

Sprookjes bestáán!

Het bestuursrecht als moderne Assepoester

1. Er was eens...

Er was eens een bestuursrecht, Assepoester genaamd, dat een zeer beperkt werkingsgebied kende en gering van betekenis was waar het haar rol in het maatschappelijk leven betrof. Binnen het gezin van het Nederlandse recht had zij een ondergeschoven positie. Iedereen beschouwde het fragiele en onopvallende recht als een stiefzusje van het privaatrecht en strafrecht terwijl de beide stevig in het vlees gestoken, échte zusters, het privaatrecht en strafrecht, de dienst uitmaakten.¹ Gesterkt en gesteund door de boze stiefmoeder van het arme bestuursrecht, de doctrine van het recht, konden zij zich in alle rust ontplooiën. Het bestuursrecht restte niets dan de taak haar ijdele en zelfzuchtige zusters op hun wenken te bedienen, hen op- en aan te vullen waar nodig was en de niet aflatende sneren op haar schoonheid in eenzaamheid en verdriet te verdragen.

De goede fee is evenals de échte ook de Assepoester van het recht niet vergeten. Op een gegeven moment nam het lot een gelukkige wending voor haar. De tijd heeft in het voordeel van het bestuursrecht gewerkt. Het recht heeft een differentiatieproces doorgemaakt waaruit het bestuursrecht als een sterk rechtsgebied naar voren is gekomen. De in een korte periode enorm in omvang toegenomen taak van de overheid en de daarmee samenhangende grote behoefte aan middelen om de samenleving te beïnvloeden hebben het bestuursrecht gemaakt tot wat zij is, de ongekroonde koningin van het bal. Zij is van klein en onbelangrijk geworden tot een omvangrijk en prominent rechtsgebied en geniet van iedereen aanzien en respect (de waarschijnlijk van jaloezie stikkende stiefzusters daargelaten...). Het bestuursrecht beslaat bij voorbeeld tegenwoordig ongeveer 3/4 van de meer dan 210 delen bevattende

Helen D. Stout

is als onderzoeker bij de vakgroep Bestuurskunde van de UvA verbonden aan het project 'Het recht en het onderhandelend bestuur', dat deel uitmaakt van het aandachtsgebied *Onderhandelend bestuur*, ingesteld en gefinancierd door de Stichting voor Recht en Openbaar Bestuur (ReOB/NWO). Adres: Oudezijds Achterburgwal 237, 1012 DL Amsterdam.

Schuurman & Jordens-editie Nederlandse Staatswetten.² Stuk voor stuk belangrijke wetten voor een geordende samenleving als de Nederlandse. In historisch perspectief bezien vormt het moderne bestuursrecht een unicum. Nooit en te nimmer heeft een rechtsgebied op een willekeurige plaats in de geschiedenis het bestuursrecht van nu geëvenaard qua omvang, bereik en impact, laat staan voorbijgestreefd.

In dit artikel wordt ingegaan op de consequenties van de grote vlucht die het bestuursrecht heeft genomen. Het is de vraag wat het betekent dat het bestuursrecht de koningin van het bal is. Aan de hand van actuele ontwikkelingen in het positieve bestuursrecht worden de gevolgen voor het recht, het beleid en de maatschappij besproken. Op een aantal onderdelen is het bestuursrecht sterk in beweging. Te noemen zijn de toetsing van regelgeving door de rechter, het sluiten van overeenkomsten door de overheid en de uniformering en harmonisering van het bestuurs- en bestuursprocesrecht in de Algemene wet bestuursrecht.³ De in deze bijdrage aan de orde gestelde ontwikkelingen in het bestuursrecht worden in beginsel tot deze onderwerpen beperkt.⁴

2. Toetsing van regelgeving

2.1 *Jurisprudentie* – Sinds geruime tijd discussiëren juristen in het staats- en bestuursrecht over de vraag of het geoorloofd is dat algemeen verbindende voorschriften (ook wel wettelijke voorschriften genoemd) door de rechter worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen. Met enkele tussenpozen laait de discussie over het sterk controversiële onderwerp van de rechterlijke toetsing steeds weer op. Een groot debat werd bij voorbeeld geïnitieerd door de Staatscommissie grondwetsherziening ter gele-

genheid van de redactie van art. 120 Gw. Laatstelijk heeft met name de rechter het voortouw genomen in de discussie. Met enkele uitspraken heeft hij tegenstanders van toetsing fors in de touwen gejaagd. In dit verband zijn het Landbouwwliegers-arrest van 1986⁵ en het Harmonisatiewet-arrest van 1989⁶ van belang.

In de zaak van het Landbouwwliegers-arrest werd de rechtmatigheid betwist van een uitvoeringsregeling van het Besluit luchtvaarttoepassingen bestrijdingsmiddelen, een algemene maatregel van bestuur gebaseerd op de Bestrijdingsmiddelenwet. Het Besluit verbood om met behulp van vliegtuigen bestrijdingsmiddelen te spuiten binnen zekere – door de minister van Landbouw nader te bepalen – afstanden van diverse soorten bebouwingen (woonbebouwing en andere objecten, zoals scholen, ziekenhuizen e.d.). De staatssecretaris van Landbouw en Visserij had bij besluit van 30 mei 1984 de afstanden bepaald die bij het met behulp van vliegtuigen spuiten van bestrijdingsmiddelen in acht dienden te worden genomen. Belangenverenigingen van landbouwwliegers waren van mening dat het besluit van de staatssecretaris ondeugdelijk was nu het hun de bespuiting van gewassen bijna onmogelijk maakte.

De President van de Rechtbank en het Hof waren van mening dat het besluit van de staatssecretaris een schending opleverde van algemene rechtsbeginselen, in het bijzonder het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel. Omdat beide instanties te kennen gaven dat het enkele feit van strijd met een algemeen rechtsbeginsel reeds beslissend was voor de onrechtmatigheid van een regeling, oordeelden zij het besluit van de staatssecretaris onmiskenbaar onrechtmatig.⁷ De Hoge Raad volgde de lagere rechters voor zover deze zich bevoegd achtten het onderhavige te toetsen aan algemene rechtsbeginselen. Ons hoogste rechtscollege was van mening dat geen rechtsregel eraan in de weg staat dat de rechter een lager voorschrift (= niet door de formele wetgever gegeven) onverbindend en in verband daarmee de vaststelling en uitvoering daarvan onrechtmatig oordeelt. Gebreken in de motivering van een voorschrift zouden volgens de Hoge Raad niet zonder meer tot onverbindendheid leiden. Alleen indien de overheid, in aanmerking genomen de belangen die ten tijde van de totstandbrenging van het besluit be-

kend waren of behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot het voorschrift is kunnen komen is het de rechter toegestaan het voorschrift onverbindend te oordelen. Aldus de Hoge Raad.

Het geschil in de andere kwestie, het Harmonisatiewet-arrest, draaide om de zogenoemde Harmonisatiewet,⁸ die meebracht dat voor studenten die met een tweede studie waren begonnen, de jaren van de eerste studie meetelden voor de maximale inschrijvingsduur. Deze studenten konden dus over hun tweede studie minder lang doen dan onder de oude wetgeving. De studentenorganisatie LSVB viel vooral over het punt dat een deugdelijke overgangsregeling ontbrak. Dit ontbreken was naar hun mening in strijd met de rechtszekerheid; noch bij de aanvang van hun eerste studie, noch bij de overstap naar de tweede studie wisten zij dat zij met een korter gefinancierde studieduur te maken zouden krijgen. De President van de Rechtbank te Den Haag kwam de LSVB in haar vordering tegemoet. Hoewel de President in verband met het formeel-wettelijke karakter de Harmonisatiewet niet toetste aan het ongeschreven rechtszekerheidsbeginsel (dat kón niet), deed hij dit wel aan het rechtszekerheidsvereiste zoals neergelegd in art. 43 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden.⁹

De Hoge Raad stelde uitgebreid de argumenten aan de orde die pleiten voor en tegen toetsing. Als argument pro toetsing voerde de Hoge Raad aan dat de rechter wél mag toetsen (en dat in de praktijk ook veelvuldig doet) aan fundamentele rechtsbeginselen zoals gecodificeerd in een ieder verbindende bepalingen van verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties (vgl. art. 94 Gw.).¹⁰ Daarnaast wees de Hoge Raad erop dat in toenemende mate een beroep wordt gedaan op internationale bepalingen ter bescherming van de rechten van de mens, waardoor de toetsing aan verdragen steeds belangrijker is geworden. Een en ander hangt volgens de Hoge Raad samen met de groeiende behoefte aan rechtsbescherming tegen de overheid. Ook legde de Hoge Raad verband met de ontwikkeling in de rechtspraak dat strikte toepassing van de wet onder omstandigheden zozeer kan indruisen tegen fundamentele rechtsbeginselen dat de wet buiten toepassing wordt gelaten.¹¹ Als laatste argument gold het in de literatuur gesignaleerde probleem van de in de verhouding tussen de staatsmachten opgetreden

verschuivingen, waardoor behoefte is ontstaan aan een onafhankelijke rechterlijke controle op de daden van de in elkaar geschoven wetgevende en uitvoerende macht. Tegenover de argumenten pro toetsing voerde de Hoge Raad aan dat volgens de memorie van toelichting bij de herziening van de Grondwet in 1983 het toetsingsverbod is gehandhaafd. Bovendien, overwoog de Hoge Raad, moet in aanmerking worden genomen dat een ruim toetsingsverbod wezenlijk is voor de traditionele plaats van de rechterlijke macht in ons staatsbestel en dat niet kan worden gezegd dat over de wenselijkheid daarin verandering te brengen in brede kring overeenstemming bestaat.¹² De Hoge Raad concludeerde dat art. 120 Gw., geleet op de toelichting ervan, de rechter geen vrijheid laat de wet in formele zin te toetsen aan fundamentele rechtsbeginselen.¹³ Bij de eindafweging speelde dus met name de grondwetsgeschiedenis van art. 120 Gw. een belangrijke rol.¹⁴

Ten aanzien van de lagere regels zette de Hoge Raad na het Landbouwwliegers-arrest nog twee belangrijke stappen. De eerste stap werd gezet in een zaak betreffende de financiering van een recreatie-project op Aruba.¹⁵ Daarnaast is het Leffers-arrest van belang.¹⁶

De toekomstige exploitant van het project Laguna Dorada klaagde voor de rechter over het uitblijven van een overheidsgarantie voor leningen die de exploitant zou moeten aangaan om het project te realiseren. Deze garantie was wel toegezegd. Het garanderen van een geldlening ten laste van het land geschiedt naar het voorschrift van de Staatsregeling van Aruba bij landsverordening. De landsverordening is een parlementaire wet, in dit geval niet tevens zijnde een algemeen verbindend voorschrift. De Hoge Raad overwoog dat hoewel de Staatsregeling van Aruba (art. VI.4) de rechter verbiedt aan landsverordeningen de verbindende kracht te ontnemen deze bepaling er niet aan in de weg staat dat het uitblijven van een landsverordening onrechtmatig geoordeeld kan worden.¹⁷ Het niet nakomen van de onvoorwaardelijk gedane toezegging achtte de Hoge Raad onrechtmatig en bracht vergoeding van de ontstane schade door Aruba met zich mee.

In de door varkenshouder Leffers aangespannen zaak ging het om de Regeling verbod voedsel- en slachtafval (varkens).¹⁸ De ministeriele regeling,

gebaseerd op de Veewet, verbood eigenaren,houders of hoeders van varkens voedsel- of slachtafval ('swill') voorhanden te hebben of te vervoederen. Voordien was het voederen van varkens met deze afvalstoffen toegestaan met vergunning en onder betrekkelijk strikte voorwaarden. Leffers exploiteerde al sinds lang een 'swillbedrijf'. De invoering van de verbodsregeling in 1986 maakte het hem onmogelijk zijn bedrijf voort te zetten. De Hoge Raad overwoog dat het swillvervoederingsverbod Leffers in onevenredige mate in zijn belangen trof in die zin dat het bedrijf van Leffers moest worden geliquideerd met aanzienlijke vermogensschade als gevolg. Hoewel de Regeling verbod voedsel- en slachtafval (varkens) op zichzelf alleszins gerechtvaardigde wettelijke regels bevatte, bestond er volgens de Hoge Raad toch een verplichting tot schadevergoeding voor de overheid op grond van het ongeschreven recht omdat Leffers door die invoering onevenredig worden getroffen.

2.2 De jurisprudentie nader bekeken – Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat het recht de van het bestuur afkomstige algemeen verbindende voorschriften op gelijke voet als concrete en individueel gerichte publiekrechtelijke besluiten aan door de rechter afdwingbare normen onderwerpt, met name aan de algemene beginselen van behoorlijke regelgeving. Wat is de betekenis van deze ontwikkeling voor het bestuursrecht in het algemeen en de verhouding ten opzichte van de andere rechtsgebieden, voor het bestuur en voor de burgers?

Het bestuursrecht heeft ten aanzien van de beoordeling van wettelijke voorschriften zijn werkingsgebied aanmerkelijk uitgebreid.¹⁹ Het bestuursrecht integreert op dit gebied met het staatsrecht in die zin dat het het staatsrecht op belangrijke onderdelen aanvult. In toenemende mate is het besef doorgedrongen dat er nauwelijks in het wetsbegrip ingebouwde waarborgen zijn die voorkomen dat burgers door wettelijke voorschriften onrechtmatig in hun belangen worden getroffen. Er is behoefte ontstaan aan een onafhankelijke rechterlijke controle op de dicht naar elkaar toegeschoven blokken van wetgevende en uitvoerende macht. De uitvoerende macht is in de praktijk de belangrijkste wetgever gebleken. In dit opzicht betekent de hier aan de orde gestelde rechtsontwikkeling een vergroting van de controle

door het recht op bestuursactiviteiten in een wetgevingsjasje ter vergroting van de rechtsbescherming van de burger. Deze ontwikkeling is niet goed verenigbaar met de klassieke theorie van de gescheiden staatsmachten. Naar traditionele staatsrechtelijke inzichten wordt de beste waarborg voor de rechten en vrijheden van de burgers namelijk geacht te zijn gelegen in de heerschappij van de wet. Rechterlijke controle op op democratische wijze tot stand gebrachte besluiten is vanuit dit standpunt gezien een moeilijk te verteren aangelegenheid en moet waar mogelijk worden voorkomen en voor zover onvermijdelijk worden beperkt. De klassieke leer omtrent hetgeen de wetgever geacht wordt te doen, heeft er toe bijgedragen dat het Nederlandse recht tot op de dag van vandaag rechtsregels kent die erop neerkomen dat de rechter daden van wetgeving anders dient te benaderen dan andere besluiten of handelingen van de overheid (vgl. bij voorbeeld artt. 11 en 12 Wet Algemene Bepalingen en 120 Gw.). Tegen de achtergrond van deze, ten dele in positiefrechtelijke bepalingen neergelegde, politiek-culturele erfenis moet dan ook de terughoudende opstelling van de rechter worden begrepen met betrekking tot de toetsing van algemeen verbindend voorschriften.

3. Overeenkomsten als beleidsinstrument van de overheid

3.1 *De jurisprudentie* – In de moderne bestuurspraktijk is het privaatrechtelijke contract niet meer weg te denken. Naar geldend recht is het een uitgemaakte zaak dat de overheid overeenkomsten kan sluiten, welke verbintenissen in de zin van Boek 6 BW in het leven roepen. De hoofdregel *pacta sunt servanda* lijdt in beginsel geen uitzondering door de omstandigheid dat de overheid partij is en dat de overeenkomst handelt over haar publiekrechtelijke bevoegdheden noch ook doordat de strekking ervan ook langs publiekrechtelijke weg kan worden nagestreefd.²⁰ Behoudens voor zover de administratie met een positieve wetsbepaling in strijd komt, er sprake is van misbruik van recht, en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet in acht zijn genomen, staat het haar vrij te kiezen tussen de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke vorm.²¹

Voor de *bevoegdhedenovereenkomst*, zoals de naam al zegt een overeenkomst waarbij de overheid

afspraken maakt over de wijze waarop zij haar bevoegdheden zal uitoefenen, geldt dat een in de publiekrechtelijke wetgeving verankerde bevoegdheid aanwezig moet zijn waarover kan worden gecontracteerd.²² Daarbij wordt meestal niet toegestaan dat de private contracteerbevoegdheid verder reikt dan de publiekrechtelijke bevoegdheid.²³ Wanneer wordt gecontracteerd over vrije(re) bestuursbevoegdheden bestaat slechts contracteerbevoegdheid voor zover de afspraken vallen binnen de grenzen van tekst en strekking van de wettelijke regeling waarop de bevoegdheid tot publiekrechtelijk handelen berust. In een aantal gevallen heeft de rechter uitgemaakt dat bij de beoordeling van een aanvraag voor een milieuvergunning, een convenant, gesloten tussen de aanvrager en de verlenende instantie, geen rol mocht spelen omdat de wet, wanneer dat wél het geval zou zijn, op ontoelaatbare wijze zou worden geschonden.

De rechter kreeg ter beoordeling van de geldigheid voorgelegd een tussen Hydro Agri en de minister van Verkeer en Waterstaat gesloten convenant. Het convenant voorzag in een reductie van de cadmiumlozing van het bedrijf. Als Hydro Agri erin zou slagen om deze reductie werkelijk op een bepaald tijdstip te realiseren, zou de minister bij wijze van wederprestatie een vergunning verlenen op grond van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren. Toen Hydro Agri erin slaagde de cadmiumlozing terug te brengen deed de minister zijn toezegging gestand. Een milieuorganisatie vond de gang van zaken onbehoorlijk en ging naar de rechter. Zowel in de vereenvoudigde afdoening als in het bodemgeschil oordeelde de rechter dat de vergunning op grond van recente milieuhygiënische inzichten *volledig* moest worden getoetst. De beperkte toetsing die de minister in het kader van het convenant had uitgevoerd – hij had alleen naar de cadmiumreductie gekeken – vond dan ook in de ogen van de rechter geen genade.²⁴ Deze was van mening dat bij de beoordeling van de aanvraag zowel de ingebrachte bezwaren dienden te worden betrokken alsmede de milieuhygiënische inzichten zoals die bestonden op het moment van het nemen van de beslissing tot vergunningverlening.²⁵

In een vergelijkbare situatie oordeelde de rechter het onrechtmatig dat de gemeente Gemert weigerde om op grond van de Hinderwet een sluitingsbevel

uit te vaardigen voor een fabriek waar polystyreen werd verbrand. Het verzoek om sluiting was gedaan door omwonenden van de fabriek. De gemeente motiveerde de weigering door te verwijzen naar de afspraken die zij met het desbetreffende bedrijf had gemaakt. Deze afspraken betroffen een geleidelijke afbouw van de uitstoot van milieugevaarlijke stoffen. De wet voorzag niet in zo'n 'overgangsregeling'. De voorzitter van de Afdeling Geschillen van Bestuur overwoog dat het sluitingsverzoek niet mocht worden afgewezen op grond van de overweging dat een overeenkomst was gesloten ter beëindiging van de door de inrichting veroorzaakte milieuhygiënische problemen.²⁶ Hij accepteerde voorts niet dat de overeenkomst werd gebruikt als overgangsregeling tot het moment van verlening van de vergunning. De procedure waarin de milieuhygiënische toetsing moest plaatsvinden kon volgens hem nooit en te nimmer door een onderlinge regeling opzij worden gezet.

Ging het in de zaken van Hydro Agri en de polystyreenoven Gemert om afspraken die over publiekrechtelijke bevoegdheden werden gemaakt (nl. een vergunningverleningsbevoegdheid), er zijn ook voorbeelden van gevallen waarin wordt gecontracteerd over privaatrechtelijke bevoegdheden van de overheid, zoals bij voorbeeld het eigendomsrecht. In de literatuur wordt deze categorie overeenkomsten ook wel *beleidsovereenkomst* genoemd. De ruimte die het recht de overheid-eigenaar bij transacties over (on)roerend goed laat is betrekkelijk groot.²⁷ De beperkingen zoals deze gelden voor de bevoegdhedenovereenkomst, gelden niet onverkort voor beleidsovereenkomsten.²⁸ De overheid mag bij voorbeeld bij de uitoefening van haar publieke taak door middel van beleidsovereenkomsten verder gaan dan met publiekrechtelijke regelingen mogelijk is.²⁹ Het in de oudere jurisprudentie ontwikkelde criterium dat het contractuele beding voor publieke doelen niet in strijd met de wet mag komen, zou het in een publiekrechtelijke regeling zijn vastgelegd, legde in beginsel weinig substantiële beperkingen op.³⁰ In de moderne jurisprudentie is de *doorkruisingsformule* ontwikkeld. Deze formule is van belang wanneer een publiekrechtelijke wet de door middel van contractantering beoogde belangenbescherming regelt en de betrokken wet niets

bepaalt over de toelaatbaarheid van het gebruik van het privaatrecht.

De doorkruisingsformule werd ontwikkeld in een procedure aangespannen door het Vlaardingse bedrijf Holland Windmill tegen de Staat der Nederlanden.³¹ Tussen de Staat der Nederlanden en Windmill bestond tot 1980 een overeenkomst waarbij de staat als eigenaar van de Nieuwe Waterweg een vergoeding had bedongen voor de lozing van gips-slurry door meststoffenfabrikant Windmill. Er bestond een publiekrechtelijk regime ten aanzien van de lozing van milieugevaarlijke stoffen in het oppervlaktewater, de Wet verontreiniging oppervlaktewateren (Wvo). Deze wet kende aan de overheid zowel een vergunningverleningsbevoegdheid terzake van lozingen van afvalstoffen toe, als een bevoegdheid tot het instellen van heffingen. Windmill bezat de krachtens de Rivierenwet en de Wvo benodigde lozingsvergunningen. Vanaf 1980 weigerde Windmill in te stemmen met een nieuwe overeenkomst waarin de staat een aanzienlijk hogere vergoeding eiste. De staat als eigenaar vorderde in 1985 een verbod tot lozing, zolang geen nieuwe overeenkomst tot stand was gekomen. Het probleem dat de rechter moest oplossen was of de staat op grond van zijn privaatrechtelijke bevoegdheid de eis mocht stellen dat slechts tegen betaling mocht worden geloosd nu een publiekrechtelijke regeling (de Wvo) ter behartiging van dezelfde belangen aan de staat publiekrechtelijke bevoegdheden toekende.

De rechter was van mening dat buiten het geval dat de betrokken publiekrechtelijke regeling de privaatrechtelijke weg verbiedt, beslissend is of de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist door het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden. De volgende criteria zijn daarbij van belang:

1. de inhoud en strekking van de wet (die mede kan blijken uit haar geschiedenis);
2. de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die wet de belangen van de burgers zijn beschermd, een en ander tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven regels van publiek recht;
3. of een vergelijkbaar resultaat kan worden verkregen door gebruikmaking van publiekrecht (dit is een belangrijke indicatie dat er geen plaats is voor het privaatrecht).

De Hoge Raad kwam tot de conclusie dat de Wvo op onaanvaardbare wijze werd doorkruist. In deze uitspraak (in latere uitspraken expliciet bevestigd³²) werden de uitgangspunten van tot dan toe belangrijke arresten als *Huizen/de Staat* (1962)³³ en *Eindhoven/Staals* (1968)³⁴ voor een belangrijk deel verlaten.³⁵

3.2 De jurisprudentie nader bekeken – Er is onmiskenbaar sprake van een kritischer houding van de rechter tegenover de gebruikmaking van het privaatrecht door de overheid. De ‘grote sprong voorwaarts’ in de rechterlijke controle op de ‘private overheid’ is niet zozeer een gevolg van de opvatting dat de overheid niet privaatrechtelijk mag optreden indien daarmee in strijd wordt gekomen met een publiekrechtelijke regeling, zoals in de gevallen van *Hydro Agri* en *polystyreenoven Gemert*, want dat is eigenlijk al geruime tijd zo. Het belang van de moderne jurisprudentie ligt vooral in het feit dat blijkens de daarvoor ontwikkelde criteria al spoedig wordt aangenomen dat er sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling. Wat kan worden opgemerkt over deze ontwikkeling in het licht van haar betekenis voor het bestuursrecht in het algemeen en de verhouding ten opzichte van de andere rechtsgebieden, voor het bestuur en voor de burgers?

Het bestuursrecht is op het grondgebied van het privaatrecht doorgedrongen en heeft daarmee een belangrijke expansie van eigen terrein bewerkstelligd. Doordat de rechter het privaatrechtelijke optreden van de overheid steeds meer in de context van het publieke recht is gaan beoordelen, is het bestuursrecht naar het privaatrecht toegegroeid en wel zo dat in menig opzicht van een integratie van beide rechtsgebieden kan worden gesproken. De wetgever heeft deze ontwikkeling op een aantal plaatsen in de wetgeving gecodificeerd.³⁶ Het einde van de nauwelijks aan substantiële beperkingen onderhevige mogelijkheid tussen twee wegen (privaat- en publiekrecht) te kiezen, betekent voor het bestuur een vergroting van de onderwerping aan het recht. Daarmee is een ‘nieuw’ stukje overheid juridisch ingedijkt, hetgeen aan een betere rechtsbescherming van de burger bijdraagt. Er kleefde namelijk het belangrijke bezwaar van ontduiking van waarborgen aan het gebruik van het privaatrecht door de overheid. Dit be-

zwaar bestond vooral in de gevallen waarin de afspraken uit de overeenkomst geen betrekking hadden op in het publiekrecht geregelde formele besluitvormingsmomenten (zoals bij voorbeeld bij de bevoegdhedenovereenkomst wél het geval is). Met waarborgen is hier bedoeld de hoorplicht, de plicht deskundigen te raadplegen, adviezen in te winnen e.d.. Dit wordt ook wel de non-contentieuze fase van het publieke besluitvormingsproces genoemd. Vóór 27 maart 1987 – het tijdstip waarop het arrest *A'dam-IKON* (HR 27 maart 1987, AB 1987, 273; NJ 1987, 727) tot stand kwam – gold nog een ander argument waarom het een probleem was dat de overheid privaatrechtelijke bevoegdheden gebruikte in plaats van publiekrechtelijke bevoegdheden. Het probleem was de gebrekkige rechtsbescherming bij privaatrechtelijk overheidsoptreden. Sinds *A'dam-IKON* is een belangrijk probleempunt, de beperkte toetsingsmogelijkheden van de burgerlijke rechter, ondervangen. De kennelijke weigering van de Hoge Raad om het in een privaatrechtelijk jasje gestopte overheidshandelen méér dan marginaal, dat wil zeggen rechtstreeks aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te toetsen is opgeheven. Bij het arrest *A'dam-IKON* is naar vrij algemene opvatting de rechtstreekse toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook bij privaatrechtelijk handelen door de overheid volledig aanvaard.

In processueel opzicht zijn er voor de contractpartner van de overheid, vergeleken met de publiekrechtelijke weg, nadelen blijven bestaan. Te denken valt bij voorbeeld aan de omstandigheid dat privaatrechtelijke sancties als opzegging, ontbinding, boetebeding en dergelijke veelal minder aan publieke controle en kritiek onderhevig zijn dan publiekrechtelijke. Daarnaast geldt dat de burgerlijke rechter niet alle eisen tegen de overheid als partij onverkort toewijsbaar acht zoals bij voorbeeld wél het geval is tegen de particuliere wederpartij van de overheid. In dit verband kan worden gewezen op de terughoudendheid die de rechter betracht bij bevelen en dwangsom mogelijkheden bij onrechtmatige daden en vorderingen tot nakoming bij overeenkomsten. Het valt nog te bezien op welke wijze het nieuwe procesrechtelijke systeem op het terrein van het bestuursrecht in de praktijk het voor de rechtsmogelijkheden bestaande verschil tussen de onderscheiden contractpartners zal reduceren.

4. De uniformering en harmonisering van het bestuurs- en bestuursprocesrecht

4.1 *De doelstellingen van de Algemene wet bestuursrecht* – In 1983 werd in de Grondwet vastgelegd dat de wetgever algemene regels van bestuursrecht moest stellen (art. 107, lid 2, Gw.). In datzelfde jaar ging een commissie, ingesteld met de opdracht te komen tot een wet houdende algemene regels van bestuurs- en bestuursprocesrecht,³⁷ van start.³⁸ Haar project kreeg de naam Algemene wet bestuursrecht (Awb) en zou in *tranches*, afzonderlijke gedeelten, tot stand worden gebracht. Daarmee verkreeg de Awb het karakter van een *aankomstwet*. De eerste en de tweede tranche zijn per 1 januari 1994 in werking getreden.³⁹

Aan de Awb ligt de visie ten grondslag dat de verhouding tussen bestuur en burger een rechtsbetrekking is waarin beide partijen in een wederkerige relatie staan, zodat zij rekening moeten houden met de positie en de belangen van de andere partij.⁴⁰ Uitgangspunt van de Awb is dat het bestuursrecht voor burger en bestuur eenvoudiger en doorzichtiger of toegankelijker wordt. De wet richt zich inhoudelijk op de totstandkoming van bestuursbesluiten en op de mogelijkheden van bezwaar en beroep, waaraan in de tweede tranche de regeling van het geüniformeerde bestuursprocesrecht is toegevoegd. Volgens de toelichting op de eerste tranche kent de Awb vier doelstellingen: het bevorderen van eenheid binnen het bestuursrecht, het systematiseren en, waar mogelijk, vereenvoudigen van de bestuursrechtelijke wetgeving, het codificeren van ontwikkelingen die zich in de bestuursrechtelijke jurisprudentie hebben afgetekend en het treffen van voorzieningen ten aanzien van onderwerpen die zich naar hun aard niet voor regeling in een bijzondere wet lenen.⁴¹ De eerste doelstelling is bij voorbeeld goed zichtbaar in de gelijktrekking van de in de verschillende wetten uiteenlopende termijnen voor bezwaar en beroep (op grond van art. 6:7 Awb bedraagt de indieningstermijn zes weken). Bevordering van de rechtseenheid wordt bij voorbeeld ook gediend met de plannen tot integratie van de verschillende administratiefrechtelijke colleges en de voorziening in cassatie in de administratieve rechtspraak. In de tweede tranche van de Awb is daarvoor het speciaal op de integratie van de administratieve rechtspraak gerichte hoofdstuk 8 'Bijzon-

dere bepalingen over beroep bij de rechtbank' tot stand gebracht. De systematisering en vereenvoudiging van bestuursrechtelijke wetgeving is bij voorbeeld te zien bij de regeling inzake de bekendmaking van besluiten. Art. 3:41 Awb bepaalt dat de bekendmaking van besluiten die tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, geschiedt door toezending of uitreiking aan hen, onder wie begrepen de aanvrager. In art. 3:42 Awb wordt een regeling getroffen voor de bekendmaking van besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht. In dat geval geschiedt bekendmaking in beginsel door kennisgeving in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad. Een ander voorbeeld van een systematische regeling vormt art. 6:2 Awb. Deze bepaling stelt voor de toepassing van wettelijke voorschriften over bezwaar en beroep een weigering een besluit te nemen en het niet tijdig nemen van een besluit gelijk met een besluit. Deze regeling is met name voor de sociale-zekerheidswetgeving van belang. Daarin bestond een leemte waar het de rechtsbescherming betrof tegen stilzitten van het bestuur na een aanvraag van een uitkering. Als gevolg van art. 6:2 Awb kan de aanvrager zich thans bij stilzitten van het bestuur wenden tot dezelfde beroepsinstantie als wanneer hij wel een uitdrukkelijk besluit van het beroepsorgaan zou hebben ontvangen. De derde doelstelling, codificatie van jurisprudentie, wordt bereikt door het in de wet vastleggen van een aantal algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een goed voorbeeld vormt afdeling 3.2. In de artikelen 3:2, 3:3 en 3:4 worden resp. het zorgvuldigheidsbeginsel, het verbod van *détournement de pouvoir*, het verbod van willekeur en het evenredigheidsbeginsel neergelegd. Een ander duidelijk voorbeeld van codificatie van een algemeen behoorlijkheidsbeginsel is art. 4:7. Dit artikel verplicht het bestuursorgaan ten behoeve van een zorgvuldige voorbereiding van een beschikking de aanvrager te horen. Ten slotte treft de Awb algemene voorzieningen, generale regelingen die vanwege hun bereik (zij moeten in beginsel voor alle beleidsterreinen gelden) niet in een bijzondere wet kunnen worden geregeld. Een voorbeeld is de bepaling die het bestuursorgaan verplicht bij de verkeerde instantie ingediende stukken door te zenden naar het goede orgaan of terug te sturen naar de afzender als niet duidelijk is welk orgaan dan wel bevoegd is (art. 2:3 Awb).

4.2 *De verhouding tussen Awb en bijzondere wetgeving* – Volgens de grondwettelijke opdracht behoort de Awb *algemene regels* betreffende het *bestuursrecht* te stellen (vgl. art. 107, lid 2, Gw.). Het gaat met andere woorden om regels die behoren tot het algemene deel van het bestuursrecht. Dat betekent dat het gaat om bepalingen die niet uitsluitend op één soort van beschikkingen of op één beleidsterrein betrekking hebben, maar die in beginsel voor het hele bestuursrecht gelden. Het algemene karakter impliceert dat vergunningsvereisten, uitkeringsvoorwaarden e.d. in de bijzondere wetten moeten worden opgenomen. De bijzondere wet blijft de plaats waar de rechtsbetrekkingen tussen bestuur en burger concreet worden genormeerd. De algemene wet kan zich in verschillende gradaties verhouden tot de bijzondere wetgeving. In de toelichting op de eerste tranche wordt de verhouding algemene versus bijzondere wet uitgebreid besproken.⁴² De Awb kent 4 typen regels, met elk een verschillende mate van binding. Er zijn regels van *dwingend recht*, regels die zonder uitzondering voor het gehele bestuursrecht gelden, regels van *regelend recht*, regels die beschouwd moeten worden als de voor normale gevallen beste regelingen, regels van *aanvullend recht*, ‘restbepalingen’ die gelden wanneer de bijzondere regelgever heeft nagelaten een regeling te treffen, en ten slotte regels van *facultatief recht*, regels die een facultatieve standaardregeling bevatten. Een voorbeeld van een dwingendrechtelijke bepaling is art. 3:40 Awb, waarin wordt bepaald dat een besluit niet in werking treedt voordat het is bekendgemaakt. Een ander voorbeeld vormt de vermelding van de rechtsmiddelen bij een eenmaal genomen besluit (art. 3:45 Awb). Afwijkingen van een dwingendrechtelijke bepaling zijn slechts mogelijk voor zover ze in de bijzondere wet zelf zijn aangegeven (‘in afwijking van artikel... van de Algemene wet bestuursrecht’) en in de memorie van toelichting worden gemotiveerd. Om de bijzondere wetgeving in de pas te laten lopen met de Awb is de voorbereiding van de eerste tranche gepaard gegaan met een grote aanpassingsoperatie, waarbij wettelijke regelingen werden afgestemd op de terminologie en de systematiek van de Awb.⁴³ In de Awb zijn de gangbare regels, regels die beschouwd moeten worden als de voor normale gevallen beste regelingen, herkenbaar aan de zinsnede ‘tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald’.

Art. 4:1 is een voorbeeld van regelend recht: ‘Tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald, wordt de aanvraag tot het geven van een beschikking schriftelijk ingediend bij het bestuursorgaan dat bevoegd is op de aanvraag te beschikken.’ Aanvullende bepalingen of restbepalingen zijn bepalingen die toch wenselijk zijn als de bijzondere regelgever heeft nagelaten een regeling te treffen, terwijl het niet goed mogelijk is om een algemeen geldende regel voor die gevallen te formuleren. Aanvullend recht is te vinden in de artikelen 4:13 en 4:14 inzake de beslistermijn. Daarin wordt een aanvullende regel gegeven voor het geval in de bijzondere wet geen beslistermijn is gesteld. Als vierde type kent de Awb facultatieve standaardregelingen. Daarvan zijn twee voorbeelden te geven: de openbare voorbereidingsprocedures van de afdelingen 3.4 en 3.5.⁴⁴ Deze voorbereidingsprocedures gelden indien dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van het bestuursorgaan is bepaald (artt. 3:10 en 3:14). Het voordeel van deze opzet is dat niet steeds verschillende procedures worden ontworpen wanneer het horen van belanghebbenden in aanmerking komt, maar dat men gebruik kan maken van algemeen toepasbare procedures. Bovendien worden inspraakprocedures op deze manier geharmoniseerd.

4.3 *Drie tranches* – In de eerste tranche zijn in hoofdstuk 1 de definities en de reikwijdte van de Awb geregeld. In art. 1:3 is het voor de wet belangrijke begrip *besluit* als volgt gedefinieerd: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Besluit is in zoverre een kernbegrip van de Awb dat de wet doorgaans slechts eisen stelt aan de voorbereiding en totstandkoming van ‘besluiten’ en dat de mogelijkheid bezwaar of beroep in te stellen afhangt van de vraag of een besluit in de zin van art. 1:3 Awb in het geding is.⁴⁵ Voorts zijn in de eerste tranche de volgende onderwerpen geregeld: algemene regels voor het verkeer tussen burgers en bestuursorganen (hoofdstuk 2), algemene en bijzondere bepalingen over besluiten (resp. hoofdstuk 3 en 4), algemene en bijzondere bepalingen over bezwaar en beroep (resp. hoofdstuk 6 en 7).⁴⁶ In de tweede tranche is daaraan toegevoegd hoofdstuk 8, ‘Bijzondere bepalingen over beroep bij de rechtbank’. De tweede tranche van de Awb maakt deel uit van het omvangrijke project van reorganisatie

tie van de rechterlijke macht dat in gang is gezet.: de Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie⁴⁷ In deze wet worden twee grote projecten ineengeschoven: de herziening van de rechterlijke organisatie en de codificatie van het bestuursrecht in de Awb. De eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie is gericht op de herziening van de organisatie van de bestuursrechtspraak, terwijl de tweede tranche van de Awb regels formuleert met betrekking tot het procederen bij de rechtbank. Deze regels zijn in de ingrijpend gewijzigde Wet op de Raad van State, de Beroepswet en de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie van overeenkomstige toepassing verklaard op de procedures bij de in deze wetten geregelde bestuursrechtelijke colleges. De rechtbank wordt de algemeen bevoegde rechter in eerste aanleg in bestuursrechtelijke zaken. Voor zover beroep kan worden ingesteld bij een bijzondere administratieve rechter is de rechtbank onbevoegd kennis te nemen van het geschil.⁴⁸ In beginsel is gekozen voor rechtspraak in twee instanties. Van beslissingen van de rechtbank in eerste aanleg genomen is hoger beroep bij een bijzondere administratieve rechter doorgaans mogelijk. Waar het sociale verzekerings-, ambtenaren- en pensioenzaken betreft is de Centrale Raad van Beroep de appèlinstantie. De nieuwe Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is de appèlinstantie in alle overige zaken.⁴⁹ De derde tranche is kort geleden bij de Tweede Kamer ingediend.⁵⁰ In de derde tranche zijn o.a. de volgende onderwerpen geregeld: mandaat en delegatie (nieuw hoofdstuk 1A: Bepalingen over bestuursorganen), toezicht op bestuursorganen (hoofdstuk 1A), subsidies (titel 4.2), beleidsregels (titel 4.4) en handhaving (hoofdstuk 5).

4.4 De Awb nader bekeken – De Awb kan als het belangrijkste wetgevingsevenement van dit moment worden beschouwd op het terrein van het bestuursrecht. De Awb beoogt met name orde te scheppen in de chaos die in de loop der tijd in de bestuursrechtelijke wetgeving is ontstaan ten gevolge van veronachtzaming van de systematiek en de onderlinge afstemming ervan. Hoewel reeds vroeg het probleem van het gebrek van eenheid in het bestuursrecht op de agenda van de bestuursjuristen prijkte, duurde het tot 1983 voordat de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht aan het werk ging. Met de

invoering van de eerste twee tranches op 1 januari 1994 is het project van de Awb met relatief opmerkelijke snelheid verder gebracht. Vermoedelijk zal de Awb het rechtsleven, meer nog dan de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, veranderen. De betekenis van de Awb voor de ontwikkeling van het bestuursrecht in het algemeen en voor de verhouding jegens de andere rechtsgebieden, voor de normering van het bestuur en voor de rechtsbescherming van burger kan moeilijk worden overschat. Van de Awb kan in ieder geval worden gezegd dat zij een belangrijke bijdrage levert aan de integratie van de bijzondere delen van het bestuursrecht in het algemeen deel.⁵¹ Bovendien draagt de Awb bij aan een verdere ontwikkeling van het algemeen deel van het bestuursrecht, met name, en in het bijzonder, waar zij modificeert (zoals ten aanzien van subsidiëring, beleidsregels, plannen en overeenkomsten met de overheid). Daarnaast legt de Awb een ontwikkeling vast van een toenemende onderlinge verstrengeling van de onderscheiden rechtsgebieden van bestuurs-, privaat- en staatsrecht. Dat kan bij voorbeeld worden afgeleid uit de hoofdstukken 3 en 8. De afdelingen 2 tot en met 4 van hoofdstuk 3 van de Awb zijn in beginsel zowel van toepassing op privaatrechtelijke rechtshandelingen (art. 3:1 lid 2) als op algemeen verbindende voorschriften voor zover niet afkomstig van de formele wetgever (art. 3:1 lid 1). Art. 14 Boek 3 BW koppelt als het ware de bepalingen van de Awb aan het privaatrecht. Art. 14 bepaalt dat de in hoofdstuk 3 van de Awb gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur (trouwens evenals ongeschreven regels van publiekrecht) van toepassing zijn op de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid. In dit verband kan tevens op art. 8.1.1.2 van de Awb worden gewezen, waardoor een besluit inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel wordt uitgezonderd van beroep bij de rechtbank. Art. 8.1.1.2 zal 5 jaar na inwerkingtreding van de Awb vervallen, hetgeen erop neerkomt dat na die periode in beginsel beroep kan worden ingesteld tegen algemeen verbindende voorschriften niet zijnde formele wetgeving alsmede tegen beleidsregels. Natuurlijk vormt in dit verband ook de in gang gezette reorganisatie van de rechterlijke macht die mede gericht is op het samenbrengen van de verschillende soorten rechtspraak een belangrijke factor.

Voor zowel bestuur als burger betekent de Awb een vergroting van de voorspelbaarheid van het recht. Waarschijnlijk zullen zowel de dwingende, regelen- de, aanvullende en facultatieve regels hieraan een substantiële bijdrage leveren. Als belangrijk bezwaar hierbij geldt wel dat hiertoe een groot aantal wetwijzigingen nodig is. Het is namelijk zo dat hoe algemener de werkingssfeer van de Awb is, des te moeilijker het zal zijn om tot een uniforme, voor alle terreinen bevredigende regeling te komen. Dat kan onder omstandigheden betekenen dat voor bepaalde terreinen aanpassingswetgeving zal moeten worden opgesteld, hetgeen de rechtszekerheid in negatieve zin kan beïnvloeden. De Awb zal vermoedelijk ook in een aantal opzichten een kostenbesparing voor het bestuur kunnen opleveren, in die zin dat regelingen, bij voorbeeld ten aanzien van de bekendmaking van besluiten, niet meer iedere keer opnieuw behoeven te worden opgesteld. Al te veel waarde dient echter niet aan dit argument te worden gehecht: op een belangrijk aantal plaatsen in de Awb is de bestuurslast vergroot (denk bij voorbeeld aan de doorzendplicht, de hoorplicht e.d.). Behalve dat de Awb voor de burger het gemak met zich meebrengt dat in plaats van talrijke regelingen slechts één wetstekst behoeft te worden bekeken om te weten 'wat rechtens is', betekent zij ook een bestendinging en in een aantal gevallen een versteviging van de rechtspositie van de burger. In dit verband kan niet alleen aan de algemene regels voor het verkeer tussen bestuur en burger (hoofdstuk 2) worden gedacht en aan de voorwaarden voor een rechtmatige totstandkoming van besluiten (hoofdstuk 3), maar ook aan de hoorplicht in geval een negatieve beschikking wordt genomen (art. 4:7) en het openstellen van bezwaar in geval van beroep op een administratieve rechter (art. 7:1).

5. En zij leefden nog lang en gelukkig

Het sprookje van de échte Assepoester eindigt hoe- wel met een abrupt afgebroken bal toch met een da- gen durend huwelijksfeest van de stralende Asse- poester en haar prins. Vervolgens leefden ze nog lang en gelukkig. Natuurlijk wensen wij dit ook de Assepoester van het recht toe. Het is echter de vraag of onze versie van het sprookje van het bescheiden weefstertje zo eindigt. Onze Assepoester heeft zich weliswaar ontpopt als de koningin van het bal, maar

het is onzeker wat er verder van haar wordt. Het sprookje is namelijk nog in volle gang.

Niettegenstaande de maatschappelijke ontwikke- lingen van fragmentatie en differentiatie kan uit de besproken actuele ontwikkelingen in het bestuurs- recht worden afgeleid dat het bestuursrecht in toene- mende mate integreert. Niet alleen in het opzicht van een systeeminterne integratie, dat wil zeggen een in elkaar opgaan van de bijzondere delen in het algemeen deel van het bestuursrecht, maar ook in systeemexterne integratie, in een toenemende ver- wevenheid tussen de verschillende rechtsgebieden. Voor het bestuur betekenen de ontwikkelingen in het bestuursrecht een vergroting van de gebonden- heid aan het recht, alsmede een versteviging van de (rechterlijke) controle op de inachtneming van de regels. De burger krijgt te verstaan dat zijn moge- lijkheden tot democratische beïnvloeding van het bestuur weliswaar overeind blijven, maar in bepaal- de opzichten erkend fictief zijn. De rechter wordt een steeds belangrijker schakel voor de burger in zijn betrekkingen met de overheid. De in het recht gelegen waarborgen voor een behoorlijk bestuur dienen in een toenemend aantal gevallen uiteinde- lijk door de burger te worden gerealiseerd.

Speculaties over de mogelijk verdere ontwikke- ling van het bestuursrecht kunnen beter aan sprook- jesvertellers worden overgelaten.

Noten

1. Waarschijnlijk wordt de verhouding tussen het privaats- en bestuursrecht uit die tijd dan ook niet voor niets de *gemene* leer genoemd...
2. Deze schatting is van de hand van prof. mr. Th.G. Drup- steen: *Naar een BW. Over codificatie in het bestuursrecht*. Openingscollege Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Leiden, gegeven op 3 september 1991 te Lei- den.
3. Weliswaar bevat de Algemene wet bestuursrecht zowel regels met betrekking tot de competentie van de rechtbank (zie hoofdstuk 8 van de Awb) als regels met betrekking tot pri- vaatrechtelijk bestuurshandelen (zie o.a. art. 3:1, tweede lid, van de Awb), maar daarmee is nog niet gegeven dat deze vraagstukken geen bijzondere aandacht meer behoeven. De per 1 januari 1994 in werking getreden herziening van de rechterlijke organisatie voorziet weliswaar in een organisato- rische integratie van de administratieve, burgerlijke en straf- rechter, maar laat de vraagstukken van competentieverdeling onverlet. De Awb regelt alleen de competentie van de recht- bank ten aanzien van *besluiten* in de zin van de Awb (vgl. art. 1:3, eerste lid, van de Awb). De Awb verzuimt tevens een re-

geling te geven voor een aantal vraagstukken die op het grens-terrein van het privaatrecht en publiekrecht spelen: de wet bevat bij voorbeeld noch op het stuk van de twee-wegenleer noch voor de beleidsovereenkomst een regeling.

4. Zie voor een uitgebreidere, opiniërende bespreking van actuele ontwikkelingen in het algemeen deel van het bestuursrecht gedurende de laatste 5 jaar het door en voor bestuursjuristen geschreven: *Kroniek van het bestuursrecht 1987-1992*, C.P.J. Goorden et al. (red.), W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1993. De bundel bevat een speciaal voor het eerste lustrum van het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* geschreven lustrum-kroniek.

5. HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251, tevens gepubliceerd in: AB 1986, 574. Vgl. ook HR 19 mei 1987, AB 1988, 216 (Anti-cross bepaling Nunspeet).

6. HR 14 april 1989, NJ 1989, 469, tevens gepubliceerd in: AB 1989, 207.

7. Pres. Rb. Den Haag 31 juli 1984, KG 1984, 231. Hof Den Haag 4 april 1985, AB 1985, 410.

8. Wet van 7 juli 1987, Stb. 334.

9. Art. 43, eerste lid, bepaalt dat de landen van het Koninkrijk der Nederlanden zorg dragen voor de verwezenlijking van de fundamentele menselijke rechten en vrijheden, de rechtszekerheid en de deugdelijkheid van het bestuur. Het tweede lid bepaalt dat het waarborgen van deze rechten, vrijheden, rechtszekerheid en deugdelijkheid van bestuur een aangelegenheid is van het Koninkrijk.

10. 'Toetsing aan fundamentele rechtsbeginselen van de Nederlandse rechtsorde die nog geen uitdrukking hebben gevonden in enige, een ieder verbindende verdragsbepaling, zou bij deze ontwikkeling goed aansluiten.'

11. Vgl. HR 12 april 1978, NJ 1979, 533. HR 15 juli 1988, RvdW 1988, 133.

12. Annotator Scheltema wijst erop dat deze formulering alle ruimte laat voor een wijziging van het standpunt van de HR bij een voortgaan van de ontwikkelingen.

13. Dit wil echter niet zeggen dat de rechter geen ruimte heeft om in concrete gevallen een wet in formele zin niet toe te passen, wanneer algemene rechtsbeginselen daartoe nopen. Vgl. HR 9 juni 1989, AB 1989, 412. In deze zaak stond de vraag centraal of de Staat onrechtmatig handelde jegens de 'kort-verbanders' door de aan hen bij hun indiensttreding gedane pensioentoezeggingen (een dubbeltelling van de 'Indische Jaren') niet na te komen. De Staat beriep zich op de Garantiewet Burgerlijk Overheidspersoneel Indonesië (Wet van 11 mei 1950, Stb. K 178), die geen speciaal regime voor de kort-verbanders kende. Bovendien voerde de Staat aan dat noch de regering noch het parlement in de jaren zeventig aanleiding hebben gevonden om een wettelijke regeling ter zake te maken. De HR overwoog dat de toegezegde pensioenen ten aanzien van kort-verbanders toch door de overheid moesten worden betaald. De omstandigheid dat de wetgever de door de gedane toezeggingen geleverde belangenafweging niet had gepleegd, achtte de rechter van doorslaggevende betekenis voor het buiten toepassing laten van de Garantiewet en het toewijzen van de vordering tot schadevergoeding.

14. R.o. 3.6 luidt: 'Het (...) overwogene is doorslaggevend en noopt tot de conclusie dat, al valt niet te ontkennen dat de rechtsontwikkeling sedert het tot stand komen van de Grond-

wet van 1983 het gewicht van de voor restrictieve interpretatie van dat verbod pleitende argumenten heeft doen toenemen, moet worden geoordeeld dat de rechter de hem gestelde grenzen zou overschrijden door te oordelen dat art. 120 Gr.w zich niet (ook) tegen toetsing van de wet aan fundamentele rechtsbeginselen verzet.'

15. HR 19 februari 1993, RvdW 1993, 58.

16. HR 18 januari 1991, AB 1991, 241.

17. Zie over een gebod tot vaststelling van een bepaalde lagere regeling: Pres. Rb. Haarlem 10 oktober 1985, AB 1986, 176. Pres. Rb. Den Haag 21 mei 1987, KG 1987, 243. Hof 's-Gravenhage 10 sept. 1987, AB 1988, 131. Zie over formele wetgeving: Hof Den Haag 13 maart 1985, AB 1985, 253 (WWV-zaak).

18. Stcr. 1986, 66.

19. De eisen bestonden al; de verandering is dat de rechter ze handhaaft.

20. Het uitgangspunt is, naar algemeen wordt aangenomen, dat de bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften te stellen niet door overeenkomsten kan worden beperkt. In het algemeen lijkt het onwenselijk, zo niet onmogelijk, dat de overheid zich verbindt bij overeenkomst om van haar wetgevende taak geen of een bepaald gebruik te maken.

21. Vgl. M. Troostwijk, *Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen*, preadvies VAR 1956, Geschrift VAR XXXIV, H.D. Tjeenk Willink & Zoon, Haarlem: 70-71.

22. De begrippen bevoegdhedenovereenkomst en beleids-overeenkomst zijn overgenomen van N.S.J. Koeman, *Dient de wet regelen te stellen ten aanzien van bepalingen van publiekrechtelijke aard in privaatrechtelijke overeenkomsten met de overheid?*, preadvies voor de NJV, Handelingen 1980 der Nederlandse Juristen-Vereeniging deel 1, eerste stuk, Tjeenk Willink, Zwolle 1980: 10.

23. HR 6 februari 1931, W 12258 (Derde Kamer); HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723; HR 26 januari 1990, AB 1990, 408.

24. Afd. Geschillen van Bestuur, 1 september 1992, *Milieu & Recht*, 1993, nr 1, onder nr 2: 41-43. De afdeling bevestigde daarmee de eerdere beslissing van de voorzitter. Vgl. Vz. Afd. Geschillen van Bestuur, 24 mei 1991, *Milieu & Recht*, 1992, nr 10, onder nr 115: 541-543. In een zelfde situatie kwam de voorzitter tot dezelfde beslissing, vgl. Vz. Afd. Geschillen van Bestuur, 26 september 1991, AB 1992, 283 (Kemira Pernis).

25. 'Het systeem van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren en de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne brengt mee dat van alle aangevraagde lozingen van verontreinigende en schadelijke stoffen wordt beoordeeld of deze uit een oogpunt van het belang van de bescherming van het ontvangende oppervlaktewater toelaatbaar zijn. Bij deze beoordeling dienen de ingebrachte bezwaren te worden betrokken alsmede de milieuhygiënische inzichten zoals die bestaan op het moment van nemen van de beslissing tot vergunningverlening. Toezeggingen van de vergunningverlener aan de aanvrager in een convenant of anderszins passen niet in dit systeem van vergunningverlening.'

26. Vz. Afd. Geschillen van Bestuur, 16 november 1990, *Milieu & Recht*, 1991, nr 9, onder nr 103: 494-497.

27. In incidentele gevallen heeft de rechter uitgemaakt dat

een excessief gebruik van de eigendomsbevoegdheid te verging. Vgl. bij voorbeeld het geval waarin een gemeente door middel van een erfpachtovereenkomst een verstrekende sociale vestigingsregeling aan de contractpartner oplegde. Dat kon volgens de rechter niet door de beugel. Pres. Rb. R'dam, 12 oktober 1984, KG 1984, 326.

28. In het geval van de 'privaatrechtelijke lozingsvergunning' kennelijk wel. Zie hierover o.a.: Hof Den Haag, 21 januari 1988, BR 1988, 509.

29. Hof A'dam, 30 mei 1974, NJ 1975, 138.

30. Hof A'dam, 17 september 1981, niet gepubliceerd, bron: Jitske de Jong, *Gemeentelijke gronduitgifte*, dissertatie RU Utrecht, Kluwer, Deventer 1984: 46.

31. HR 26 januari 1990, AB 1990, 408.

32. Vgl. o.a. HR 9 juli 1990, NJ 1991, 394 (Helmond/De Pina); HR 11 december 1992, AB 1993, 301 (Brandweer-arrest); HR 22 oktober 1993, AB 1994, 1 (de Staat/Magnus).

33. HR 19 januari 1962, NJ 1962, 151.

34. HR 19 januari 1968, NJ 1968, 66.

35. Dat de 'twee-wegengedachte' niet helemaal is losgelaten, blijkt uit CGN-Nieuwegein II (HR 23 juni 1989, AB 551; NJ 1991, 673). Hierbij ging de Hoge Raad ervan uit dat ook de vordering tot nakoming van een verplichting voortvloeiende uit een gemeenschappelijke regeling een 'schuld-vordering' in de zin van art. 2 RO is ('uit de Wet gemeenschappelijke regeling vloeit niet voort dat ter zake van een vordering tot nakoming uitsluitend de Kroon bevoegd zou zijn'). Aan de twist tussen de gasleverancier en de gemeente ging een eerdere procedure vooraf: CGN-Nieuwegein I (HR 10 april 1987, NJ 1988, 148; AB 1987, 336). Vgl. HR 8 juli 1991, RvdW 1991, 183 (tevens gepubliceerd in: Gst 6930) (Kunst- en antiekstudio Lelystad). Zie ook P.J.J. van Buuren, 'De twee-wegenleer is niet van de baan', *NJB*, 1991, jrg. 66, nr 37: 1501-1503.

36. Vgl. art. 14 Boek 3 BW; art. 3:1 Awb.

37. Vgl. de memorie van toelichting bij de eerste tranche: TK. verg.jr. 1988-1989, 21 221, nr 3: 2.

38. De commissie is ingesteld bij KB van 23 augustus 1983, Stb. 417.

39. De eerste tranche van de Awb is vastgesteld bij Wet van 4 juni 1992, Stb. 315, houdende algemene regels van bestuursrecht. Zij is pas met ingang van 1 januari 1994 in werking getreden. De tekst van de Awb, zoals die luidt per 1 januari 1994, is te vinden in Stb. 1994, 1. De tweede tranche maakt onderdeel uit van een breder wetsontwerp. Zij is vastgesteld bij Wet van 16 december 1993, Stb. 650, houdende wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, de Algemene wet bestuursrecht, de Wet op de Raad van State, de Beroepswet, de Ambtenarenwet 1929 en andere wetten, alsmede intrekking van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen.

40. Memorie van toelichting bij de eerste tranche. TK. verg.jr. 1988-1989, 21 221, nr 3: 11-12.

41. Memorie van toelichting bij de eerste tranche: TK. verg.jr. 1988-1989, 21 221, nr 3: 4.

42. TK. verg.jr. 1988-1989, 21 221, nr 3: 17-18.

43. Er zijn ruim 300 wetten (in formele zin) aangepast. Deze aanpassingen zijn te vinden in totaal zes wetten: de Aanpassingswet Awb I, Stb. 1992, 422, de Aanpassingswet Awb

II, Stb. 1992, 423, de wet van 14 oktober 1993, Stb. 1993, 581, de Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie, Stb. 1993, 650, de Aanpassingswet Awb III, Stb. 1993, 690 en de Aanpassingswet rijks wetten Awb, Stb. 1993, 692. Lagere regelgeving van de centrale overheid is per ministerie aangepast.

44. Afdeling 3.5, de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure, is in een later stadium, tijdens de kamerbehandeling van de eerste tranche, in de Awb ingevoegd. Tot dat moment kende de Awb alleen de uitgebreide voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4. De Tweede Kamer vond de procedure van afdeling 3.4 wat magertjes voor besluiten waarbij dringende belangen van derden zijn betrokken, zoals op het terrein van de milieuwetgeving. Teneinde aan deze kritiek tegemoet te komen heeft de wetgever naast de facultatieve voorbereidingsprocedure van afd. 3.4 voorzien in een eveneens facultatieve, maar zwaardere procedure om de regels van de Awb en van met name de milieuwetgeving op elkaar af te stemmen.

45. Een belangrijke beperking van de mogelijkheid beroep in te stellen bij de rechtbank is gelegen in het uitzonderen van *algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels* van besluiten waartegen bij haar kan worden opgekomen (art. 8:1 en 8:2). Deze uitzondering is overigens tijdelijk. Wegens onvoldoende motivering door de regering van het waarom van het uitsluiten van avv's en beleidsregels heeft de Tweede Kamer bij amendement aangedrongen op het laten vervallen van de uitzondering met betrekking tot algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Het amendement betekent dat de uitzondering per 1 januari 1999 vervalt.

46. Zie voor een overzichtelijke bespreking van de eerste tranche van de Abw: A.W.M. Bijloos & Th.J.M. Lindner, *De algemene wet bestuursrecht. Eerste tranche*, derde druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1993. Verschenen in de serie: studiepockets staats- en bestuursrecht nr 16.

47. TK. verg.jr. 1991-1992, 22 495, nrs. 1 t/m 3. Op 1 januari 1994 is in werking getreden de Wet van 16 december 1993, Stb. 650, houdende wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, de Algemene wet bestuursrecht, de Wet op de Raad van State, de Beroepswet, de Ambtenarenwet 1929 en andere wetten, alsmede intrekking van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen.

48. Vgl. art. 8:6 Awb.

49. Zie voor een overzichtelijke bespreking van de tweede tranche van de Awb: J.B.J.M. ten Berge, *Bescherming tegen de overheid. Stand van zaken na invoering van de Algemene wet bestuursrecht*, tweede druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle in samenwerking met het Nederlands Instituut voor Sociaal en Economisch Recht NISER, 1994.

50. TK. verg.jr. 1993-1994, 23 700, nrs. 1 t/m 3.

51. In dit verband dient te worden opgemerkt dat het op voorhand uitsluiten van bepaalde bijzondere delen van de werkingssfeer van de Awb (zoals het fiscale recht en het sociale verzekeringsrecht) het 'integratie-effect' matigt.