

Vragen over de grenzen van de discretionaire bevoegdheid

Het hebben van een discretionaire bevoegdheid betekent dat een bestuurder, of een groep van bestuurders, de ruimte heeft om naar eigen inzichten besluiten te nemen. Natuurlijk niet zonder grenzen.

Bekende grenzen van discretionair handelen

Bestuurders horen binnen de wet te blijven. Rechtsstatelijkheid dient ook bij hun vrije beslissingsruimte de grondslag van hun afwegingen te blijven. Daarnaast fungeert de ministeriële verantwoordelijkheid als begrenzing van een eventuele overschrijding van die beslissingsruimte. Provincies en gemeenten hebben soortgelijke mechanismen. Voorts kennen we sinds ongeveer honderd jaar de zogeheten algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dat betreft een langzaam gegroeid stelsel van beginselen die de bestuursrechter hanteert bij de beoordeling van besluiten die weliswaar binnen de wet hebben plaatsgevonden, maar die niettemin door bij de rechter aangevallen worden. Zo moet het bestuur zorgvuldig handelen, fair play spelen, evenwichtig besluiten, beslissingen motiveren, gelijke monniken gelijke kappen geven, de bevoegdheid gebruiken voor het doel waarvoor die is gegeven en zich aan nog een aantal andere beginselen houden. In de jaren zeventig en tachtig zijn nog meer grenzen opgedoken door de komst van de Wet BAB (beroep administratieve beschikkingen), vervangen door de Wet AROB (administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen), die uiteindelijk werd ingeruild voor de AWB (algemene wet bestuursrecht). Deze wet regelt diverse beroepsgangen tegen besluiten van overheidsorganen. Ook de intrede van de Nationale Ombudsman vormt in zekere zin een begrenzing van de vrije beslissingsruimte. Tenslotte stellen de leerstukken van de rechtmatige en van de onrechtmatige overheidsdaad grenzen aan de discretionaire bestuurlijke bevoegdheid als belangen van burgers worden geschaad.

Het mestbeleid van LNV

NRC Handelsblad van 24 januari 2004 bevatte een bericht onder de kop *Mestbeleid onderuit*. Daarin staat dat het Europese Hof van Justitie te Luxemburg in oktober 2003 Nederland heeft veroordeeld wegens handelen in strijd met de Europese nitraat-richtlijn van 1991. Het gaat hier over MINAS, het mineralenaangiftesysteem dat LNV ter uitvoering van genoemde Europese richtlijn omstreeks 1994 heeft ingevoerd. Het is ook bekend als de mestboekhouding. Het Hof stelt dat Nederland met MINAS onvoldoende heeft gedaan om de watervervuiling door mest van boerderijen te bestrijden. Ondanks een aantal aanvaringen met de Europese Commissie heeft Nederland steeds gepersisteerd in het aanwenden van een verkeerd systeem. De minister van LNV heeft inmiddels een nieuw systeem aangekondigd.

In 1994 was ik betrokken bij de advisering over de opzet van MINAS. Een door LNV ingestelde externe werkgroep deed het verzoek aan het Steunpunt Ketenbenadering van Verkeer en Waterstaat om de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van het ontwerp-MINAS te toetsen aan de zogeheten *Uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets milieubeleid en milieuregelgeving*. Deze toets was begin jaren negentig ingesteld door het kabinet, mede op grond van werkzaamheden en publicaties van genoemd Steunpunt Ketenbenadering. Ons rapport¹ van mei 1994 droeg de titel *Who wants to be there when the shit hits the fan?* Dat geeft al aan wat er in het rapport staat: “MINAS in deze vorm niet invoeren; het is in het licht van de door het kabinet geëiste toets niet uitvoerbaar of handhaafbaar; er zitten teveel criminogene aspecten in; pas invoeren na een grondige herziening van het ontwerp; zoniet,

¹ Geschreven door Ruth van Rossum, Ilse Dresscher, Pieter Quartero en Leo Klinkers.

dan krijgt u een heleboel problemen ².” Het is dus toch ingevoerd. En tien jaar later dus dit vernietigend arrest van het Hof.

Contraproductieve en criminogene aspecten van capaciteitsbeleid

Als geen ander departement beschikt LNV over kennis en inzicht in contraproductieve en in de criminogene aspecten van quoterings- of capaciteitsbeleid. Dat is beleid waarbij een overheid probeert een teveel van iets terug te dringen. Voorbeelden: het netto-effect van de ‘drooglegging’ in de Verenigde Staten was de opkomst van de georganiseerde misdaad. De *war on drugs* financiert het opereren van terroristische bewegingen. Het terugdringen van het aantal asielzoekers maakt een plaatsje in een Europees land tot een steeds schaarser goed en stimuleert daarmee de mensenhandel en de prijs. Om dichterbij huis, dus bij LNV, te blijven: de Mansholt-doctrine (kapitaalsintensieve schaalvergroting van landbouw en veeteelt) heeft op diverse subterreinen geleid tot grote overschotten waarna het wegwerken daarvan een onstuitbare hoeveelheid fraude en corruptie genereerde ³. Die hebben vervolgens als een ‘wormvirus’ vitale delen van het Europese systeem geïnfecteerd, hetgeen onder meer als gevolg had dat de Europese Commissie enkele jaren geleden moest aftreden ⁴.

LNV had MINAS dus niet, althans niet in deze vorm, mogen invoeren. Ten eerste omdat het hier een door het kabinet voorgeschreven toetsing betrof; deze exercitie was niet zomaar een vrijblijvende advisering waar je als minister je eigen gedachten over kunt hebben. Ten tweede omdat de inhoud van het advies net zo evident was als het antwoord op de vraag hoeveel is één en één. Je kunt dan als minister niet zeggen dat je toch gaat voor drie. Ten derde omdat LNV als geen ander departement beschikt over kennis en inzicht over contraproductieve en criminele effecten van quoteringsbeleid. LNV had al – zoals hierboven gezegd – voor het instellen van MINAS de nodige dossiers over de averechtse effecten van verkeerd ingezet capaciteitsbeleid, zowel binnen ons land als op Europees vlak. Het hebben van die kennis is niet onverplichtend. Desondanks heeft LNV indertijd voor een verkeerde aanpak gekozen.

Uiteraard behoorde het afwijzen van het advies van het Steunpunt, en het vervolgens toch instellen van MINAS tot de discretionaire bevoegdheid van de minister. Daarover bestaat geen twijfel. Maar dat het besluit aantoonbaar fout was kan eveneens niet in twijfel worden getrokken. Getuige ook de aanvaringen die LNV in de jaren daarna hierover heeft gehad met de Europese Commissie. De invoering en uitvoering van MINAS heeft ernstige schade toegebracht aan natuur en milieu. Heeft handenvol belasting- en privaat (boeren)geld gekost. En al die tijd zat er geen begrenzing op de uitoefening van die discretionaire bevoegdheid. Geen correctie via het beginsel van de ministeriele verantwoordelijkheid, geen parlementair onderzoek of enquête, geen (althans voorzover mij bekend) beroep op de AWB of op beginselen van behoorlijk bestuur, geen ingrijpen van de Ombudsman, geen klacht op grond van onrechtmatige overheidsdaad. Ongehinderd kon LNV gewoon doorgaan en het laten aankomen op een voorspelbaar vonnis van het Europees Hof.

Is er een nieuwe kijk nodig op de begrenzing van de discretionaire bevoegdheid?

De vraag rijst of we niet opnieuw moeten kijken naar de toepasbaarheid en bruikbaarheid van de grenzen van discretionair handelen. Ik ben geen materiedeskundige op elk van de reeds genoemde grenzen krachtens staatsrecht, bestuursrecht en civiel recht. Anderen, die wel over die kennis beschikken, kunnen wellicht antwoorden geven op vragen als: Kan de huidige minister worden aangesproken op hetgeen omstreeks 1994 tegen een aantoonbaar juist advies

² MINAS is typisch zo’n voorbeeld waarbij het gezegde opgaat: “Hoe meer regels, hoe meer vlegels.”

³ F. Westerman, *De Graanrepubliek*, Atlas Amsterdam 1999.

⁴ Begin februari 2004 kwam het bericht dat voormalig commissaris Edith Cresson alsnog voor deelname aan dubieuze affaires voor het gerecht wordt gedaagd.

in toch werd ingevoerd? Is er aanleiding tot het ondernemen van een parlementair onderzoek of een enquête? Had toepassing van de Algemene Wet Bestuursrecht voor de hand gelegen? Had het invoeren van beginselen van behoorlijk bestuur kunnen plaatsvinden? Is er alsnog ruimte voor een schadevergoeding krachtens onrechtmatige overheidsdaad, en wie zou zich dan partij moeten stellen? Hoe zou je die schade moeten berekenen? Kan de georganiseerde boer de schade (het invoeren en verplicht invullen van MINAS kostte hem veel geld) schadevergoeding van LNV claimen? Kan de georganiseerde belastingbetaler een *class action suit* beginnen tegen het parlement dat dit allemaal maar heeft laten begaan ondanks de duidelijke signalen van de Europese Commissie dat Nederland zich schuldig maakte aan het overtreden van de richtlijn? Biedt het in februari 2004 door minister Donner ingediende wetsvoorstel inzake 'Collectieve afwikkeling van massaschade' perspectief? Kunnen natuur- en milieu-organisaties de schade aan natuur en milieu verhalen op LNV?

Ik weet het niet maar ben benieuwd naar de antwoorden van deskundigen op deze vragen.

Heeft de bestuurskundig adviseur hierin een taak?

Als bestuurskundig adviseur kan ik aan dit thema wel de volgende gedachten toevoegen. Er zijn minstens twee hoekstenen waaraan niet getornd mag worden. Ten eerste dat de discretionaire bevoegdheid als instrument voor dagelijks bestuur en beleid onverkort moet blijven bestaan. Zonder vrije beslissingsruimte kan het bestuur niet werken. Ten tweede een minder bekende regel, namelijk dat de adviseur zich altijd alleen maar moet concentreren op de kwaliteit van zijn advies. Zijn verantwoordelijkheid reikt slechts tot het uitbrengen van een advies dat naar eer en geweten, naar kennis en ervaring is gecomponeerd. Wat de geadviseerde daarmee doet is de verantwoordelijkheid van de geadviseerde. Nimmer mogen die twee onderscheiden verantwoordelijkheden gemengd worden. Wat de geadviseerde met een advies doet is zaak en verantwoordelijkheid van die geadviseerde.

Maar toch.... Ruim dertig jaar heb ik gewerkt voor integere en bekwame bestuurders. Helaas ook voor personen die een dergelijke plaats niet waard(ig) waren. Die dus qua bekwaamheid en geschiktheid nimmer voor landsbediening in aanmerking hadden mogen komen ook al stelt artikel 3 van de grondwet dat alle Nederlanders op gelijke voet in de openbare dienst benoembaar zijn. Ondanks hun aanwezigheid heb ik me steeds gehouden aan de eerste les die ik in 1969 ontving van mijn eerste chef, namelijk "Altijd en onder alle omstandigheden zul je je bestuurder in de baleinen houden". Dat hield in dat ik mijn taak als intern, en later als extern, adviseur steeds heb opgevat als: zorg ervoor dat het klopt wat je adviseert en laat het aan de verantwoordelijke bestuurder over wat die daarmee wenst te doen.

Opnieuw: maar toch.... Je zult een onweerlegbaar correct advies uitbrengen dat door het bestuurder wordt genegeerd, als gevolg waarvan voorspelbare ernstige maatschappelijke en financiële schade ontstaan. Heb je dan tien jaar later alleen maar het instrument van het schrijven van een artikel in Openbaar Bestuur waarin je op een beschaafde en niet rancuneuze manier probeert te zeggen "*I have told you ...*"? Begint en eindigt daar je verantwoordelijkheid als adviseur naar de samenleving? Je wordt als adviseur per slot van rekening door de samenleving betaald. Mag die dan niet van jou verlangen dat je kenbaar maakt wat je weet voordat de schade wordt aangericht?

Is het dus wenselijk dat het kenniscomplex van ervaren adviseurs mede een rol speelt in het stellen van grenzen aan de uitoefening van aantoonbaar onjuiste hantering van discretionaire bestuurlijke bevoegdheden? Ik denk dan niet aan het instellen van een kliklijn voor adviseurs die in voorkomende gevallen flagrant onjuiste toepassing van een discretionaire bevoegdheid

zouden willen aanklagen. Noch gaan mijn gedachten in de richting van lekken in de pers. Eerlijk gezegd weet ik niet welk instrument hier dienstbaar zou kunnen zijn. Ik weet alleen dat er iets ten principale niet klopt. Met belastinggeld is een op voorhand aantoonbaar onjuist mineralenaangiftesysteem gecreëerd, is er schade toegebracht aan natuur en milieu en is een grote beroepsgroep ten onrechte op kosten gejaagd, mede als gevolg waarvan er een aantal failliet is gegaan. Maar de belastingbetaler kan zich niet bij een rechter beroepen op wanprestatie door de overheid van een sociaal contract, hetgeen ofwel moet uitmonden in verbreken van het contract, ofwel in het betalen van schadevergoeding, al dan niet op grond van de claim dat het belastinggeld onverschuldigd is betaald. Noch zie ik natuur- en milieuorganisaties via het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad op deur van LNV kloppen en een miljoenenclaim op tafel leggen. En van de Ombudsman of van de boerenorganisatie LTO valt ook geen interventie te verwachten. Moet je daar dan in berusten? Of heeft de externe adviseur hierin een (preventieve?) taak of rol of functie? Zo ja, welke dan? Zo nee, waarom niet?

Hoe zien andere adviseurs hun verantwoordelijkheid?

Als het alleen deze casus zou zijn, zou ik niet de moeite hebben genomen om dit artikel te schrijven. Maar collega's weten dat het wemelt van zulke dossiers. Met de kop in de wind en bij het volle verstand hebben bestuurders in de afgelopen twintig jaar discretionaire besluiten genomen die naar de inzichten van ervaren consultants niet genomen hadden mogen worden. Natuurlijk begrijp ik de stelling dat op elk advies iets valt af te dingen. Maar in dit concrete geval zal niemand de juistheid van het oorspronkelijke advies willen of kunnen betwisten, ook niet op voorhand. En zo zijn er veel, zeer veel meer adviezen van deskundige adviseurs geweest, die bij juiste hantering door bestuurders de samenleving miljarden zouden hebben bespaard. Geld dat besteed had kunnen worden aan bijvoorbeeld onderwijs, zorg, veiligheid en de humane opvang van vluchtelingen.

Naast de antwoorden op de meer juridisch getinte vragen die ik hierboven stelde zou de samenleving wellicht gediend worden als andere externe adviseurs, immers ook door de samenleving betaald, uit hun schuilhoek komen en hun mening hierover kenbaar maken. Omdat externe adviseurs grote invloed op de publieke besluitvorming kunnen hebben, maar naar staatsrechtelijke maatstaven niet daarvoor ter verantwoording kunnen worden geroepen, zou het wellicht wenselijk zijn als zij net als ik ⁵ opschrijven wat zij op kosten van de belastingbetaler hebben geleerd, wat zij weten, wat zij daarvan vinden, en met welke vragen ze zijn blijven zitten. Ik acht het denkbaar dat minister Thom de Graaf die vorm van *coming out* van externe adviseurs nuttig zou kunnen gebruiken in zijn programma *Andere Overheid*. Het levert hem en de samenleving waarschijnlijk meer op dan de besparing op kosten door de adviseurs aan de kant te schuiven. En nog meer profijt zouden we kunnen hebben als LNV deze casus haarfijn zou uitspitten om te achterhalen welke afslagen op het rechte pad beter niet genomen hadden kunnen worden. Het gaat niet alleen om de schuldvraag, maar ook om de leervraag.

Leo Klinkers
bestuurskundig adviseur

⁵ Zie mijn *Beleid begint bij de samenleving*, Lemma 2002 en *Vakvereisten voor Politiek en Beleid*, KPPC 2003.