.

21 Baldwin, 'Rules, Discretion and Legitimacy', in: R. Baldwin (red.), *Rules and Government*, Oxford: Clarendon Press, p. 81-85.

22 Zie voor verwante aspecten in het Engelse recht Tom Bingham, *The Rule of Law*, London: Allan Lane 2010.

23 Bij het voorbehoud aan de wet gaan in Nederland de gedachten uit naar de klassieke arresten inzake fluoridering (HR 22 juni 1973, NJ 1973/386, m.nt. Bloembergen; AB 1973/187, m.nt. Van der Horst; AA 1973, p. 457, m.nt. Cartigny (presterend bestuur)) en de methadonbrief (HR 27 juni 1986, NJ 1987/898, m.nt. Scheltema; AB 1984/241, m.nt. Van der Burg (verbodend bestuur)), in Duitsland naar de Wesentlichkeitstheorie (die ziet op de vraag of een maatregel zo belangrijk, ingrijpend, enz., is dat een wettelijke grondslag is vereist én hoe 'regeldicht' de wettelijke regeling (wanneer vereist) dient te zijn).

24 HR 22 juni 2012, LJN BW0393, NJ 2012/397; AB 2012/228, m.nt. Van Ommeren; JB 2012/178, m.nt. Sillen; GSt. 2012/87, m.nt. De Haan; BR 2012/170, m.nt. Kortmann en Den Hollander. Zie in overeenkomstige zin ABRvS 2 februari 2011, LJN BP2750, AB 2011/85, m.nt. De Haan; JB 2011/65, m.nt. Teunissen; CBB 3 april 2012, LJN BW2472, AB 2012/252, m.nt. Peters.

Duitsland is een dergelijke halfbakken benadering niet goed voorstelbaar.²⁵ Binnen de begrenzing van de legaliteitseis is voor ons land tevens Aanwijzing 5a van de Aanwijzingen voor de regelgeving interessant ('Voor het normeren van gedragingen, handelingen of bevoegdheden worden algemeen verbindende voorschriften, interne regelingen of beleidsregels gebruikt.'). Met deze aanwijzing wordt met name beoogd het gebruik van richtlijnen te ontmoedigen (blijkens de toelichting met uitzondering van deskundigenrichtlijnen).²⁶

Juridische betekenis niet-wettelijke bestuurlijke beslisregels

mate van binding	neutraal, juridisch nihil	rekening-houden-met; 'comply or explain'	consistente beleidsvoering, vaste gedragslijn; in acht nemen, tenzij bijzonder geval	de belofte bindt; rechtshandeling (van algemene aard)
	0	+	++	+++
grondslag binding	geen	zorgvuldigheid en motivering	gelijkheidsbeginsel, vertrouwensbeginsel, verbod van willekeur	bevoegdheid om te binden
handeling	'vrijblijvende aanbeveling, inspiratie-bron'; richtlijnen over belangenafweging	'deskundigenadvies'; deskundigenrichtlijnen	een of meer individuele beslissingen (precedenten)	- instructie (intern) - beleidsregel (extern)

De eerste kolom ziet op beslisregels die Konijnenbelt & Van Male een 'juridisch nihil'²⁸ plegen te noemen: ze zijn niet rechtens ongeoorloofd, maar spelen geen enkele juridische rol bij het nemen van een beschikking. Een voorbeeld zijn ministeriële beleidsmatige wensen over hoe lagere bestuursorganen een hen toekomende discretionaire bevoegdheid zouden moeten uitoefenen. Ook kan worden gedacht aan (schriftelijke, geopenbaarde) beleidsopvattingen van instanties als de VNG of het IPO – of van individuen (zoals ingezonden-stukjes-schrijvers) – over de uitoefening van discretionaire bestuursbevoegdheid. De categorie rekening-houden-met ziet op deskundigenrichtlijnen zoals deze

3.2 Gradaties in binding

Dat niet-wettelijke beslisregels niet verboden zijn maar vrij algemeen zijn geaccepteerd, wil nog niet zeggen dat zij ook de een of andere bindende werking hebben: denkbaar is dat ze juridisch neutraal zijn. Als bekend, is dit echter niet zonder meer het geval. Integendeel: veel niet-wettelijke beslisregels hebben juist een of andere bindende werking. Hieronder wordt dit in een schema weergegeven, dat aan de hand van het Nederlandse bestuursrecht wordt toegelicht.²⁷

met name op het gebied van het milieurecht voorkomen. De gebondenheid aan dit type richtlijnen correspondeert met die aan deskundigenadviezen. Enerzijds mag het bestuursorgaan ze, met inachtneming van de vergewisplicht, overnemen, hetgeen een verlichting van de eigen onderzoeks- en motiveringsplicht inhoudt. Anderzijds mag het bestuursorgaan ervan afwijken – in algemene zin, dus ook zonder dat sprake is van bijzondere omstandigheden – echter niet dan onder aanvoering van een adequate, op voldoende onderzoek gebaseerde motivering.

Het verschil met de vaste gedragslijn en beleidsregels is dat de bevoegdheid tot afwijking bij deze beide categorieën is gerelateerd aan bijzondere omstandigheden.²⁹ Afwijking in algemene zin van een vaste gedragslijn of van beleidsregels is rechtens onbestaanbaar. In plaats van een algemene afwijking zal het bestuursorgaan het (algemene) beleid moeten wijzigen. Hiermee hangt een ander verschil nauw samen, te weten dat (deskundigen)richtlijnen binden op grond van eisen van zorgvuldigheid en motivering (art. 3:2 en 3:46 Awb), en de vaste gedragslijn en beleidsregels op grond van de rechtsbeginselen van gelijke behandeling en, eventueel, rechtszekerheid (vertrouwensbeginsel), respectievelijk als rechtshandeling (de belofte bindt).

²⁵ Zie BVerfG 29.7.1998, BvR 1143/90, waarover Mirjam Elferink, 'Auteursrecht op normalisatienormen revisited', in: D.J.G. Visser en D.W.F. Verkade (red.), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam: Uitgeverij Delex 2007, p. 84-88, zie voorts onder meer I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht 8), Deventer 2007, p. 43-44. Door naar aanleiding van genoemd arrest uit 1998 is de wet in Duitsland inmiddels gewijzigd (idem Nederland).

²⁶ Sprake is van een Catch 22: de Aanwijzingen voor de regelgeving zijn richtlijnen die volgens diezelfde Aanwijzingen niet zijn toegestaan!

²⁷ Voorbij wordt gegaan aan beslisregels die rechtens onaanvaardbaar zijn. Denk aan beslisregels die een inbreuk op eisen van legaliteit vormen. Voorts aan een overvloed aan circulaires waardoor nodeloos kosten worden gegenereerd; zie hfdst. X van het proefschrift *Richtlijnen* (Bröring, *Richtlijnen, Over de juridische betekenis, van circulaires, leidraden, aanbevelingen, brochures, plannen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993).

²⁸ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Reed Business 2011, p. 233.

²⁹ Wanneer richtlijnen door het bestuursorgaan bij diens beschikkingverlening worden toegepast, vormen ze uiteraard de basis voor een vaste gedragslijn. Ook kunnen ze – het is even evident – bij besluit van het bestuursorgaan tot beleidsregels worden getransformeerd.

Met dit laatste is het verschil in externe gebondenheid tussen de vaste gedragslijn en beleidsregels aan de orde. Het bestuursorgaan dient ingevolge het gelijkheidsbeginsel (en het verbod van willekeur en het consistentiebeginsel) precedenten na te volgen c.q. een vaste gedragslijn aan te houden (tenzij in geval van een zeperd).³⁰ Eerst door een beschikking ontstaat zelfbinding. Daarnaast kan deze gebondenheid aan eigen beleid niet zijnde beleidsregels ontstaan wanneer dat beleid naar buiten bekend is geworden; dit vanwege het vertrouwensbeginsel. Dit beginsel verplicht echter niet zonder meer tot toepassing van dat beleid. Immers, vaak is een nadere belangenafweging vereist; met name in geval van aanwezigheid van belangen van derden, maar bijvoorbeeld ook na gewijzigde beleidsinzichten. Aldus staat het verschil met beleidsregels op scherp waar ander eigen beleid aanwezig is maar nog geen beschikking is genomen. In die situatie is er nog geen precedentwerking, terwijl het vertrouwensbeginsel hetzij niet van toepassing is (omdat het beleid niet bekend is geworden), hetzij wel van toepassing is maar dan niet zonder nadere afweging. We spreken hier van het probleem-van-de-eerste-keer: hoe moet de gebondenheid aan eigen beleid niet zijnde een beleidsregel bij de allereerste beschikking beoordeeld worden? In § 4.3 nader over deze kwestie.

Wanneer beleid is neergelegd in (bekendgemaakte en dus in werking getreden) beleidsregels, moeten deze regels in beginsel in acht worden genomen (art. 4:84 Awb). De omweg van gelijkheidsbeginsel en een of meer precedenten – of het vertrouwensbeginsel – is hier afwezig (zodat bovenbeschreven probleem-van-de-eerste-keer niet speelt): beleidsregels en hun bindende werking berusten op een rechtshandeling (besluit; art. 1:3 lid 4 Awb), te weten de door het bestuursorgaan geopenbaarde wil (belofte) om in bepaalde omstandigheden zus en zo te handelen. Beleidsregels stoelen dus op een bevoegdheid in juridische zin: het vermogen om rechtsgevolgen te bewerkstelligen, hier door middel van het geven van niet-wettelijke beslisregels voor het bestuur. Daarbij gaat het om beoogde – nauwkeuriger: intentionele en conventionele – rechtsgevolgen.³¹ Wij menen dat de gebondenheid als gevolg van een rechtshandeling sterker is dan indirecte gebondenheid, onder meer omdat in het laatste geval extra factoren in de overwegingen betrokken dienen te worden.

Het voorgaande maakt duidelijk waarom gebondenheid een *graduele* kwestie is. Steeds gaat het erom welke rechtsgevolgen – het ontstaan, wijzigen of teniet doen gaan van een bevoegdheid, recht, plicht of status – aan een feit zijn verbonden. In geval van deskundigenrichtlijnen is de gebon-

denheid licht, in geval van een vaste gedragslijn (een of meer precedenten) sterk en in geval van een rechtshandeling (beleidsregels) volledig.³² Een overeenkomst is dat, als uitvloeisel van de legaliteits, steeds sprake is van een bepaalde zelfbinding.³³

4. Bindende werking

4.1 Rekening-houden-met

Net als in Nederland komt de rekening-houden-met-constructie in Duitsland en Engeland met name voor bij de toepassing van regels die we in Nederland met de term richtlijnen aanduiden. In Engeland is de reikwijdte van deze constructie echter ruimer vanwege het ontbreken van een zelfstandig leerstuk ten aanzien van soft law en van duidelijke scheidslijnen tussen de verschillende soorten soft law. Als uitgangspunt geldt dat het bestuur niet-wettelijke beslisregels als relevante overwegingen in ogenschouw neemt, zodat de rekening-houden-met-constructie de vaste gedragslijnconstructie domineert. De basis van het Engelse rekening-houden-met ligt in het *discretion*-beginsel, dat meebrengt dat het bestuur bij de besluitvorming altijd alle relevante overwegingen die op het individuele geval betrekking hebben in ogenschouw moet nemen (to take relevant considerations into account); het begrip overwegingen moet ruim worden opgevat en omvat ook bestuursrechtelijke soft law.³⁴ Het belang van het discretion-beginsel is het grootst bij de toepassing van niet-wettelijke beslisregels die afkomstig zijn van andere organen, omdat de vrijheid van het bestuur om van eigen beleid af te wijken op basis van de zogenaamde *doctrine of legitimate expectation* is begrensd.³⁵ In de praktijk kan het echter lastig zijn om de juridische status en de bindende werking van een regel vast te stellen vanwege het diffuse onderscheid tussen de in Engeland bestaande beleidsvormen.³⁶

Het discretion-beginsel vindt zijn oorsprong in de taakverdeling tussen wetgever, bestuur en rechter. Van oudsher wordt het in Engeland als de taak van de wetgever beschouwd om *algemene* rechtvaardigheid te bewerkstelligen, terwijl het bestuur wordt geacht *individuele* gerechtigheid na te streven. De rechter onderzoekt of het bestuur deze taak voldoende serieus neemt:

“A decision will be declared ultra vires if it is based upon irrelevant considerations or if relevant considerations are not taken into account.”³⁷

Wanneer een van beide situaties zich voordoet, is er sprake van ‘unlawful fettering of discretion’. Ten aanzien van de toepassing van soft law kan deze situatie op twee manieren

30 Waarbij het aan het bestuursorgaan is aannemelijk te maken dat het indertijd een fout heeft gemaakt.

31 Zie over het intentionele en conventionele aspect Hester van der Kaaij & Jaap Hage, ‘Rechtshandelingen als taalhandelingen’, AA 2012/10, p. 712-719.

32 Dit laatste geldt eveneens voor algemene (interne) instructies; vgl. art. 10:6 en 10:22 Awb. Vanwege de instructiebevoegdheid als rechtshandelsbevoegdheid is voor de mandaatverlening toestemming vereist van degene onder wiens verantwoordelijkheid de gemandateerde werkzaam is, tenzij bij wettelijk voorschrift in mandaatverlening aan de niet-ondergeschikte is voorzien (art. 10:4 Awb).

33 Behalve in geval van instructies, beleidsregels voor de delegataris (art. 4:81 lid 1 Awb) en beleidsregels als bedoeld in art. 4:81 lid 2 Awb.

34 Paul Craig, *Administrative Law*, London: Sweet & Maxwell 2008, p. 542.

35 Zie nader over dit beginsel § 4.2.

36 Zie bijv. de uitspraak *R (Munjaz) v Mersey Care NHS Trust* [2005] UKHL 58 [2006] 2 AC 148 waarin de House of Lords de juridische status van een zogenaamde code of practice bespreekt die zowel kenmerken van richtlijnen als van beleidsregels heeft.

37 Craig, *Administrative Law*, London: Sweet & Maxwell 2008, p. 542.

ontstaan: het is denkbaar dat het bestuur te rigide vasthoudt aan soft law (waardoor andere relevante omstandigheden niet in ogenschouw worden genomen), maar er kan ook sprake zijn van een situatie waarin het bestuur geen of te weinig gewicht hecht aan niet-wettelijke beslisregels (die dan als relevant considerations kunnen worden beschouwd); soms kan dit zelfs betekenen dat het bestuur in het geheel niet van soft law mag afwijken. In het eerste geval bindt soft law op basis van de rekening-houden-met-constructie, terwijl in het tweede geval sprake is van binding op basis van de beginselen van gelijkheid en vertrouwen.³⁸

Wanneer houdt het bestuur te rigide vast aan soft law? Net als de vaststelling van de juridische status van niet-wettelijke beslisregels is het lastig om in algemene termen te beschrijven hoever de gebondenheid van het bestuur aan deze regels reikt. Dat is met name sterk afhankelijk van de inhoud en het doel van de betreffende regel, maar ook van de omstandigheden van het geval. De rechter onderzoekt regelmatig of het bestuur van tijd tot tijd uitzonderingen maakt op het geldende beleid. Hij analyseert in dat kader de tekst van het beleid en hij bekijkt in hoeverre in de praktijk uitzonderingen op geldend beleid worden gemaakt.³⁹ Op zichzelf is het echter nog niet genoeg dat het bestuur af en toe uitzonderingen maakt op het geldende beleid. Het bestuur moet namelijk *structureel* elk geval op zijn eigen merites beoordelen. Het zal dan ook een enigszins vastomlijnde *procedure* moeten hanteren aan de hand waarvan een geval op basis van de bijzondere omstandigheden kan worden beoordeeld, zo oordeelde de Queen's Bench Division in een uitspraak uit 1995:

"There has been no convincing evidence that at any material time they had an exceptions procedure worth the name. There is no indication that there was a genuine willingness to consider individual cases. On the contrary, there is every indication of rigid adherence to their policy of refusing those eligible for discretionary awards."⁴⁰

Kortom, over het algemeen verplicht het discretion-begin-sel bestuursorganen om bij de besluitvorming enerzijds niet-wettelijke beslisregels in ogenschouw te nemen, maar anderzijds deze regels niet klakkeloos toe te passen. Deze benadering leidt onherroepelijk tot sterk casuïstische oplossingen van juridische problemen. Daar komt nog bij dat de juridische rol van niet-wettelijke beslisregels in de praktijk nog complexer is; afhankelijk van het *doel* van de relevante beslisregel is het bestuur in sommige gevallen bij de toepassing van dergelijke niet-wettelijke regels namelijk niet verplicht alle individuele omstandigheden van een geval in ogenschouw te nemen.⁴¹ Bovendien hoeft het bestuur zich

in sommige gevallen niet flexibel op te stellen. Volgens Hilson is het afhankelijk van het *doel* van het beleid of een flexibele opstelling van het bestuur in een concreet geval gewenst is.⁴² Hij illustreert dat aan de hand van de bekende *British Oxygen*-zaak.⁴³

In deze zaak staat een weigering van een subsidieaanvraag voor de aanschaf van producten met het oog op de industriële ontwikkeling van nieuwe producten centraal. Volgens het beleid van het subsidieverstrekkende bestuursorgaan wordt de subsidie geweigerd indien de aanvraag betrekking heeft op de aanschaf van producten waarvan de waarde per stuk lager is dan £ 25. De appellant in deze zaak had voor £ 4 miljoen aan gascilinders aangeschaft, terwijl de waarde van de afzonderlijke producten telkens onder de £ 20 lag. Het beleid dat hier aan de orde was, was geschreven met het oog op de doelmatigheid van het bestuurshandelen; het behandelen van aanvragen voor producten onder de £ 25 zou een te groot beslag leggen op het functioneren van het bestuur. Belanghebbenden kunnen hun aanvraag bovendien afstemmen op een dergelijke aanvraag. Vanwege de doelstelling van dit beleid ligt het niet voor de hand dat het bestuur zich flexibel opstelt, aldus Lord Reid:

"A Ministry or large authority may have had to deal already with a multitude of similar applications and then they will almost certainly have evolved a policy so precise that it could well be called a rule."

Op basis van deze rechtspraak wordt in de Engelse literatuur onderscheid gemaakt tussen soorten zaken waarbij het bestuur wel op basis van algemeen beleid mag beslissen en zaken waarbij het bestuur zich er altijd op moet voorbereiden om van het geldende beleid af te wijken. Zo zal het bestuur zich bij beleid over de toekenning van prestaties, zoals subsidies, eerder flexibel moeten opstellen dan bij meer regulerend beleid, zoals ten aanzien van vergunningverlening.⁴⁴ Men moet echter altijd (de legitimiteit van) het doel van het beleid in het oog houden voordat kan worden bepaald in hoeverre het wenselijk is dat er op het beleid uitzonderingen worden gemaakt.

In Duitsland is een dergelijke ad-hocbenadering, mede in het licht van de Duitse *Gründlichkeit*, moeilijk denkbaar. Het Duitse systeem kenmerkt zich – geheel in lijn met die *Gründlichkeit* – door duidelijke groeperingen van regels waarvan de juridische werking in beginsel vaststaat. Zo zijn Duitse bestuursorganen, net als Nederlandse, in beginsel aan hun eigen beleid gebonden op basis van beginselen van vertrouwen en, primair, gelijkheid,⁴⁵ terwijl zij met soft law van derde organen slechts rekening hoeven te houden. Zoals hierboven al in par. 2.2 werd beschreven, kunnen deze regels grofweg worden onderverdeeld in twee groe-

38 Zie over dit laatste nader § 4.2.

39 Zie met verdere verwijzingen, Chris Hilson, 'Judicial Review, Policies and the Fettering of Discretion', *Public Law* 2002, p. 114-126.

40 *R. v Bexley LBC, ex p. Jones* [1995] E.L.R. 42, at 55. Zie ook Hilson, 'Judicial Review, Policies and the Fettering of Discretion', *Public Law* 2002, p. 117.

41 Zie nader § 4.2.

42 Hilson, 'Judicial Review, Policies and the Fettering of Discretion', *Public Law* 2002, p. 120.

43 *British Oxygen Co Ltd v. Minister of Technology* [1971] AC 610.

44 Zie bijv. Hilson, 'Judicial Review, Policies and the Fettering of Discretion', *Public Law* 2002, p. 120.

45 Waarover meer in § 4.2.

pen, namelijk in regels die respectievelijk niet en die wel een wettelijke grondslag hebben.

De eerste groep regels komen in de literatuur onder meer voor onder de algemene term Regelwerke sachverständiger Gremien of Empfehlungen. Deze regels vertonen grote gelijkenissen met de Nederlandse (deskundigen)richtlijn. Zo oordeelde de hoogste Duitse rechter, het Bundesverfassungsgericht, in 2010 dat het bestuur bij de besluitvorming op dergelijke niet-wettelijke regels mag teruggrijpen ('zurückgreifen').⁴⁶ Dit doet denken aan de met de rekeninghouden-met-doctrine corresponderende standaardoverweging in de Nederlandse jurisprudentie ter zake van (milieu) richtlijnen dat het bestuursorganen in beginsel is toegestaan een richtlijn te gebruiken als uitgangspunt of basis voor het eigen beleid.⁴⁷ Wanneer deze regels de stand van zaken ten aanzien van de techniek op een bepaald beleids-terrein weergeven, lijkt de rechter zelfs een sterkere mate van binding aan deze regels aan te nemen. Zo achtte het Bundesverfassungsgericht in een recente uitspraak de zogenaamde Empfehlungen für Radverkehrsangelegen (ERA), waarin de stand van de techniek ten aanzien van de aanleg van fietspaden wordt neergelegd door een private organisatie die zich bezighoudt met de aanleg van infrastructuur, bepalend voor de feitenvaststelling:

"In der Rechtsprechung auch des Bundesverwaltungsgerichts ist bereits hinreichend geklärt, dass für die Wertung, ob die in § 45 Abs. 9 Satz 2 StVO [Straßenverkehrs-Ordnung, de in dit kader toepasselijke wet, HEB & GJAG] vorausgesetzte besondere Gefährdungslage vorliegt, auch auf die Empfehlungen für Radverkehrsanlagen zurückgegriffen werden kann [...]; davon gehen auch die Instanzgerichte aus".⁴⁸

Deze regels zijn op geen enkele bevoegdheid gebaseerd; het enige aanknopingspunt voor de beslissing van de rechter is het toepasselijke (ermessenslenkende) Verwaltungsvorschrift waarin is vastgelegd dat het bestuur zich bij de besluitvorming over de aanleg van fietspaden op de Empfehlungen moet oriënteren. Hieruit blijkt overigens ook dat Verwaltungsvorschriften een relatief sterke bindende kracht hebben; veel sterker in het algemeen dan de binding van het bestuur aan soft law in Engeland.

Ook voor de tweede groep regels, waarvan de vaststellingsbevoegdheid een wettelijk karakter heeft, geldt dat het bestuur daarmee rekening moet houden bij de besluitvorming. Verwarrend genoeg worden deze regels normaliter eveneens aangeduid met de term Regelwerke sachverständiger Gremien of Empfehlungen. De gebondenheid van het bestuur aan regels lijkt echter sterker te zijn indien de regels op een wettelijke vaststellingsbevoegdheid berusten. Zo is het Bundesverwaltungsgericht van oordeel dat van de Empfehlungen van de Ständigen Impfkommission am Ro-

bert Koch Institut (STIKO) over de vergoeding van vaccinaties niet zonder nadere motivering mag worden afgeweken.⁴⁹

"Aufgrund der gesetzlichen Formulierung, wonach die Behörde 'auf der Grundlage der jeweiligen Empfehlungen der STIKO' tätig wird, liegt auch die Annahme fern, dass sie verpflichtet ist, die Empfehlung der STIKO stets inhaltlich unverändert als eigene Empfehlung zu übernehmen. Ansonsten wären auch die von § 20 Abs. 3 IfSG [Infektionsschutzgesetz, de in dit kader toepasselijke wet, HEB & GJAG] vorgesehenen gesonderten Empfehlungen nicht sinnvoll. Vielmehr lässt der Gesetzeswortlaut darauf schließen, dass die Behörde nicht ohne zureichenden Grund von den Erkenntnissen und Wertungen der STIKO abweichen soll."⁵⁰

In het Duitse recht kan de verplichting van het bestuur om met Empfehlungen rekening te houden, betekenen dat het deze regels 'slechts' in ogenschouw dient te nemen (indien deze regels niet op een wettelijke grondslag berusten), maar het kan ook de verplichting van het bestuur behelzen om deze regels in beginsel over te nemen, tenzij het bestuursorgaan een goede reden aanvoert om een dergelijke aanbeveling naast zich neer te leggen (indien de vaststelling daarvan op een wettelijke grondslag berust). Dit onderscheid is ook bekend in Nederland, namelijk op het terrein van het milieurecht, waar met sommige richtlijnen (BREF-documenten) krachtens wettelijke regeling en met andere richtlijnen alleen op grond van eisen van zorgvuldigheid en motivering rekening gehouden moet worden.⁵¹

4.2 Consistente beleidsvoering (gelijkheid en vertrouwen)

In Engeland was het tot ongeveer het begin van deze eeuw lastig om de rechter ervan te overtuigen dat het bestuur aan zijn eigen beleid is gebonden, aldus Nick Barber:

"The courts tended to prioritise the flexibility of the decision-maker over certainty for the subject of the decision."⁵²

Hij signaleert dat dit eerst veranderde met de *Coughlan*-zaak,⁵³ waar de betekenis van de doctrine van de legitimate expectations werd geherformuleerd: wanneer een be-

46 Vgl. bijv. BVerwG 18.11.2010, BeckRS 2011, 45444, BVerwGE 138, 159; BVerwG 18.4.2007, BeckRS 2007, 24743.

47 Een willekeurige voorbeeld is ABRvS 21 april 1998, AB 1998/199 en 200, m.nt. Jurgens onder AB 1998/199; JB 1998/133, m.nt. Stroink (Wende).

48 BVerwG 16.12.2012, BeckRS 2012, 51761, r.o. 18.

49 Zie bij door de Ständigen Impfkommission am Robert Koch Institut (STIKO) vastgestelde Empfehlungen. Zie § 20 Abs. 3 Infektionsschutzgesetz (IfSG): 'Die obersten Landesgesundheitsbehörden sollen öffentliche Empfehlungen für Schutzimpfungen oder andere Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe auf der Grundlage der jeweiligen Empfehlungen der Ständigen Impfkommission aussprechen.'

50 BVerwG 18.2.2011, BeckRS 2011, 48985, r.o. 7 (onze cursiveringen).

51 Zie nader N. Teesing (red.), *Nederlandse milieuriichtlijnen en best beschikbare technieken*, Publicatie van de Vereniging voor Milieurecht 2007/4, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

52 Nick Barber, *Soft Law in the United Kingdom*, Paper presented at the International Symposium on Practice and Theory of Soft Law, Peking University Soft Law Centre, 9 July 2011, p. 13.

53 *R v North and East Area Health Authority ex. p. Coughlan* [2002] 2 WLR 622.

stuursorgaan bij zijn beschikkingverlening een lijn wil volgen die afwijkt van eerder aangekondigd beleid, dan moet het de rechter ervan overtuigen dat die keuze reasonable is. Barber voegt daaraan toe dat de rechter in sommige zaken verdergaat en dan nauwgezet onderzoekt of de reden voor afwijking opweegt tegen de belangen van de justitiabele. Dit wil zeggen dat voor de doctrine of legitimate expectations tegenwoordig een belangrijke rol is weggelegd voor de doorwerking van soft law. Dit beginsel houdt in, voor zover het betrekking heeft op soft law,⁵⁴ dat het bestuur onder omstandigheden moet tegemoetkomen aan verwachtingen die de burger ten aanzien van het beleid van het bestuur zou kunnen hebben voor het indienen van een bepaalde aanvraag of verzoek. Of de burger er in een concreet geval op mocht vertrouwen dat het bestuur conform zijn eigen policies zou beslissen, wordt door de rechter aan de hand van de drie vragen uit de zogenaamde *Bibi*-zaak beoordeeld. Het gaat dan om de vraag of de verwachting van de burger gerechtvaardigd was, of de schending van deze verwachting door het bestuur onrechtmatig was en, zo ja, in hoeverre het bestuur het concrete besluit in het licht van de gewekte verwachtingen moet herzien.⁵⁵

Daar de definitie van de term *legitimate* doorgaans overeenkomt met de notie van *redelijkheid*, zal er in de praktijk snel sprake zijn van een *legitimate expectation*.⁵⁶ De doctrine of *legitimate expectations* wordt pas werkelijk interessant bij de beantwoording van de vraag of het schenden van de verwachting onrechtmatig is. Daarbij wordt het vertrouwen van de burger als reeds aangegeven in sterke mate geobjectiveerd. Dit betekent dat, anders dan de naam van de doctrine doet vermoeden, het bewerkstelligen van gelijkheid bij nader inzien een belangrijkere plaats inneemt dan het respecteren van gewekt vertrouwen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de zaak *Rashid*, waarin de afwijking van geldend vreemdelingenbeleid centraal staat. In deze zaak wordt door appellant *Rashid* naar voren gebracht dat zijn uitzetting naar Irak in strijd zou zijn met het beleid (de Home Office Policy). Zowel de appellant als het bestuursorgaan, dat besloten had *Rashid* naar Irak uit te doen zetten, namen pas kennis van het beleid nadat de beslissing over de uitzetting van *Rashid* was genomen. *Rashid* bracht het beleid tijdens de procedure bij de rechter met succes naar voren. Zo oordeelde Lord of Justice Pill:

“there plainly is a legitimate expectation in a claimant for asylum that the Secretary of State will apply his po-

licy on asylum to the claim [...]. Whether the claimant knows of the policy is not in the present context relevant.”⁵⁷

Deze benadering stemt grosso modo overeen met die in Duitsland, alhoewel de theoretische fundering van deze benadering in beide landen totaal verschilt. Formeel is in Duitsland de inhoud van Ermessensrichtlijnen juridisch niet relevant. Bovendien is voor de Duitsers het bewerkstelligen van gelijkheid leidend: het bestuur is op grond van het gelijkheidsbeginsel verplicht om burgers bij de bevoegdheidsuitoefening gelijk, althans niet willekeurig, te behandelen.⁵⁸ De rechter voert daar om die reden de toetsing van het bestuurshandelen aan het gelijkheidsbeginsel uit aan de hand van de manier waarop het bestuur daadwerkelijk van zijn bevoegdheid gebruikmaakt (de *tatsächliche Verwaltungspraxis* of de *Vergabepaxis*) en dus niet aan de hand van de Verwaltungsvorschriften die op die bevoegdheid betrekking hebben.⁵⁹ In de praktijk vervullen de Verwaltungsvorschriften echter een belangrijke bewijsfunctie: als de rechter moet oordelen over een besluit dat overeenkomstig de geldende Verwaltungsvorschriften is genomen, dan gaat hij gemakshalve ervan uit dat de overige besluitvorming ook op de geldende Verwaltungsvorschriften zijn afgestemd.⁶⁰ Dat laatste neemt niet weg dat de rechter zich terughoudend opstelt wanneer hij het bestuursoptreden aan het gelijkheidsbeginsel toetst. Hij toetst slechts aan het gelijkheidsbeginsel en neemt alleen bij heel uitzonderlijke omstandigheden een schending van dit beginsel aan. De uitspraken waarin een dergelijke schending is aangenomen, zijn zeer schaars.⁶¹

Gezien het bovenstaande kan het bestuur zowel in Duitsland als in Engeland niet zomaar eenmalig van geldend beleid afwijken. Bestuursorganen in Engeland en Duitsland kunnen daarentegen vrij eenvoudig tot *wijziging* van beleid overgaan. In beide landen is het bestuur in beginsel bevoegd om beleidswijzigingen door te voeren, mits het daarin maar consequent is. Voor het Engelse recht blijkt dat bijvoorbeeld uit de *Odelola*-zaak.⁶² Deze zaak heeft betrekking op de toepassing van de Immigration Rules, waarin de

⁵⁴ Het beginsel heeft daarnaast ook betrekking op het vertrouwen dat het bestuur met individuele toezeggingen kan wekken. Dit aspect van de doctrine of *legitimate expectations* valt buiten het bestek van dit artikel. Zie ook hierover uitgebreid I. Steele, ‘Substantive Legitimate Expectations: Striking the Right Balance?’, *Law Quarterly Review* 2005, p. 300-328.

⁵⁵ *R (on the application of Bibi) v Newham LBC* [2001] EWCA Civ 607 at [19].

⁵⁶ *Attorney-General of Hong Kong v Ng Yuen Shiu* [1983] 2 A.C. 629 at 636. Zie in dit kader ook Steele, ‘Substantive Legitimate Expectations: Striking the Right Balance?’, *Law Quarterly Review* 2005, p. 305.

⁵⁷ *R (Rashid) v Secretary of State for the Home Department* [2005] EWCA Civ 744, r.o. 25.

⁵⁸ M.J. Seibert, ‘Die Einwirkung des Gleichheitssatzes auf das Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsermessern der Verwaltung’, Eberhard Schmidt-Assmann e.a. (red.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Keulen: Carl Heymanns Verlag KG 2003, p. 545.

⁵⁹ Vgl. BVerwG 25.4.2012, BeckRS 2012, 52897, r.o. 32; BVerwG 17.8.2011, BeckRS 2011, 54062, r.o. 7; BVerwG 21.7.2011, BeckRS 2011, 55829, r.o. 34; BVerwG 13.8.2008, BeckRS 2008, 39770, r.o. 17. Zie nader hieronder, § 3.4.3.

⁶⁰ In dit kader is het interessant om op te merken dat de Verwaltungsvorschriften van veel Duitse bestuursorganen via algemene websites kunnen worden opgevraagd. Zo kunnen de Verwaltungsvorschriften van bestuursorganen van de bond worden geraadpleegd via <www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/> (laatst geraadpleegd op 3 februari 2013).

⁶¹ Vgl. bijv. BVerwG 21.7.2011, BeckRS 2011, 55829; BVerwG 25.1.2007, BeckRS 2007, 22911; BVerwG 4.8.2006, BeckRS 2006, 25283. Zie voor een van de zeer schaarse voorbeelden van een zaak waarin wel een schending van het gelijkheidsbeginsel werd aangenomen: BVerwG 21.8.2003, BeckRS 2003, 24376.

⁶² *Odelola v Secretary of State for the Home Department* [2009] UKHL 25 [2009] 1 WLR 1230.

minister voor vreemdelingen zaken in overeenstemming met een wettelijke verplichting zijn beleid neerlegt ten aanzien van de toelating van vreemdelingen. Dit betekent niet dat de minister altijd gehouden is overeenkomstig de Immigration Rules te beslissen. Zo diende de Nigeriaanse arts Odelola een verzoek tot verblijf in het Verenigd Koninkrijk in op 10 januari 2006. Zij meende voor toekenning van een verblijfsvergunning in aanmerking te komen, omdat de Immigration Rules op dat moment bepaalden dat ‘foreigners with a medical qualification’ recht hebben op verblijf in het Verenigd Koninkrijk. Op 3 april 2006 trok de Secretary of State deze regel in. Op dat moment was nog niet op de aanvraag van Odelola beslist. Uiteindelijk werd de aanvraag afgewezen, omdat Odelola niet voldeed aan de voorwaarden van het nieuwe beleid. Volgens de House of Lords (Lord Hoffmann) was deze beslissing aanvaardbaar, omdat de niet-wettelijke beslisregels de minister niet binden en appellant ook geen afdwingbaar recht bezit om op basis van het oude beleid te worden beoordeeld:

“They are [...] a statement by the Secretary of State as to how she will exercise powers of control over immigration. So the most natural reading is that (in the absence of any statement to the contrary) they will apply to the decisions she makes until such time as she promulgates different rules, after which she will decide according to the new rules. [...] If new rules are intended to apply only to applications made after they come into force, they expressly say so, as they did in paragraph 4 of the Immigration Rules 1994” [Toegepast in deze zaak werden de – nieuwe – Immigration Rules 2006, waarin een dergelijke bepaling over het tijdstip van de inwerking-treding van de regels niet was opgenomen, GJAG].⁶³

Hieruit blijkt dat de burger na de beleidswijziging er niet op mag vertrouwen dat het bestuur nog overeenkomstig het oude beleid beslist, ook al is de aanvraag ingediend op het moment dat nog het oude beleid geldt. Dezelfde rigide benadering is terug te vinden in het Duitse recht. Aangezien de rechter bestuurshandelen niet aan de hand van Verwaltungsverfahren maar op basis van de tatsächliche Verwaltungspraxis beoordeelt, kan het bestuur relatief eenvoudig afstand van de inhoud van zijn Verwaltungsverfahren nemen. Veelal zal het bestuur het veranderde beleid neerleggen in nieuwe Verwaltungsverfahren, maar noodzakelijk is dat niet.⁶⁴ Illustratief is bijvoorbeeld een recent arrest van het Bundesverwaltungsgericht over de zogeheten Existenzgründerrichtlinie, waarin op het moment van de uitspraak was vastgelegd hoe het bevoegde bestuursorgaan in de Duitse deelstaat Thüringen een bepaalde subsidie voor jonge ondernemers onder de aanvragers verdeelt.⁶⁵ De appellant in deze zaak diende op 10 mei 2007 een aanvraag in voor de oprichting van een Sozialkaufhaus, een gesubsidiëerde kringloopwinkel waar tweedehands goederen wor-

den verkocht. Op het moment van indiening van de aanvraag was nog een oude versie van de Existenzgründerrichtlinie van kracht. Op 1 juli 2007 trad echter met terugwerkende kracht een nieuwe – inhoudelijk veranderde – versie van de richtlijn in werking. Het bestuur beoordeelde de aanvraag aan de hand van de nieuwe versie van de richtlijn en wees de aanvraag vervolgens bij besluit van 31 juli 2007 af. De aanvraagster van de subsidie meende dat haar aanvraag ten onrechte werd beoordeeld aan de hand van de nieuwe regels en derhalve niet afgewezen had mogen worden. Volgens het Bundesverwaltungsgericht was het bestuur echter niet zijn boekje te buiten gegaan. In de eerste plaats overwoog het gerecht dat het niet besluiten van het bestuur kan terugdraaien omdat het met terugwerkende kracht nieuwe Verwaltungsvorschriften had ingevoerd, omdat:

“Verwaltungsvorschriften – wie die Existenzgründerrichtlinien 2005 und 2007 – keine revisiblen Rechtsnormen sind. Sie binden die Verwaltung nur unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) und zwar in dem Sinne, in dem sie – jedenfalls mit Billigung oder Duldung ihres Urhebers – tatsächlich angewandt werden; von rechtlicher Bedeutung ist mithin allein die Vergabepaxis.”⁶⁶

Vervolgens ging het Bundesverwaltungsgericht over tot de toetsing van de Vergabepaxis aan het gelijkheidsbeginsel. Het kwam tot de conclusie dat de afwijzing van de subsidie-aanvraag niet met het gelijkheidsbeginsel in strijd is:

“Die Zulassung der Revision kommt aber auch dann nicht in Betracht, wenn man den Kern der Fragestellung auf die bundes(verfassungs)rechtliche Norm des Art. 3 Abs. 1 GG bezieht. Es bedarf keiner Klärung – und wird von der Klägerin auch nicht bezweifelt –, dass Art. 3 Abs. 1 GG jedem Subventionsbewerber einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Rahmen der – durch die jeweilige Förderrichtlinie gelenkten – Vergabepaxis einräumt. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts [...] ist ferner geklärt, dass ein durch Verwaltungsvorschriften festgelegtes Förderprogramm ohne Verstoß gegen den Gleichheitssatz aus sachlichen Gründen jederzeit aufgehoben oder geändert werden kann.”⁶⁷

Hieruit volgt dat het bestuur in zowel Duitsland als Engeland bij de toekenning van prestaties, zoals subsidies, in beginsel bevoegd is om in algemene zin, zonder bijzondere overgangsregeling, met terugwerkende kracht *ten nadele* van Verwaltungsvorschriften af te wijken.⁶⁸ De enige voorwaarde in dit kader lijkt in beide landen te zijn dat het bestuur na de beleidswijziging consistent op basis van het nieuwe beleid beslissingen neemt (anders is er slechts

⁶³ Odelola, r.o. 6 en 7.

⁶⁴ Zie bijv. BVerwG 25.04.2012, BeckRS 2012, 52897.

⁶⁵ BVerwG 17.8.2011, BeckRS 2011, 54062.

⁶⁶ BVerwG 17.8.2011, BeckRS 2011, 54062, r.o. 7.

⁶⁷ BVerwG 17.8.2011, BeckRS 2011, 54062, r.o. 8 (onze cursiveringen).

⁶⁸ Vgl. ook BVerwG 11.5.2006, BeckRS 2006, 24421, BVerwGE 126, 33; BVerwG 9.2.1982, BeckRS 2010, 50220.

sprake van eenmalige afwijking van beleid). Op zichzelf is deze terughoudende benadering van de Engelse en Duitse bestuursrechtlers begrijpelijk; de taak van de rechter bestaat immers slechts uit het beoordelen van de manier waarop het bestuur het recht toepast, terwijl de vraag in hoeverre beleidswijzigingen gewenst zijn een politieke afweging betreft.⁶⁹ Toch is het opvallend dat in beide landen beleidswijzigingen vrij eenvoudig met terugwerkende kracht kunnen worden ingevoerd. De verklaring lijkt te zijn dat het in beide landen aankomt op consistente beleidsvoering (eventueel zelfs met terugwerkende kracht). Dat is in het Nederlandse recht niet anders. Echter, in geval van beleid neergelegd in beleidsregels zullen eerst deze regels zelf gewijzigd moeten worden, en wel door middel van het verrichten van een rechtshandeling, waarop het gebruikelijke overgangsrecht van toepassing is (waardoor een wijziging met terugwerkende kracht ten nadele van de burger veelal niet wordt geaccepteerd).⁷⁰

4.3 Rechtshandeling

Met dit laatste zijn we aanbeland bij de categorie van bij rechtshandeling vastgesteld beleid. Het Nederlandse bestuursrecht is sinds 1 januari 1998 (derde tranche Awb) bekend met zulk (bij besluit vastgesteld) beleid. Voordien werd weliswaar gesproken van een geïmpliceerde – uit de bevoegdheid waarvoor de beleidsregels zijn bedoeld af te leiden – bevoegdheid tot het geven van beleidsregels,⁷¹ echter zonder dat duidelijk werd gerefereerd aan het begrip rechtshandeling. Kent Nederland dus klip-en-klaarbeleid in de vorm van een heuse rechtshandeling, voor het Duitse bestuursrecht is het verhaal meer complex (afgezien van de interne instructies). Daar lijkt men tot op zekere hoogte wel in termen van een rechtshandeling te redeneren, zij het slechts ten aanzien van een beperkt aantal beleidsterreinen. Zo komt in Duitsland een aparte categorie eigen soft law voor onder de benaming normkonkretiserende Verwaltungsvorschriften. Deze hebben in beginsel rechtstreekse werking en kunnen daarmee ook de rechter en de burger binden.⁷² De onderhavige categorie is door het Bundesver-

waltungsgericht in de *Why!*-uitspraak geïntroduceerd.⁷³ Zoals in par. 2.2 al is opgemerkt, gaat het hier om beslisseregels die betrekking hebben op bestuursbevoegdheden waarbij het bestuur Beurteilungsspielraum (beoordelingsvrijheid) heeft. Deze beslisseregels dienen meestal ter verduidelijking van wettelijke normen en grenswaarden op een aantal bijzondere rechtsterreinen, zoals het milieurecht en het gezondheidsrecht.⁷⁴ Het bekendste voorbeeld van een normkonkretiserend Verwaltungsvorschrift betreft misschien wel de Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft (TA Luft).⁷⁵ Hierin worden op basis van de relevante wet door de Bondsregering de emissiewaarden van bepaalde uitlaatgassen vastgelegd waarvan overschrijding niet is toegestaan.⁷⁶ Omdat de TA Luft onder omstandigheden rechtstreekse werking heeft, kon deze regeling lange tijd worden gebruikt als instrument om voorschriften uit bepaalde Europese richtlijnen in om te zetten. Het Europese Hof van Justitie besliste echter in 1992 dat deze Verwaltungsvorschriften niet kunnen dienen ter implementatie van EU-richtlijnen.⁷⁷

Zoals gezegd, hebben normkonkretiserende Verwaltungsvorschriften in beginsel rechtstreekse werking. In tegenstelling tot de andere categorieën Verwaltungsvorschriften spelen het gelijkheidsbeginsel en de daadwerkelijke toepassing van dit type voorschriften (tatsächliche Verwaltungspraxis) bij de toepassing van normkonkretiserende Verwaltungsvorschriften nauwelijks een rol. De binding van het bestuur aan dit type voorschriften wordt gebaseerd op het Vertrauensschutz-Prinzip, dat uit het principe van de rechtsstaat (Art. 20 en 28 GG) kan worden afgeleid. Normkonkretiserende Verwaltungsvorschriften worden gezien als een kenbaar gemaakte uiting van de manier waarop het bestuur zijn bevoegdheid uitoefent. Het bestuur is vervolgens aan deze regels gebonden, omdat de burger erop moet kunnen vertrouwen dat het bestuur overeenkomstig de geldende Verwaltungsvorschriften handelt.⁷⁸ De voorschriften zijn direct vanaf het moment van publicatie bindend voor het bestuur, omdat zij blijk geven van de 'geanticiperde vaste gedragslijn' van het bestuur (antizipierte Verwaltungspraxis).⁷⁹ Door middel van deze benadering wordt bewerkstelligd dat het bestuur direct vanaf het nemen van de

69 Zie bijv. voor Engeland expliciet *R v Secretary of State for Education and Employment*, ex p. *Begbie* [1999] EWCA Civ 2100.

70 Zie Bröring, 'Beleidswijziging: het spel, de regels en het vertrouwen', in: M.J. Jacobs e.a., *Tijd voor verandering. Over overgangsrecht* (preadviezen VAR, nr. 148), Den Haag 2012, p. 99-104, waar onder meer wordt verwezen naar ABRvS 9 juni 2010, JB 2010/176, m.nt. red. (VOG locatie-leider basisschool).

71 J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1983, Deel II. Van Kreveld leidt uit het gegeven dat beleidsregels in het algemeen door de rechter worden geaccepteerd af dat het bestuur bevoegd is tot het vaststellen van beleidsregels. Voorts wijst hij op jurisprudentie waarin de bevoegdheid tot het vaststellen van dergelijke regels uitdrukkelijk in de rechtspraak wordt erkend (p. 36-37). Maar steeds gaat het om bevoegdheid in de zin van geoorlooftheid, niet in de betekenis van het vermogen tot het verrichten van een rechtshandeling.

72 Met rechtstreekse (onmiddellijke) werking is gezegd dat voor de aanname van bindende werking geen omwegredenering nodig is zoals bij de constructie van zelfbinding met externe werking op grond van het gelijkheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel. Uitgebreid over de bijzondere status van de normkonkretiserende Verwaltungsvorschriften: Johannes Saurer, 'Die neueren Theorie zur Normkategorie der Verwaltungsvorschriften', *VerwArch* 97 (2006), p. 249-268.

73 BVerwG 19.12.1985, NVwZ 1986, 208; BVerwGE 72, 300 (Why!).

74 Annette Guckelberger, 'Zum methodischen Umgang mit Verwaltungsvorschriften', *Die Verwaltung* 35 (2002), p. 65.

75 Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft – TA Luft) vom 24. Juli 2002 (GMBL 2002, Heft 25-29, S. 511-605).

76 In § 48 Abs. 1 van de Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) is bepaald: 'Die Bundesregierung erlässt nach Anhörung der beteiligten Kreise (§ 51) mit Zustimmung des Bundesrates zur Durchführung dieses Gesetzes und der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen des Bundes allgemeine Verwaltungsvorschriften, insbesondere über 1. Immissionswerte, die zu dem in § 1 genannten Zweck nicht überschritten werden dürfen, 2. Emissionswerte, deren Überschreiten nach dem Stand der Technik vermeidbar ist, 3. das Verfahren zur Ermittlung der Emissionen und Immissionen'.

77 HvJ EG 30 mei 1991, nr. C-361/88 (TA Luft).

78 Sauerland 2005, p. 191-197.

79 Saurer 2006, p. 254; A. Leisner, 'Verwaltungsgesetzgebung durch Erlasse', *JuristenZeitung* 2002, p. 223.

eerste beslissing (dus ook als er nog geen Verwaltungspraxis bestaat) aan deze regels is gebonden.

Het onderscheid tussen deze voorschriften en bestuurswetgeving wordt daarmee betrekkelijk, ook omdat de bevoegdheid om deze voorschriften op te stellen vaak op de wet berust. Het meest kenmerkende verschil tussen beide soorten regels betreft de wijzigings- en totstandkomingsprocedure. Normkonkretiserende Verwaltungsvorschriften kunnen snel door het bestuur worden aangepast, zonder dat daarvoor een wettelijke procedure hoeft te worden gevolgd. Het is juist daarom, dat ervoor gekozen wordt om sommige milieunormen op te nemen in normkonkretiserende Verwaltungsvorschriften.⁸⁰ Als tegenwicht schenkt de rechter bij de interpretatie van normkonkretiserende Verwaltungsvorschriften meer aandacht aan de manier waarop het voorschrift tot stand is gekomen dan bij wettelijke voorschriften het geval pleegt te zijn.⁸¹

Intussen is de bindende kracht van normkonkretiserende Verwaltungsvorschriften begrensd. Uit de rechtspraak van het Bundesverwaltungsgericht volgt namelijk dat het bestuur in twee gevallen van normkonkretiserende Verwaltungsvorschriften mag afwijken. Allereerst is dat het geval wanneer de voorschriften niet meer de uitdrukking zijn van de technische inzichten van dat moment en door zogenaamde Erkenntnisfortschritte zijn achterhaald. Daarnaast mag het bestuur van deze voorschriften afwijken wanneer er in een concreet geval sprake is van een bijzondere omstandigheid die zich tegen de toepassing van het voorschrift verzet (ein völlig atypischer Sachverhalt im Einzelfall).⁸² Het ligt voor de hand dat normkonkretiserende Verwaltungsvorschriften alleen binnen deze grenzen de rechter en de burger kunnen binden.

Bij het voorgaande zou geredeneerd kunnen worden dat de benadering van het vertrouwensbeginsel, en niet die van de rechtshandelingen, de gebondenheid constitueert. Echter, gebondenheid wordt ook aangenomen los van de vraag of een individu (in concreto) door de publicatie vertrouwen heeft gekregen (vgl. hetgeen in § 4.2 over de objectivering bij het Engelse vertrouwensbeginsel is opgemerkt). Daar komt bij dat in de Duitse doctrine ook meer in het algemeen, dus ook met het oog op andere dan de normkonkretiserende Verwaltungsvorschriften, aandacht wordt geschonken aan het begrip rechtshandeling: dit begrip wordt er expliciet aangegrepen waar het gaat om de beantwoording van de vraag of en waarom Verwaltungsvorschriften externe werking (Außenwirkung) hebben.⁸³ Het gaat dan om de leer dat niet-wettelijke beslisregels voor het bestuur direct bindend worden geacht vanaf het moment van publicatie, niet vanwege het vertrouwensbeginsel (want publicatie betekent niet zonder meer dat burgers van het bestaan en de inhoud van de beslisregels op de hoogte zijn geraakt), maar omdat zij blijf geven van de 'geanticipeerde vaste gedragslijn' van het bestuur (antizipierte Verwaltungspraxis).

Dit wordt gerelateerd aan de aanwezigheid van een overeenkomstige Willensakt der Verwaltung.⁸⁴ Opmerkelijk is dat de onderhavige leer, zij het incidenteel, ook in de Engelse doctrine is aan te treffen. Daar wordt dan gesproken van een 'duty to follow pre-existing policies'.⁸⁵

Het voorgaande geeft te zien dat het denken in Engeland en Duitsland over soft law nog niet is afgerond. In Duitsland is daarbij een element dat men tegenover de bezwaren die uit die Prinzipien verfassungsrechtlicher Art voortkomen steeds nadrukkelijker de wenselijkheid van Verwaltungsvorschriften (in plaats van eine Fall-zu-Fall-Verwaltungsübung) stelt, en dat de stap naar de opvatting van Verwaltungsvorschriften als rechtsnormen daarom binnen bereik komt. Het Unierecht, dat voor de implementatie van EU-richtlijnen via Verwaltungsvorschriften externe werking en strikte gelding van deze Verwaltungsvorschriften vergt, kan daarbij als breekijzer fungeren.⁸⁶

5. Slotbeschouwing

Niet-wettelijke beslisregels (bestuursrechtelijke soft law) voor het bestuur komen in alle rechtsstelsels voor. Hun juridische betekenis is echter verschillend. In deze bijdrage is nagegaan hoe niet-wettelijke bestuurlijke beslisregels in Duitsland en Engeland zich laten beoordelen; dit mede in vergelijking met het Nederlandse bestuursrecht. Een algemene bevinding is dat het verschijnsel bestuursrechtelijke soft law in de drie landen uiteenlopend wordt benaderd.

In Engeland is geheel anders dan in Duitsland en Nederland geen sprake van duidelijke, afgebakende categorieën bestuursrechtelijke soft law. Niet-wettelijke beslisregels worden hier benaderd vanuit de doctrine of legitimate expectations en de idea of discretion in plaats van als een afzonderlijk fenomeen met specifieke juridische gevolgen. Dientengevolge ontbreekt in Engeland aandacht voor soft law als zodanig. Gevolg is dat in Engeland soms de rekening-houden-met-formule wordt gevolgd, waar het naar Duitse maatstaven om Verwaltungsvorschriften gaat, en naar Nederlandse maatstaven om beleidsregels.

Met het voorgaande is gezegd dat in Engeland de rekening-houden-met-benadering dominant is, al wordt soms – met name na de eeuwwisseling – een vrij sterke binding vanwege legitimate expectations aangenomen. In zowel Duitsland als Nederland vormt zelfbindend eigen beleid zoals gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel (en eisen van consistentie), soms op het vertrouwensbeginsel, een heldere en omvangrijke categorie. Voor Duitsland kan zelfs worden gesproken van de belangrijkste categorie, in aanmerking genomen dat men daar geen wettelijk geregelde categorie beleid met de status van een rechtshandeling kent zoals in

80 Guckelberger 2002, p. 67.

81 BVerwG 20.12.1999, NVwZ 2000, 440, BVerwGE 100, 216.

82 Zie bijv. BVerwG 21.6.2001, BeckRS 2001, 30188029, BVerwGE 114, 342; vgl. ook Guckelberger 2002, p. 75.

83 Sauerland 2005, p. 77.

84 Sauerland, *Die Verwaltungsvorschrift im System der Rechtsquellen* (diss. Marburg), Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 990, Berlin: Duncker & Humblot 2005, p. 195 e.v.

85 Yoav Dotan, 'Why Administrators Should Be Bound by Their Policies', *Oxford J Legal Studies* 1997, 17/1, p. 26.

86 Zie Rainer Wahl, 'Verwaltungsvorschriften: Die ungesicherte dritte Kategorie des Rechts', Eberhard Schmidt-Assmann e.a. (red.), *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Keulen: Carl Heymanns Verlag KG 2003, p. 586 e.v.

Nederland (afgezien van de categorie – interne – instructies).

De bevindingen laten zich als volgt schematisch weergeven.⁸⁷

mate van binding	rekening-houden-met; +	vaste gedragslijn ++	rechtshandeling +++
Nederland	zorgvuldigheid en motivering; deskundigenrichtlijnen (milieurecht)	gelijkheidsbeginsel, soms vertrouwensbeginsel; precedenten	beleidsregels (wettelijk als rechtshandeling gedefinieerd)
Duitsland	antizipierte Sachverständigen-gutachten	Selbstbindung; Gleichheitssatz; precedenten	Normkonkretiserende Verwaltungsvorschriften; Verwaltungsvorschriften als Wilsakt (niet algemeen aanvaard)
Engeland	discretion (relevant considerations to be taken into account); guidelines etc.	discretion; doctrine of legitimate expectation (geobjectiveerd, en dus eigenlijk equality principle)	duty to follow pre-existing policies (incidenteel verdedigd)

Duidelijk is dat Nederland waar het gaat om de expliciete kwalificatie van het vaststellen van beleid (beleidsregels) als een rechtshandeling (besluit) vooroploopt. Heel in het algemeen brengt dit mee dat de mate van juridificatie van beleid in Nederland het grootst lijkt te zijn. Dit betekent niet dat de categorie van de vaste gedragslijn in Nederland onbelangrijk zou zijn. Wel kan worden gezegd dat in Duitsland meer dan in Nederland de nadruk op deze categorie ligt (beleidsregels komen – in Nederland – veelvuldig voor; Normkonkretiserende Verwaltungsvorschriften vormen – in Duitsland – een vrij uitzonderlijke groep). Voor Engeland lijkt de nadruk eveneens op de categorie van de vaste gedragslijn te liggen, maar tegelijkertijd bestaat daar overlap met de rekening-houden-met-categorie. Dit doet vermoeden dat beleid in Engeland het minst is gejuridificeerd. Wij tekenen hierbij aan dat onze studie in belangrijke mate is gebaseerd op literatuur uit het betrokken land en in deze literatuur percepties dominant kunnen zijn die voor buitenstaanders een vertekend beeld kunnen opleveren (een niet te onderschatten probleem bij rechtsvergelijking). Verder merken we op dat de geconstateerde accentverschillen nog niets zeggen over hoe in de bestuurspraktijk, dus de facto, met soft law wordt omgegaan. Wellicht bestaat er op het punt van de feitelijke toepassing geen of amper verschil tussen de soorten beleid en tussen de drie rechtstelsels. Sinds 1998 is Nederland vertrouwd met beleid als een heus besluit. Interessant is dat het Duitse recht, en incidenteel trouwens ook de Engelse doctrine, eveneens aanknopingspunten bieden voor de opvatting dat het vaststellen van niet-wettelijke beslisregels een rechtshandeling kan betreffen. Zo is de rechtshandelingenbenadering daar herkenbaar waar het gaat om de normkonkretiserende Verwaltungsvorschriften. En ook meer in het algemeen wordt de externe werking van Verwaltungsvorschriften in (een deel

van) de doctrine op het rechtshandelingenkarakter van deze beslisregels gebaseerd (antizipierte Verwaltungspraxis; duty to follow pre-existing policies). Dit is ook voor het Nederlandse bestuursrecht interessant. Gedoeld wordt wat hierboven het probleem-van-de-eerste-keer werd genoemd: waarop moet gebondenheid aan nieuw, vastgesteld maar nog niet toegepast beleid zonder de status van (een bekendgemaakte) beleidsregel worden gebaseerd? Hiermee wordt voor het Nederlandse recht meer aandacht bepleit voor het rechtshandelingenkarakter van de vaststelling van zulk beleid.

Het onderscheid tussen rekening-houden-met, consistente beleidsvoering en binding op grondslag van een rechtshandeling ziet in hoofdzaak op de geoorloofdheid om van de beslisregels af te wijken. Een ander punt betreft de mogelijkheid van beleidswijziging. Beleid met de status van rechtshandeling kan slechts via een nieuwe (bekend te maken) rechtshandeling worden gewijzigd. Ander eigen beleid kan worden gewijzigd door een nieuwe vaste gedragslijn in te zetten, waarbij volgens zowel het Duitse als het Engelse recht zelfs terugwerkende kracht ten nadele van de burger geoorloofd kan zijn, mits sprake is van consistentie ook op dat punt. In het Nederlandse recht is dat bij beleidsregels minder eenvoudig, wat te maken heeft met het rechtshandelingenkarakter van dit type regels.

Onze beschouwing laat zien dat Nederland waar het gaat om de expliciete kwalificatie van het vaststellen van beleid (beleidsregels) als een rechtshandeling (besluit) vooroploopt. Voorts is duidelijk dat de verschillen met het Engelse recht groot zijn. En hoewel de verschillen met het Duitse recht op het eerste gezicht vrij klein lijken te zijn, gaat het door verschillen in uitgangspunten en benaderingen te ver om te concluderen dat de juridische betekenis van beleid in Nederland en Duitsland bijna identiek zijn. Tegen deze achtergrond vinden wij het niet onbegrijpelijk dat de Unierechtspraak nog steeds niet aanvaardt dat EU-richtlijnen met behulp van beleidsregels (of een regeling als de TA

⁸⁷ Vergeleken met het schema van § 3.2: exclusief de kolom 'juridisch nihil' en de groep van (interne) instructies.

Luft) worden geïmplementeerd. Gezien de grote diversiteit en allerlei nuances op het vlak van bestuursrechtelijke soft law zou het recht op Europees niveau erg onoverzichtelijk worden. En een uitzonderingspositie voor alleen Nederland ligt niet voor de hand.⁸⁸

Het is niet uitgesloten dat de mogelijkheid van implementatie door middel van beleid met de status van een rechtshandeling op termijn anders beoordeeld dient te worden. Op dit punt is ons opgevallen dat met name in Duitsland de ontwikkelingen niet zijn blijven stilstaan. Vergeleken met de situatie aan het eind van de vorige eeuw is de dogmatiek in dit land nog weer verder voortgeschreden, met name op het punt van de externe werking van beleid, waarbij de doctrine een eind in de richting van bepaald beleid als een rechtshandeling is opgeschoven.⁸⁹ Sinds 1998 bestaat in Nederland een scherp onderscheid tussen beleidsregels en beleid waaraan het bestuur op grond van de vaste gedragslijnconstructie gebonden is. Kennisneming van de Duitse dogmatiek zou een nieuw licht op dit onderscheid kunnen werpen en de betekenis ervan kunnen relativeren.

⁸⁸ Daar komt bij dat in het Europees recht een eigen rechtshandelingen-begrip wordt gehanteerd.

⁸⁹ Vgl. A.J. Bok, 'Policy Rules in German Law', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (MJ) 1994/1, p. 255-272; zie voorts de bijdragen van R.E. Bakker & F.A.M. Stroink, 'Quasi-Legislation Compared' (p. 253-254); H.E. Bröring, 'Administrative Rules in British Law' (p. 273-284); B.J.P.G. Roozendaal, 'Self-Restraint of Discretionary Authority in French Administrative Law' (p. 285-303); en Bakker & Stroink, 'Epilogue' (p. 304-306).