

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/201021>

Please be advised that this information was generated on 2021-06-20 and may be subject to change.

Lindenbaum/Cohen en het bestuursrecht

Over de ondergang van het legisme en de opkomst van de beginselen van behoorlijk bestuur

Prof. mr. R.J.N. Schlössels*

‘De afweging tussen de publieke taak van een overheidsorgaan en het belang van de burger, een typisch bestuursrechtelijk probleem, moest noodgedwongen met gebruik van art. 1401 BW, daarvoor allerm minst geschreven, worden opgelost.’¹

1. Inleiding

De auteur die Nederland vertrouwd maakte met verschillende vormen van bestuurlijke vrijheid – Wim Duk – noemde *Lindenbaum/Cohen*² in 2003 het ‘meest befaamde’ arrest van de Hoge Raad. Terzijde merkte hij op dat de uitspraak ‘rijkelijk laat’ kwam.³ Hij deed deze uitspraak in een beschouwing over de ontluikende beginselen van behoorlijk bestuur; beginselen die, als representanten van het ongeschreven recht, overigens *nog* later tot stand kwamen. Opmerkelijk is de vanzelfsprekendheid waarmee Duk de *maatschappelijke* zorgvuldigheid presenteert als een rechtsnorm ‘van ieder’ en dus kennelijk óók van het bestuur. Dat de maatschappelijke zorgvuldighedsnorm als rechtmatigheidsmaatstaf voor het bestuur geldt was echter lange tijd omstreden.

In deze bijdrage wordt *Lindenbaum/Cohen* beschouwd in een bestuursrechtelijk-historische context. Hierbij staat de vraag centraal of, en op welke manier dit arrest van invloed is geweest op de ontwikkeling van het ongeschreven bestuursrecht. Tevens wordt de vraag gesteld in hoeverre het beoordelen van gedragingen en nalaten aan de hand van ongeschreven recht in het civielrechtelijke spoor synchroniseerde met de ontwikkelingen in het bestuursrecht, welk rechtsgebied in 1919 nog werd geduid als ‘administratief recht’.

In het tweede gedeelte van dit artikel ligt de nadruk op de vraag hoe de ratio van de maatschappelijke zorgvuldighedsnorm op basis van diverse (convergerende) ontwikkelingen uiteindelijk ook in het bestuursrecht is ingebed. De balans wordt opgemaakt tegen de achtergrond van de Algemene wet bestuursrecht die in 2019 een kwart eeuw bestaat en die inmiddels een belangrijk deel van het ongeschreven bestuursrecht heeft gecodificeerd.

2. Lindenbaum/Cohen in een brisante administratiefrechtelijke omgeving

Het is goed – zeker voor civilisten – om de bestuursrechtelijke omgeving van het arrest *Lindenbaum/Cohen* te schetsen. In 1919 had ons bestuursrecht een turbulente periode achter de rug. Deze stond in het teken van het vraagstuk ‘der administratieve rechtspraak’. Er was, zacht uitgedrukt, géén succes geboekt. Sinds 1887 kende de Grondwet een grondslag voor administratieve rechtspraak. Maar anders dan in omringende Europese landen (bijv. de Duitse landen en Frankrijk) verliepen de pogingen om dit type rechtspraak te realiseren zeer stroef.

Twee stromingen botsten. Enerzijds was er de formeel-rechtsstatelijke stroming (het constitutionalisme van Buijs). Deze stroming zag onafhankelijke bestuursrechtspraak als logisch gevolg van *wetsbinding* van de overheid. De handhaving van het objectieve publiekrecht – dat men exclusief zag als wettenrecht – stond centraal. Anderzijds was er in ons land een sterke stroming die vanuit een democratisch perspectief de rechter op het terrein van de administratie wilde weren. Deze stroming zette in op democratische verantwoording en geschilbeslechting binnen en door het bestuur (bijv. via administratief beroep).

De eerste stroming wist de handen niet op elkaar te krijgen voor administratieve rechtspraak. Toetsing aan de wet leek misschien eenvoudig, maar riep tevens fundamentele vragen op. *Hoe* zou de rechter bijvoorbeeld moeten toetsen aan zeer vage begrippen als ‘algemeen belang’ of ‘openbare orde’? De rechter mocht zich naar algemeen werd aangenomen niet inlaten met politiek, beleid, doelmatigheid en vrijheid van het bestuur. Mogelijkheden van de rechter om ‘het vrije goedvinden’ van het bestuur op een genuanceerde wijze te beoordelen aan de hand van ongeschreven rechtsnormen waren nog goeddeels onbekend. Op de drempel van de twintigste eeuw beheerste het *legisme* en de idee van *staatssoevereiniteit* (waarbij de overheid werd gezien als de bron van alle recht) het administratieve recht tot in de haarvaten. De sterke focus op de wet leidde tot een wat naïef en star onderscheid tussen wetmatigheid van bestuur (voor rechterlijke toetsing vatbaar) en doelmatigheid van be-

* Raymond Schlössels is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en kantooradviseur bij Nysingh advocaten-notarissen.

1. J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht* (VAR-reeks 100), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 191.

2. HR 31 januari 2019, NJ 1919, p. 161 (*Lindenbaum/Cohen*).

3. W. Duk, ‘Pionierende rechtspraak. Vroege toepassing van rechtsbeginselen door de Centrale Raad van Beroep’, in: *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 142.

stuur (rechtsvrije ruimte). Het besef dat het 'vrije' bestuur ook door ongeschreven recht kon worden gebonden en rechtens onbehoorlijk zou kunnen handelen ontbrak bij velen. Het administratieve recht liep hier achter op het meer 'maatschappelijk' georiënteerde privaatrecht.

Aan het begin van de twintigste eeuw wist de 'democratische stroming' het pleit ten nadele van administratieve rechtspraak te beslechten. Gedetailleerde wetsvoorstellen (1905) van minister J.A. Loeff⁴ die betrekking hadden op het invoeren van algemene bestuursrechtspraak gingen roemloos ten onder na een vastgelopen parlementair debat en felle bestrijding in de literatuur. Velen staat het betoog van Struycken bij.⁵ Dit stond in het teken van het benadrukken van de democratische inbedding van het moderne bestuur en geschilbeslechting binnen en door de administratie.

Struycken wordt vooral herinnerd als dé tegenstander van algemene bestuursrechtspraak. Dit versluiert echter zijn positieve bijdrage aan het denken over de *rechtsbinding* van het bestuur. Van der Hoeven bracht de verdiensten van Struycken scherp in beeld. Hij plaatste bestuurlijke discretie in een dynamische en *maatschappelijke-bestuurlijke* context. Dienende rechtsschepping⁶ en niet alleen *wetsuitleg en wetsvoering* stonden voor hem centraal. Als een van de eersten in het bestuursrecht effende Struycken de weg voor behoorlijkheidscontrole. Ook had hij aandacht voor het evenwichtig waarderen van algemene en bijzondere belangen. Het bestuur moest hierop weliswaar zelf toezicht houden, maar dit doet niet af aan de grote waarde van zijn opvatting. Misschien – zo zou men kunnen stellen – werd door Struycken de basis gelegd voor de *vermaatschappelijking*⁷ van het administratieve recht. Hierdoor werd in ons land de weg geplaveid voor de komst van ongeschreven bestuursrecht.

In dezelfde tijd verscheen het proefschrift van Boasson.⁸ Dit was zijn tijd óók vooruit op het punt van het denken over de rechtsbinding van het bestuur en over ongeschreven publiekrechtelijke normen.⁹ Meer dan Struycken zag Boasson hier tevens een taak voor de rechter, althans wat betreft de controle op misbruik van bevoegdheid en zorgvuldigheidstoetsing. Hij richtte zijn aandacht daarnaast op de *vermaatschappelijking*¹⁰ van de bestuurlijke belangenafweging ('de norm der rechtswaardering'). Hier zou het bestuur zelf de vinger aan de pols moeten houden. In deze door controversen getekende bestuursrechtelijke omgeving wees de Hoge Raad *Lindenbaum/Cohen*. De Hoge Raad transformeerde een open maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm tot een volwaardige rechtswaardering waarop de rechter zijn (on)rechtmatigheidsoordeel (mede)

kon baseren. Naar de toenmalige maatstaven al revolutionair in het privaatrecht en echt een stap te ver in het bestuursrecht. Beide rechtsgebieden synchroniseerden op dit vlak (nog) niet. In het privaatrecht was de brug naar het ongeschreven recht geslagen. In het bestuursrecht was hooguit een eerste pijler geplaatst.

3. De maatschappelijke zorgvuldigheid en overheidsgezag

Nu leek *Lindenbaum/Cohen* – een privaatrechtelijk *novum* – niet direct van betekenis voor de overheid. Door het uitblijven van algemene bestuursrechtspraak waren rond 1920 echter ingrediënten aanwezig om dit snel te doen omslaan.

De burgerlijke rechter zou een hoofdrol gaan spelen bij de binding van de overheid aan het ongeschreven recht. Van de Hoeven heeft in dit verband op magistrale wijze de infiltratie van het burgerlijk recht in het publieke domein belicht.¹¹ Maar zover was het nog niet. Eerst moest diezelfde burgerlijke rechter zijn bevoegdheid bevestigen en vervolgens een begaanbare weg vinden om privaatrechtelijke normen toepasbaar te maken op publiekrechtelijke verhoudingen.¹²

Hoewel het administratieve beroep – en vooral het Kroonberoep – zich in de lijn van de opvattingen van Struycken voortvarend ontwikkelde, maakte de burgerlijke rechter geen pas op de plaats. Enerzijds ontwikkelde de *bijzondere bestuursrechtspraak* zich geleidelijk en fragmentarisch (zie par. 4). Anderzijds sloeg de *burgerlijke rechter* in de periode vlak voor en na *Lindenbaum/Cohen* cruciale piketpalen.

De burgerlijke rechter had zich in ons land overigens al in de negentiende eeuw begeven op het terrein van de administratie. Maar in het laatste kwart van die eeuw leek er onder invloed van de aanhoudende discussies over administratieve rechtspraak een pas op de plaats te zijn gemaakt. Dit sloot aan bij de gedachten van de staatscommissie-Kappeyne van de Coppello (1891-1894) die zich bezighield met het invoeren van bestuursrechtspraak. Deze commissie had onder meer opgemerkt:

'Artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek is naar onze meening alleen toepasselijk ten aanzien van onrechtmatige daden van burgerrechtelijke aard.'¹³

Na het *debacle* van de voorstellen Loeff (zie par. 2), sloeg de sfeer kennelijk snel om want in 1915 (*Guldemond/Noordwijkerhout*) bevestigde de Hoge Raad als

4. Een promovendus van Buijs en een toonbeeld van de leer van staatssoevereiniteit en het formele rechtsstaatsdenken.

5. A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter*, Arnhem 1910.

6. Van der Hoeven 1989, p. 135 e.v.

7. In dit verband op te vatten als een proces waarbij de aandacht voor de juridische impact van het bestuurshandelen op de belangen van burgers groeit.

8. J.J. Boasson, *De rechter tegenover de vrijheid van de administratie*, Groningen: J.B. Wolters 1911. Hierover: R.J.N. Schlössels, 'Oude meesters. J.J. Boasson: De rechter tegenover de vrijheid der administratie', *NTB* 2008/24, p. 180-181.

9. Zie enkele jaren later ook L. Leydesdorff, *Bijdrage tot de kennis van het ongeschreven Administratief Recht*, Leiden 1917.

10. Zie verder Krabbe die – nog eerder dan Struycken en Boasson – aandacht had voor de *maatschappelijke inbedding van de wet*. Hierover bijv. M. Schreuder-Vlasblom, *De macht der kritiek. De gedachtenvorming over aard en zin van rechterlijke beoordeling van bestuursop treden sedert omstreeks 1815* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 88 e.v.

11. Van der Hoeven 1989, p. 145 e.v.

12. Van der Hoeven 1989, p. 178.

13. Citaat aangehaald bij Van der Hoeven 1989, p. 143.

burgerlijke rechter op doortastende en vooral leerstellige wijze zijn bevoegdheid.¹⁴ De publiek- of privaatrechtelijke aard van een geschil deed niet langer ter zake. Maar hiermee lag tevens een groot probleem op tafel: hoe, en in hoeverre, zou de burgerlijke rechter de civiele onrechtmatige daad mogen toepassen op het handelen van de overheid, waaronder het nemen van besluiten? Vooral bij besluiten – daden van overheidsgezag bij uitstek – rijst immers de vraag of hier een normerend kader dat is ontleend aan het privaatrecht aanvaardbaar is. Vraagt het algemeen belang, de verdelende rechtvaardigheid en de veelheid aan belangen niet om typisch publiekrechtelijke normen?

Vier jaar later verdichtte deze problematiek zich. Betekende *Lindenbaum/Cohen* immers dat de overheid zich vanaf 1919 óók rekenschap moest geven van de maatschappelijke zorgvuldigheid? De burgerlijke rechter opereerde aanvankelijk voorzichtig. *Dat* er werd ingezet op *assimilatie* werd echter snel duidelijk. Pogingen om het schenden van typisch publiekrechtelijke voorschriften aan de civielrechtelijke onrechtmatige daad te onttrekken strandden in het *Ostermann*-arrest (1924).¹⁵ Vanaf dat moment was duidelijk dat overtreding van de wet door de overheid civielrechtelijk onrechtmatig was ‘onverschillig’ of het overtreden voorschrift een privaatrechtelijk of publiekrechtelijk karakter draagt. De behartiging van het algemeen belang maakte dit niet anders. Er werd gesproken van een ‘Novemberrevolutie’¹⁶ en dat was wel begrijpelijk omdat de aansprakelijkheid van de overheid werd verruimd. Maar men hield zich toch vooral bezig met de vraag wat *Lindenbaum/Cohen* nu betekende voor de onrechtmatige overheidsdaad.

Bijzonder spannend – of toch niet? – werd het daarom in 1928. Toen kreeg de Hoge Raad de kans om zich in de kwestie betreffende de verzanding van de Strooppot¹⁷ uit te spreken over de prangende vraag of de nieuwe onrechtmatigheidsgrond van *Lindenbaum/Cohen* tevens zag op de overheid. Advocaat-generaal Besier meende van wel, maar annotator Meijers had de uitkomst scherp voorspeld toen hij al in 1924 aangaf dat de Hoge Raad een dergelijke rechtsontwikkeling niet zou voorstaan.¹⁸ De burgerlijke rechter deinsde inderdaad terug voor de harde kern van de overheid die zich manifesteert als publieke *gezagsorganisatie*.

De Hoge Raad, die kennelijk de kool en de geit wilde sparen, greep daarom naar de glibberige maatstaf van de overheid *als zodanig* en de overheid als *bijzonder persoon*.¹⁹ Alleen wanneer de overheid geacht kon worden op gelijke voet met een burger deel te nemen aan het rechtsverkeer zou haar handelen mogen worden beoordeeld aan de hand van de eisen van de maatschappelijke zorgvuldigheid. Daar waar de overheid handelde in haar publieke functie of taak lag dat echter anders. In dit ver-

band – zo voeg ik hieraan toe – moet immers zelfs worden betwijfeld of de overheid wel deelneemt aan het maatschappelijke verkeer, omdat zij op een onpartijdige wijze de maatschappij moet ordenen en sturen vanuit het bovenindividuele perspectief van het algemeen belang.

Dat de hiervoor genoemde tweedeling slechts een schijnzekerheid biedt en vanuit een privaatrechtelijk en publiekrechtelijk oogpunt nogal verschillend kan worden gewaardeerd, behoeft echter nauwelijks betoog. De tweedeling was vanaf het begin omstrede en werd bovendien onhanteerbaar gevonden. Meijers vroeg zich bijvoorbeeld direct af, of men de Staat en zijn organen wel zo eenvoudig buiten de maatschappij kon zetten; maar vanuit het publiekrecht kan men zich natuurlijk net zo goed afvragen of de overheid niet altijd overheid is, ongeacht haar handelen, en altijd ‘als zodanig’ handelt ongeacht de context. De ingeslagen weg had een slecht wegdek. Kranenburg merkte in 1941 op:

‘Men zal het criterium daarom moeten laten vallen, en, de consequentie van het arrest van 1924 [d.w.z. van *Ostermann I*, R.J.N.S.] aanvaardende, de Staat ook aansprakelijk moeten stellen voor aanwijsbare onvoorzichtigheid, voor gedragingen, afwijkende van die, welke men normaliter mocht verwachten.’²⁰

Maar hoe moest een en ander worden gerealiseerd zonder de bestuurlijke doelmatigheid te schaden? De rechtsontwikkeling vanaf het eind van de jaren twintig van de vorige eeuw zou in ieder geval leren dat een pragmatisch-dynamische wijze van beoordelen van overheidshandelen – met veel aandacht voor de omstandigheden van het geval, de betrokken (overheids)belangen en publieke taken – veel vruchtbaarder zou zijn dan een slepende dogmatische strijd over principiële verschillen tussen overheid en burger (als subject), tussen publiek- en privaatrecht (als normenstelsels) en tussen wetmatigheid en doelmatigheid. Vooralsnog liep de toetsing door de burgerlijke rechter van overheidshandelen aan andere normen dan de wet – in gevallen waarin geen rechtsinbreuk werd gesteld – in 1928 vast; óók, of misschien juist, voor de burgerlijke rechter was de beoordeling van dit handelen aan de hand van ongeschreven rechtsnormen eind jaren twintig van de vorige eeuw nog een brug te ver. Maar de rechtsontwikkeling zou begaanbare wegen zoeken en vinden.

4. Ontluikende emancipatie van ongeschreven bestuursrecht: pionierende rechtspraak

Sommige auteurs (vgl. bijv. Boasson, Leydesdorff) hadden al nagedacht over ongeschreven bestuursrecht. Maar de burgerlijke rechter had hiermee in de jaren twintig van de vorige eeuw nog niets gedaan. Dat was natuurlijk niet zo vreemd omdat de burgerlijke rechter niet de eerst-

14. Zie uitvoerig de bijdragen in: R.J.N. Schlössels e.a., *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

15. HR 20 november 1924, NJ 1925/89 (*Ostermann I*).

16. Zie W.G. Vegting, *Het algemeen Nederlands administratief recht*, Tweede Deel, Alphen aan den Rijn: N. Samsom N.V. 1957, p. 482, wijzend op Fockema Andreae.

17. HR 29 juni 1928, NJ 1928/1138, m.nt. Meijers (*Strooppot*).

18. Zie zijn noot onder het *Strooppot*-arrest met verwijzing naar zijn eerdere annotatie onder *Ostermann I*.

19. Dit onderscheid wordt wel toegeschreven aan L. van Praag, *Op de grenzen van publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Belinfante 1923.

20. R. Kranenburg, *Inleiding in het Nederlandsch administratief recht. Algemeen deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1941, p. 215.

aangewezen was om ongeschreven bestuursrecht te ontsluiten. De bestuursrechtspraak stond – afgezien van de fiscaliteit – op haar beurt nog in de kinderschoenen. Toch zou de Centrale Raad van Beroep op grond van de Ambtenarenwet 1929²¹ snel gedurfde stappen gaan zetten die *Lindenbaum/Cohen* in betekenis evenaren (maar die minder bekendheid genieten).

In zijn hiervoor aangehaalde bijdrage over ‘Pionierende rechtspraak’ geeft Duk onder meer een overzicht van de eerste stappen van de ambtenarenrechter op het terrein van het ongeschreven recht. Hoewel de Ambtenarenwet het rechterlijk oordeel beperkte tot de wet en het verbod van détournement de pouvoir²² (dus het *doel* van de wettelijke bevoegdheid), ging in 1933 de kogel door de kerk.²³ De Raad toetste aan het *ongeschreven* rechtszekerheidsbeginsel. Dit leek misschien een bescheiden stap. Maar in feite was hiermee het *legisme* in het administratieve recht doorbroken. Vanaf de eerste helft van de jaren dertig werd vervolgens de weg vrijgemaakt voor de ontwikkeling van wat enkele decennia later de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zouden worden.

Een en ander betekende niet dat de bestuursrechter het toetsen van discretionaire besluiten al goed in de vingers had. Het ‘vrije goedvinden’ van het bestuur bleef voorlopig nog een bijzonder gevaarlijk terrein, zoals enkele jaren later bleek naar aanleiding van de beruchte uitspraak over de gemeentesecretaris van Winkel.²⁴ In deze kwestie had de Centrale Raad van Beroep geoordeeld over een besluit van de Kroon. Bij koninklijk besluit was de benoeming door de gemeenteraad van een gemeentesecretaris vernietigd. De reden was het miskennen van nieuwe bezuiningswetgeving. De Kroon baseerde de vernietiging op strijd met het algemeen belang. De Centrale Raad van Beroep had vervolgens (naar mag worden aangenomen met de beste bedoelingen) onderzocht of het raadsbesluit inderdaad in strijd met het algemeen belang was genomen. Het Kroonbesluit kreeg de zegen van de rechter omdat de gemeenteraad zich schuldig zou hebben gemaakt aan misbruik van bevoegdheid door op de valreep de secretaris te benoemen.

Eind goed al goed? Nee, dit optreden van de Centrale Raad van Beroep veroorzaakte juist een enorme juridische rel. Probleem was dat de bestuursrechter het begrip ‘algemeen belang’ vol had getoetst. De Kroon had ‘gelijk’ gekregen, maar de staatsrechtelijke verwijten aan het adres van de rechter waren in 1937 niet van de lucht.

Ruim zestig jaar later bracht De Waard²⁵ in *ABKlassiek* alle commotie tot aanvaardbare proporties terug. Hij wees erop dat het oordeel van de Centrale Raad indertijd verklaard kon worden uit het feit dat nog geen bevredigende afstandelijke toetsingsmethode was uitgewerkt. Van der Hoeven presenteerde de kritiek op de Centrale

Raad van Beroep daarnaast als een uiting van de in de jaren dertig nog altijd levende soevereiniteitsidee die leidde tot een suprematie van politiek boven recht.²⁶

Eigenlijk – zo voeg ik hieraan toe – was er vooral sprake geweest van rechterlijke onhandigheid. De rechter had zijn oordeel anders moeten inkleden om de vinnige kritiek te smoren. Dat lukte in de zaak ‘Winkel’ nog niet. Maar – nota bene – de burgerlijke rechter zou op korte termijn een veelbelovende methode vinden om bestuurlijke discretie op een aanvaardbare manier te toetsen.

5. Op weg naar convergentie: de burgerlijke rechter forceert een doorbraak ...

De doorbraak op het punt van de rechterlijke toetsing van bestuurlijke discretie kwam nog tamelijk onverwacht. Een halfjaar voor de zaak ‘Winkel’ (zie par. 4) wees de Hoge Raad namelijk een arrest dat – anders dan het hierna te bespreken *Doetinchem*-arrest – niet veel bekendheid geniet: de uitspraak over dienstplichtig soldaat De Boer.²⁷ Toch markeert juist dit arrest een omslagpunt in de rechterlijke beoordeling van de rechtmatigheid van overheidshandelen, net zoals *Lindenbaum/Cohen* een keerpunt was in 1919.

Konijnenbelt en Van Male²⁸ merkten op dat de invalshoek van de burgerlijke rechter ten aanzien van het overheidshandelen verschoof van de subject- en de normkant naar de handelingskant. Zware dogmatiek maakte plaats voor een meer pragmatische rechterlijke aanpak. Aan de hand van een *geobjectiveerde redelijkheidformule* ging de burgerlijke rechter zich afvragen hoeveel bewegingsruimte in het concrete geval aan het bestuur moest worden gelaten. Hierbij lette de rechter op alle relevante omstandigheden van het geval.

Zo vroeg de Hoge Raad zich ten aanzien van de invaliditeit van soldaat De Boer af, of de Staat jegens hem een onrechtmatige daad had gepleegd door na te gaan of er een gedragslijn was gevolgd ‘die redelijkerwijze niet meer is te beschouwen als uitvloeisel van afweging door de militaire organen van de hun toevertrouwde belangen, doch die slechts wijst op door de omstandigheden niet te verontschuldigen misbruik van bevoegdheid’.

De nieuwe toetsingsbenadering was flexibel. Zij bleek bovendien ‘maatschappelijk georiënteerd’. Het oordeel dat een bevoegdheids- of taakuitoefening door de overheid in redelijkheid (al dan niet) verdedigbaar is, moet – als de wet zwijgt – immers worden gebaseerd op het algemene rechtsbewustzijn. De rechter zal dit rechtsbewustzijn in beeld brengen op basis van zijn maatschappelijke ‘voelsprietten’. Tegelijkertijd deed de formule recht aan de staatsrechtelijke posities van rechter en bestuur.

21. In werking op 1 maart 1933, KB 26 januari 1933.

22. Deze laatste ‘verruiming’ had al veel voeten in aarde gehad. Zie voor een analyse van de parlementaire geschiedenis Schreuder-Vlasblom 1987, p. 156 e.v.

23. CRvB 22 juni 1933, AW 1933/K8 (ongepubliceerd) en later CRvB 31 oktober 1935, AB 1936, p. 168 (gemeentesecretaris van Utrecht).

24. CRvB 6 juli 1937, ARB 1937, p. 783 (gemeentesecretaris van Winkel).

25. B.W.N. de Waard, ‘De gemeentesecretaris van Winkel. CRvB 6 juli 1937’, in: F.H. van der Burg e.a. (red.), *ABKlassiek*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000 (4e druk), p. 69.

26. Van der Hoeven 1989, p. 183.

27. HR 15 november 1936, NJ 1937/182, m.nt. Meijers (dienstplichtig soldaat De Boer).

28. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie bv 1999 (11e druk), p. 736. In latere drukken kon ik deze passage niet meer vinden.

Er kon, afhankelijk van de mate van discretie, afstandelijk worden getoetst.

Nu deed zich de mogelijkheid voor om de kloof tussen het civiele recht en het bestuursrecht verder te dichten. De uitoefening van bestuurlijke discretie kon de maat worden genomen aan de hand van een algemene, open rechtsnorm. De rechter kon bovendien de toetsingsintensiteit variëren met het oog op de aard van de betrokken bevoegdheden (en wat de wetgever wat dat betreft had bepaald) en de taken van de overheid. Dit alles was veelbelovend. Door de naderende Tweede Wereldoorlog zou het echter nog tot het einde van de jaren veertig duren voordat de nieuwe aanpak vrucht ging dragen.

Naar algemeen wordt aangenomen volgde een stevige fundering van de nieuwe inzichten in het bekende arrest over de Doetinchemse woonruimtevoordering.²⁹ In deze zaak ontvouwde de Hoge Raad zijn zgn. marginale toetsingsformule ofwel het willekeurcriterium. De voorzichtige basis die al voor de Tweede Wereldoorlog was gelegd werd – misschien mede onder invloed van de Engelse *Wednesbury-doctrine*³⁰ – grondig uitgewerkt. Vanaf nu achtte de burgerlijke rechter zich bevoegd om in te grijpen in een discretionaire belangenafweging zodra de bestuurlijke bevoegdheidsuitoefening was aan te merken als een daad van willekeur. Hiervan was volgens de Hoge Raad sprake indien het bevoegde bestuursorgaan ‘in redelijkheid’ niet tot het besluit had kunnen komen ‘en dus afweging van die belangen geacht moet worden niet te hebben plaatsgehad’. Kortom een situatie waarin het bestuur ernstig over de schreef gaat door belangen niet of uiterst gebrekkig in balans te brengen. Hierbij appelleerde de Hoge Raad aan de maatstaf van ‘redelijk denkende mensen’. Ook hier klinkt de maatschappelijke oriëntatie door. De burgemeester van Doetinchem had, toen hij de woonruimte vorderde, overigens een besluit genomen waartoe hij in redelijkheid had kunnen besluiten.

6. Intermezzo: belangrijke wegen komen samen

Eindelijk had de (burgerlijke) rechter – ongeveer dertig jaar na *Lindenbaum/Cohen* – een bruikbare formule gevonden voor het toetsen van bestuurlijke discretie. Een formule die onder meer uitstekend toepasbaar was wanneer de overheid handelde ‘als zodanig’. Er kwam schot in de zaak. Van belang was óók dat de bestuursrechter(s) intussen steeds meer vooruitgang boekten met de ontsluiting van *ongeschreven bestuursrecht*. Vooral de jaren vijftig en zestig waren dé decennia waarin de algemene

beginselen van behoorlijk bestuur (abbb) tot bloei kwamen.

De opkomst van de abbb is al vaak beschreven in handboeken, proefschriften³¹ en andere literatuur.³² Op deze plaats wordt volstaan met de opmerking dat in de naoorlogse periode de ontwikkeling van de abbb in een stroomversnelling belandde. Systematiserende literatuur en nieuwe rechtspraak gingen hand in hand. Vooral de rechtspraak die de abbb zag als richtinggevende rechtsbeginselen en niet louter als (interne) ‘bestuursbeginselen’³³ was van belang. Volwaardige *rechtsbeginselen* die in concreto richting geven aan het handelen van het bestuur hebben immers de kracht om het publiekrechtelijk complement te zijn van een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.

De ‘pionierende’ Centrale Raad van Beroep (zie par. 4) kreeg in de jaren vijftig onder meer gezelschap van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). Op basis van de (voormalige) Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie (1954) werd deze bestuursrechter bevoegd om, zij het op een specifiek en afgebakend terrein, te toetsen of er was besloten of gehandeld *in strijd met enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur* (art. 5 Wet Arbo). Dit belangrijke toetsingskader – dat eveneens refereerde aan het maatschappelijke rechtsbewustzijn – zou later (1975) worden opgenomen in de bekende Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet Arob); de eerste, echte algemene aanvullende rechtsbeschermingswet in het bestuursrecht.

Al deze ontwikkelingen maakten dat het civielrechtelijke en het bestuursrechtelijke rechtsbeschermingstraject elkaar naderden. Enerzijds omarmden de bestuursrechters de willekeurtoetsing (zie par. 5) van de burgerlijke rechter.³⁴ Zij hanteerden deze naast, in samenhang met én in aanvulling op toetsing aan de abbb. De burgerlijke rechter op zijn beurt omarmde de abbb als (ongeschreven) rechtsnormen voor overheidshandelen. Aanvankelijk gebeurde dit nog voorzichtig op een indirecte manier.³⁵ De abbb werden meegewogen in het kader van de (geobjectiverde) redelijkheidstoets (zie par. 5). Maar uiteindelijk – het duurde lang – werd er rechtstreeks aan de abbb

29. HR 25 februari 1949, *NJ* 1949/558 (Doetinchemse woonruimtevoordering).

30. Hierover R.J.N. Schlössels, ‘Discretionaire dogmatiek... anders de Afdeling bestuursrechtspraak?’, *NTB* 2018/52, p. 300.

31. Zie i.h.b. P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 1990. Zie bijv. ook G.M.A. van der Heijden, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en de maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

32. Zie i.h.b. I. Samkalden & G.J. Wiarda, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur* (Geschriften van de VAR XXIV), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1952.

33. Een ontwikkeling die zich aanvankelijk vooral ten aanzien van het *Kroonberoep* aftekende. Zie in dit verband het rapport van de *commissie-De Monchy* (1950) die aan de basis stond van de Wet beroep administratieve beschikkingen (Wet BAB), welke wet uitging van een tot rechtmatigheidsaspecten beperkt administratief beroep tegen beschikkingen van de centrale overheid. Van der Hoeven 1989, p. 186 e.v.; Samkalden & Wiarda 1952, p. 55 e.v.

34. De wetgever leverde een belangrijke bijdrage door de ‘willekeurformule’ in de Wet Arob op te voeren als grond voor het instellen van beroep. Zie (voormalig) art. 8 lid 1 aanhef en onderdeel c Wet Arob.

35. HR 4 januari 1963, *ARB* 1963/603, m.nt. St. (*Landsmeer*).

getoetst.³⁶ De burgerlijke rechter vatte de abbb bovendien niet alleen op als rechtsnormen voor discretionaire besluiten (bij uitstek het terrein van overheidsgezag), maar voor alle handelen van het bestuur, waaronder ook het privaatrechtelijke. Vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw was het openbaar bestuur eindelijk over de volle breedte én rechtstreeks (mede) gebonden aan het ongeschreven bestuursrecht. De komst van de Algemene wet bestuursrecht in 1994 (zie par. 8) zou dit proces nog verder versterken.

7. Op de drempel van de eenentwintigste eeuw

Zo waren er in de jaren voor de eeuwwisseling veel lijnen samengekomen. Breed werd aanvaard dat de rechter het openbaar bestuur niet alleen de maat mocht nemen aan de hand van *de wet*, maar tevens aan de hand van *het recht*. Burgerlijke rechter en bestuursrechter hadden dit resultaat bereikt op basis van een langdurig proces van samenwerking en kruisbestuiving.

Maar hoe verging het nu de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm op het terrein van de onrechtmatige overheidsdaad? Er bestaat verschil van mening over de vraag of de Hoge Raad de klassieke *Strooppot*-jurisprudentie (zie par. 3) uit 1928 ooit (uitdrukkelijk) heeft herroepen.³⁷

Het antwoord op deze vraag is eigenlijk niet meer belangrijk. De dogmatische discussie is door de rechtsontwikkeling in de twintigste eeuw achterhaald. De Hoge Raad hanteert tegenwoordig de maatschappelijke zorgvuldigheid om het handelen of nalaten van de overheid – óók op het terrein van het nemen of niet nemen van besluiten – de maat te nemen. Dit staat vast. Tot principiële weerstand leidt dit niet meer.³⁸ Slechts een enkele keer ontstond er nog wat commotie, bijvoorbeeld toen de burgerlijke rechter de zorgvuldigheidsnorm juist hanteerde om een schending van publiekrechtelijke voorschriften af te schermen ter beperking van aansprakelijkheid.³⁹

Voor het luwen van de theoretische strijd is een eenvoudige verklaring te geven. De Hoge Raad heeft – in een fraai samenspel met de bestuursrechters – de angel uit de discussie getrokken door een gedifferentieerde toetsings-systematiek te ontwikkelen. Deze systematiek stelt de burgerlijke rechter in staat om het handelen en nalaten van de overheid de maat te nemen.⁴⁰ Verschillende normerende elementen spelen in onderling verband een rol: de geobjectieerde redelijkheidstoets ('willekeurtoets'), de abbb en een uitvoerig stelsel van algemene en specifieke overheidszorgplichten.

Deze specifieke zorgplichten worden steeds geformuleerd in het licht van alle relevante omstandigheden van het geval. De aard van de betrokken bestuursbevoegdheden en overheidstaken krijgt hierbij veel aandacht. Soms wordt er gewerkt met uitvoerige gezichtspunten-catalogi. Hierbij kan aandacht worden besteed aan de specifieke aard van een bepaald overheidsdomein (de wereld van financieel toezicht is bijvoorbeeld wezenlijk anders dan de droge of natte waterstaat⁴¹), de eigen verantwoordelijkheid van burgers, de aard en het gewicht van de betrokken belangen, noties van proportionaliteit en subsidiariteit, eisen van doelmatigheid en de aanwezigheid van kennis en kunde aan de zijde van overheid en burger.

Ten aanzien van het overheidshandelen (of nalaten) fungeert de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm tegenwoordig hooguit nog als een paraplu-norm. Een zwaar dogmatisch statement is niet aan de orde. In het overheidsdomein is de *materiële* invulling van de norm vooral geijkt aan de hand van *publiekrechtelijke* maatstaven. Hiermee is het primaat van het publiekrecht voldoende veiliggesteld. Maar misschien is nog belangrijker dat de rechtspraak manieren heeft gevonden om de toetsing van het overheidshandelen – ook in geval van discretie – op een flexibele wijze vorm en inhoud te geven waarbij diverse (van oorsprong) ongeschreven rechtsnormen een rol spelen.

8. Tot besluit: het decennium van de jubilea ...

Het is tijd om de balans op te maken. Misschien fungeerde het arrest *Lindenbaum/Cohen* niet rechtstreeks, maar toch op zijn minst indirect, als katalysator voor de beoordeling van het handelen en nalaten van het openbaar bestuur aan de hand van ongeschreven bestuursrecht. Doordat er in de jaren twintig van de vorige eeuw veel weerstand bestond tegen het beoordelen van overheids-optreden in het kader van een open maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, heeft dit arrest de burgerlijke rechter zeker aangezet tot het zoeken en vinden van nieuwe wegen. De rode draad vormde het verenigen van het verruimde (civielrechtelijke) (on)rechtmatigheidsoordeel met de randvoorwaarden van het publiekrecht. De opkomende bestuursrechtspraak speelde een belangrijke rol door de abbb tot ontwikkeling te brengen. De burgerlijke rechter wist op zijn beurt een aanvaardbare toetsings-systematiek te ontwerpen.

Het jaar 2019 is er een van juridische jubilea. *Lindenbaum/Cohen* viert zijn eeuwfeest. Voor bestuursrechtju-

36. Zie i.h.b. HR 27 maart 1987, *AB* 1987/273, m.nt. FHvdb (*Amsterdam/Ikon*) en HR 24 april 1992, *Gst.* 1992, 6950, m.nt. HH (*Zeeland/Hoondert*).

37. Vgl. bijv. H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 340-341 en Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie bv 2011, p. 731 (in de huidige druk van dit handboek wordt hier niet op ingegaan).

38. Let wel: hier gaat het niet om de beduidend meer omstreden variant waarbij het handelen van burgers jegens de overheid wordt afgemeten aan de maatschappelijke zorgvuldigheid. Hierover bijv. J.M.H.F. Teunissen, 'De "wederkerige rechtsbetrekking" als strategisch concept voor nivellerende rechtswetenschap?', in: E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer: Kluwer 1995, p. 284.

39. Zie bijv. HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7576, *JB* 2013/43, m.nt. R.J.N. Schlössels (termijnoverschrijding).

40. Maar misschien véél belangrijker is dat het denken over de onderscheiding tussen *staat* en *maatschappij* de afgelopen eeuw wezenlijk is veranderd. In de hedendaagse netwerksamenleving vloeien publiek domein en maatschappelijke structuren samen. Velen aanvaarden dit als realiteit, terwijl sommigen de onwenselijke 'nivellering' bestrijden. Vgl. bijv. Teunissen 1995, p. 291 e.v.

41. Zie bijv. de standaardarresten HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, *JB* 2007/20 (*Vie d'Or*) en HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *JB* 2011/93, m.nt. R.J.B. Schutgens (veendijk Wilnis).

risten is daarnaast zeker zo belangrijk dat de Algemene wet bestuursrecht (Awb) een kwart eeuw oud is. Deze wet codificeerde in 1994 een grote hoeveelheid ‘ongeschreven’ bestuursrecht, waaronder verschillende (aspecten van) de abbb. Hierdoor kwamen het geschreven en ongeschreven bestuursrecht (nog) dichter bij elkaar. De Awb heeft het proces van de binding van het bestuur aan *algemene rechtsnormen* verder versterkt. Dit sluit eveneens aan bij de ratio van het klassieke arrest *Lindenbaum/Cohen*.

In een eeuw is veel bereikt. Toch is het juridisch kader voor het beoordelen van de rechtmatigheid van het handelen en nalaten van het bestuur geen rustig bezit. Onder invloed van het Europese recht (Unierecht en het EVRM) en het opnieuw doordenken van de ‘vermaatschappelijking’ van het bestuursrecht wordt tegenwoordig volop aandacht besteed aan de toekomst van de (afstandelijke) willekeurtoetsing en de mogelijkheden van toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.⁴² In het kader van het Unierecht en de brede discussie over ‘good governance’ komen bovendien nieuwe (dimensies) van de abbb tot ontwikkeling. De algemene tendens is om de binding van het bestuur aan het recht – ook in de sfeer van de bestuurlijke discretie – verder te intensiveren. Wat de komende eeuw op dit vlak brengt kan in 2119 door andere auteurs worden opgetekend.

42. Zie bijv. E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Dynamiek in de bestuursrechtspraak. Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling’, in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 36 e.v.