

## Gecombineerde annotatie bij ABRS 18 februari 2009, LJN BH3249 en ABRS 4 maart 2009 LJN BH4633

JB2009/94 en 98

### Beleidsregels; afwijkingsbevoegdheid

1. Beleid dat kruipt waar het niet gaan kan? De onderhavige uitspraak toont, samen met de voorafgaande uitspraak (nr. 94), hoe bewerkelijk het streven naar een hogere juridische kwaliteit van beleid is. Die hogere kwaliteit was doel van de introductie van Titel 4.3 Awb (Beleidsregels) en omvat het streven naar bevordering van rechtszekerheid, zorgvuldige voorbereiding en een evenredige belangenafweging. Die aspecten worden primair gediend door beleidsregels (in art. 1:3, lid 4 Awb als besluit aan te merken en beleidsregels aldus onder het bereik van de desbetreffende regels uit de Awb te brengen (m.n. Titel 3.2 en Afdeling 3.6). Ook wordt bestuurlijke efficiëntie gediend door het motiveringsvoordeel van art. 4:82 Awb (volstaan met verwijzing naar de beleidsregel). Verankering van deze 'kwaliteitswinst' wordt bereikt door in art. 4:84 (primair) te bepalen dat bestuursorganen dienen te handelen in overeenstemming met (relevante) beleidsregels. De stap om in bepaalde gevallen ook in algemene zin te verplichten tot beleidsregelgeving werd te ingrijpend bevonden (en overbodig naast voornoemd art. 4:82 – vgl. PG Awb III, p. 283). De vrijheid tot wel of niet inzetten van beleidsregelgeving is dus gebleven, maar indien beleidsregelgeving wordt ingezet (mogelijk ook door een ander orgaan dan dat de onderworpen bevoegdheid uitoefent - vgl. art. 4:81 Awb) wordt dit beleid en de uitoefening ervan, omwille van de juridische kwaliteit, beteugeld.

2. Die beteugeling betreft in de uitspraken onder nr. 94 en 98 de eis dat beleidsregels, omdat zij besluit zijn, in overeenstemming moeten zijn met art. 3:4 Awb. Dat houdt (onder meer) in dat de nadelige gevolgen van een beleidsregel voor betrokkenen niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Deze waarborg is voor burgers onvolledig omdat de nadelige gevolgen van een beleidsregel zich in juridisch bindend opzicht pas openbaren bij toepassing van de beleidsregel in concrete situaties, met name bij het nemen van besluiten (waarvoor de beleidsregel is geschreven). Ook die concretiserende besluiten zijn natuurlijk weer aan art. 3:4 Awb onderworpen en onder bijzondere concrete omstandigheden, ten opzichte van de beleidsregel, kan een onverkort toepassen van die beleidsregel daarom toch tot onevenredig nadeel leiden. Om dit te ondervangen voorziet art. 4:84 naast de plicht tot naleving van beleidsregel in een afwijkingsverplichting juist voor dergelijke bijzondere gevallen. Deze afwijkingsverplichting is niet geschreven om (tussentijdse) wijziging van beleidsregels mogelijk te maken – tegenover de normadressaten als open groep (de directe toetsing van de beleidsregel aan art. 3:4 Awb) – maar om de door dat artikel in concrete toepassingsgevallen bedoelde bescherming van burgers te waarborgen (vgl. ook Afdeling Bestuursrechtspraak 10 juli 2002, JB2002/245, m.n. dzz.)

3. Laatstgenoemd onderscheid tussen (niet on)evenredigheid in abstracto en in concreto (dat aansluit bij het concept van de *tweefasentoets* – vgl. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 14 e druk, Den Haag 2008, p. 347-348) en de consequenties die dat heeft voor de positie van het bestuur, blijkt lastig – al valt niet uit te sluiten dat het bestuur hierin soms handelt tegen beter

weten in. Misschien komt dat door het feit dat veelvuldig gebruik van de afwijkingsplicht een belangrijke aanwijzing is dat de beleidsregel een te beperkt bereik heeft. Het bestuur heeft daardoor veelvuldig met gevallen van doen die kwalificeren als de rechtsfeiten waarop de bevoegdheid is gestoeld waarvoor de beleidsregel is geschreven, maar die bijzonder zijn vanwege daaraan verbonden aspecten (feiten en/of belangen) die geen rol hebben gespeeld bij de bepaling van de beleidsregel, en die bij toepassing van die regel wel onevenredige nadelen meebrengen voor desbetreffende belanghebbenden. Als dit blijkt en als de bijzondere gevallen onderling als categorie onderscheiden kunnen worden biedt dit een aanknopingspunt voor een aanpassing van de beleidsregel resp. introductie van een aanvullende beleidsregel. De noodzaak daartoe wordt dan weliswaar door art. 4:84 in fine Awb aan het licht gebracht (vgl. A. Tollenaar, *Gemeentelijk beleid en beleidsregels*, prft. RUG, p. 246 e.v.), maar de aanpassing zelf dient te geschieden uit hoofde van de bevoegdheid als bedoeld in art. 4:81 Awb, volgens de spelregels voor het nemen van besluiten, waaronder art. 3:4 Awb.

4. In ABRS 4 maart 2009 LJV BH4633 (nr. 94) is sprake van een geval waarbij de minister in het zicht van de beleidsmatig ongewenste consequenties van zijn beleidsregel concludeert dat deze regel niet kan worden gevolgd. Het gaat dus niet om het afwenden van een mogelijk nadeel voor de normadressaat als gevolg van de weigering om een VOG af te geven (ex art. 35, eerste lid Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens). De beleidsmatig ongewenste uitkomst kan wel worden gekeerd, maar dan slechts door aanpassing van de kennelijk ondeugdelijke beleidsregel, binnen de grenzen van art. 3:4 Awb en dus mogelijk met een overgangsregime voor actuele gevallen (vgl. Centrale Raad van Beroep 28 november 2001, JB2002/32, m.n. dzz.).

Voor de minister zal dat (omwille van reacties in politiek en media?) geen optie zijn geweest en dus werd ten nadele van de belanghebbende afgeweken. Dat is, helaas voor de minister, rechte niet toegelaten maar accepteren dat door eigen toedoen de met de betrokken bevoegdheid beoogde bescherming nu niet ver genoeg reikt blijkt een brug te ver (zodat de rechter het maar voor zijn rekening moet nemen). Natuurlijk verlangt de slotconclusie in deze zaak een interpretatie van welke gevallen bij het opstellen van de beleidsregel wel en niet zijn voorzien. Soms verlangt dit het maken van een redelijke inschatting omdat de afweging impliciet is geweest. In het onderhavige geval geldt dit voor het oordeel van de Afdeling (in r.o. 2.5.1) dat bij het louter uitzonderen van zedendelicten andere categorieën delicten, zoals moord, kennelijk niet als beletsel voor afgifte van een VOG zijn gezien – zodat het gepleegd hebben van moord niet meer als bijzondere omstandigheid kan gelden. Mogelijkerwijs had dit voor de individuele omstandigheden rond de relevante moord in 1998, resp. rond de dader (appellant) anders kunnen zijn, maar de Afdeling stelt (in r.o. 2.5.) vast dat daarvan niet is gebleken, of zelfs dat wat er aan dadergegevens is juist niet wijst in de richting van grotere voorzichtigheid.

5. In ABRS 18 februari 2009, LJV BH3249 (nr. 98) zien we dat de toepasselijke beleidsregels zelf een algemene afwijkingsclausule bevatten. De voorzieningenrechter heeft dit uitgelegd als een afwijkingsmogelijkheid die slechts is toegelaten uit hoofde van art. 4:84 Awb (in fine). Vraag is echter of het wel om een zodanige afwijkingsmogelijkheid gaat. De Afdeling stelt (in r.o. 2.2.3) wat apodictisch dat art. 4:84 Awb niet in de weg staat aan een zelfstandige afwijkingsmogelijkheid in de beleidsregels zelf. We zouden dit kunnen uitleggen als een redenering waarin

voornoemd artikel impliciet wordt gekwalificeerd als vangnet, te weten voor het rekening houden met gevallen waarin de beleidsregel zelf, zelfs niet aan de hand van een uitzonderingsclausule, voorziet. Kortom, als de beleidsregel zelf een voorziening bevat waardoor bij concrete toepassing aan de eisen van art. 3:4, tweede lid Awb wordt voldaan, is daarmee zowel dat doel als de plicht tot naleving van de beleidsregel gediend. Indien niet, dan werkt het vangnet van art. 4:84 Awb. Als de zaken zo zouden liggen dan moet er hooguit voor worden gewaakt dat een hardheidsclausule in de beleidsregel niet het achterliggende oogmerk van rechtszekerheid verstoort. Als de clausule overeenkomt met de toepassingsconditie van de afwijkingsplicht van art. 4:84 Awb is dat echter geen probleem, hooguit wat verwarrend - maar in elk geval blijft de beleidslijn van het bestuur helder en betreft de uitzondering alleen het voorkomen van nadelen voor belanghebbenden onder bijzondere omstandigheden. Het kan echter zijn, en mijns inzien ligt het in casu ook zo, dat een hardheidsclausule in de beleidsregel eigenlijk een beleidsinhoudelijk voorbehoud betreft en de mogelijkheid beoogt om van de standaard beleidsregels af te wijken, resp. daaraan iets toe te voegen (vgl. in r.o. 2.2.3. de zinsnede ‘... verzoeken die niet passen binnen de beleidsregels.’). Daarmee behoudt het bestuur op beleidsmatige grond de ruimte om anders te beslissen, al zal wel moeten worden gemotiveerd waarom het geval beleidsmatig gezien, gelet op het doel van de achterliggende bevoegdheid, een bijzonder of ander geval is. In de VOG zaak (nr. 94) zou zo’n voorbehoud de minster beslist te stade zijn gekomen en in de onderhavige uitspraak zien we hoe het precies zo uitwerkt – al wordt aan het afwijkend of anders zijn van het geval niet echt door de Afdeling ingegaan. Kortom, tegen ‘beleidsvoorbehouden’ van dit type bestaat rechtens geen bezwaar eenvoudig omdat het aan de werking van art. 4:84 in fine Awb niet afdoet. Zou van deze mogelijkheid echter veelvuldig gebruik worden gemaakt dan valt natuurlijk toch te vrezen dat beleidsregels, zonder nu als zondanig in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel te komen, juist wat die rechtszekerheid betreft aan hun doel voorbij schieten. Helder mag overigens zijn dat het motiveringsvoordeel van art. 4:82 Awb in zo’n geval niet van toepassing kan zijn. Ergo, niet onrechtmatig, maar minder gediensstig aan het doel van Titel 4.3 Awb. Anders gezegd: verboden is het niet, maar vermijden is beter.

**MAH**