

JB Select

onder redactie van:

E.C.H.J. van der Linden
F.A.M. Stroink

met bijdragen van:

C.L.G.F.H. Albers
A.J. Bok
M.L.H.K. Claes
P. van den Brekel
J.H. Gerards
M.A. Heldeweg
A.W. Heringa
A.M.L. Jansen
J.H. Keinemans
E.J. de Lange-Bekker
E.C.H.J. van der Linden
G.E. van Maanen
B.M.J. van der Meulen
A.R. Neerhof
N.J.A.P.B. Niessen
R.M.P.G. Niessen-Cobben
J.A.F. Peters
R.J.N. Schlössels
H.J. Simon
F.A.M. Stroink
J. van der Velde
N. Verheij
L.F.M. Verhey

Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:
Sdu Klantenservice
Postbus 20014
2500 EA Den Haag
tel.: (070) 37 89 880
fax: (070) 37 89 783

© Sdu Uitgevers bv Den Haag, 2004

Omslagontwerp: Villa Y, Den Haag
Opmaak binnenwerk: Nettie Litjens

ISBN: 90 5409 433 8
NUR: 823

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

4. Beleidsregels

ABRS 3 maart 2004, JB 2004/155

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (mrs. Van Angeren, Lubberdink, Polak)

3 maart 2004, zaaknr. 200304037/1

De P90-norm, die een nadere uitwerking inhoudt van het bepaalde in de artikelen 5.2 en 5.3 van het Arbobesluit voor de beroepsgroep van huisvuilbeladers, is niet door de Staatssecretaris bij besluit vastgesteld, zodat deze geen beleidsregel is in de zin van artikel 1:3 lid 4 van de Awb. Aangezien artikel 4:84 van de Awb slechts van toepassing is op beleidsregels in de zin van de Awb, faalt reeds hierom het betoog van appellante dat de Staatssecretaris ten onrechte geen toepassing heeft gegeven aan de in dat artikel neergelegde inherente afwijkingsbevoegdheid. De Rechtbank heeft met juistheid overwogen dat het onderscheid naar leeftijd dat de P90-norm maakt, geteelt op het doel waarvoor de voorschriften zijn en konden worden gegeven, niet ongerechtvaardigd is. De Staatssecretaris heeft derhalve ter beperking van de gevaren van fysieke belasting rekening kunnen houden met de leeftijd van werknemers door aan de belasting maxima te stellen en die te koppelen aan leeftijden.

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid 'Sita Recycling Services Noord Oost B.V.' (voorheen: de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid 'IBA Milieu B.V.', h.o.d.n. 'BFI Afvalverwerkingstechnieken'), te Zuidwolde, appellante, advocaat: M.C. Waterink, tegen de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, gemachtigden: mr. J. van Vucht en M. Kunst.

1. Procesverloop

Bij besluit van 8 mei 1998 heeft de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de Staatssecretaris) appellante op grond van artikel 36 van de Arbeidsomstandighedenwet (hierna: Arbowet) een eis gesteld met betrekking tot de wijze waarop de voorschriften van deze wet moeten worden nageleefd.

Bij besluit van 15 juni 1999 heeft de Staatssecretaris het daartegen door appellante gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 8 mei 2003, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank Arnhem (hierna: de rechtbank) het daartegen door appellante ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft appellante bij faxbericht, bij de Raad van State ingekomen op 18 juni 2003, hoger beroep ingesteld. De gronden zijn aangevuld bij brief van 4 augustus 2003. Deze brieven zijn aangehecht.

Bij brief van 25 augustus 2003 heeft de Staatssecretaris van antwoord gediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 15 december 2003, waar appellante, vertegenwoordigd door mr. M.C. Waterink, advocaat te Arnhem, H.A. de Vries, vestigingsdirecteur, en ing. H. Kwakemaak, manager veiligheid en arbo, en de Staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. J. van Vucht en M. Kunst, ambtenaren bij het ministerie, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 36, eerste lid, van de (met ingang van 1 november 1999 vervallen) Arbowet, zoals deze gold ten tijde van de beslissing op bezwaar en voorzover thans van belang,

kan een daartoe aangewezen ambtenaar als bedoeld in artikel 32 aan een werkgever een eis stellen betreffende de wijze waarop een of meer regelen, gesteld krachtens artikel 2 of 24 van de wet, moeten worden nageleefd, voorzover zulks bij die regelen is bepaald.

Ingevolge artikel 24 van de Arbowet worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regelen gesteld ter verzekering van de veiligheid, ter bescherming van de gezondheid en ter bevordering van het welzijn van de werknemers in verband met de arbeid.

Ingevolge artikel 5.2 van het Arbeidsomstandighedenbesluit (hierna: het Arbobesluit) wordt de arbeid zodanig georganiseerd, de arbeidsplaats zodanig ingericht, een zodanige productie- en werkmethode toegepast of zodanige hulpmiddelen en persoonlijke beschermingsmiddelen gebruikt, dat de fysieke belasting geen gevaren met zich kan brengen voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemer.

Ingevolge artikel 5.3, eerste lid, van het Arbobesluit wordt, voorzover de in artikel 5.2 bedoelde gevaren redelijkerwijs niet kunnen worden voorkomen, de arbeid zodanig georganiseerd, de arbeidsplaats zodanig ingericht, een zodanige productie- en werkmethode toegepast en zodanige hulpmiddelen en persoonlijke beschermingsmiddelen gebruikt, dat die gevaren zoveel als redelijkerwijs mogelijk is worden beperkt.

2.2. Aan appellante zijn met de bij het besluit van 8 mei 1998 opgelegde eis onder meer leeftijdsafhankelijke normen opgelegd met betrekking tot de fysieke belasting van huisvuilbeladers (de maximum belading per persoon per werkdag). Deze zogenoemde P90-norm is gebaseerd op de resultaten van het wetenschappelijke rapport 'Arbeidsbelasting van huisvuilbeladers bij reinigingsdiensten' van oktober 1993. In de eis is een algemene uitzondering opgenomen om, indien daartoe valide redenen zijn, binnen de gekozen werkwijze uit te kunnen gaan van andere normen indien uit de (wettelijk verplichte) risico-inventarisatie en -evaluatie blijkt dat deze normen hetzelfde niveau van bescherming bieden. Tevens is hierin een overgangsregeling opgenomen met betrekking tot oudere werknemers, die de mogelijkheid schept voor beladers die per 1 juli 1996 40 jaar of ouder waren, de beladingsmaxima van 30- tot en met 39-jarigen aan te houden, mits zij jaarlijks gezondheidskundig worden onderzocht. De eis is in bezwaar door de Staatssecretaris gehandhaafd, waarbij is overwogen dat appellante onvoldoende heeft waargemaakt dat met de door haar voorgestane methode eenzelfde beschermingsniveau als het beschermingsniveau van de P90-norm wordt bereikt.

2.3. De Afdeling stelt voorop dat de P90-norm, die een nadere uitwerking inhoudt van het bepaalde in de artikelen 5.2 en 5.3 van het Arbobesluit voor de beroepsgroep van huisvuilbeladers, niet door de Staatssecretaris bij besluit is vastgesteld, zodat deze geen beleidsregel is in de zin van artikel 1:3, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb). Aangezien artikel 4:84 van de Awb slechts van toepassing is op beleidsregels in de zin van de Awb, faalt reeds hierom het betoog van appellante dat de Staatssecretaris ten onrechte geen toepassing heeft gegeven aan de in dat artikel neergelegde inherente afwijkingsbevoegdheid.

2.4. Dat de P90-norm niet is vervat in een beleidsregel, laat onverlet dat de Staatssecretaris deze hanteert als in de branche bekend uitgangspunt bij het nemen van beschikkingen als het in geding zijnde besluit. Op de vraag of de Staatssecretaris appellante ten tijde van de beslissing op bezwaar rechtens met die eis mocht confronteren, zal de Afdeling ingaan in de navolgende rechtsoverwegingen.

2.5. Het door appellante in hoger beroep gevoerde betoog – kort weergegeven – dat de in de eis opgenomen P90-norm een ongerechtvaardigde leeftijdsdiscriminatie inhoudt slaagt niet. De rechtbank heeft – onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 26 februari 2001 in zaak no. 200001471/1 – met juistheid overwogen dat het onderscheid naar leeftijd dat de P90-norm maakt, gelet op het doel waarvoor de voorschriften zijn en konden worden gegeven, niet ongerechtvaardigd is. De Staatssecretaris heeft derhalve ter beperking van de gevaren van fysieke belasting rekening kunnen houden met de leeftijd van werknemers door aan de belasting maxima te stellen en die te koppelen aan leeftijden. Het door appellante in dit verband in haar

hoger-beroepschrift aangehaalde arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 13 januari 2000 ('Scheidsrechtersarrest'), doet aan het vorenstaande niet af, reeds omdat het in dat arrest aan de orde zijnde onderscheid geheel andere belangen diende dan die bij de P90-norm aan de orde zijn. De belangen die met de P90-norm zijn gediend, te weten het voorkomen van gezondheidsrisico's bij huisvuilbeladers door hen vanaf een bepaalde leeftijd de werkzaamheden onder een aangepast regime te laten verrichten, verschillen wezenlijk van het financiële of organisatorische belang van de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond, dat is gediend met het stellen van leeftijdsgrenzen ten aanzien van het inzetten van scheidsrechters.

2.6. Evenzeer faalt het betoog dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat appellante niet aannemelijk heeft gemaakt dat de vakorganisaties in de branche de onderhavige norm niet meer zouden onderschrijven. Van betrokkenheid van de brancheorganisaties bij de totstandkoming van de P90-norm is afdoende uit de stukken gebleken. Mede gelet hierop kan niet worden staande gehouden dat instemming van de branche met de P90-norm een noodzakelijke voorwaarde voor de Staatssecretaris is om de norm te kunnen opleggen.

2.7. Het vorenstaande in aanmerking genomen, leidt hetgeen appellante in hoger beroep heeft aangevoerd niet tot het oordeel dat de rechtbank de P90-norm ten onrechte niet onredelijk of anderszins onaanvaardbaar heeft geacht. De Afdeling neemt daarbij tevens in aanmerking dat in de eis, waarbij de norm is opgelegd, een algemene uitzondering en een overgangsregeling zijn opgenomen. Daarnaast bestaat, zoals de Afdeling eerder in de hierboven genoemde uitspraak heeft overwogen, de reël te achten mogelijkheid waarbij de Staatssecretaris in voorkomende gevallen ten aanzien van personen die niet vallen onder de overgangsregeling af kan wijken van de leeftijdsnorm, indien de resultaten van een functiegericht periodiek arbeidsgeneeskundig onderzoek daartoe aanleiding geven.

2.8. Met de rechtbank is de Afdeling gezien de stukken voorts van oordeel dat de Staatssecretaris zich op het standpunt heeft kunnen stellen dat appellante niet heeft aangetoond dat zij een werkschema/systeem hanteert dat dezelfde mate van bescherming als de P90-norm biedt, zodat zij geen valide reden had voor afwijking van de opgelegde norm. Voorts kan – daargelaten dat een na de beslissing op bezwaar opgesteld medisch keuringsprotocol niet van belang kan zijn voor de vraag of de Staatssecretaris de opgelegde eis in bezwaar kon handhaven – het standpunt van de Staatssecretaris dat een medische keuring slechts onderdeel kan zijn van een maatregelenconglomeraat dat mogelijkwijs kan dienen als alternatieve wijze waarop een aan de P90-norm gelijkwaardig beschermingsniveau kan worden gerealiseerd, niet voor onjuist gehouden worden. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat met de oplegging van de eis tot naleving van de P90-norm nu juist beoogd wordt overbelasting en daaruit voortvloeiende arbeidsongeschiktheid te voorkomen, terwijl met de door appellante voorgestane medische keuring doorgaans achteraf wordt vastgesteld dat sprake is van overbelasting.

2.9. Gelet op het voorgaande kan niet worden staande gehouden dat de Staatssecretaris niet in redelijkheid de aan appellante opgelegde eis tot naleving van de P90-norm in bezwaar kon handhaven. De rechtbank is tot dezelfde slotsom gekomen.

2.10. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

2.11. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. *Beslissing*

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Noot

1. Hoofdzaken uitspraak

De staatssecretaris van Sociale zeken en Werkgelegenheid legt ingevolge artikel 36 Arbeidsomstandighedenwet (hierna Arbowet) aan een afvalverwerkend bedrijf een eis op inzake de wijze waarop de voorschriften van artikel 24 Arbowet moeten worden nageleefd. Het betreft regels voor de veiligheid, de gezondheid en het welzijn van werknemers. De staatssecretaris heeft deze wettelijke regels nog weer nader uitgewerkt in de zogenoemde 'P90-norm'; gebaseerd op een wetenschappelijk onderzoek en vastgesteld, zij het niet als besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, na overleg met de relevante brancheorganisaties.

Uit hoofde van de P90-norm worden in casu leeftijdsafhankelijke eisen gesteld met het oog op de fysieke belasting van huisvuilophalers, werkzaam bij het betrokken bedrijf. De eisen gaan vergezeld van een algemene uitzonderingsbepaling: andere normen zijn toelaatbaar indien uit de wettelijke risico-inventarisatie en -evaluatie blijkt dat deze eenzelfde niveau van bescherming bieden. Ook wordt een overgangsregeling toegevoegd uit hoofde waarvan voor een bepaalde groep van oudere werknemers belastingsnormen bedoeld voor een jongere categorie van toepassing blijven, mits deze oudere werknemers jaarlijks gezondheidskundig worden onderzocht.

Het bezwaar en aansluitend beroep tegen het besluit inhoudende deze eisen wordt ongegrond verklaard en de zaak bereikt vervolgens de Afdeling Bestuursrechtspraak.

De stelling dat de staatssecretaris tegenover het bedrijf ten onrechte geen gebruik heeft gemaakt van de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb wordt door de Afdeling afgewezen. Die bevoegdheid is slechts van toepassing op beleidsregels in de zin van artikel 1:3 lid 4 Awb. De P90-norm is echter niet bij besluit vastgesteld en dus geen beleidsregel in de zin van de Awb. Bijgevolg is, volgens de Afdeling, voornoemde inherente afwijkingsbevoegdheid niet van toepassing.

Eveneens faalt, volgens de Afdeling, het betoog dat de bestreden beslissing een ongerechtvaardigde leeftijdsdiscriminatie inhoudt – met name gelet op het doel van de voorschriften.

Voorts faalt het betoog dat de P90-norm niet zou worden onderschreven door de vakorganisaties in de branche; afdoende is gebleken dat de brancheorganisaties wel degelijk betrokken waren bij de totstandkoming van de regeling.

Volgens de Afdeling heeft de rechtbank niet ten onrechte de bestreden beslissing als niet onredelijk of anderszins onaanvaardbaar gekwalificeerd. Hierbij speelt mee dat in de bestreden bestuursbeslissing enerzijds sprake is van een algemene uitzonderingsregel en een overgangsregeling, terwijl anderzijds de staatssecretaris in voorkomende gevallen wel degelijk ook voor personen buiten de overgangsregeling afwijkende normen kan stellen, mits arbeidsgeneeskundig onderzoek daartoe aanleiding geeft. In het onderhavige geval heeft de staatssecretaris zich volgens de Afdeling op het standpunt kunnen stellen dat appelland geen alternatieve aanpak hanteert waarmee een zodanig gelijkwaardige bescherming wordt geboden als de P90-norm dat daarvan in casu zou moeten worden afgeweken. De Afdeling concludeert dat niet staande kan worden gehouden dat de staatssecretaris niet in redelijkheid kon oordelen tot verwerpen van het bezwaar tegen de toegepaste eis.

2. Vraagpunten

De uitspraak is interessant omdat daarin de rechtsfiguur van de Awb-beleidsregel wordt geplaatst naast de rechtsfiguur van de impliciete beleidsregel.¹ Dit geeft aanleiding tot tenminste twee meer principiële vragen, te weten:

- Wat is de relevantie van het besluitkarakter van de beleidsregel? In de uitspraak lijkt het ontberen van het besluitkarakter een ingrijpend gevolg te hebben: de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb wordt immers buiten toepassing verklaard. Maar zijn de consequenties werkelijk zo verstrekkend?
- Wat is eigenlijk de reikwijdte van het concept van de inherente afwijkingsbevoegdheid? In het bijzonder rijst de vraag of en zo ja welke betekenis aan dit concept toekomt buiten het bestek van de Awb-beleidsregel, kortom bij impliciete beleidsregels.

In het navolgende komen deze beide vragen aan de orde. De conclusies daaruit zullen wordt samengevat aan de hand van de verhouding tussen Awb-beleidsregels en impliciete beleidsregels en in de vorm van een reflectie op de hierboven samengevatte uitspraak.

3. De beleidsregel als besluit

a. Jong voor oud

De aspiratie om met de Awb de uniformiteit en toegankelijkheid van het bestuursrecht te dienen ligt aan de basis van de regeling voor beleidsregels in die wet.² Het verschijnsel beleidsregel bestond immers al ver voor de komst van de Awb, zoals reeds in fiscale jurisprudentie uit de zestiger jaren van de 20e eeuw,³ maar ook in de juridische doctrine, onder verschillende benamingen, zoals 'Spiegelrecht' (Mannoury),⁴ 'Pseudowetgeving'⁵ (Van der Hoeven) en, enigszins provocerend, 'Ambtelijke bijbels' (Donner).^{6 7}

Vrij algemeen erkend was ook de juridische basis voor dit type regels, te weten het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel.⁸ Kortom, enerzijds de notie dat bekendmaking van de wijze waarop bevoegdheden zullen worden toegepast ertoe verplicht de aldus bij burgers omtrent het bestuurlijk handelen opgewekte verwachtingen te honoreren en anderzijds het uitgangspunt dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld, zodat eenmaal in

1 Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 12e druk, Den Haag, 2002, p. 226.

2 De meest algemene doelen: PG Awb I, p. 18. Toegespit op beleidsregels: PG Awb III, p. 17 en 20.

3 CBB 19 april 1961, SEW blz. 167 (Bloemkweker) en wat later HR 7 januari 1970, ARB blz. 130 m.n. Plantenga (Belastingresolutiearrest).

4 J. Mannoury, Spiegelrecht, in: Opstellen aangeboden aan prof. mr. dr. G. van den Bergh, Alphen aan den Rijn 1960.

5 J. van der Hoeven, Pseudowetgeving, diesrede UvA 1965.

6 A.M. Donner, Nederlands bestuursrecht, Algemeen Deel, Alphen aan den Rijn 1974, p. 93. De benaming prikkelde mij tot een eerdere publicatie: Beleidsregels: naar een nieuwe catechismus voor 'ambtelijke bijbels'?, NTB 1995/4, p. 81-93.

7 De term 'beleidsregels' komt van J.H. van Kreveld, Beleidsregels in het recht, diss. RUG 1983.

8 Zie ook H.E. Bröning, Beleidsregels, monografieën Awb, Deventer 1998, p.2, alsmede Van Kreveld, zie vorige noot, p. 18-30.

abstracto geformuleerde (en bekendgemaakte) gelijkheidsmaatstaven,⁹ ook in alle gelijke gevallen zullen moeten worden toegepast. Ook het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van willekeur resp. het consistentiebeginsel zijn overigens wel als beginselmatige fundering opgeworpen.¹⁰

Hoewel er op het voorstel tot een regeling voor beleidsregels in de Awb vanuit het wetenschappelijk discours zelfs vrij fundamentele kritiek is gekomen,¹¹ is de politieke doorvoering ervan, in het kader van de derde tranche van de Awb vrij soepel verlopen. Het meest saillante punt van aanpassing bij vergelijking tussen de ontwerp tekst van de Commissie Scheltema en de uiteindelijke wet tekst betrof het schrappen van het voorstel inzake een algemene plicht tot beleidsregelgeving. De Commissie Scheltema had voorgesteld om in artikel 4.4.2 de regel te introduceren dat een bestuursorgaan dat bij het gebruik van een bevoegdheid tot het nemen van een besluit of tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen een vaste gedragslijn volgt, verplicht is deze in een beleidsregel vast te leggen, tenzij redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daaraan geen behoefte bestaat.¹² De regering stelde zich op het standpunt¹³ dat deze verplichting waarschijnlijk onnodig belastend zou zijn en dat daarbij moest worden gevreesd voor 'moeilijke discussies' over de opportuniteit van beleidsregelgeving (is er nu al wel of juist nog geen afdoende vaste gedragspraktijk?), terwijl het anderzijds ook aantrekkelijker leek om de wetgever hierin niet directief te laten zijn maar veeleer aanmoedigend. De gedachte was dat het zogenoemde 'motiveringsvoordeel' begrepen in het (huidige) artikel 4:82 Awb (kortgezegd: beleid achter een beslissing behoeft geen afzonderlijke motivering indien dit in een beleidsregel is neergelegd en gemotiveerd) bestuurders ter vermindering van bestuurslasten vanzelf zou stimuleren tot gebruik van beleidsregelgeving. De formele wetgever nam het voorstel van de regering over.¹⁴ In het kader van de tweede evaluatie van de Awb, onderdeel Beleidsregels,¹⁵ werd duidelijk dat van het 'motiveringsvoordeel mogelijk wel enig effect uitging maar dat dit, zeker voor lokale overheden, niet erg groot was.¹⁶

b. Regeling Awb

De regeling voor beleidsregels in de Awb is te vinden op twee plaatsen in die wet:

1. in de definitiebepaling van artikel 1:3 lid 4 Awb en
2. in de regels van titel 4.3 voor de wijze van toepassing van beleidsregels.

Ad. 1 -De definitiebepaling positioneert de beleidsregel in de handelingstypologie van de Awb. De Awb is een besluit (zie art. 1:3 lid 1 Awb), het is een besluit van algemene strek-

9 D.W.P. Ruiter, Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht, VAR-reeks 93, Alphen aan den Rijn 1985.

10 Vgl. de verwijzing naar stelselmatigheid in het eerste deel van de noot van Van der Linden bij de onderhavige uitspraak in JB 2004/155. Vgl. voorts W. Duk, De zachte kern van het bestuursrecht, RMTh 1978, 564-169.

11 Vgl. de opmerking en verwijzingen in: mr. N. Verheij en mr. H.G. Lubberdink, Algemene wet bestuursrecht, derde tranche, Zwolle 1996, p. 91.

12 Zie ook PG Awb III, p. 281 en p. 285-289.

13 Zie de passages aangehaald in de vorige noot, i.h.b. p. 287-288.

14 Het amendement Rehwinkel, TJK 1994-1995, 23 700, nr. 7 werd afgewezen.

15 Algemeen bestuursrecht 2001: toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001, Den Haag 2002, Hfst. 5.

16 Ibidem, p. 56-57 en met name p. 60-61. Op gemeentelijk niveau overheerst(e) nog de 'notacultuur'.

king (zie, in contrast, art. 1:3 lid 2 Awb) en het is geen algemeen verbindend voorschrift (dat niet wordt omschreven in de Awb, maar daarin wel figureert, vgl. art. 3:1 lid 2 Awb en art. 8:2 Awb, en daarmee impliciet geacht mag worden te zijn gedefinieerd).¹⁷ Juist de zekere verwantschap met algemeen verbindende voorschriften heeft in de praktijk tot een interessante casuïstiek geleid, waarbij algemeen verbindende voorschriften (soms) werden geconverteerd in beleidsregels. Voor een goed begrip van de beleidsregel als besluit is het belangrijk hiervan een duidelijk beeld te hebben. Onder *f.* zal hierop nog nader worden ingegaan.

Voorts geeft de definitiebepaling aan dat sprake is van drie typen van beleidsregels, te weten regels voor de afweging van belangen, voor de vaststelling van feiten en voor de interpretatie van wettelijke voorschriften, een en ander bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan. Deze typologie is relevant omdat deze aansluit op de verschillende juridische stappen die bij het nemen van een beslissing worden gezet en omdat bij geschillen voor elk van deze stappen de verhouding tussen bestuur en rechter moet worden bepaald. Voor de reikwijdte van de regeling van de beleidsregel als besluit is het zaak ook dit punt, onder *e.*, nog wat nader te bespreken.

Ad. 2 -Titel 4.3 bevat vier artikelen als 'bijzondere bepalingen over beleidsregels'.¹⁸ Het betreft een nadere regeling aangaande de bevoegdheid tot beleidsregelgeving (art. 4:81), het bovengenoemde motiveringsoordeel (art. 4:82), de verplichting om bij bekendmaking van de beleidsregel het relevante wettelijke bevoegdheidsvoorschrift te vermelden (art. 4:83) en de verplichting om te handelen overeenkomstig een beleidsregel en de inherente afwijkingsbevoegdheid (art. 4:84).

Het mag duidelijk zijn. De wetgever heeft ervoor gekozen om verschillende elementen van het verschijnsel beleidsregelgeving te verankeren door gebruik te maken van het besluit als koppelbegrip. Binnen de wetsystematiek van de Awb brengt kwalificatie van een handeling als besluit mee, dat daarop enerzijds algemene en bijzondere bepalingen van kracht zijn, te weten die van hoofdstuk 3 (in het bijzonder formele zorgvuldigheid, het verbod van détournement de pouvoir, het willekeurverbod, het evenredigheidsbeginsel, alsmede de algemene regels voor bekendmaking en motivering) en die van de desbetreffende titel van hoofdstuk 4, zoals hierboven geschetst, terwijl anderzijds het besluitbegrip de aansluiting geeft met het beroepsrecht in het bestuursprocesrecht (dat vanwege de prolongatie van art. 8:2 Awb vooralsnog niet is geïncasseerd).¹⁹ Op deze manier worden de aspiraties van uniformiteit en toegankelijkheid gediend, enerzijds op het niveau van de Awb zelf (als coherent regelsysteem) en anderzijds op het niveau van de beleidsregelgeving zelf (als codificatie van desbetreffend jurisprudentierecht).

c. Beleidsregels als besluiten

Twee kanttekeningen bij het verschijnsel beleidsregel als besluit zijn op hun plaats. Allereerst valt op dat een wat onlogische constructie is geschapen. Wil een beleidsregel een besluit zijn dan moet hij rechtsgevolg hebben maar dat dit zo is wordt eigenlijk pas

¹⁷ PG Awb III, p. 35-42, i.h.b. p. 38, alsmede p. 278-280.

¹⁸ Hoofdstuk 4 geeft per specifiek type besluit bijzondere bepalingen.

¹⁹ Vgl. Commentaar Awb, art. 8:2; Stb, 1998, 738 Wet uitstel verval artikel 8:2 Awb.

duidelijk als je weet dat het een besluit is, want pas dan is artikel 4:84 van kracht, dat immers in aanhef stelt dat beleidsregels het bestuur binden tot naleving (en dus rechtsgevolgen hebben). Kortom, de eigenschap die duidelijk moet maken of de beleidsregel een besluit is, is eigenlijk pas vaststelbaar als we al weten of de beleidsregel een besluit is.²⁰ Er is voor dit probleem wel een oplossing als we redeneren dat de beleidsregel volgens artikel 1:3 lid 4 Awb een algemene regel is, die *bij besluit wordt vastgesteld*. We moeten dus separaat de eigenschappen van dit type algemene regel vaststellen en wel in de zin waarin deze algemene regel bedoeld wordt te werken. Daarbij is de bindendheid van artikel 4:84 Awb als beoogd rechtsgevolg een cruciaal element. Door de beleidsregel 'vervolgens' als algemene regel bij besluit vast te stellen verricht het bestuur de rechtshandeling met het oogmerk en het resultaat van zelfbinding.²¹ Ook in die benadering lijkt het erop dat we eigenlijk toch leentjebuurlen bij het ongeschreven recht: omdat de beginselen van behoorlijk bestuur aan de beleidsregel (zelf) bindende kracht toekennen is er rechtsgevolg.²² Dat ongeschreven recht zien we eigenlijk ook doorklinken in de bevoegdheidsbepaling van artikel 4:81 Awb. In lid 1 van deze bepaling gaat het om de bevoegdheid tot beleidsregelgeving voor eigen of gedelegeerde bevoegdheden; in lid 2 gaat het om de bevoegdheid tot beleidsregelgeving voor bevoegdheden van anderen. Voor hetgeen in lid 1 is bepaald geldt dat dit van rechtswege is gegeven; het bepaalde heeft geen toegevoegde waarde, anders dan verwoorden wat krachtens ongeschreven recht al geldt (als ongeschreven accessoire of impliciete bevoegdheid). Het bepaalde in lid 2 is eigenlijk ook niet veel meer dan wat we al uit ongeschreven recht weten: beleidsregels binden enkel in gevallen als onder lid 1 omschreven en daarbuiten geldt uit hoofde van het legaliteitsbeginsel dat binding van andere bestuursorganen een wettelijke grondslag behoeft.²³

In de tweede plaats heeft de gekozen constructie tot gevolg dat er in binnen het verschijnsel beleidsregel in de zin van algemene regels van de in artikel 1:3 lid 4 genoemde typen, nu in elk geval twee groepen moeten worden onderscheiden:

1. beleidsregels die *wel* bij besluit vastgesteld zijn;
2. beleidsregels die *niet* bij besluit zijn vastgesteld (zoals in de onderhavige uitspraak).

Voor de tweede categorie geldt derhalve dat aan één of meer van de bestanddelen van artikel 1:3 lid 1 niet is voldaan: *a.* de beslissing is niet schriftelijk – dit is de categorie van beleidsregels die uit weinig meer kan blijken dan mondelinge uitingen van of uit de kring van het bevoegd gezag of die we slechts uit een reeks van individuele beslissingen kunnen afleiden als algemene (vaste) gedragslijn; *b.* de beslissing is niet genomen door een bestuursorgaan – hier zij slechts gememoreerd dat beleidsregels ook kunnen zien op de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden en dat we voor dit doel 'bestuursorgaan' moeten gelijkstellen met de desbetreffende rechtspersoon,²⁴ terwijl anderzijds de 'beleids-

20 Vgl. mijn stellingname in: *Beleidsregels: naar een nieuwe catechismus voor ambtelijke bijbels*, a.w., i.h.b. p. 83.

21 Vgl. Bröring, a.w., p. 7.

22 Net zoals we bij andere rechtshandelingen, zoals bij vergunningverlening, de grondslag tot binding ook elders (buiten de Awb) vandaan halen, te weten uit de bevoegdheid krachtens een bijzondere wet.

23 Zie over art. 4:81 Awb ook Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, a.w., p. 224-225.

24 Vgl. in dit verband het voorstel voor een nieuw vierde lid in art. 1:3: 'De vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling van een bestuursorgaan treffen de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort.'

regels' van het OM wel zijn uitgesloten (zie art. 1:6 Awb);²⁵ *c.* de beslissing is een rechtshandeling – het niet voldoen aan deze voorwaarde leidt ertoe dat al helemaal geen sprake meer is van een beleidsregel (ook niet van categorie 1) aangezien het bestuur zich – kennelijk – niet naar buiten toe heeft willen binden;²⁶ *d.* niet publiekrechtelijk – niet verbonden met de uitoefening van een exclusieve wettelijke bestuursbevoegdheid of, eventueel in de vorm van een overeenkomst, van een publieke taak (waarop zojuist onder *b.* werd bedoeld).

Vervolgens moeten we binnen de categorie onder 1 nog onderscheid maken tussen:

- 1a. bij besluit vastgestelde en verbindende beleidsregels;
- 1b. bij besluit vastgestelde maar onverbindende beleidsregels.

In het tweede geval (1b) betreft het beleidsregels die niet zijn vastgesteld in overeenstemming met voor het geven van besluiten in hoofdstuk 3 en 4 Awb neergelegde regels of die in strijd zijn met andere wettelijke regels of (andere) ongeschreven beginselen.

Voor de eerste subcategorie (1a) mogen we aannemen dat toepassing kan plaatsvinden overeenkomstig titel 4.3 Awb. Voor de tweede subcategorie (1b) lijkt de conclusie te moeten zijn dat op z'n best toepassing als beleidsregel in de zin van categorie 2 nog mogelijk is. Het kan echter zijn dat de gronden voor onverbindendheid ook aan een zodanige toepassing als beleidsregel in de weg staan; het maakt natuurlijk wel uit of het, bijvoorbeeld, gaat om een bekendmakingsprobleem (art. 3:42 Awb) of om strijd met het willekeurverbod of een grondrecht.

Deze categorisering geeft aanleiding tot twee hoofdvragen:

1. was niet een andere aanpak voorstelbaar met dezelfde beoogde voordelen (uniformering en toegankelijkheid plus de specifieke aan beleidsregels verbonden aspecten van titel 4.3 Awb), maar zonder dit type complicaties (met bijbehorende kwalificatie discussie over of een beleidsregel nu wel of geen besluit is). Dit bespreken we hierna onder *d.*;
2. hoe het verschil tussen de categorieën 1. (Awb-beleidsregels) en 2. (impliciete beleidsregels) uitwerkt; in feite het probleem van het onderhavige uitspraak. Dit komt aan de orde onder *e.* Daarbij zullen we ook ingaan op het eerder in de 'wachtstand' geplaatste punt van de drie typen van beleidsregels volgens artikel 1:3 lid 4 Awb.

Op de eveneens in de wachtstand geplaatste verhouding tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels gaan we in onder *f.*

d. Alternatieve formulering?

Het gegeven dat de gekozen aanpak met het besluit als koppelbegrip kan leiden tot een juridische praktijk met tenminste drie typen beleidsregels (Awb/verbindend; Awb/onver-

25 Soortgelijke regels zullen we, als echte beleidsregels, wel toenemend ontmoeten nu bestuursorganen steeds vaker met bestuurlijk-punitieve sanctiebevoegdheden worden toegerust.

26 Het verstrekken van voorlichting of informatie is natuurlijk niet meteen beleidsregelgeving. Vergelijk analoog de schriftelijke beantwoording van kamervragen: ABRS 21 april 2004, JB 2004/229 m.nt. C.A.J.M. Kortmann – geen besluit want niet gericht op rechtsgevolg. Zie ook Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, a.w., nr. 6.18, p. 154 e.v. (Bestuurlijke rechtsoordelen; inlichtingen of adviezen). Vgl. ook de opmerkingen in de tweede Awb-evaluatie, a.w., p. 63-64, over de relatie tussen beleidsregels en andere vormen van beleid.

bindend; niet Awb/ongeregeld) geeft aanleiding tot de vraag of we met de regeling in de Awb niet meer problemen dan oplossingen oogsten. Anderzijds kan het ook zijn dat de codificatie iets aan de oppervlakte brengt dat anders in meer diffuse jurisprudentiële categorieën verstopt zou zitten – anders gezegd: ook zonder codificatie zouden die onderscheidingen er wel zijn maar wellicht meer verborgen in de casuïstiek van de rechtspraak. Niettemin lijkt de wettelijke regeling in de onderhavige uitspraak weinig toegevoegde waarde te hebben; wat via de regels van de Awb niet aan de orde gesteld kan worden, komt via de weg van het ongeschreven recht toch wel aan de orde (vergelijk de verwijzingen naar overgangsrecht en naar de uitzonderingsregeling in r.o. 2.7). De kernvraag is of we met de categorisering die nu ontstaat een relevant soort onderscheid hebben verworven dat voordeel oplevert in de zin van het voorkomen of oplossen van geschillen of van een efficiëntere en effectievere behartiging van belangen in de relatie bestuur en burger.

Het is in dit verband interessant om ons te realiseren dat in één van de kritieken op het voorstel tot een regeling voor beleidsregels in de Awb vanuit de Maastrichtse vakgroep publiekrecht een alternatief werd geformuleerd – als een voorbeeld van hoe het mogelijk anders kan. In het Maastrichtse tegenvoorstel werd voor een regeling van beleidsregels aangeknoopt bij de regeling van de beginselen van behoorlijk bestuur.²⁷ Anders dan beleidsregels zelf te zeer aan een regeling te willen onderwerpen, werd het gebruik ervan geregeld in termen van de regels die bij het nemen van een besluit, in casu een besluit dat wordt genomen op grondslag van beleidsregels, in acht moeten worden genomen. Een koppeling werd gemaakt met het motiveringsbeginsel (motiveringsvoordeel) en het rechtszekerheidsbeginsel (bindende kracht).²⁸ De belangrijkste motieven achter deze opzet zijn:

1. de opvatting dat beleidsregels geen besluiten zijn (zij brengen immers zelf geen rechtsgevolgen teweeg, er is slechts een rechtsgevolg door het op een beleidsregel gebaseerde besluit). Dat sprake is van zelfbinding aan beleidsregels, behoudens de inherente afwijkingsbevoegdheid, houdt verband met een objectiefrechtelijke regel (die, net als – andere – beginselen van behoorlijk bestuur, ongeschreven is, maar zich leent voor codificatie).
2. de fundamentele opvatting dat beleidsregels in geen geval mogen afdoen aan de eis dat per besluit, in het bijzonder per beschikking, alle relevante belangen van het concrete geval moeten worden gewogen of, anders gezegd, niet mogen aanzetten tot beschikken bij wet. Een zelfstandige regeling voor beleidsregels draagt het gevaar in zich dat dit wel gaat gebeuren, zulks ten koste van de individuele rechtsbedeling (of de ‘merits of the case’).²⁹

27 Sectie bestuursrecht RL, Beleidsregels: gebruiksaanwijzing van bestuursbevoegdheid, Regelman 1993/2, p. 54-60.

28 Ibidem, p. 59 e.v.

29 Vgl. de uiteenzetting hierover van Bröring, a.w., p. 3-5. Mij staat nog goed de reactie bij van een engelse collega, bij de vraag (zo rond 1997 gesteld) of de Awb niet ook iets voor de Britten was: ‘An interesting idea, but somehow I fear that such an arrangement just wouldn’t do justice to the merits of the case.’ Vergelijk van een zelfde strekking: R.E. Bakker, Even the british do it better NJB 1992/33, p. 1065 met de reactie van N.Verheij, Beleidsregels: een goede zaak, NJB 1992/42, p. 1144-1148.

Duidelijk mag zijn dat de vigerende regeling van de Awb meer nadrukkelijk inzet op een juridische kwaliteitsimpuls in het besturen.³⁰ Door beleidsregels te koppelen aan het besluitbegrip werden eisen geactiveerd, in het bijzonder van hoofdstuk 3 Awb, die enerzijds een vanzelfsprekendheid in zich bergen (natuurlijk mag beleid niet willekeurig zijn en moet het behoorlijk bekend zijn gemaakt) maar toch van menig bestuursorgaan nog een behoorlijke juridische inspanning zouden verlangen. In combinatie met de door de Commissie Scheltema voorgestelde verplichting tot beleidsregelgeving (art. 4.4.2), alsmede de idee dat beleidsregels zelf in beroep aanvechtbaar zouden worden, zou de beoogde kwaliteitsimpuls van het openbaar bestuur een majeure inspanning hebben gevergd – met name ook op lokaal niveau. De regering vond dit ambitieniveau te hoog en zette in op het eerdergenoemde motiveringsvoordeel (art. 4:82 Awb) – en stelde later, op meerdere gronden, het beroepsrecht tegen beleidsregels (en algemeen verbindende voorschriften) voor onbepaalde tijd uit. Als gezegd is het nog de vraag of deze impuls wel het bedoelde effect heeft gehad.³¹ Ook zou moeten worden bezien of de kwaliteit van de beleidsregels zelf is verbeterd of dat nog altijd veel beleidsregels onverbindend zijn, zodat het rechtsgeschil volgens de (aloude) regels van het ongeschreven recht moet worden afgedaan. Het lijkt erop dat vooral de grotere bestuursorganen op rijksniveau – waaronder ‘beschikkingsfabrieken’ zoals het ministerie van Economische zaken en de Informatie beheer Groep, de waarde van het instrument beleidsregels (en van het motiveringsvoordeel?) hebben ontdekt en over het algemeen een goede kwaliteit behalen.³²

e. *Impliciet beleid*³³

Deze stand van zaken en de onderhavige uitspraak geven aan dat we ons terdege bewust moeten zijn van de spelregels ingeval we van doen hebben met beleidsregels van de soort van categorie 2, resp. 1b. Twee stappen zijn van belang. Allereerst inzicht in de typen van beleidsregels, vervolgens inzicht in de wijze van toetsing van beleid door de rechter.

We zagen hierboven dat in artikel 1:3 lid 4 Awb drie typen beleidsregels worden onderscheiden, te weten: beleidsregels voor belangenafweging, voor feitenvaststelling en voor de uitleg van wettelijke voorschriften. Deze typologie hangt samen met de belangrijkste juridische stappen bij het nemen van een besluit. Het uitgangspunt voor die stappen is de ‘als-dan’-structuur van bevoegdheidsbepalingen: *als* aan bepaalde toepassingscondities is voldaan, *dan* kan of moet de bevoegdheid worden uitgeoefend met bepaalde (beoogde) rechtsgevolgen als gevolg.

Vooreerst moet dus worden *beoordeeld* of aan de toepassingscondities is voldaan. Dit vergt een interpretatie van de relevante condities (wat behelst – bijvoorbeeld – de term ‘belang van de bescherming van het milieu’ in artikel 8.10 Wet milieubeheer?), een vaststelling van (relevante) feiten (bijvoorbeeld: welke milieu-effecten zijn in geding?) en een kwalificatie van die feiten in het licht van de toepassingscondities (bijvoorbeeld: zijn de

30 Zie ook de tweede Awb-evaluatie inzake beleidsregels, a.w., p. 55.

31 Ibidem, p. 60-61.

32 Ibidem, p. 56-57.

33 In het verleden werd wel gesproken van ‘buitenwettelijke beleidsregels’, vgl. het rapport Orde in de regelgeving, Commissie Polak, Den Haag 1985, p. 23-26.

milieueffecten zodanig dat het belang van de bescherming van het milieu' in het geding is?).

Volgt het oordeel dat aan de toepassingsconditie(s) niet is voldaan dan kan de bevoegdheid niet worden uitgeoefend (bijvoorbeeld: de milieuvergunning kan niet worden geweigerd). Wordt wel voldaan dan rijst nog de vraag of de bevoegdheid *moet* worden uitgeoefend (zoals bij verlening van de bouwvergunning ex. art. 40 Woningwet) of dat dit (of de wijze waarop: welke rechtsgevolgen) ter keuze is van het bevoegd orgaan; het *kan* (of mag), maar moet niet (zoals in art. 8.10 Wm) – we spreken in dit verband wel van een '*kanbepaling*'. Het moeten of kunnen volgen van rechtsgevolgen door bevoegdheidsuitoefening betreft de 'dan-zijde' van de bevoegdheidsbepaling en we onderscheiden daarbij tussen 'gebonden' en 'discretionaire' of 'vrije' bevoegdheden. Alleen bij discretionaire bevoegdheden is er sprake van keuzevrijheid, die wel wordt aangeduid als 'beleidsvrijheid' en feitelijk geldt als 'beleidsplicht' omdat bestuurlijke keuzevrijheid gepaard gaat met de plicht tot belangenafweging; er moet beleid worden gevoerd en op basis daarvan en met oog voor de bijzondere omstandigheden van het geval moet een keuze worden gemaakt.

Al met al hebben we dus van doen met vier juridisch relevante stappen in de besluitvorming: interpretatie van wettelijke bepalingen (toepassingscondities), feitenvaststelling, kwalificatie van feiten en, in voorkomende gevallen, belangenafweging. De eerste drie stappen betreffen de beoordeling van de mogelijkheid om de bevoegdheid toe te passen ('als': is voldaan aan de toepassingscondities?). Net als bij beleidsvrijheid ('dan': welke belangen wegen het zwaarst?), kan bij de beoordeling van de toepasbaarheid van de bevoegdheid sprake zijn van keuzevrijheid, oftewel van 'beoordelingsvrijheid'. In ABRIS 28 april 2004³⁴ gebruikt de Afdeling de termen beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid voor het eerst expliciet naast elkaar. In zijn annotatie gaat Stroink in op de vraag of beoordelingsvrijheid bij elk van de drie stappen – interpretatie, vaststelling en kwalificatie – aan de orde kan zijn. Algemeen wordt aangenomen dat de stappen interpretatie en kwalificatie zeer nauw met elkaar zijn verbonden (beide stappen kunnen elkaar iteratief beïnvloeden). Hoe dit ook zij, wat de interpretatie van wettelijke voorschriften betreft, in casu van wettelijke toepassingscondities, overheerst de opvatting dat hierin het monopolie van de rechter domineert, zodat het bestuur terzake geen vrijheid heeft. Een (louter) wetsinterpreterende beleidsregel kan nuttig zijn om duidelijk te maken hoe het bestuur de wet uitlegt, maar een eigen discretie wordt daarmee niet gemarkeerd.³⁵ Voor de vaststelling en kwalificatie van feiten ligt dit anders. De wetgever kan immers beslissen dat hierbij aan het bestuur een zekere beoordelingsmarge toekomt – relevant voor, bijvoorbeeld, de nauwkeurigheid of omvattendheid van de feitenvaststelling voor de vereiste mate van 'conformiteit' tussen de empirisch vastgestelde feiten en de door interpretatie vastgestelde normatieve feiten (d.w.z. de juridische toepassingscondities). Uit de omschrijving van de bevoegdheidsbepaling, in het bijzonder van de toepassingscondities zelf moet blijken of de wetgever een 'objectieve' danwel een 'subjectieve' toepassing heeft voorge-

34 ABRIS 28 april 2004, JB 2004/236 m.nt. F.A.M.S.

35 Hoewel Scheltema in zijn bijdrage aan het kamerdebat iets anders suggereerde, PG Awb III, p. 288. Ook de redenering van Bröring, a.w., p. 19-20, doet aan dit gegeven niet af.

staan.³⁶ In het eerste geval (*objectief*) heeft de wetgever geen beoordelingsvrijheid willen laten, maar is het hooguit zo dat hij het moeilijk vond om een precieze (niet vage) omschrijving te geven.³⁷ In het tweede geval (*subjectief*) heeft de wetgever het bestuur bewust ruimte willen geven om tot een 'redelijke beoordeling' te komen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij artikel 8.10 Wm:³⁸ 'belang van de bescherming van het milieu'. Het bestaan van een (subjectieve) beoordelingsvrijheid kan doorgaans worden herkend aan wettelijke omschrijvingen zoals: 'indien naar het oordeel van het bestuur sprake is van... (volgt toepassingsconditie)'; aan gebruik van de adjectieven 'redelijke', 'rechtvaardige' en 'evenredige', ter specificatie van de toepassingsconditie; of door een omschrijving in termen van een bepaald publiekrechtelijk belang (zoals in art. 8.10 Wm: 'belang van de bescherming van het milieu').³⁹

De term 'redelijke beoordeling' werd hierboven zeer bewust zo gebruikt. Zoals ook Stroink betoogt,⁴⁰ gaat het bij beoordelingsvrijheid niet om het afwegen van belangen, zoals bij beleidsvrijheid. Wel gaat het er om dat het bestuur niet (ten opzichte van de rechter) als eerste mag beslissen over feitenvaststelling en kwalificatie, maar dat het bestuur daarin ook een eigen aanpak of waardering mag kiezen, mits deze de grenzen van een redelijke vaststelling of kwalificatie niet te buiten gaat. Stroink bepleit daarom dat de term beleidsregels wordt gereserveerd voor regels die werkelijk zien op belangenafweging en om overigens te spreken van resp. 'interpretatieregels' en 'feitenvaststellingsregels'. Opmerkelijk genoeg kunnen we nu echter concluderen dat artikel 1:3 lid 4 Awb niet voorziet in 'kwalificatieregels'; maar misschien kunnen we aannemen dat we dit type regel veelal zullen aantreffen onder 'interpretatieregels'.

Hierop aansluitend komen we vanzelf op de wijze waarop de rechter met name belangenafweging toetst. Het algemeen aanvaarde model hiervoor is dat van de zogenoemde 'tweefasentoetsing', zoals onder meer toegepast in de uitspraken *Vuilcontainers Hoorn*⁴¹ en, meer recent, *Bas Blaak/APK*⁴² en *Schietverlof*.⁴³ In hoofdzaak komt deze toetsing er op neer dat de rechter de belangenafweging eerst het beleid in abstracto en dan de beleids-toepassing in concreto toetst. Eerst wordt derhalve de vraag gesteld of er een algemene visie bestaat op de wijze waarop de beleidsvrijheid bij de gegeven bevoegdheid wordt ingevuld, al dan niet toegespitst op het desbetreffende type situatie.⁴⁴ Deze toets veronderstelt dat er een algemene visie is. Die hoeft niet in een geschreven beleidsregel te zijn uitgewerkt en kan zelfs eerst bij gelegenheid van de bestreden beslissing zijn ontwikkeld. Het is de algemene visie die de belangenafweging uittilt boven het niveau van de situatie

36 Vgl. A.P. Klap, *Vage normen in het bestuursrecht*, diss. RUL, Zwolle 1994.

37 Vgl. de term 'bouwwerk' in art. 1 lid 1 onder a Woningwet.

38 Zie ABRS 21 april 1998, JB 1998/133.

39 Vgl. Van Kreveld, a.w., p. 7, alsmede R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel*, diss. UM 1998, hfst. 6, p. 165 e.v.

40 Zie zijn noot bij ABRS 7 mei 2003, JB 2003/152.

41 ARRS 11 december 1981.

42 ABRS 3 november 1994, AB 1995, 13.

43 ABRS 8 oktober 1998, AB 1999, 37 m.nt. Schreuder-Vlasblom.

44 Hoe breder de bevoegdheid, denk aan art. 8.10 Wm, des te belangrijker wordt het om toe te spitsen op het specifieke type geval, c.q. inrichting.

waarbij de afweging in het ene geval niets zegt over de afweging in het andere, gelijksoortige, geval, waarmee aan die afweging elke redelijkheid geacht moet worden te ontbreken. Ontbreekt zo'n visie – ergo, ontbreekt enig beleid – dan zal de rechter in elk geval tot willekeur moeten concluderen. Is een algemene visie wel aanwezig dan zal de rechter toetsen of deze in overeenstemming is met de relevante wettelijke bepalingen, of de toets aan het verbod van willekeur resp. het evenredigheidsbeginsel wordt doorstaan (naar indringendheid volgens de lijn in de Maxis-Praxis uitspraak,⁴⁵ alsmede of overigens geen strijd is met enig beginsel van behoorlijk bestuur.⁴⁶

Als 'het beleid' de rechterlijke toets doorstaat onderzoekt de rechter vervolgens de toepassing ervan in het concrete geval. Dit begint met de vraag of zich in het concrete geval bijzondere omstandigheden voordoen die nopen tot een afwijken van het staande beleid. Dit 'nopen tot afwijken' kan worden afgemeten aan het willekeurverbod of de evenredigheidsnorm: toepassing van het beleid mag voor belanghebbenden niet tot onevenredig of onredelijk nadeel leiden. Deze toetsing beperkt zich tot nadeel dat in zo'n geval zou optreden door toedoen van de bijzondere omstandigheden; voor normale omstandigheden heeft deze toets reeds bij de toetsing van het beleid (in abstracto) plaatsgevonden, omschreven in bewoordingen en gewogen naar omstandigheden die voor de betrokken voegdheid, resp. daaronder begrepen gevallen gemeen zijn.⁴⁷ Als sprake is van bijzondere omstandigheden met onevenredig nadeel als gevolg dan moet van de reguliere beleids-toepassing worden afgeweken (in de mate die nodig is om de nadelen te voorkomen en de beleidsdoelen toch zoveel mogelijk te realiseren). Gebeurt dit niet – dat wil zeggen, ontbreekt de controle op bijzondere omstandigheden⁴⁸ of wordt aan de vrees voor onevenredig nadeel geen consequentie verbonden – dan grijpt de rechter in.

Zijn er geen bijzondere omstandigheden (of is daarvan niet gebleken)⁴⁹ dan beoordeelt de rechter of het bestuur het eigen beleid wel goed heeft toegepast. Goede toepassing wil met name zeggen 'consistente' toepassing (als grondregel voor de eerdergenoemde redelijkheid van het beleid). Natuurlijk komt ook hierbij kijken of de toepassing zelf niet is geschiedt in strijd met wettelijke bepalingen of abbb die zien op de beleidskeuze in het concrete geval (zoals het feitenonderzoek in de concrete situatie of de motivering van de beslissing).

Juist in het gewicht van de tweede fase herkennen we het bovengenoemde Maastrichtse accent: de wetgever heeft genormeerd tot op het niveau van de individuele bestuursbeslissing; de vrijheid om in dat individuele geval te beslissen behelst een plicht om dit te doen naar de merites van het individuele geval en niet een vrijheid om alle gevallen over één en dezelfde beleidsmatige kam te scheren.

45 ABRS 9 mei 1996, JB 1998/158 m.nt. Stroink.

46 Bijvoorbeeld met de formele zorgvuldigheid als de algemene visie – 'het beleid' – geen grondslag vindt in kennis omtrent in algemene zin relevante feiten en belangen (vgl. art. 3:2 Awb).

47 Vgl. Verheij en Lubberdink, a.w., p. 110, alsmede Bröring, a.w., p. 95-97.

48 Vgl. ABRS 7 mei 2003, JB 2003/152 m.nt. FAMS.

49 Er moet wel enige aanleiding zijn voor onderzoek. Vgl. hierover in algemene zin, Bröring, a.w., p. 100-101, alsmede Verheij en Lubberdink, p. 112-113. Zie voorts Rb. Amsterdam 2 februari 1995, JB 1995/109 m.nt. MAH, als een voorbeeld waar de bestuursrechter wel erg hoge eisen stelt, en de uitspraak genoemd in de vorige noot.

Als we dit algemene model nu vergelijken met de regels voor (verbindende) Awb-beleidsregels, zien we sterke verwantschappen. Door beleidsregels aan te merken als besluiten worden precies de normen geactiveerd die ook bij de zogenoemde toetsing in abstracto zullen meewegen. De toetsing aan de wet daargelaten,⁵⁰ voorzien de regels van hoofdstuk 3 in de eisen die in de eerste-fasetoetsing door toetsing aan het verbod van willekeur/evenredigheid (art. 3:4 Awb) en aan de abbb (zoals art. 3:2 en 3:3 Awb) worden verwezenlijkt. Er zijn niettemin verschillen en die hangen geheel samen met enerzijds de ambitie van de Awb tot een juridische kwaliteitsimpuls en anderzijds met het feit dat het twee-fasenmodel niet slechts ziet op geschreven beleid. Zo speelt in het twee-fasenmodel de bekendmaking (zie voor beleidsregels art. 3:42) geen rol. Natuurlijk wel de motivering, maar deze kan zich beperken tot de beleidstoepassende beslissing (art. 3:46 en art. 3:47 Awb gelden dan uitsluitend daarvoor en niet ook voor de beleidsregel) en een voorschrift over verwijzing naar de relevante bevoegdheidsbepaling (art. 4:83 Awb) komt evenmin in beeld (al was het maar omdat deze zich in de bevoegdheidsuitoefening openbaart). Het motiveringsvoordeel (van art. 4:82 Awb) is natuurlijk typisch voor de gevallen van verbindende Awb-beleidsregels en gaat de twee-fasentoetsing te buiten.

Duidelijke overeenkomsten zijn er voorts tussen de tweede fase en het bepaalde in artikel 4:84 Awb. Dat blijkt enerzijds uit de hoofdregel dat eenmaal ontwikkeld beleid in beginsel moet worden toegepast (consistent-bindend) en anderzijds uit de toevoeging dat indien die consistente toepassing wegens bijzondere omstandigheden zou leiden tot onevenredig nadeel (vgl. art. 3:4 lid 2 Awb), van het beleid resp. de beleidsregel moet worden afgeweken.⁵¹ Opmerking verdient dat artikel 4:84 Awb van toepassing wordt verklaard op *alle* typen van beleidsregels; ook op de wetsinterpreterende en feitenvaststellende. Het is, als gezegd, de vraag of de maat van 'onevenredig nadeel door bijzondere omstandigheden' eigenlijk wel past op het verschijnsel beoordelingsvrijheid. In elk geval wordt de twee-fasentoetsing in de rechtspraak enkel gebezigd in relatie tot belangenafweging.

Ergo: de Awb-regeling voor beleidsregels omarmt de twee-fasentoetsing, maar voegt daar omwille van de juridische kwaliteitsimpuls nog enkele elementen aan toe, elementen die gediensig kunnen zijn aan efficiëntie van het besturen (art. 4:82 Awb) en tegelijkertijd aan de rechtszekerheid van burgers (vooral als beleidsregels in overeenstemming met artikel 3:42, alsmede 3:46 en 3:47 Awb zijn bekendgemaakt en gemotiveerd). Tenslotte mag worden aangenomen dat in het bijzonder verbindende Awb-beleidsregels zich, net als algemeen verbindende voorschriften, kwalificeren om te worden aangemerkt als recht in de zin van artikel 79 (voorheen art. 99) RO.^{52 53} De directe toetsing door de bestuursrechter mag dan (nog) door de wetgever worden geblokkeerd, de rechter laat al wel doorklinken

50 Die geldt natuurlijk ook gewoon voor Awb-beleidsregels.

51 Vgl. de verwijzingen bij Van der Linden in haar noot bij de onderhavige uitspraak (in JB 2004/155) ter onderbouwing van de stelling dat inherente afwijkingsbevoegdheid reeds lang geleden tot het ongeschreven bestuursrecht wordt gerekend.

52 Vgl. HR 28 maart 1990, AB 306 m.nt. Van der Burg.

53 Zie hierover Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, a.w., nr.6.82, alsmede Rob Bakker, Rosery Cobben, Michiel Heldeweg, Bernd van der Meulen, Elies Steyger en Twan Tak, Bestuursbevoegdheid als bron van recht?, NTB 1991, p. 133 e.v.

dat naar de maatstaven van behoorlijke rechtsbescherming de rechter onder omstandigheden bindend kan bepalen hoe beleidsregels moeten worden uitgelegd.

f. Beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften

Mede gelet op het voorgaande punt komt (opnieuw) naar voren dat beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften, beide (ook) in de Awb-systematiek besluiten van algemene strekking, een grote mate van verwantschap vertonen. Heeft het maken van onderscheid nog wel zin? Is het niet zo dat beleidsregels, in het bijzonder Awb-beleidsregels, gewoon een specifiek type van algemeen verbindende voorschriften zijn, toegespitst op het gebruik van bestaande bestuursbevoegdheden?

Dat er verschillen zijn blijkt in elk geval uit de jurisprudentie, vooral in situaties waarbij een bestuursorgaan poogde een gebrekkig en bijgevolg onverbindend algemeen verbindend voorschrift te converteren in een Awb-beleidsregel. Het doel hiervan was om aldus de normatieve inhoud van het algemeen verbindende voorschrift toch aan een bestreden beslissing ten grondslag te kunnen leggen. De bestuursrechter toonde zich bereid hieraan mee te werken, maar moest wel rekenen met drie mogelijke belemmeringen.

Allereerst op het punt van de bevoegdheid. Enerzijds mag het niet zo zijn dat de wet voor een bepaalde regeling de vorm van een algemeen verbindend voorschrift verplicht stelt; conversie leidt dat immers tot een regeling van het verkeerde type.⁵⁴ Anderzijds moet het desbetreffende orgaan wel terzake van hetgeen in een algemeen verbindend voorschrift is geregeld bevoegd zijn tot beleidsregelgeving; als bijvoorbeeld een gebrekkige ministeriële regeling niet ziet op de uitoefening van een bevoegdheid van de minister en evenmin op door de minister gedelegeerde bevoegdheden rijst de vraag of conversie in een beleidsregel wel zin heeft.

In de *tweede plaats* is conversie enkel mogelijk als het geconstateerde gebrek in het algemeen verbindende voorschrift niet ook de norm als beleidsregel zozeer zou treffen dat deze (eveneens) onverbindend werd (of mogelijk ook als impliciet beleid niet meer inroepbaar). Bij bijvoorbeeld bekendmakingsregels, zoals voor Amvb's, ministeriële regelingen en provinciale en gemeentelijke verordeningen, zijn de eisen voor deze algemeen verbindende voorschriften scherper dan voor beleidsregels (gegeven het besluitkarakter: art. 3:42 Awb) – in zo'n geval kan conversie zin hebben.⁵⁵ Als het echter zou gaan om strijd met het bepaalde in bijvoorbeeld afdeling 3.2 Awb (formele zorgvuldigheid, detournement de pouvoir, het verbod van willekeur en het evenredigheidsbeginsel) of als sprake zou zijn van strijd met enig ander algemeen verbindend voorschrift of een ongeschreven materieel beginsel van behoorlijk bestuur, dan valt van conversie van de desbetreffende norm tot beleidsregel natuurlijk toch weinig te verwachten.⁵⁶

54 Denk aan de benodigde wettelijke grondslag voor structurele subsidies, art. 4:23 Awb (zie de noot van Schlössels bij Rb. Dordrecht 4 juni 1999, JB 1999/149, of aan de vorm van de Amvb voor de inrichtingscategorisering ingevolge art. 1.1 lid 3 Wm. Zie ook ABRS 12 september 1994, AB 1995, 10 m.nt. RMvM.

55 Vgl. Rb. Groningen 5 maart 1996, JB/161 m.nt. MAH en Cbs 11 april 1996, JB 1996/134, alsmede ABRS 10 februari 2000, AB 2001, 322 m.nt. N. Verheij.

56 Vgl. CRvB 28 april 1994, JB 1994/263 m.nt. BvM/MAH.

In de *derde* plaats is conversie niet mogelijk indien het algemeen verbindend voorschrift een regeling geeft die naar inhoud beschouwd niet bij beleidsregel kan worden getroffen. Op verschillende punten kan het nu misgaan:

- als het algemeen verbindend voorschrift ertoe strekt een bestuursbevoegdheid te attribueren of delegeren, kan dat oogmerk niet door een beleidsregel worden verwezenlijkt. De beleidsregel kan immers slechts de gebruikmaking van een bestaande bevoegdheid reguleren – het is een accessoire of impliciete bevoegdheid in de zin dat de bevoegdheid wordt ontleend aan en ziet op een reeds bestaande bevoegdheid.^{57 58}

- als de strekking van het algemeen verbindend voorschrift is gelegen in het eenzijdig opleggen van een verplichting aan burgers, zal de conversie niet (geheel) kunnen slagen. Niet alleen kunnen bij beleidsregel geen bevoegdheden worden geschapen of overgedragen, ook kan een beleidsregel aan burgers geen beperking opleggen die niet reeds bij algemeen verbindend voorschrift zijn voorzien – dit volgt uit het legaliteitsbeginsel. Overigens zij erop gewezen dat het precies dit uitgangspunt is dat meebrengt dat een beleidsregel niet absoluut kan verbieden wat krachtens de desbetreffende wettelijke bevoegdheid wel tot de mogelijkheid behoort. Een bevoegdheid tot, bijvoorbeeld, verlening van een vergunning, vrijstelling of ontheffing kan door een beleidsregel niet zo worden bestreken dat van een dergelijke verlening in geen enkel voorkomend geval sprake kan zijn.⁵⁹

- als het algemeen verbindend voorschrift ertoe strekt de toepasselijkheid van bepaalde grondrechten te beperken, kan die rol niet worden overgenomen door een beleidsregel. Deze eis valt eigenlijk samen met de hierboven als eerste genoemde belemmering (eis van een algemeen verbindend voorschrift). Onze Grondwet laat ten aanzien van verschillende aldaar geregelde grondrechten beperkingen toe mits daarvoor de vorm van een algemeen verbindend voorschrift wordt gebezigd (vgl. art. 8 en art. 10 Gw). Een beperking bij wege van een beleidsregel voldoet daar niet aan. Voor beperkingen door beleidsregels op mensenrechten, zoals geregeld in het EVRM of in het BUPO-verdrag, lijkt in lijn met het eerste Sunday Times arrest⁶⁰ en de uitspraak Paspoortinstructie⁶¹ wel enige ruimte te bestaan.

Als het niet de bedoeling van het algemeen verbindend voorschrift is om onverkort te gelden, dat wil zeggen geen bijzondere omstandigheden als rond voor afwijken van de voorschriften toe te laten, dan is conversie in een beleidsregel problematisch. Hierop is immers de inherente afwijkingsbevoegdheid van toepassing. Het bestuur moet, indien daar ook maar enige aanleiding toe bestaat, kijken naar de bijzondere omstandigheden van het geval en moet, indien die omstandigheden bij toepassing van de algemene norm aanleiding geven tot onevenredig nadeel concluderen dat afwijken is geboden. Natuurlijk is ook ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften voorstelbaar dat van de toepassing daarvan in concrete gevallen moet worden afgeweken. In ongereguleerde vorm geschiedt

57 Vgl. Rb Roermond 18 april 1995, JB 1995/135 m.n. RJNS.

58 Het 'ontleend zijn aan' ligt in gevallen als bedoeld in art. 4:81 lid 2 Awb natuurlijk wat anders, maar de strekking van deze soort beleidsregels wordt daardoor niet anders.

59 Vgl. PG-Awb III, p. 278-280

60 EVRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 m.nt. Alkema.

61 ARRS 10 januari 1983, AB 306 m.nt. Boon.

dit onder de noemer van het *contra legem* gaan, waarvoor het jurisprudentiële beginpunt ligt bij de zogenoemde Doorbraakarresten.⁶² We hebben hier van doen met een zeer besliste uitzondering waarvoor slechts ruimte bestaat indien toepassing van de wet in strijd komt met bepaalde materiële beginselen van behoorlijk bestuur (zoals het vertrouwens- en het gelijkheidsbeginsel) en indien geen sprake is van bepaalde tegen-indicaties, zoals contraire belangen van derden of een doorkruising van het algemeen belang. Uitgangspunt blijft dat de belangenafweging die aan het algemene voorschrift ten grondslag ligt, is afgerond indien een afweging in abstracto is uitgevoerd. Voor de beleidsregels geldt echter, dat deze slechts voorzien in een deel van de afweging die in het kader van de onderliggende bevoegdheid moet worden verricht; te weten het abstracte deel. Zodra daarin niet betrokken – ergo bijzondere – omstandigheden bij onverkorte toepassing van het beleid voor één of meer belanghebbenden tot onevenredig nadeel leiden, *moet* van de beleidsregel worden afgeweken. Kortom, als een algemeen verbindend voorschrift strikt is bedoeld kan op die striktheid weliswaar *contra legem* worden ‘ingebroken’ maar de reikwijdte daarvan blijft achter bij de inherente afwijkingsbevoegdheid die, als regel, wordt ‘geactiveerd’ zodra het algemeen voorschrift in een beleidsregel wordt geconverteerd.

Natuurlijk kan het zijn dat een algemeen verbindend voorschrift niet zo strikt is bedoeld en ook zelf reeds is voorzien van een hardheidsclausule. In dat geval behoeft conversie in een beleidsregel geen afbreuk te doen aan de intenties van de regelgever. Wel moet men nagaan of de toepassingscondities van de hardheidsclausule even algemeen zijn als die van de inherente afwijkingsbevoegdheid. Als die van de hardheidsclausule beperkter zijn leidt conversie tot het ‘oprekken’ van de norm. In dit verband zij erop gewezen dat soms ook beleidsregels een hardheidsclausule bevatten (ook als zij niet eerst als algemeen verbindend voorschrift zijn bedoeld). Ook dan geldt dat deze hardheidsclausules de toepassing van de inherente afwijkingsbevoegdheid niet kunnen beperken in een mate waardoor belanghebbenden mogelijk meer nadeel hebben te dragen dan onder toepassing van de inherente afwijkingsbevoegdheid het geval zou zijn geweest. Ten slotte zien we ook dat beleidsregels soms worden gebruikt om aan te geven hoe een hardheidsclausule binnen een algemeen verbindend voorschrift moet worden toegepast. Als een hardheidsclausule ‘stelt dat in geval van onbillijkheden van overwegende aard van bepaalde voorschriften kan worden afgeweken’ kan een beleidsregel mogelijk meer helderheid bieden. Bezien moet worden of de beleidsregel dan strekt tot interpretatie van de hardheidsclausule (wanneer spreken we van ‘onbillijkheden van overwegende aard’?) of tot het nemen van een beleidsbeslissing (als sprake is van zo’n onbillijkheid wordt dan afgeweken en met name hoe?).^{63 64}

Kortom, hoewel de gelijkenissen tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften groot zijn – beide zijn nu eenmaal besluiten van algemene strekking – moeten we ons bewust blijven van de verschillen, vooral op het vlak van de binding (alleen zelfbinding van het bestuur) en op het vlak van het voltooid zijn van de erin begrepen liggende belangenafweging (wel of niet voltooid).

62 HR 12 april 1978, AB 1979, 262 m.nt. Van der Burg.

63 Vgl. CRvB 15 september 1994, AB 1995, 28 m.nt. HH.

64 Vgl. Bröring, a.w., p. 98-99.

g. Afwijken of wijzigen

Ter completering van het bovenstaande past nog een laatste opmerking over de inherente afwijkingsbevoegdheid – ongeacht of deze wordt toegepast in het kader van artikel 4:84 Awb of als regel van ongeschreven recht.

Zoals reeds werd aangegeven speelt deze plicht tot afwijking (want juridisch komt het daar op neer)⁶⁵ alleen in verband met bijzondere omstandigheden. De beleidsregel (c.q. het impliciete beleid in abstracto) bevat de afweging naar de normale omstandigheden, dat wil zeggen de normale, bij het opstellen van de beleidsregel in overweging genomen eigenschappen van de gevallen die aan de beleidsregel zijn onderworpen (denk aan de planologisch factoren in het kader van vrijstellingsbeleid ex art. 15 of art. 19 WRO). Als de beleidsregel niet onredelijk of onevenredig is, kan enkel nog met het oog op andere dan deze normale omstandigheden besloten worden tot afwijken (bijvoorbeeld in het geval waar voornoemde vrijstelling op planologische gronden is uitgesloten, maar vanwege een lichamelijke handicap als bijzondere omstandigheid toch wordt verleend).

Zoals hierboven (onder *e.*) is aangegeven is de *crux* hier natuurlijk, dat het niet de bedoeling is om langs de band van de inherente afwijkingsbevoegdheid de belangenafweging in abstracto weer open te breken – zoals in het geval waarin wordt gepleit voor vergunningverlening aan een coffeeshop aangezien deze slechts enkele meters ligt binnen de straal die als minimale afstand geldt tot een basisschool.⁶⁶ Het herzien van beleidsregels is een aangelegenheid van de (on)redelijkheid of (on)evenredigheid van die abstracte afweging. We hebben het dan eenvoudig over een wijziging van beleid. Natuurlijk is het voorstelbaar dat bij een oplopend aantal ‘inherente afwijkingen’ door het bestuur wordt besloten dat bepaalde bijzondere omstandigheden binnen de beleidsregel moeten worden gebracht (al dan niet met een positieve honorering). Mits de wijziging tijdig en behoorlijk bekend wordt gemaakt en rekening wordt gehouden met gerechtvaardigde verwachtingen bestaat tegen een dergelijke wijziging geen (princiepelijk) bezwaar.⁶⁷ Wat in elk geval niet kan is dat in het kader van de inherente afwijkingsbevoegdheid een beleidswijziging wordt gerealiseerd, zoals bijvoorbeeld werd gepoogd in ABRS 10 juli 2002⁶⁸ – waarin tevens doorklinkt dat inherente afwijkingsbevoegdheid enkel kan worden toegepast ten behoeve van de belanghebbende, niet ten behoeve van een betere behartiging van de belangen van het bestuursorgaan, lees de beleidsregelgever zelf.

4. Conclusie

De regeling voor beleidsregels in de Awb rust op een bewuste systeemkeuze die samenhangt met de ambitie om niet alleen de uniformiteit en toegankelijkheid van het bestuursrecht te dienen, maar de juridische kwaliteit van het besturen te bevorderen. Daardoor is een benadering ontstaan waarbinnen we in de praktijk onderscheid moeten maken tussen verschillende typen beleidsregels en per type moeten bepalen welke spelregels van toepassing zijn. Als de commissie Scheltema zijn zin had gekregen (en daarnaast ook art.

65 Vgl. Verheij en Lubberdink, a.w., p. 110.

66 ABRS 13 mei 1996, 312 m.nt. FM (Maximilian) – zie hierover uitgebreid Commentaar Awb, art. 4:84.

67 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, a.w., nr. 6.80.

68 ABRS 10 juli 2002, JB 2002/245 (Waterschade).

M.A. HELDEWEG

8:2 Awb zou zijn geschrapt) zou dit waarschijnlijk veel minder hebben gespeeld; elke vaste gedragslijn had dan in een Awb-beleidsregels moeten zijn gegoten – maar vervolgens zou het begrip ‘vaste gedragslijn’ ons waarschijnlijk nog heel wat hoofdbrekens hebben gekost.

Omdat de Awb-regeling zich goed verhoudt met het uitgangspunt van de zogenoemde twee-fasentoetsing (daargelaten dat dit zich tot belangenafweging beperkt), kan in een uitspraak als de onderhavige in hoofdzaak aan dezelfde aspecten worden getoetst als indien wel sprake zou zijn geweest van Awb-beleidsregels. De uitspraak doet in aanleg vermoeden dat de inherente afwijkingsbevoegdheid ineens geen rol meer speelt (zie r.o. 2.3), maar uit de latere afweging (r.o. 2.7 – met name de elementen overgangsregels en uitzonderingsregeling en eventueel afwijken van de P90-norm) blijkt dat hier in feite een gelijksoortige beoordeling plaatsvindt. De Afdeling toetst ook daadwerkelijk of de staatssecretaris op niet onredelijke gronden heeft kunnen oordelen dat voor afwijken van beleid in het onderhavige geval geen plaats was (r.o. 2.8).

Mogelijk had de Afdeling wat explicieter kunnen zijn door op te merken dat het niet van toepassing zijn van artikel 4:84 Awb, niet afdoet aan de eis dat ook bij impliciet beleid, uit hoofde van de twee-fasentoetsing, moet worden gezien of in casu afwijking van de P90-norm is geboden.

Over de vraag of de vigerende Awb-regels voor beleidsregels nu verhoudingsgewijs een verstandige keuze zijn geweest, bijvoorbeeld in vergelijking tot het Maastrichtse alternatief, is inmiddels geen gezaghebbende uitspraak meer te doen. De rechtsontwikkeling is voortschreden en de doctrine heeft zich mede gevormd op voet van het positieve recht – we kunnen niet terugkeren naar 1 januari 1998. Zeker is dat een fenomeen dat ooit in prozaïsche termen als ‘spiegelrecht’ en ‘pseudo-wetgeving’ werd omschreven, inmiddels een ‘regelmatig’ onderdeel van het bestuursrecht is geworden. Daarmee is zeker veel gewonnen. Over de vraag of met de gekozen aanpak de Awb niet te zeer een bestuurlijk (kwaliteits)perspectief heeft gekozen en te weinig het perspectief van de individuele rechtsbedeling, zal ook in de toekomst, niet alleen wat beleidsregels betreft, zeker nog de nodige inkt vloeien.

M.A. Heldeweg