

## ARTIKELEN

# Het rariteitenkabinet dat beleid heet

## Ontwikkelingen rond niet-wettelijke regels in een fluïde bestuursrecht

H.E. Bröring

### 1. Inleiding

De rechtspositie van burgers wordt in belangrijke mate bepaald door wetgeving, maar evenzeer door niet-wettelijke regels zoals beleidsregels, instructies, vaste gedragslijnen en richtlijnen, waaronder private veldnormen: regels die in deze bijdrage 'beleid' worden genoemd. Waar wetgeving vooral organen, bevoegdheden en procedures in het leven roept, spelen deze niet-wettelijke regels een grote rol bij de (nadere) inhoudelijke normstelling bij het gebruik van deze bevoegdheden. Over beleidsregels en aanverwante niet-wettelijke regels is al veel geschreven,<sup>1</sup> reden waarom ik mij beperk tot een aantal ontwikkelingen met, gezien het thema van deze aflevering van *RegelMaat*, bijzondere aandacht voor regelgevingscuriositeiten. Ik bespreek achtereenvolgens beleidsregels (par. 2), buitenwettelijke beleidsregels en tegenwettelijk beleid (par. 3), instructies (intern beleid) in relatie tot de vaste gedragslijn (extern beleid) (par. 4) en regels die zich in de normenhiërarchie onder respectievelijk boven deze beleidscategorieën bevinden: richtlijnen en wettelijke voorschriften (par. 5). Met deze bijdrage wordt beoogd een beknopt beeld te geven van de juridische stand van zaken van niet-wettelijke regels in het bestuursrecht. In de slotparagraaf volgt een aantal conclusies.

1 Zie naast de handboeken o.a. L. Mitsinga, 'Maatwerk bij de vaststelling en toepassing van beleidsregels', *JBplus* 2021, afl. 2, p. 82-84, M. Feenstra & A. Tollenaar, 'Bijzondere omstandigheden bij de toepassing van beleidsregels', *JBplus* 2018, afl. 1, p. 3-12, J.H. Keinemans, 'De beleidsregel en zijn stiefbroer: de werkinstructie', *PB* 2015/74, en H. Bröring & A. Tollenaar, 'Menselijke maat in het bestuursrecht: afwijken van algemene regels', in: K. de Graaf, B. Marseille, S. Prechal, R. Widdershoven & H. Winter (red.), *Grensoverstijgende rechtsbeoefening. Liber amicorum Jan Jans*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 209-218. Voorts mijn 'Bestuursrechtelijke "soft law"'. Of: lang leve de beleidsregel, maar niet de beleidsregel alleen', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, S.D.P. Kole & A.G.A. Nijmeijer (red.), *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 165-183, en 'Bestuursrechtelijke soft law: tien opmerkingen', in: T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters & R. Schlössels (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 167-179.

## 2. Beleidsregels

### 2.1 Definitie, identificatie en 'recht'

Een beleidsregel wordt in artikel 1:3, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gedefinieerd als 'een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan'. Deze definitie is niet de meest gelukkige. Zo mist de onderverdeling in artikel 1:3, vierde lid, Awb in drie soorten beleidsregels toegevoegde waarde,<sup>2</sup> al kan ze ook weinig kwaad. Het negatieve element 'niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift' is een zwakgebod. Misleidend is de definitie in zoverre zij suggereert dat beleidsregels bij besluit worden vastgesteld (ja), maar de beleidsregels zelf niet per se schriftelijk hoeven te zijn (neen).<sup>3</sup>

In dit licht vind ik de omschrijving van beleidsregels in de recente 'Awb' van Aruba, de Landsverordening algemene bepalingen bestuursrecht (Labb), zo gek nog niet. In artikel 1:4 Labb wordt een beleidsregel gedefinieerd als 'een op schrift gestelde beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling tot vastlegging van een voorgenomen of reeds bestaande gedragslijn met betrekking tot de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van een wettelijk voorschrift bij het gebruik van een bevoegdheid van dat bestuursorgaan'. Die driedeling is – zie boven – overbodig. Zowel de omschrijving van de beleidsregel zelf als 'een op schrift gestelde beslissing' als het woordje 'vastlegging' brengt mee dat ook de beleidsregels zelf schriftelijk dienen te zijn. Verder wordt in de Labb beter dan in de Awb aangesloten bij de beleidscategorie vaste gedragslijn, al valt daarbij aan te tekenen dat er ook wettelijke voorschriften bestaan die te beschouwen zijn als 'een op schrift gestelde beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling tot vastlegging van een voorgenomen of reeds bestaande gedragslijn' et cetera. In de Labb worden beleidsregels – net als in de Awb – in termen van een *publiekrechtelijke rechtshandeling* omschreven, waar voorheen in termen van de vaste gedragslijn moest worden geredeneerd. Dit is een wezenlijke verandering, waaraan echter in de memorie van toelichting van de Labb – net als in die van de Awb – niet serieus aandacht wordt besteed.

We hebben dus nog altijd geen perfecte wettelijke definitie van beleidsregels, terwijl de wetgever weinig aandacht heeft voor het principiële onderscheid tussen de beleidscategorie beleidsregels en de beleidscategorie vaste gedragslijn. Onze neiging is met andere woorden om ons, volgens de Nederlandse traditie van pragmatisme, niet druk te maken over belangrijke theoretische vragen. Erg is dat niet, in zoverre dat het voor de bestuurs- en rechtspraktijk per saldo meestal weinig uitmaakt. Dat komt omdat het linksom of rechtsom erom gaat dat recht wordt gedaan aan de rechtsbeginselen van gelijke behandeling, rechtszekerheid en evenredigheid. En daartoe staan verschillende wegen (juridische redeneringen) open.

2 Commissie Evaluatie Awb II, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 60.

3 Dit betreft het onderscheid tussen de rechtshandeling (de vaststelling van regels) en het resultaat van die rechtshandeling (de regels zelf).

H.E. Bröring

Het is echter ook weer geen lood om oud ijzer. Zo meen ik dat beleidsregels geschaard moeten worden onder de *rechtsgronden* in de zin van artikel 8:69, tweede lid, Awb. Beleidsregels zijn immers bij besluit vastgesteld en als zodanig bekendgemaakt. Dan is er voor de bestuursrechter geen probleem om de toepasselijke beleidsregels zelf te achterhalen. Voor de vaste gedragslijn geldt dit niet, want daar kunnen *bewijsproblemen* rijzen rond het bestaan en de inhoud van de vaste gedragslijn. In dit kader is relevant en – nog steeds – voor verbetering vatbaar een gemeentelijke en provinciale praktijk waarin beleidsregels *impliciet* in beleidsnota's worden opgenomen. Omdat het begrip beleidsregels een materieel begrip is, is niet vereist dat bestuursorganen hun beleidsregels als zodanig uitdrukkelijk in hun beleidsnota's identificeren en benoemen en daarbij aangeven voor de uitoefening van welke – eveneens uitdrukkelijk te identificeren en benoemen – bevoegdheid of bevoegdheden deze beleidsregels zijn bedoeld.<sup>4</sup> In geval van impliciet in beleidsnota's vervatte beleidsregels kan het voor de bestuursrechter een hele toer zijn om deze beleidsregels in kaart te brengen, waarmee begrijpelijk wordt dat in de jurisprudentie van de bestuursrechter niet wordt gevergd om ambtshalve die beleidsregels als rechtsgronden erbij te pakken.

Naar mijn indruk hebben gemeenten en provincies de afgelopen jaren veel vooruitgang geboekt, in die zin dat zij hun beleidsregels meer dan voorheen expliciet – *artikelsgewijs* – aanduiden. Bovendien is ook voor decentrale bestuursorganen – weliswaar nog niet zo lang geleden – het *publicatieregime* voor wetgeving en beleidsregels gewijzigd (art. 3:42 Awb jo. art. 2, 5, 6 en 19 Bekenmakingswet).<sup>5</sup> In een en ander moet de bestuursrechter aanleiding vinden om beleidsregels net als wettelijke voorschriften en rechtsbeginselen te rekenen tot de rechtsgronden in de zin van artikel 8:69, tweede lid, Awb. Er is vast nog wat werk aan de winkel voor de beleidsregelgevers van decentrale overheden,<sup>6</sup> maar er hoeven niet meer veel stappen te worden gezet wil de bestuursrechter uitdrukkelijk overstag gaan.<sup>7</sup> Dit overstag gaan zou in elk geval geen vijf jaar meer moeten duren.

In deze context van de identificeerbaarheid en het rechtsgrondengehalte van beleid is het tijd voor curiositeit 1. Het gaat om artikel 1.27 van het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb 2000): 'De aanvraag, bedoeld in artikel 1.24, eerste lid, wordt getoetst aan het recht dat gold op het tijdstip waarop de aanvraag is ontvangen, tenzij uit de Wet anders voortvloeit of het recht dat geldt op het tijdstip waarop de beschikking wordt gegeven, voor de vreemdeling gunstiger is.' In haar uitspraak van 15 april 2019 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) zich gebogen over de vraag of een werkinstructie van de Staatssecre-

4 Voorts is van de gemeentelijke en provinciale praktijk bekend dat daarin soms verwarring bestaat over het onderscheid tussen 'nadere regels', waarmee altijd wettelijke voorschriften bedoeld zouden moeten zijn, en beleidsregels.

5 Men mag hopen dat niet hele beleidsnota's in het provincie- of gemeentebled verschijnen.

6 Sluit een beleidsnota af met een aparte paragraaf waarin artikelsgewijs wordt aangegeven welke beleidsregels voor de uitoefening van welke bevoegdheid of bevoegdheden uit de beleidsnota voortvloeien. Wettelijke voorschriften worden ook niet in essayvorm in een beleidsnota verstoep.

7 Uitdrukkelijk, want in de praktijk betrekken bestuursrechters in veel gevallen al uit eigen beweging, in het kader van zorgvuldigheids- en motiveringseisen, toepasselijke beleidsregels in hun oordeelsvorming.

taris van Justitie en Veiligheid (IND) is te kwalificeren als ‘recht’ in de zin van deze bepaling.<sup>8</sup> Volgens de rechtbank wel. De staatssecretaris is het daarmee oneens. Volgens hem zijn werkinstructies voor intern gebruik en worden werkinstructies geen beleidsregels wanneer ze op een website toegankelijk worden gemaakt. De Afdeling leidt uit de wetsgeschiedenis af

‘dat de wetgever voor het begrip “recht” [niet] heeft beoogd af te wijken van het rechtsbegrip van de Awb over beleidsregels. (...) Dit betekent dat een beleidsbepaling die zich er naar inhoud en strekking toe leent in relatie tot betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast alleen recht kan zijn (...) als hij behoorlijk is bekendgemaakt. Met het oog op de rechtszekerheid en het gemak van één loket voor bekendmakingen heeft de wetgever ervoor gekozen per 1 juli 2009 artikel 3:42, eerste lid, van de Awb zo te wijzigen dat niet tot een of meer belanghebbenden gerichte besluiten van bestuursorganen die behoren tot de centrale overheid steeds in de Staatscourant moeten worden gepubliceerd, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald (*Kamerstukken II* 2006/07, 31 084, nr. 3, blz. 12). Een dergelijk wettelijk voorschrift ontbreekt hier. De rechtbank heeft niet onderkend dat werkinstructies die slechts door mededeling op een website bekend zijn gemaakt alleen al daarom geen recht zijn in de zin van artikel 1.27 van het Vb 2000.<sup>9</sup>

Het valt op dat de Afdeling het begrip recht van artikel 1.27 Vb 2000 vergelijkt met het Awb-begrip beleidsregels en daarbij een parallel trekt met het begrip recht van artikel 79 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO).<sup>10</sup> De status van een regeling is echter iets anders dan de *inwerkingtreding* van die regeling. Regels zouden dus beleidsregels kunnen zijn (als zodanig vastgesteld); maar ze zijn geen als beleidsregels in werking getreden beleid wanneer ze niet op de voorgeschreven wijze zijn bekendgemaakt.<sup>11</sup> Voor de vraag of beleid als beleidsregels in werking is getreden, is de publicatie van belang in de *Staatscourant* of, voor provinciale en gemeentelijke beleidsregels, het provincieblad respectievelijk het gemeentebblad. Opmerkelijk blijft de vereenzelviging in de redenering van de Afdeling van beleidsregels met het van artikel 79 Wet RO bekende begrip recht, die mijn idee steunt dat beleidsregels gerekend moeten worden tot de rechtsgronden in de zin van artikel 8:69, tweede lid, Awb (na die ‘rechtszekerheid’ en dat ‘gemak’ snijdt het argu-

8 ABRvS 15 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1171, *JB* 2019/106, m.nt. Klap, r.o. 3.1.

9 Anders werd geoordeeld in ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:58, *AB* 2015/314, m.nt. dzz.; *JB* 2015/36. Zie nader A.P. Klap, annotatie bij ABRvS 15 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1171, *JB* 2019/106.

10 Over beleidsregels als ‘recht’ mijn ‘Leidraad administratieve boeten 1984. Erkenning van beleidsregels als rechtsregels. HR 28 maart 1990’, in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 219-235.

11 Anders gezegd, bekendmaking op de voorgeschreven wijze (i.c. in de *Staatscourant*) is een constitutief vereiste voor de kwalificatie als ‘recht’, maar niet voor die als beleidsregels.

ment dat het eigener beweging de toepasselijke beleidsregels erbij halen voor de bestuursrechter zoveel werk is geen hout meer).<sup>12</sup>

De les uit het bovenstaande is dat regelgevers alert moeten zijn op het type beleid dat zij beogen. Wanneer zij op beleid met de rechtsgevolgen van een beleidsregel aansturen, dienen zij te zorgen voor bekendmaking conform artikel 3:42 Awb. Bekendmaking op een website van de eigen organisatie volstaat dan niet. Wordt beleid op een dergelijke eigen website bekendgemaakt, dan is in extern perspectief hooguit sprake van beleid met de status van vaste gedragslijn.<sup>13</sup> Daarbij is het nog de vraag of op een website gepubliceerde (interne) instructies vereenzelvigd kunnen worden met een vaste gedragslijn; zie nader paragraaf 4.2.

Wie wil weten of niet-wettelijke regels beleidsregels zijn, moet weten welke persoon of welk college de *bevoegdheid* bedoeld in artikel 4:81 Awb heeft. Bevreemdend zijn de gevallen waar die bevoegdheid niet of uiterst lastig te traceren is. Illustratief is het volgende, curiositeit 2 over het nemen van beslissingen over subsidies voor studenten die een tijd aan een buitenlandse instelling willen verblijven. Spil in het geheel is Nuffic, de Nederlandse organisatie voor internationalisering in onderwijs. Feitelijk beslissen de colleges van bestuur van de verschillende onderwijsinstellingen en stellen zij het beleid vast. Doen zij dat op grond van een bevoegdheid als bedoeld in artikel 4:81 Awb? Welke dan? Of beslissen zij in mandaat namens Nuffic? Is dan tevens mandaat verleend voor het vaststellen van beleidsregels? Ten tijde van coronabeperkingen kregen studenten van sommige universiteiten wel een tegemoetkoming voor hun verblijf aan een buitenlandse universiteit, maar studenten van andere universiteiten in overigens vergelijkbare situaties niet. Als een heldere bevoegdheidsstructuur ontbreekt, is niet duidelijk of sprake is van coherent beleid en schending van het gelijkheidsbeginsel. Regelgevers dienen daarom glashelder te zijn over wie welke bevoegdheid heeft (en over de mogelijkheid van delegatie). Alleen op die basis kan nauwgezet worden bepaald wie bevoegd is om eigen beleid vast te stellen.

## 2.2 Opeenvolgend beleid en anticipatie

Hoofddregel is dat het beleid van toepassing is dat ten tijde van het nemen van het besluit – het primaire besluit of het besluit op bezwaar – geldt. Het gaat dus niet om het beleid dat geldt ten tijde van de indiening of ontvangst van de aanvraag of het bezwaarschrift (het hierboven aangehaalde art. 1.27 Vb 2000 vormt een interessante uitzondering). Mag een bestuursorgaan daarom aanvragen opsparen in afwachting van nieuw beleid, bijvoorbeeld over stikstof? Dat mag zolang de beslistermijn maar niet wordt geschonden. Als procedures over het niet tijdig beslissen moeten worden gevoerd en eindelijk inhoudelijk op de aanvraag wordt beslist, terwijl het beleid inmiddels ten nadele van de aanvrager is gewijzigd, zal in beginsel moeten worden uitgegaan van het beleid zoals dat gold wanneer het bestuursorgaan zich aan de beslistermijn had gehouden. Een *wettelijke aanhoudingsbevoegd-*

12 Te meer niet, omdat de beleidsregels in geconsolideerde vorm moeten zijn weergegeven. Zie art. 19 Bekendmakingswet.

13 Er is gemakkelijk een handvol verschillen in rechtsgevolg tussen beleidsregels en vaste gedragslijnen op te sommen. Zie par. 4.1.

heid kan voor het bestuursorgaan uitkomst bieden, maar deze is betrekkelijk uitzonderlijk. Wanneer regelgevers zien aankomen dat bestuursorganen in dit verband onoverkomelijke problemen kunnen ondervinden, zouden zij de opname in wetgeving van een dergelijke bevoegdheid kunnen overwegen.<sup>14</sup>

Het voorgaande geldt in overeenkomstige zin voor besluiten op bezwaar. Zo vergt de volledige heroverweging als bedoeld in artikel 7:11, eerste lid, Awb een beoordeling en beslissing *ex nunc*. Dit is echter anders wanneer het bestuursorgaan ten tijde van het nemen van het primaire besluit de indertijd geldende beleidsregels niet of onjuist heeft toegepast en de bezwaarmaker met de juiste toepassing van die oude beleidsregels beter af was geweest.<sup>15</sup>

Van bijzonder belang voor de vraag of een bestuursorgaan bij het nemen van zijn besluit mag *anticiperen* op komend beleid is de uitspraak van de Afdeling van 29 november 2023.<sup>16</sup> Is een aanstaande beleidswijziging aan te merken als een bijzondere omstandigheid die aanleiding kan geven om gelet op artikel 4:84 Awb van de beleidsregel af te wijken? Eerdere jurisprudentie wees in de richting van een ontkenkend antwoord, maar was niet eenduidig.<sup>17</sup> In haar uitspraak van 29 november 2023 stelt de Afdeling buiten kijf dat een komende beleidswijziging, op hoe korte termijn deze ook daadwerkelijk wordt doorgevoerd, geen bijzondere omstandigheid is die aanleiding vormt voor afwijking van de nog geldende beleidsregel. Wel oordeelt zij dat om redenen van *evenredigheid* van laatstgenoemde beleidsregel moet worden afgeweken, waarmee *de facto* toch op de komende beleidsregel wordt geanticipeerd. Het komt erop neer dat de komende beleidsregel inkleuring geeft aan het evenredigheidsoordeel in het kader van de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb ter zake van de nog geldende beleidsregel.

Omdat het er gezien recente ontwikkelingen op lijkt – ook een curiositeit – dat ook lagere wetgeving met een inherente afwijkingsbevoegdheid gepaard gaat (althans iets dat erop lijkt), maar dan op grond van artikel 3:4, tweede lid, Awb of een ongeschreven evenredigheidsbeginsel (zie CbB 26 maart 2024,<sup>18</sup> waarover nader par. 5.2), zou een aanstaande wijziging van zulke wetgeving aanleiding kunnen zijn om van de geldende wetgeving af te wijken. Regelgevers kunnen dat niet met behulp van overgangsrechtelijke bepalingen verhinderen, zo lijkt het, omdat het oordeel over de evenredigheid van de toepassing van de nog geldende wetgeving beslissend is.

14 Passend bij gebrekkig doenvermogen van het overheidsbestuur. Ook zou op grondslag van het concordantiebeginsel (art. 39 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden) invoering van het pokopokobeginsel in het Nederlandse bestuursrecht kunnen worden overwogen.

15 Zie bijv. ABRvS 9 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM7099, JB 2010/176, m.nt. red., en mijn annotatie in JB 2024/30.

16 ABRvS 29 november 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4421, JB 2024/30, m.nt. dzz.

17 Vgl. ABRvS 6 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU4074, AB 2005/344, m.nt. Tollenaar, ABRvS 27 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU0135 en CRvB 25 maart 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:672, AB 2021/250, m.nt. Tollenaar.

18 CbB 26 maart 2024, ECLI:NL:CBB:2024:190, JB 2024/73, m.nt. Schlössels & Albers.

### 2.3 Toetsing beleidsregels; communicerende vaten

De aanpak van de Afdeling in haar uitspraak van 29 november 2023 sluit aan bij de Afdelingsuitspraak van 26 oktober 2016,<sup>19</sup> waarin is bepaald dat alleen van belang is of toepassing van de geldende beleidsregel ‘voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die (...) onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen’, en er dus ook zonder de aanwezigheid van bijzondere – in de zin van niet-verdisconteerde – omstandigheden reden kan zijn om van de beleidsregel af te wijken.<sup>20</sup> Is de rol van deze niet-verdisconteerde omstandigheden daarmee uitgespeeld?

Neen. Gezien artikel 3:2 Awb moeten alle relevante feiten en belangen in kaart worden gebracht, en gezien artikel 3:4, eerste lid, Awb moeten alle rechtstreeks betrokken belangen daadwerkelijk worden afgewogen. Het toepassen van beleidsregels met negeren van de vraag of er niet-verdisconteerde omstandigheden zijn, kan een miskenning van deze beide voorschriften betekenen. Dit impliceert dat bestuursorgaan en bestuursrechter bij het nemen respectievelijk toetsen van beschikkingen juist ook oog moeten houden voor niet-verdisconteerde omstandigheden.<sup>21</sup> In een andere opvatting wordt er te gemakkelijk van uitgegaan dat bij de vaststelling van beleidsregels, gelet op alle situaties die zich kunnen aandienen, volledig invulling aan beleidsruimte is gegeven. Dit laatste is echter lang niet altijd het geval, zodat vergeleken met de beleidsregels bij het nemen van beschikkingen, gelet op de aanwezigheid van niet-verdisconteerde omstandigheden, mogelijk nog *aanvullende* besluitvorming nodig is. Precies daarom wordt meer dan voorheen gefocust op de evenredigheid van de beschikking in plaats van op de evenredigheid van de beleidsregel (of een lager wettelijk voorschrift). Voordeel is dat men zich niet uitvoerig hoeft te bekommeren om wat precies in de beleidsregels is verdisconteerd: door de focus op die beschikking worden de niet-verdisconteerde omstandigheden min of meer vanzelf in de besluitvorming meegenomen.

Het voorgaande heeft als achtergrond dat beleidsregels slechts *hulpmiddel* zijn bij het nemen van besluiten, met name beschikkingen, en dus geen doel op zichzelf vormen, en dat de besluitvorming ten behoeve van beleidsregels en die ten behoeve van beschikkingen *communicerende vaten* zijn.<sup>22</sup> In een andere beeldspraak: als met een gebrekkige hamer (een onvolkomen beleidsregel) de spijker toch recht op de kop wordt geslagen (de beschikking is perfect), heeft het geen zin om je in het concrete geval druk te maken over die gebrekkige hamer (beleidsregel). De koerswijziging inzake exceptieve toetsing – waar het gaat om toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geen toetsing meer indirect over de band van

19 ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. dzz.; JB 2016/235, m.nt. Timmermans.

20 Zie ook onderdeel J van het voorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (consultatieversie), waarmee wordt voorgesteld om ‘wegens bijzondere omstandigheden’ te schrappen.

21 Wat verklaart dat ook in de jurisprudentie van na 26 oktober 2016 nog herhaaldelijk wordt gesproken van ‘bijzondere omstandigheden’.

22 Over het idee van de communicerende vaten reeds de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht (commissie-Scheltema), Verslag van de vergadering van 11 mei 1987. Dit idee komt ook naar voren in de Labb met haar stelselmatige aandacht voor beleidsregels parallel aan die voor beschikkingen.

het verbod van willekeur, maar direct aan deze beginselen zelf – heeft dan ook wat betreft het onrechtmatig oordelen van beleidsregels geen aardverschuiving te weeggebracht.<sup>23</sup> In combinatie met de *Harderwijk*-jurisprudentie,<sup>24</sup> die een intensivering van de toetsing op evenredigheid van met name de op beleidsregels gebaseerde beschikkingen inhoudt, is er wel duidelijk een verandering te zien.<sup>25</sup>

Zie voor een extreem voorbeeld van een onrechtmatige beleidsregel, waarbij het bestuursorgaan op voorhand – op beleidsniveau – weigert aandacht te besteden aan de omstandigheden van het geval, CRvB 11 december 2020.<sup>26</sup> In deze zaak – curiositeit 3 – had het college van burgemeester en wethouders van Oss beleidsregels vastgesteld met als inhoud dat nooit gebruik wordt gemaakt van de (discretionaire) bevoegdheid van artikel 58 van de Participatiewet met betrekking tot terugvordering en kwijtschelding in gevallen van schending van de inlichtingenverplichting, dus ook niet wanneer deze schending niet verwijtbaar is. De Centrale Raad van Beroep (CRvB) oordeelt kort en krachtig dat een ‘beleidsregel, die toepassing van een bij wet geregelde begunstigende bevoegdheid volledig uitsluit, (...) de toets van een redelijke beleidsbepaling niet [kan] doorstaan’.<sup>27</sup> Met zulk beleid, waarmee sprake is van ‘*Ermessenseinschrumpfung auf Null*’ die het discretionaire karakter van een begunstigende bevoegdheid totaal loochent, wordt inbreuk gemaakt op de hierboven genoemde artikelen 3:2 en 3:4, eerste lid, Awb.

Beleidsregels zijn (de neerslag van) een besluit, wat betekent dat zij aan de eisen van hoofdstuk 3 Awb onderworpen zijn. In dit verband moet worden gewezen op de onderdelen F (over art. 3:47, eerste lid, Awb) en EE (art. 7:12, eerste lid, Awb) van het voorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (consultatieversie). Deze onderdelen bepalen dat de motivering van een besluit respectievelijk beschikking op bezwaar ‘op een voor belanghebbende begrijpelijke wijze’ dient te worden vermeld; gezien de volstreekte vanzelfsprekendheid in mijn ogen heel merkwaardig:

- 23 Zie concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, en CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, *JB* 2019/151, m.nt. Kaya, ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, *AB* 2020/252, m.nt. Van Zanten en CbB 9 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:240.
- 24 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *AB* 2022/120, m.nt. Van Zanten.
- 25 Waarbij voor de beoordeling op geschiktheid en noodzakelijkheid het accent bij de beleidsregel kan worden gelegd, en voor de beoordeling op evenwichtigheid bij de op de beleidsregel gebaseerde beschikking. Uitgebreid hierover mijn ‘Het evenredigheidsbeginsel als gedragsnorm voor het overheidsbestuur’, *AA* 2022, p. 755-765. Zie ten opzichte van wetgeving G.J.M. Evers & J.C.A. de Poorter, ‘Rechterlijke toetsing van regelgeving. Wat is de betekenis van recente ontwikkelingen in de rechtspraak voor de wetgevingspraktijk van de bestuurswetgever?’, *RegelMaat* (36) 2021, afl. 1, p. 6-37.
- 26 CRvB 11 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3387, *AB* 2021/88, m.nt. Mitsinga; *JB* 2021/38; *Gst.* 2021/62, m.nt. Op den Camp.
- 27 Onder verwijzing naar CRvB 31 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:363, *AB* 2018/308, m.nt. Marseille; *JB* 2018/59.



curiositeit 4.<sup>28</sup> Interessant is wat de impact van deze onderdelen is, mede in relatie tot artikel 4:82 Awb, voor de formulering van de beleidsregels zelf. Wordt de betekenis van beleidsregels als motivering van beschikkingen met genoemde onderdelen F en EE uitgehold? Moeten de opstellers van beleidsregels straks extra hun best doen op de begrijpelijkheid van de motivering van hun beleidsregels?<sup>29</sup> Worden *de beleidsregels zelf* waarnaar bij beschikkingen – ter motivering van die beschikkingen – wordt verwezen straks op hun begrijpelijkheid getoetst, zodat die opstellers ook daar meer werk van gaan krijgen? Moet de motivering van een beschikking eventueel worden voorzien van een (*compenserende*) uitleg van een beleidsregel waarnaar wordt verwezen?

Het komt herhaaldelijk voor dat de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb wordt miskend.<sup>30</sup> Konijnenbelt heeft terecht bepleit dat voor de medewerkers van bestuursorganen deze inherente afwijkingsbevoegdheid moet worden verduidelijkt.<sup>31</sup> Wat mij betreft liever niet in de beleidsregels zelf, maar in een bijbehorende werkinstructie en een goede opleiding. Met het oog op de aanwezigheid van niet in de besluitvorming verdisconteerde omstandigheden werd hierboven gewezen op de noodzaak van aanvullende besluitvorming. Het meest zuiver is om vervolgens te accepteren dat die aanvullende besluitvorming ook in een beschikking kan resulteren die in de perceptie van de betrokken burger een afwijking van de beleidsregel in zijn *nadeel* betekent (in diens perceptie, want het gaat eigenlijk niet om afwijking van een regel, maar om ten opzichte van die regel voortgezette besluitvorming).<sup>32</sup> De vraag dient zich aan in hoeverre dit alles sinds CBb 26 maart 2024 (zie nader par. 5.2) gelet op artikel 3:4, tweede lid, Awb niet ook van betekenis is waar het gaat om lagere wetgeving. Indachtig de suggestie van Konijnenbelt lijkt mij buitenissig wetgeving met een voorschrift waarin – ‘op een voor belanghebbende begrijpelijke wijze’ – staat dat in geval van een onevenredig resultaat van haar toepassing een wettelijke bepaling buiten toepassing moet blijven.

- 28 Ik ben het er dus geheel mee eens dat de motivering van besluiten ook begrijpelijk moet zijn. De vraag is alleen of dat in de Awb aan de al bestaande motiveringseisen moet worden toegevoegd. Mij is geen jurisprudentie bekend waaruit kan worden afgeleid dat motiveringen van besluiten ook onbegrijpelijk mogen zijn. Rb. Gelderland 22 februari 2024, ARN 19/780 (n.g.) roept de vraag op of de Awb straks een voorschrift krijgt dat de bezwaarmaker tevens moet worden gehoord wanneer het bestuursorgaan bevoedt of kan of behoort te bevoeden dat de bezwaarmaker een verkeerde voorstelling van zaken heeft, ofschoon duidelijk is dat het horen voor de feitenvaststelling irrelevant is (het bezwaar is kennelijk ongegrond; art. 7:3, aanhef en onder b, Awb). Hoever moet je gaan met de juridificatie van de menselijke maat?
- 29 Gezien de schakelbepaling van art. 3:4 lid 1 Awb kan men zich iets dergelijks ook afvragen waar het gaat om lagere wetgeving.
- 30 Over toepassing van de afwijkingsbevoegdheid Mitsinga 2021 en Feenstra & Tollenaar 2018.
- 31 W. Konijnenbelt, ‘Normstelling in het bestuursrecht. Een pleidooi voor enige vrijzinnigheid maar vooral voor Einzelfallgerechtigheid’, *NTB* 2019, afl. 7, p. 280-286.
- 32 Voor dit standpunt zal ik niet snel de handen op elkaar krijgen. Natuurlijk begrijp ik het rechtszekerheidsargument. Maar daaraan kan, net als in het strafrecht waar het gaat om beleidsregels over het al dan niet vervolgen of over de te vorderen straf, worden tegemoetgekomen door in de beleidsregels zelf erop te wijzen dat er, zo daartoe gronden zijn, ook ten nadele van de beleidsregels kan worden afgeweken. In zoverre de beleidsregels zelf een dergelijke afwijkingsvoorziening kennen, is strikt genomen van afwijking van de beleidsregels geen sprake.

### 3. Buiten- en tegenwettelijke beleidsregels

#### 3.1 Categorieën

Het heeft mij altijd verbaasd ten eerste dat verschillende soorten buitenwettelijk beleid op één hoop worden gegooid en ten tweede dat de rechterlijke toetsing van (de toepassing van) zulk beleid tot nog toe gewoonlijk, onverschillig het type buitenwettelijk beleid, uiterst beperkt is, namelijk beperkt blijft tot de vraag of het beleid consistent is toegepast, later aangevuld met de vraag of er een fundamenteel recht is geschonden.<sup>33</sup> Met de conclusie van A-G De Bock van 10 november 2023,<sup>34</sup> en een heel klein beetje ook de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 18 april 2024,<sup>35</sup> wordt eindelijk een aanzet tot een nieuwe lijn gegeven.

Beleidsregels en andere vormen van beleid geven gewoonlijk invulling aan een wettelijke (meestal discretionaire) bevoegdheid. Voor zover ze binnen de grenzen van de wettelijke bevoegdheid blijven, spreekt men van *binnenwettelijk* beleid. Het kan ook zijn dat ze de wettelijke grenzen overschrijden, of dat er helemaal geen wettelijke bevoegdheid is, zodat overschrijding van zulke grenzen in het geheel niet aan de orde kan zijn. In het laatste geval, wanneer voor het beleid geen enkele wettelijke bevoegdheid is aan te wijzen, gaat het bij uitstek om *buitenwettelijk* beleid.<sup>36</sup> Bij dit type buitenwettelijk beleid kan per definitie niet worden verwezen naar ‘het wettelijk voorschrift (...) waaruit de bevoegdheid waarop het besluit, inhoudende een beleidsregel, betrekking heeft voortvloeit’ (art. 4:83 Awb),<sup>37</sup> zo al naar een wettelijke bepaling wordt verwezen, wordt hooguit artikel 4:81, eerste lid, Awb genoemd.

Bekende voorbeelden van buitenwettelijk beleid zonder enige wettelijke bevoegdheid zijn de Uitkeringsregeling Backpay,<sup>38</sup> de evacuatieregeling Afghanistan<sup>39</sup> en de Beleidsregel tegemoetkoming ondernemers getroffen sectoren COVID-19. Zoals door laatstgenoemde regeling wordt geïllustreerd, is buitenwettelijk beleid zonder

33 Vgl. o.a. mijn ‘Beleidswijziging: het spel, de regels en het vertrouwen’, in: M.J. Jacobs, H.E. Bröring, C.W. Backes & M.R.T. Pauwels, *Tijd voor verandering. Over overgangsrecht* (VAR-reeks 148), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 85-86, en mijn annotatie onder CBb 22 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:992, AB 2022/7 en CBb 13 juli 2021, ECLI:NL:CBB:2021:761, AB 2022/8 (m.nt. onder AB 2022/7) en onder CRvB 10 mei 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1127, AB 2022/353. Zie ook J.E. van den Brink, ‘Publiek geld als pleister op de corona-wonde’, in: J.P. Loof, J. Korzelijs, J.E. van den Brink & M. van der Steen, *Bestuursrecht in crisistijd* (VAR-reeks 166), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 301.

34 Concl. A-G R.H. de Bock 10 november 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:2086. Zie ook M.E. den Boer-Adriaanse, ‘Toetsing van buitenwettelijk en tegenwettelijk begunstigend beleid’, *NTB* 2023, afl. 8, p. 473-484.

35 CRvB 18 april 2024, ECLI:NL:CRVB:2024:726.

36 Men spreekt ook wel van buitenwettelijk *begunstigend* beleid. Buitenwettelijk belastend beleid is in het licht van het legaliteitsbeginsel op voorhand onaanvaardbaar. Om die reden laat ik deze categorie verder onbesproken.

37 In art. 4:83 Awb staat ‘zo mogelijk’, waarmee de mogelijkheid van buitenwettelijke beleidsregels is verdisconteerd.

38 Waarover o.a. CRvB 16 april 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:96 en ECLI:NL:CRVB:2020:964, AB 2021/179, m.nt. dzz., CRvB 24 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3418 en CRvB 27 juli 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:1448.

39 Waarover ABRvS 14 september 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2684.

enige wettelijke bevoegdheid gewoonlijk het resultaat van de druk der omstandigheden, waarbij de tijd ontbreekt om een wettelijke bevoegdheid te creëren. Ook betreft het incidentele regelingen, zoals beide andere voorbeelden illustreren. In geval van buitenwettelijk beleid zonder enige wettelijke bevoegdheid moet een bevoegdheid worden aangenomen of geconstrueerd. Een dergelijke constructie is aan de orde in de uitspraak over de evacuatieregeling Afghanistan, waar wordt overwogen dat in een Kamerbrief (van 11 oktober 2021) 'de bestuursorganen de publieke taak aan zich hebben getrokken om zich in te spannen om de overkomst van de in die brief genoemde personen van Afghanistan naar Nederland te faciliteren'. Waar de overheid heeft besloten om voor een bepaald doel geld ter beschikking te stellen zonder dat een wettelijke bevoegdheid daartoe voorhanden is, wordt als bekend in het algemeen een ongeschreven (subsidie)bevoegdheid aanvaard.<sup>40</sup>

Als er wel een wettelijke bevoegdheid is, kan er beleid zijn waarmee de bevoegdheid en haar normering worden overschreden. Vaak gebeurt die overschrijding per abuis. Als ze min of meer incidenteel is, hoeft het bestuursorgaan de fout in overeenkomstige nieuwe gevallen niet te herhalen. Het wordt interessant wanneer een bestuursorgaan – denkkelijk willens en wetens – beleid heeft vastgesteld waarmee de bevoegdheid en haar normering stelselmatig worden overschreden, dus wanneer het gaat om tegenwettelijk ofwel *contra legem*-beleid. Een bekend voorbeeld is beleid waarmee wordt afgeweken van de duidelijke wettelijke bepaling dat uitkeringen niet met terugwerkende kracht mogen worden verleend, terwijl het beleid zegt dat dit tot op zekere hoogte wel mag (moet).

De moeilijkste categorie is een tussencategorie, te weten die van *praeter legem*-beleid: beleid dat ogenschijnlijk – gerekend naar de letter van het voorschrift – met een wettelijk voorschrift in tegenspraak is, maar wel in lijn met de geest (strekking, bedoeling) van dit voorschrift. Soms kan zulk beleid worden beschouwd als een soort (binnenwettelijk) wetsinterpreterend beleid. In andere gevallen gaat het eerder om beleid dat in een wettelijke leemte voorziet.<sup>41</sup> Relevant is of de omstandigheden waarop het beleid betrekking heeft wettelijk verdisconteerde omstandigheden zijn. Zo ja, dan gaat het bij nader inzien om tegenwettelijk beleid. Zo nee, dan kan gesproken worden van buitenwettelijk beleid in aanvulling op een wettelijke bevoegdheid. Probleem is dat in veel gevallen niet goed is vast te stellen wat al dan niet is verdisconteerd: de wil van de wetgever is een moeilijk te vatten fenomeen.<sup>42</sup> In het kader van de inherente afwijkingsbevoegdheid van beleidsregels werd voor de verdisconteerde omstandigheden – de niet-bijzondere omstandigheden – niet alleen gekeken naar de uitdrukkelijk verdisconteerde omstandigheden, maar ook naar de omstandigheden die geacht worden te zijn verdisconteerd.<sup>43</sup> Het laatste

40 Art. 4:23 Awb staat dat toe.

41 Concl. A-G R.H. de Bock 10 november 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:2086, pt. 2.49 en 2.50.

42 Hierover K. Meersma, 'Rechtspraak en parlementaire geschiedenis. Mag het een onsje minder?', *NJB* 2024, afl. 8, p. 516-523.

43 Wat een kwestie van interpretatie van de regelgeving vormt.

heeft soms een hoog speculatief gehalte, en dat is niet anders in geval van wetgeving.<sup>44</sup>

De conclusie van De Bock en de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 18 april 2024 illustreren dat het kwalificeren naar soort beleid(sregel) lastig kan zijn. In de rechtspraak werden de Beleidsregels schorsing, opschorting, intrekking en herziening uitkeringen 2006 als buitenwettelijk begunstigend beleid aangemerkt. Volgens De Bock gaat het om binnenwettelijke beleidsregels over 'hoe de plicht tot herziening of intrekking die in art. 2:58 lid 1 Wajong is neergelegd, moet worden ingevuld':<sup>45</sup> er is geen of-beleidsruimte, maar wel hoe-beleidsruimte. Naar het oordeel van de Centrale Raad van Beroep, in rechtsoverweging 4.3.4, is daar echter geen sprake van een discretionaire bevoegdheid, maar is er wel ruimte waar het gaat om de bevoegdheid om bij aanwezigheid van een 'dringende reden' van herziening of intrekking af te zien (art. 2:58, derde lid, en 2:59, vijfde lid, Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten (Wajong): er is beoordelingsruimte ('dringende reden').<sup>46</sup> Dit betekent dat ook in de opvatting van dit rechtscollege binnenwettelijke beleidsregels in het geding zijn. Vervolgens spitst dit rechtscollege zijn toetsing toe op artikel 4:84 Awb, waarbij het in verband met gewijzigde maatschappelijke inzichten tot een indringender toetsing komt dan voorheen.

### 3.2 Toetsing van buiten- en tegenwettelijk beleid en consequentie voor regelgevers

Als opgemerkt, blijft de toetsing bij buitenwettelijk beleid beperkt tot de vraag of het beleid consistent is toegepast en de vraag of er een fundamenteel recht is geschonden. Dit met de aantekening dat de jurisprudentie soms wat royaler is of lijkt.<sup>47</sup> Illustratief is de uitspraak van 22 februari 2023,<sup>48</sup> waarin de Afdeling naar aanleiding van de opmerking van appellanten dat zij door de strikte categorisering in het beleid tussen wal en schip vallen, overweegt:

'De enkele omstandigheid dat de personen voor wie het kabinet zich inspant in het beleid zijn omschreven in groepen, maakt echter niet dat de minister dit

44 Met inbegrip van formele wetgeving (waarvoor het onderscheid wel of niet verdisconteerd nog steeds relevant is). Het onderscheid tussen *contra legem*- en *praeter legem*-beleid raakt voor wat betreft de wet (in formele zin) aan de problematiek van art. 120 Gw en het *Harmonisatiewet*-arrest, waarop ik op deze plaats niet nader inga. Zie echter nog het voorstel voor een nieuw art. 3:4 lid 2 Awb: 'De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen, ook indien het eerste lid de af te wegen belangen beperkt.' Verder o.a. M. Scheltema, 'Een wet van Meden en Perzen. Geen onwrikbare wet in het hedendaagse bestuursrecht', in: M. Scheltema, R.F.B. van Zutphen & J.F.P.M. van de Wiel, *Wetgeving en uitvoering* (preadvies Nederlandse Vereniging voor Wetgeving), Breda: Wolf Legal Publishers 2021, p. 49-51.

45 Concl. A-G R.H. de Bock 10 november 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:2086, pt. 8.47.

46 En beleidsruimte (kan-bepaling). Maar dit laatste is heel betrekkelijk. Want het ligt niet in de rede om wanneer aan de bevoegdheidsvoorwaarde ('dringende reden') is voldaan nog ruimte te zien voor het afzien van herziening en/of terugvordering.

47 Concl. A-G R.H. de Bock 10 november 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:2086, pt. 5.7, Den Boer-Adriaanse, p. 477.

48 ABRvS 22 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:719.

H.E. Bröring

beleid niet zo heeft mogen vaststellen of dat dit beleid in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. De minister beroept zich niet ten onrechte op het belang van een duidelijke afbakening, die hanteerbaar en eindig is. Dat kan anders zijn als iemand bijvoorbeeld net niet onder de omschrijving van een groep in het beleid valt, en dit tot een inconsistente toepassing van het beleid leidt waarvoor geen goede motivering gegeven is.’ (r.o. 5.1)<sup>49</sup>

Ook A-G De Bock en Den Boer-Adriaanse constateren dat de toetsing in geval van buitenwettelijk beleid in het algemeen bijzonder terughoudend is, zodat de burger niet veel rechtsbescherming wordt geboden. Daarenboven is die toetsing niet geheel eenduidig. Niet alleen omdat er in een aantal gevallen – zie het hierboven gegeven voorbeeld – iets verdergaand lijkt te worden getoetst, maar ook omdat niet altijd duidelijk is of het beleid (exceptief) wordt getoetst of de toepassing van het beleid in concreto.

In haar conclusie bepleit De Bock dat binnenwettelijke en buitenwettelijke beleidsregels volgens hetzelfde toetsingskader worden getoetst. Omdat buitenwettelijke beleidsregels per definitie betrekking hebben op een bevoegdheid met veel beleidsruimte, kan het volgens haar zijn dat de bestuursrechter buitenwettelijke beleidsregels minder indringend toetst dan binnenwettelijke. Het ontbreken van een wettelijke bevoegdheid en regeling brengt mee, zo merkt Den Boer-Adriaanse op, dat het bij de toetsing van buitenwettelijk beleid in het bijzonder aankomt op een toetsing aan de beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>50</sup> Ik ben het met dit alles enorm eens, met de aantekening dat het van belang is om de buitenwettelijke bevoegdheid waar het om gaat zo precies mogelijk te benoemen en af te bakenen (Wat is het doel van de bevoegdheid? Welke belangen zijn betrokken?).<sup>51</sup>

Regelgevers moeten dus zorg dragen voor het expliciteren van de bevoegdheid en de rechtstreeks betrokken belangen waarover het beleid gaat. Zij moeten er verder op letten dat het beleid door het bevoegde bestuursorgaan wordt vastgesteld en dat het beleid, gegeven een algemene voorkeur voor de categorie beleidsregels boven de categorie vaste gedragslijn, op de juiste wijze wordt bekendgemaakt; in geval van beleidsregels met inachtneming van artikel 3:42 Awb, wat op rijksniveau publicatie in de *Staatscourant* betekent (en niet enkel in een Kamerbrief). Buitenwettelijke beleidsregels moeten meer in het algemeen zo veel als mogelijk worden behandeld als binnenwettelijke. Dit geldt met inbegrip van de toepassing van de inherente afwijkingsbevoegdheid.<sup>52</sup>

Beleidsregels, binnenwettelijk of buitenwettelijk, zijn beleidsregels, zodat zij onder meer moeten voldoen aan de eisen die ingevolge hoofdstuk 3 Awb gelden voor besluiten in het algemeen. Voor de tegenwettelijke beleidsregels ligt het ingewikkelder. Zulke beleidsregels zijn wegens strijd met een hogere regeling *onverbindend* te achten (net als lagere wetgeving die in strijd is met hogere wetgeving). Dit is in

49 Zie voorts ABRvS 2 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3135, waarin doorschemert dat de Afdeling een verdergaande toetsing van buitenwettelijk beleid voor mogelijk (en wenselijk) houdt.

50 Den Boer-Adriaanse, p. 482.

51 Soms ook: om welk bestuursorgaan gaat het?

52 Concl. A-G R.H. de Bock 10 november 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:2086, pt. 17.14.

overeenstemming met de opvatting van de Awb-wetgever, aldus ook De Bock, die deze opvatting echter weinig aantrekkelijk vindt.<sup>53</sup> Zij ziet hier 'een opdracht aan het bestuur: maak geen gebruik van tegenwettelijk beleid. Vanuit het perspectief van de burger is het echter een *fact of life* dat hij geconfronteerd [wordt] met tegenwettelijk beleid.' Dit laatste is juist en mag niet worden genegeerd. Echter, onverbindende beleidsregels zouden kunnen worden *geconverteerd* in een vaste gedragslijn (zoals onverbindende wetgeving onder voorwaarden in beleidsregels kan worden geconverteerd), zodat toch beleid – vergezeld van waarborgen voor de burger – van toepassing blijft.

Overigens kan men over de mogelijkheid om beleidsregels onverbindend te achten verschillend denken. Zijn beleidsregels – niet zijnde algemeen verbindende voorschriften (art. 1:3, vierde lid, Awb) – wel verbindende regels, en zo niet, kunnen zij dan toch onverbindend worden geoordeeld? Licht in de uitsluiting in artikel 8:3, eerste lid, Awb van vernietigingsberoep tegen beleidsregels besloten dat beleidsregels (verbindende) regels zijn die onverbindend kunnen worden geoordeeld? Bestaat de mogelijkheid om beleidsregels buiten toepassing te laten? Wat is het verschil met de inherente afwijkingsbevoegdheid? En hoe verhoudt dit alles zich tot de gedachte dat beleidsregels slechts een hulpmiddel zijn bij het nemen van beschikkingen (zie par. 2.3)?

Verder wil ik bij de 'opdracht aan het bestuur: maak geen gebruik van tegenwettelijk beleid' nog een kanttekening plaatsen. In algemene zin is deze opdracht door het bestuur uiteraard in acht te nemen. Maar het is de vraag of men het altijd moet laten aankomen op een oordeel van de bestuursrechter dat een wettelijke bepaling niet door de beugel kan. Hierbij is onder meer van betekenis dat een bestuursrechter er alleen in incidentele gevallen aan te pas komt, wat bovendien bewerkstelligt dat de bestuursrechter eerder kiest voor buiten toepassing laten van een 'ongelukige' bepaling dan dat hij deze onverbindend acht.<sup>54</sup> Ik verwijs verder naar de discussie rond de toeslagenaffaire. Waarom werd in dat kader geen tegenwettelijk beleid – of toch *praeter legem*-beleid? – vastgesteld? Bij de beantwoording van deze vraag kan een vergelijking met tegenwettelijk (of *praeter legem*-)beleid op andere – vooral fiscale en sociaalzekerheidsrechtelijke – terreinen leerzaam zijn.

Een volgende kwestie is hoe het tegenwettelijke beleid zelf dient te worden getoetst. De Bock en Den Boer-Adriaanse menen dat met name de *toepassing* van tegenwettelijk beleid moet worden getoetst, dus de op het beleid gebaseerde beschikking.<sup>55</sup> In geval van beleid dat indruist tegen een wet (in formele zin) stuit men al gauw op de beperkingen van artikel 120 van de Grondwet (Gw), het *Harmonisatiewet-arrest* (van 14 april 1989) en de *Wet Kinderopvang*-uitspraak (van 1 maart 2023), zo voegt De Bock daaraan toe. Het komt inderdaad aan op de toetsing van de op het beleid gebaseerde beschikking, naar mijn mening echter ook en vooral omdat de

53 Concl. A-G R.H. de Bock 10 november 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:2086, pt. 5.50.

54 Het willens en wetens min of meer stelselmatig door (gelijksortige) bestuursorganen hanteren van tegenwettelijk beleid zou voor de wetgever aanleiding moeten zijn om te onderzoeken waarom zulk beleid er is, en of er reden is voor wetswijziging.

55 Conclusie A-G R.H. de Bock 10 november 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:2086, pt. 5.47, Den Boer-Adriaanse, p. 483.

onverbindende beleidsregel aan de kant moet blijven en in plaats daarvan een vaste gedragslijn centraal staat. Daarbij zou ik niet zover willen gaan dat een vaste gedragslijn *contra legem* als zodanig nooit getoetst hoeft te worden. Het is met andere woorden niet zo dat opstellers van tegenwettelijk beleid zich niets van de beginselen van behoorlijk bestuur hoeven aan te trekken. Maak ook in geval van zulk beleid heldere, gemotiveerde en kenbare (en begrijpelijke!) keuzes.

Hoe *praeter legem*-beleid moet worden getoetst, hangt af van hoe men dit beleid positioneert. Voor zover het gaat om buitenwettelijke beleidsregels in aanvulling op een wettelijke bevoegdheid (de beleidsregels zien op niet in de wet verdisconteerde omstandigheden), ligt voor de hand dat de toetsing dezelfde moet zijn als die van binnenwettelijke beleidsregels.

#### 4. Instructies en vaste gedragslijnen

##### 4.1 *Verschillen met beleidsregels: bekendmaking, bindingsgrondslag en bewijs*

Zowel binnen- als buitenwettelijke beleidsregels zijn gewone beleidsregels. Tegenwettelijke beleidsregels zijn onverbindend, al wordt dat niet door iedereen zo gezien. Zie bijvoorbeeld A-G De Bock, hiervoor aangehaald, die een deel van de rechtspraak aan haar zijde vindt. De reden voor het niet onverbindend achten kan, als opgemerkt, niet zijn dat burgers anders geheel met lege handen staan. Onverbindende – voor burgers gunstige – beleidsregels kunnen immers worden geconverteerd in een vaste gedragslijn. Dit neemt niet weg dat er verschillen tussen beleidsregels en vaste gedragslijnen bestaan.

Afgezien van mijn verwachting waar het gaat om artikel 8:69, tweede lid, Awb (beleidsregels gaan onder de daar bedoelde *rechtsgronden* vallen, maar vaste gedragslijnen niet), kan worden gedacht aan artikel 4:82 Awb (er kan ter *motivering* van beschikkingen alleen naar een vaste gedragslijn worden verwezen wanneer deze in een beleidsregel is neergelegd) en verschillen op het punt van de *bekendmaking* (zie ook de in par. 2.1 aangehaalde Afdelingsuitspraak van 15 april 2019), de *bindingsgrondslag* (art. 4:84 Awb versus het gelijkheids- en het rechtszekerheidsbeginsel) en de *bewijslast* op het punt van het bestaan en de inhoud van het beleid.<sup>56</sup> Bij dit laatste spelen instructies een grote rol. Aangenomen mag immers worden dat (interne) instructies, net als beleidsregels, daadwerkelijk worden toegepast en zo de basis vormen voor een (externe) vaste gedragslijn. Dit neemt niet weg dat waar beleidsregels en een vaste gedragslijn divergeren, de beleidsregels – die van een

56 Denk verder onder meer aan de vraag of het beleid recht is in de zin van art. 79 Wet RO, de toepasselijkheid van de normen van hoofdstuk 3 Awb (vgl. art. 3:1 lid 2 Awb), de toepasselijkheid van standaard voorschriften bij beschikkingen van rechtswege (vgl. art. 4:20e Awb) en de vraag of het beleid in mandaat mag worden vastgesteld. Wat betreft dit laatste is opmerkelijk dat beleidsregels alleen in mandaat mogen worden vastgesteld wanneer daartoe expliciet (afzonderlijk) mandaat is verleend, terwijl een vaste gedragslijn impliciet, zonder een daarop gericht besluit, in mandaat kan worden vastgesteld, namelijk door een mandataris die mandaat heeft verkregen voor het nemen van beschikkingen.

hogere orde zijn – als uitgangspunt voorrang krijgen.<sup>57</sup> Met het voorgaande is tevens gewezen op een aantal verschillen tussen beleidsregels en instructies.<sup>58</sup>

Lees ter illustratie van de verhouding tussen beleidsregels, instructies en een vaste gedragslijn CRvB 21 februari 2024.<sup>59</sup> In deze uitspraak worden de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter onderscheiden van de Werkwijzer Poortwachter:

‘In de Werkwijzer (versie december 2020) is vermeld dat deze primair een interne functie heeft en dat door plaatsing op de website van Uvw tevens is beoogd aan werkgevers en werknemers een richtlijn te geven voor de aanpak van re-integratie en hen meer voorspelbaarheid te bieden op de uitkomsten van de toetsing door het Uvw. Gelet hierop kan aan de Werkwijzer een zekere externe werking niet worden ontzegd. Aangezien de Werkwijzer immers blijkt geeft van een vaste gedragslijn van het Uvw, kunnen werkgevers zich er uit een oogpunt van rechtszekerheid en gelijkheid op beroepen.’ (r.o. 4.1.3)

Zo is het precies: (interne) instructies zoals de Werkwijzer kunnen door hun toepassing bij het nemen van beschikkingen externe werking krijgen en de vorm van een vaste gedragslijn aannemen waaraan het bestuursorgaan gebonden is op grond van het gelijkheidsbeginsel en eventueel het rechtszekerheidsbeginsel, terwijl de gebondenheid aan beleidsregels, die als besluit per definitie externe werking hebben, op artikel 4:84 Awb berust.

#### 4.2 Toetsing bij vaste gedragslijn en consequentie voor regelgevers

Men kan zich afvragen of een vaste gedragslijn als zodanig zich net als een beleidsregel leent voor een (exceptieve) toetsing. Volgens de jurisprudentie wel. Zo wordt in CRvB 2 februari 2023<sup>60</sup> van een vaste gedragslijn gezegd dat deze ‘niet onredelijk’ is. Heel uitgesproken is CRvB 17 januari 2023:<sup>61</sup> ‘Ook beleid dat niet in beleidsregels is vormgegeven, maar, zoals in dit geval, in een vaste gedragslijn, moet aan de evenredigheidstoets worden onderworpen. Dit volgt uit artikel 3:1, tweede lid, van de Awb.’ Akkoord. Voorwaarde is wel dat het bestaan en de inhoud van de vaste gedragslijn duidelijk zijn. Daarvoor kan worden gekeken naar instructies, maar alleen voor zover deze ten eerste bekend zijn en ten tweede daadwerkelijk zijn toegepast. Verder geldt ook voor een vaste gedragslijn dat daar om redenen van even-

57 Als uitgangspunt, want als een belanghebbende aannemelijk maakt dat de vaste gedragslijn – in zijn voordeel – van de beleidsregels afwijkt, prevaleert op grond van het gelijkheidsbeginsel de vaste gedragslijn. Op de belanghebbende rust dus wel een stel- en bewijsplicht. Een curieuze zaak in dit verband is CRvB 23 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4416, AB 2015/155, m.nt. dzz., als sluitstuk van een moeizaam traject van beleidswijziging in de gemeente Hoorn: eerst beleidsregels en vaste gedragslijn *contra legem*, daarna beleidsregels conform de wet, maar vaste gedragslijn (‘What’s in a name?’) nog steeds *contra legem* en nu ook *contra* de beleidsregels.

58 Zie voor andere verschillen nog Keinemans 2015, par. 2.2.

59 CRvB 21 februari 2024, ECLI:NL:CRVB:2024:359.

60 CRvB 2 februari 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:219.

61 CRvB 17 januari 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:85, JB 2023/64, r.o. 4.5.



redigtheid eventueel van moet worden afgeweken;<sup>62</sup> in dit geval op grond van artikel 3:4, tweede lid, Awb in plaats van artikel 4:84 Awb.<sup>63</sup>

Het is in het algemeen niet te zeggen in hoeverre in het kader van de rechterlijke toetsing (algemene, schriftelijke, kenbare) instructies en vaste gedragslijnen met elkaar kunnen worden vereenzelvigd.<sup>64</sup> Een mogelijkheid is dat de vaste gedragslijn – van meet af aan of na verloop van tijd<sup>65</sup> – afwijkt van de instructies of dat de gedragslijn door een uiteenlopende toepassing van de instructies helemaal niet zo vast is als de instructies doen voorkomen. Omdat de rechter slechts in incidentele gevallen tot een oordeel wordt geroepen, zal deze niet zelden niet in staat zijn tot waarneming van een dergelijke (volg- of gelijktijdige) *divergentie* tussen het feitelijke en het papieren beleid. Aandacht verdient overigens dat zo'n *divergentie* zich ook in geval van beleidsregels kan voordoen.

Bestuursorganen hebben om begrijpelijke redenen (behoefte aan armslag ofwel flexibiliteit) vaak een voorkeur voor instructies (intern) in combinatie met de vaste gedragslijn (extern) boven beleidsregels. Vertrekpunt is het vermoeden dat een bestuursorgaan zijn instructies daadwerkelijk toepast en dat zijn vaste gedragslijn dus conform deze instructies is, zoals dat trouwens eveneens geldt in geval van beleidsregels. Bij – door een burger onderbouwde – twijfel mag de inhoud van een vaste gedragslijn niet (meer) met die van de instructies worden vereenzelvigd. Alsdan is het aan het bestuursorgaan om aannemelijk te maken dat een dergelijke gelijkstelling toch terecht is, bijvoorbeeld aan de hand van bevindingen van periodieke audits.<sup>66</sup> Verder moet in de motivering van (individuele) beschikkingen zo nodig op begrijpelijke en controleerbare wijze worden uiteengezet dat de instructies daadwerkelijk zijn toegepast.

Het voorgaande impliceert dat opstellers van (extern kenbare) instructies rekening dienen te houden met de mogelijkheid dat de betekenis van deze regels hun interne functie overstijgt. Dit heeft relevantie voor de scherpte van het taalgebruik en de ruimte voor het maken van uitzonderingen. Hierbij behoeft aandacht dat instruc-

62 Zie bijv. ABRvS 15 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1016, r.o. 6.2.

63 In geval van tegenwettelijk beleid gaat het in mijn ogen per definitie om een vaste gedragslijn (tegenwettelijke beleidsregels zijn, zie par. 3.2, onverbindend). Als opgemerkt, ligt het zeker bij tegenwettelijk beleid voor de hand om de nadruk te leggen op de toetsing van de toepassing van het beleid.

64 Opmerkelijk is dat een vaste gedragslijn soms onbestaanbaar wordt geacht, enkel en alleen omdat er geen eigen instructies zijn vastgesteld. Zie voor dit laatste ABRvS 20 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4783. Appellant had aangevoerd 'dat de examiner heeft gehandeld in strijd met het "Handboek toetsen en examens van de Open Universiteit" (hierna: het Handboek)'. Volgens de Afdeling bevat dit Handboek 'een verzameling onderwijskundige adviezen voor het opstellen van toetsen. Anders dan [appellant] betoogt, is dit Handboek geen beleidsregel of vaste gedragslijn die examinatoren bindt, alleen al omdat het niet door de commissie voor de examens of enig ander orgaan van de Open Universiteit is vastgesteld' (r.o. 6). Het gaat volgens de Afdeling dus om een of andere richtlijn. Beslissend is echter niet of een bestuursorgaan het Handboek als (eigen) beleidsregels of instructies heeft vastgesteld. Want het zou ook kunnen zijn dat het Handboek, een richtlijn, door een bestuursorgaan wordt toegepast, zodat toch sprake is van een (eigen) vaste gedragslijn.

65 In het laatste geval kan worden gesproken van verlijeren van beleid.

66 Op het bewijsrecht in geval van licht tussen beleidsregels onderscheidenlijk instructies en een vaste gedragslijn wordt hier niet nader ingegaan.

ties waarmee medewerkers van bestuursorganen werken zich vaak in een ruimere *beleidscontext* ophouden, waarin bijvoorbeeld ook met beleid wordt gewerkt dat tot uitdrukking komt in tekstmodellen in een geautomatiseerd systeem en in algoritmen. Dit betekent dat opstellers van instructies eraan moeten bijdragen dat alle belevingsvormen – beleidsregels, instructies en vaste gedragslijnen – één coherent geheel vormen.

#### 4.3 Gemengd beleid; een illustratie

Vaak hanteren bestuursorganen voor de uitoefening van een en dezelfde bevoegdheid verschillende vormen van beleid naast of door elkaar. Een voorbeeld van hoe complex de aard van het beleid kan zijn (binnenwettelijk, *contra legem* of *praeter legem*; beleidsregels, instructies, vaste gedragslijnen), is het beleid voor de schadeafhandeling – de afwikkeling van de aansprakelijkheid van NAM – in het kader van de Tijdelijke wet Groningen (TwG). Het Instituut Mijnbouwschade Groningen (IMG), een zelfstandig bestuursorgaan (zbo), is de bevoegdheid toegekend om schadeclaims af te handelen met toepassing van het civiele schadevergoedingsrecht.<sup>67</sup> Merkwaardig, en daarom urositeit 5, is het beleid – en de ontwikkeling van dit beleid – voor de uitoefening van deze bevoegdheid. Het zuiver juridische gehalte van schadeafhandeling volgens het civiele recht wijst op *wetsinterpreterend* beleid. Gezien dit type beleid, ter uitvoering van de semirechterlijke taak van het IMG, sloot de TwG de toepasselijkheid van artikel 21 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (Kaderwet zbo's) uit:<sup>68</sup> het was aan het IMG om – voor zichzelf – beleidsregels vast te stellen.

Wie ruimhartig beleid wil, zoals de Tweede Kamer en ook de regering, kan daarmee gemakkelijk de grenzen van de wettelijke opdracht aan het IMG overschrijden. Immers, schadeafhandeling met toepassing van het civiele recht, onder andere op het punt van causaliteit, staat op gespannen voet met het betrachten van ruimhartigheid.<sup>69</sup> Ruimhartigheid impliceert al gauw *buitenwettelijk* beleid met financiële consequenties waarvoor het IMG niet zelf de verantwoordelijkheid kan nemen. In samenhang daarmee is het niet van toepassing verklaren van artikel 21 Kaderwet zbo's naderhand teruggedraaid. Hiermee is gezegd dat het IMG-beleid verschillende soorten beleid in zich verenigt; zijn beleid is niet in al zijn onderdelen zuiver binnenwettelijk beleid. Illustratief is het beleid over de vaste vergoeding van € 10.000 (geen beoordeling van causaliteit en geen kostencalculatie) en over bedragen tot € 60.000 (geen causaliteitsbeoordeling, mits gekozen wordt voor daadwerkelijk herstel).<sup>70</sup>

67 Art. 2 lid 2 en 6 TwG.

68 De bepaling die de minister de bevoegdheid verschaft om beleidsregels voor een zbo vast te stellen.

69 Wie zelf de schade heeft veroorzaakt, mag deze schade gerust zelf ruimhartig afhandelen. Maar een derde (het IMG) kan die ruimhartigheid niet betrachten zonder toestemming van de schadeveroorzaker (NAM). Verwezen wordt naar AEF (D. Boot, E. van Dongen, E. de Jong, D. Schelfhout, C. Vloedveld & R.-J. Voorn), *Evaluatie Tijdelijke wet Groningen*, aangeboden bij Kamerbrief van 16 september 2021. Zie o.a. p. 71 van dit evaluatierapport.

70 De opeenvolgende beleidswijzigingen lijken stilzwijgend te hebben geresulteerd in een gedeeltelijke wijziging van de bevoegdheidsgrondslag: vervanging deels van de (wettelijke) bevoegdheid tot het nemen van schadebeschikkingen door een (ongeschreven) bevoegdheid tot subsidiëring.

H.E. Bröring

Over de vraag om wat voor soort beleid het gaat, maakt vrijwel niemand zich te sappel. Alleen Shell en ExxonMobil hechten aan het onderscheid tussen binnen- en buitenwettelijk beleid, dat wil zeggen het verschil tussen wat zij gezien het civiele recht moeten betalen en datgene wat volgens hen voor rekening van de overheid (de belastingbetalers) zou moeten blijven.

Zie voorts artikel 10 TwG:

1. Het Instituut stelt, met inachtneming van de bepalingen van dit hoofdstuk, een procedure en een werkwijze vast voor de behandeling van aanvragen.
2. De procedure en werkwijze van het Instituut kennen een ruimhartige schadeafhandeling als uitgangspunt.
3. Het Instituut publiceert zijn procedure en werkwijze op zijn website.'

Dit laatste zou betekenen, zie paragraaf 2.1, dat de regeling over de procedure en werkwijze niet de status van als zodanig in werking getreden beleidsregels heeft. Inmiddels is de regeling – de Procedure en werkwijze van het Instituut Mijnbouwschade Groningen 2022 – in de *Staatscourant* gepubliceerd, zodat zij deze status nu wel lijkt te hebben.<sup>71</sup> De regeling betreft inderdaad de procedure en werkwijze: voor wat betreft de inhoudelijke beoordeling – het onderzoek naar de veroorzaking en omvang van de schade – wordt volstaan met te verwijzen naar 'de Praktische Uitwerking van het Instituut, die op de website van het Instituut is gepubliceerd'.<sup>72</sup>

Omdat de regeling Procedure en werkwijze van het Instituut Mijnbouwschade Groningen 2022 een grondslag in de wet heeft, kan men zich nog afvragen of deze regeling wettelijke voorschriften bevat. Niet per se. Weliswaar heeft het IMG reeds op grond van de hem geattribueerde beschikkingsbevoegdheid (art. 2, derde lid, TwG) tevens de bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels (art. 4:81, eerste lid, Awb), maar artikel 10, eerste lid, TwG maakt van deze bevoegdheid een *verplichting*, en heeft daarom toegevoegde betekenis ten opzichte van artikel 4:81, eerste lid, Awb. Het zou in plaats van om wettelijke voorschriften dus om verplichte beleidsregels kunnen gaan. Ook gezien de gehanteerde terminologie – gesproken wordt van het vaststellen van 'een procedure en een werkwijze' en niet van het vaststellen van 'nadere regels' – houd ik het op beleidsregels.<sup>73</sup>

De verwijzing in de regeling Procedure en werkwijze naar de Praktische Uitwerking zou kunnen worden gezien als een *dynamische verwijzing*, waarbij ook deze Praktische Uitwerking als beleidsregels kan worden aangemerkt.<sup>74</sup> Naar mijn overtuiging

71 Zie <https://wetten.overheid.nl/BWBR0046981/2024-02-23>.

72 Zie art. 2.2 lid 2, slot, Regeling.

73 Andere voorbeelden van onduidelijke regels met wettelijke grondslag zijn op de wetgeving gebaseerde bestuursreglementen. Zie o.a. de op grond van art. 12.7 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) verplichte bestuursreglementen voor de inrichting van academische ziekenhuizen/UMC's. Hierover P. van der Hart-Zwart, *Verantwoordelijkheden voor goede zorg van bestuur, stafconvent en afdelingshoofden in een UMC* (diss. Groningen), 2024, p. 114-115.

74 Gesproken kan worden van een dynamische verwijzing, omdat de Praktische Uitwerking herhaaldelijk aan wijziging onderhevig is; veel vaker dan de regeling Procedure en werkwijze.

heeft deze Praktische Uitwerking echter slechts de status van instructies. Een indicatie daarvoor is dat zij alleen is gepubliceerd op de website van het IMG,<sup>75</sup> en niet (ook) in de *Staatscourant*.<sup>76</sup> Het gaat om instructies gebaseerd op een advies van deskundigen.<sup>77</sup> De instructies vormen de basis voor een vaste gedragslijn, in het bijzonder over hoe om te gaan met het wettelijk bewijsvermoeden van artikel 6:177a van het Burgerlijk Wetboek (BW). Omdat de vaste gedragslijn als zodanig moeilijk is waar te nemen, pleegt de rechter aan de instructies – zoals deze zijn toegelicht door het IMG – te toetsen.<sup>78</sup> Met – zie paragraaf 4.2 – bepaalde risico's van dien, zodat mag worden geëist dat in de motivering van (individuele) beschikkingen op begrijpelijke en controleerbare wijze wordt aangegeven dat de instructies daadwerkelijk zijn toegepast.

## 5. Aan de onder- en bovenkant: richtlijnen en lagere wetgeving

### 5.1 Richtlijnen

Beleidsregels, instructies en vaste gedragslijnen geven het eigen beleid van een bestuursorgaan weer; dit in tegenstelling tot de beleidscategorie richtlijnen,<sup>79</sup> bijvoorbeeld NEN-normen, CROW-richtlijnen, de Nederlandse Drogistennorm en (andere) vormen van zelfregulering, zoals gedragscodes en protocollen. Over richtlijnen valt niet zoveel nieuws te melden.<sup>80</sup> Dit met een belangrijke uitzondering: de verhouding tussen verwante bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke open normen en de rol van 'soft law': beleidsregels en veldnormen. Zulke veldnormen zijn leidend bij de invulling van vage normen in de vorm van zorgplichten.<sup>81</sup> Bestuursorganen moeten hun verantwoordelijkheid nemen en die invulling *overrulen* wanneer zij van oordeel zijn dat een veldnorm beneden de maat is. Dat dient dan te geschieden door middel van (wetsinterpreterende) beleidsregels, waarbij in de mo-

75 Zie [www.schadedoormijnbouw.nl/schade-gebouw/verdiepende-informatie/toepassing-bewijsvermoeden](http://www.schadedoormijnbouw.nl/schade-gebouw/verdiepende-informatie/toepassing-bewijsvermoeden).

76 Zie in dit verband ABRvS 27 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3614, AB 2023/286, m.nt. Nijmeijer. Van een dynamische verwijzing naar beleidsregels kan alleen sprake zijn als de regels waarnaar wordt verwezen inderdaad beleidsregels zijn, aldus terecht de annotator.

77 Paneladvies 'Beantwoording vragen Tijdelijke Commissie Mijnbouwschade Groningen', Groningen, 22 januari 2019.

78 Zie voor wat betreft de toetsing van het beleid zelf ABRvS 8 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1631, r.o. 39-40, ABRvS 3 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2233, r.o. 80 en ABRvS 11 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:96, r.o. 40-41.

79 Dat zijn niet-wettelijke regels die bruikbaar zijn bij bestuursrechtelijke bevoegdheidsuitoefening, maar die niet afkomstig zijn van een instantie die de bevoegdheid heeft voor de uitoefening waarvoor de niet-wettelijke regels zich lenen.

80 Wel wijs ik nog op de impact van de CROW-richtlijnen voor wegbeheerdersaansprakelijkheid, waarover P. Oskam, 'CROW-richtlijnen: richtinggevend of doorslaggevend?', *AV&S* 2023, afl. 2, p. 48-54.

81 Lees in dit verband aanwijzing 2.5 van de Aanwijzingen voor de regelgeving: 'Bij het bepalen van de keuze voor een mogelijkheid tot overheidsinterventie om een doel te bereiken wordt zoveel mogelijk aangesloten bij het zelfregulerend vermogen in de maatschappij.'

H.E. Bröring

tivering wordt uitgelegd waarom de veldnormen tekortschieten. Zie voor deze lijn ABRvS 14 januari 2015.<sup>82</sup>

Het is opmerkelijk dat deze lijn – van deze modeluitspraak – in de bestuurspraktijk nog steeds amper wordt gepraktiseerd en door de jurisprudentie ook niet wordt geëist; hier is dient zich curiositeit 6 aan, gelegen in iets dat niet gebeurt. Illustratief is het financieel recht, waarin maar weinig met beleidsregels wordt gewerkt teneinde vage normen te concretiseren en daarmee zo nodig veldnormen aan de kant te zetten.<sup>83</sup> Klaarblijkelijk wil het bestuursorgaan zijn handen zo veel mogelijk vrijhouden. De normhandhaving verplaatst zich daarmee naar vooroverleg met (mogelijke) overtreders en krijgt aldus een ad-hockarakter. Een hiermee gepaard gaande rechtsonzekerheid kan uit een oogpunt van handhaving effectief zijn, maar is uiteraard voor de desbetreffende normadressaten zelf niet aantrekkelijk.<sup>84</sup>

De terughoudendheid van bestuursorganen bij het vaststellen van beleid ter invulling van open (bestuursrechtelijke) normen die een privaatrechtelijke pendant hebben, trekt verder aandacht met het oog op de vraag of aan de hand van veldnormen – voor het bestuursrecht richtlijnen – aan vage normen door bestuursorgaan en bestuursrechter respectievelijk civiele rechter *dezelfde invulling* wordt gegeven.<sup>85</sup> Interessanter nog is de vraag of de leidende rol van veldnormen en de terughoudende opstelling daartegenover van bestuursorganen betekenen dat bij ‘samenloop’ van bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke open normen de rol van *de civiele rechter de overhand* gaat krijgen. Gezien de vele open normen en (algemene en bijzondere) zorgplichten in de hedendaagse wetgeving wordt nader onderzoek naar deze vraag aanbevolen.

## 5.2 Lagere wetgeving

In de normenhierarchie is wetgeving van een hogere orde dan de hoogste beleids-categorie: de beleidsregels. Tussen wetgeving en beleidsregels bestaan diverse verschillen, zoals op het punt van de bevoegdheid tot regelgeving en mandatering van deze bevoegdheid, de mogelijkheid om bevoegdheden te creëren en die om verplichtingen op te leggen. Ook placht men een verschil te zien in de mate van *gebondenheid* aan de regels: absolute gebondenheid (wetgeving) versus relatieve gebon-

82 ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:58 (hoog cervicale manipulatie). Nader hierover, toegespitst op het terrein van het financieel recht, H.E. Bröring & O.O. Cherednychenko, ‘Principle-Based Regulation and Public Trust in the Post-Crisis World: The Dutch Case of Financial Services’, in: S. Comtois & K. de Graaf (red.), *On Lawmaking and Public Trust*, Den Haag: Eleven International Publishing 2016, p. 55-71.

83 O.O. Cherednychenko, ‘Een nieuwe generieke zorgplicht in het financiële toezichtprivaatrecht. Op naar meer toenadering tussen het bestuursrecht en het contractenrecht?’, *WPNR* 2013, afl. 6998, p. 1122-1128.

84 Het stelsel waarin schending van een vage wettelijke norm geen overtreding is maar de overtreding eerst bestaat wanneer een concrete gedragsaanwijzing wordt geschonden, is op zichzelf uit een oogpunt van rechtszekerheid in orde.

85 Een veronderstelling is dat de civielrechtelijke invullende normering vergeleken met de bestuursrechtelijke *grosso modo* gunstiger lijkt voor consumenten. Daarbij kan een rol spelen dat de civielrechtelijke invulling is toegespitst op de omstandigheden in concreto, waar bestuursorganen ook moeten houden voor een algemene uitwerking (precedenten en vaste gedragslijnen) en zij in individuele gevallen niet ten nadele van de belanghebbende van hun beleid mogen afwijken.

denheid vanwege de toepasselijkheid van de inherente afwijkingsbevoegdheid (beleidsregels). Laatstgenoemd verschil is, zeker waar het gaat om lagere wetgeving, onder invloed van (het toenemende gewicht van) het evenredigheidsbeginsel aan *erosie* onderhevig. Een van de mijlpalen hierbij is de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) van 26 maart 2024.<sup>86</sup>

In deze uitspraak oordeelt het CBB dat een gebonden besluit dat berust op een algemeen verbindend voorschrift niet zijnde een wet in formele zin, dus op lagere wetgeving, rechtstreeks aan het evenredigheidsbeginsel kan worden getoetst en dat er geen verdisconteringsbeperking geldt.<sup>87</sup> Op beide punten doet dit – curiositeit 7 – sterk denken aan de toetsing van op beleidsregels gebaseerde beschikkingen. Bij beleidsregels gaat het om de inherente afwijkingsbevoegdheid en afwijking van de regel, bij lagere wetgeving om de werking *contra legem* van het evenredigheidsbeginsel en het buiten toepassing laten van de regel. Het praktische verschil tussen een en ander is moeilijk te duiden.

Wat betreft de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel moet worden onderscheiden tussen de toetsing van de regel zelf en de toetsing van het resultaat van de toepassing van de regel: de beschikkingentoetsing. Voor wat betreft de toetsing op evenredigheid kan bij de toetsing van de regel het accent op de aspecten geschiktheid en noodzakelijkheid worden gelegd. Dit kan niet alleen voor beleidsregels, maar ook voor lagere wetgeving worden betoogd. Uiteraard hoeft niet in alle gevallen de toetsing op geschiktheid en noodzakelijkheid plaats te vinden, maar alleen wanneer daartoe aanleiding bestaat. Bij de beschikkingentoetsing ligt voor de hand dat daar de nadruk op het aspect evenwichtigheid ligt. Dat geldt in het kader van de afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb voor beleidsregels, en op grond van artikel 3:4, tweede lid, Awb voor de toepassing van lagere wetgeving, zoals uit de CBB-uitspraak volgt. In deze uitspraak overweegt het CBB dat in geval van een *gebonden* besluit de evenredigheid in beginsel is gegeven. Dit duidt op een verschil met de toepassing van beleidsregels.<sup>88</sup>

Een overeenkomst is er waar het gaat om onverbindendheid van regelgeving wegens schending van het zorgvuldigheids- en/of het motiveringsbeginsel. Volgens het College van Beroep voor het bedrijfsleven, in aansluiting op eerdere jurisprudentie, is de enkele vaststelling van schending van formele beginselen onvoldoende voor het onverbindend achten van het betrokken wettelijk voorschrift. Weliswaar zijn beleidsregels volledig aan de normen van hoofdstuk 3 Awb onderworpen, terwijl gezien de schakelbepaling van artikel 3:1, eerste lid, Awb op lagere wetgeving enkel de normen van afdeling 3.2 van toepassing zijn, en dan nog alleen voor zover de aard van de lagere wetgeving zich daartegen niet verzet. Het onverbindend oordelen van beleidsregels vanwege schending van het zorgvuldigheids- en/of het motiveringsbeginsel vindt echter niet plaats, omdat op beschikkingenniveau deze schending doorgaans kan worden rechtgetrokken (zie par. 2.3). Dan is het verschil ten opzichte van (het buiten toepassing laten van) lagere wetgeving

86 CBB (grote kamer) 26 maart 2024, ECLI:NL:CBB:2024:190, JB 2024/73, m.nt. Schlössels & Albers.

87 Vgl. ABRvS 6 maart 2024, ECLI:NL:RVS:2024:950.

88 Een verschil dat doet denken aan het verschil in beoordeling op evenredigheid van wettelijk gefixeerde en andere ('vrije') bestuurlijke boetes; zie art. 5:46 lid 3 resp. lid 2 Awb.

H.E. Bröring

nog maar klein. Tegelijkertijd is er voor regelgevers geen enkele reden om bij de voorbereiding en vaststelling van hun regels de zorgvuldigheids- en motiveringseisen niet in acht te nemen: de aard van lagere wetgeving verzet zich daar niet tegen. Integendeel.

Het is hier niet de plaats om het uitvoerig te hebben over de CBb-uitspraak en de daar genoemde jurisprudentie over de toegenomen impact van het evenredigheidsbeginsel. Volstaan wordt met de opmerking dat bestuursrechtelijke regelgeving en haar toepassing over de hele linie – dus niet alleen waar het gaat om niet-wettelijke regels, maar ook waar het gaat om wettelijke voorschriften – een *fluïde* karakter lijken te hebben gekregen.<sup>89</sup> Alleen voor formele wetten is er, afhankelijk van of er al dan niet sprake is van verdisconteerde omstandigheden, nog een (constitutionele) uitzondering.<sup>90</sup>

Het fluïde karakter betreft in het bijzonder de toepassing van regelgeving, de uitvoering, waarbij het draait om de vraag of om redenen van *evenwichtigheid* van de regel moet worden afgeweken. De opdracht is, zo wordt met het woord evenwichtigheid gesuggereerd, dat het best denkbare besluit wordt genomen en dat de bestuursrechter dat exact controleert, door *precies* het midden te bepalen op de denkbeeldige lijn tussen de marges, waarbuiten volgens de ouderwetse marginale toetsing sprake is van willekeur. Het is natuurlijk niet de bedoeling dat de soep zo heet wordt gegeten. Om in stijl te blijven, bij de privaatrechtelijke redelijkheid en billijkheid gaat het om het peper en zout van de oordeelsvorming, en voor het bestuursrechtelijke evenredigheidsbeginsel moet het niet heel anders zijn: men moet er niet te veel van gebruiken. Hierbij is er voor de bestuursrechter de *escape* dat over de band van de eisen van zorgvuldigheid en motivering kan worden getoetst. Dit alles lijkt vooral voor de uitvoerders en rechters van betekenis. Voor de regelgevers lijkt de focus op de evenredigheid van op regelgeving gebaseerde beschikkingen de boodschap in te houden dat het met de kwaliteit van regelgeving wel een onsje minder kan: er kan een regel worden geformuleerd, waarvan inherent kan worden afgeweken als de omstandigheden van het concrete geval daarom vragen. Naar mijn overtuiging is dat een groot misverstand, en onderstrepen de ontwikkelingen rond het evenredigheidsbeginsel juist het belang van goede regelgeving. Lagere wetgeving moet zelf (gemotiveerd) voldoen aan eisen van geschiktheid en noodzakelijkheid en eventueel ook evenwichtigheid, en dient zo veel als nodig en mogelijk zelf in nadere keuze- en afwijkingmogelijkheden te voorzien (en beleidsregels eigenlijk ook). Afwijking van regelgeving dient *uitzondering* te blijven. In het belang van de gelijke behandeling, rechtszekerheid en uitvoerbaarheid. En ook om rechters niet in verlegenheid te brengen.

89 Er zou een sterker onderscheid kunnen worden gemaakt tussen algemene maatregelen van bestuur, met hun extra waarborgen van advisering door de Raad van State en een eventuele voorhangprocedure, en ministeriële regelingen (die qua waarborgen ministeriële beleidsregels niet overtreffen). Ook door democratisch gekozen organen vastgestelde regelingen – provinciale en gemeentelijke verordeningen en waterschapskeuren – verdienen een aparte plaats.

90 Zie ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, AB 2023/128, m.nt. Van Zanten; JB 2023/86, m.nt. Schlössels. Evenzo ABRvS 6 maart 2024, ECLI:NL:RVS:2024:933. Zie echter het voorstel voor een nieuw art. 3:4 lid 2 Awb.

## 6. Conclusies

In deze bijdrage is gekeken naar niet-wettelijke regels in het bestuursrecht: beleidsregels, instructies, vaste gedragslijnen en richtlijnen. Mede aan de hand van ontwikkelingen zoals het schrappen van het aspect bijzondere omstandigheden uit de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb, een intensivering van de rechterlijke toetsing en de door A-G De Bock genomen conclusie over buitenwettelijk beleid – en de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 18 april 2024 – is nagegaan hoe de verschillende soorten beleid zich tot elkaar verhouden. De overall-conclusie is dat bestuursrechtelijke niet-wettelijke regels en hun onderlinge verhouding uit een oogpunt van gelijke behandeling, rechtszekerheid en evenredigheid nog altijd een gecompliceerde materie zijn. Met de veranderende verhouding onder invloed van het evenredigheidsbeginsel tussen lagere wetgeving en beleidsregels wordt het er – vergelijk de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 26 maart 2024 – niet eenvoudiger op. Het bestuursrecht lijkt onder invloed van de ruime aandacht voor evenredigheid, maatwerk, burgerperspectief en responsief bestuur fluïde geworden. Dit kan een vertekend beeld geven van het belang en de hardheid van regels en verhullen dat ook vandaag de dag nog geldt dat voor een uitzondering op de regel alleen plaats is wanneer duidelijk – zo men wil: evident – is dat van de regel moet worden afgeweken. Wie dit laatste anders ziet (wenst), heeft enerzijds onvoldoende oog voor beperkingen in het doenvermogen van het overheidsbestuur en anderzijds overspannen verwachtingen van wat de bestuursrechter vermag. Meer specifiek zijn uit de vorige paragrafen verder de volgende elf conclusies te trekken.

Eerste conclusie is dat het nog altijd zinvol is om de verschillende soorten niet-wettelijke regels van elkaar te onderscheiden. In dit licht is een tweede conclusie dat het tijd wordt om beleidsregels te gaan rekenen tot de rechtsgronden als bedoeld in artikel 8:69, tweede lid, Awb. Hiermee wordt de relevantie van de afbakening ten opzichte van andere soorten beleid onderstreept. Derde conclusie is dat de rol van niet-verdisconteerde omstandigheden gelet op de artikelen 3:2 en 3:4 Awb niet is uitgespeeld. Vierde conclusie is dat aanstaande beleidsregels geen bijzondere omstandigheid zijn op grond waarvan van nog geldende beleidsregels moet worden afgeweken. Wel kunnen zij een indicatie zijn dat om redenen van evenredigheid van laatstgenoemde beleidsregels moet worden afgeweken (iets dergelijks zou ook voor lagere wetgeving kunnen opgaan). Vijfde conclusie is dat niet-verdisconteerde omstandigheden aanleiding kunnen geven tot verlengde besluitvorming. Deze verlengde besluitvorming kan er ook toe leiden dat, mits de beleidsregels uitdrukkelijk in de mogelijkheid daartoe voorzien, ten nadele van een belanghebbende van een beleidsregel wordt afgeweken (geen half maatwerk). Zesde conclusie is dat de impact voor beleidsregels van de begripelijkheidseis (de onderdelen F en EE van het voorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, consultatieversie) onduidelijk is. De zevende conclusie luidt dat buitenwettelijke beleidsregels en hun toepassing aan een 'gewone' rechtmatigheidsbeoordeling zijn onderworpen. Achtste conclusie is dat tegenwettelijke beleidsregels onverbindend kunnen worden geoordeeld, maar vervolgens de hoedanigheid van vaste gedragslijn kunnen aannemen en in



H.E. Bröring

die hoedanigheid kunnen worden getoetst. Het tegenwettelijke karakter rechtvaardigt dat de toetsing zich concentreert op de toepassing van de vaste gedragslijn, maar sluit een toetsing van de vaste gedragslijn zelf niet geheel uit. De toetsing van een vaste gedragslijn komt, zo luidt de negende conclusie, vaak neer op een toetsing van de instructies die de basis voor de vaste gedragslijn vormen. Hiermee komen discrepanties tussen de instructies en de vaste gedragslijn niet gauw in beeld en is niet altijd transparant of de instructies in een concreet geval daadwerkelijk zijn toegepast. Tiende conclusie is dat, in het kader van zorgplichten, de verhouding tussen (private) veldnormen en (bestuursrechtelijke) beleidsregels nader aandacht verdient, mede met het oog op de vraag of bestuursorganen met gebruikmaking van laatstgenoemde regels normadressaten voldoende rechtszekerheid verschaffen. Elfde en laatste conclusie is dat lagere wetgeving door de werking *contra legem* van het evenredigheidsbeginsel meer op beleidsregels zijn gaan lijken, dat het buiten toepassing laten respectievelijk afwijken van de regel uitzondering moet blijven, en dat de kwaliteit van regelgeving daarom extra aandacht verdient.