

Annotatie bij ABRS 29 oktober 2008, LJN BG1839; JB2009/6

Het blijft tobben?

1. Het blijft pijnlijk, zelfs al is het in ons bestuurs(proces)recht niet ongewoon dat zaken in meerdere rondes door het gehele rechtsbeschermingsproces gaan. Het primaire besluit tot vergunningverlening, van 24 mei 2005, doorloopt bezwaar (v.1.0 - 29 september 2005), beroep (v.1.0 - 1 juni 2006), bezwaar (v.2.0 - 19 juli 2006), hoger beroep (v.1.0 - 4 april 2007), bezwaar (v.3.0 - 7 augustus 2007), beroep (v.2.0 - 26 juni 2008) en hoger beroep (v.2.0 - 29 oktober 2008), en dat alles om helder te krijgen wie voor de periode juli 2005 – juli 2010 marktkramen mag zetten (niet innemen, maar plaatsen) op de Ten Katemarkt te Amsterdam.

2. Pijnlijk niet alleen omdat we bij dit type zaken toch liever zouden zien dat het in één ronde wel over is - zonder nu het belang van de warenmarkt te onderschatten, maar het is toch geen geschil met grote groepen derden en vitale en (dus) kwetsbare en (soms zelfs) stemloze belangen. Pijnlijk ook omdat het om gebreken gaat die niet mogen voorkomen. Zo mag het toch niet meer voorkomen dat een bestuursorgaan eenvoudig geen bijzondere omstandigheden weet te noemen voor de facto toepassing van de inherente afwijkingsbevoegdheid. Evenmin zou bij bestuursorganen de gedachte mogen opkomen dat een bestuursorgaan bij wege van beleidsregelgeving zelfstandig en categorisch de algemene wettelijke beslistermijn van art. 4:13 Awb kan verdagen.

3. Pijnlijk is deze zaak ten slotte omdat het hier een type beslissingen betreft waarbij het toch echt mogelijk moet zijn om wel reeds in 'één ronde' de helderheid te bieden waarmee betrokken ondernemers de (rechts)zekerheid hebben waarmee zij verder kunnen ('for better or for worse'). De te verwachten en niet ontorechte reactie dat je als ondernemer 'zo geen zaken kan doen' geeft het openbaar bestuur een slechte naam. Ook de rechtsbescherming heeft dit negatieve beeld, niettegenstaande de snelheid waarmee de Afdeling zo kort op de uitspraak van de rechtbank oordeelde, niet kunnen wegnemen – zelfs niet door (ingevolge art. 8:72, vierde lid Awb) zelf in de zaak te voorzien. Om met een bekende reclameslogan te spreken: 'Kan dit nu echt niet anders?' Het valt te hopen dat de voorstellen inzake de 'bestuurlijke lus' en aanverwanten op termijn ook voor dit soort kwesties soelaas zullen kunnen bieden (vide initiatiefvoorstel-Vermeij/Koopmans/Neppéus Wet bestuurlijke lus Awb, Kamerstukken 31352, alsmede Wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht, kamerstukken, www.justitie.nl, en B. J. Schueler e.a., Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter, Den Haag: Bju 2007, p. 87–92, J.B.J.M. ten Berge e.a., Ervaringen met de Awb; het bestuursprocesrecht, Deventer: Kluwer 1996, p. 243 en 250–252; Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994–1996 (verslag van de Evaluatiecommissie Awb I), Den Haag 1996, p. 61, alsmede L.M. Koenraad en F.F.W. Brouwer, Slagvaardig bestuursprocesrecht. Over bestuurlijke lus, finale geschilbeslechting en conflictoplossing, NJB 2006, p. 1678–1684).

4. Natuurlijk, de behoefte aan categorisch verlengen van de redelijke beslistermijn had in casu juridisch-technisch kunnen worden bevredigd door bij verordening hieromtrent een bijzondere regeling te bieden – vide (impliciet) art. 4:13, eerste lid Awb. Vanwaar dan nog de drukte? Kern is wel dat dan het meest betrokken vertegenwoordigende orgaan zelf de grenzen van de bejegening van burgers in termen van tijdigheid bepaalt (resp. de vrijheid die het bestuur daarin wordt gelaten). Men kan het gewicht van dit type aangelegenheid minder zwaar wegen, maar daar heeft de Awb-wetgever in elk geval niet voor gekozen - en dat vindt natuurlijk toch zijn ratio in de onwenselijkheid van een al te grillige bestuurspraktijk en een dienovereenkomstige rechtsonzekerheid van burgers. Daargelaten hoe men oordeelt over de precieze verhouding tussen rechtmatigheids- en behoorlijkeheidsregels (vgl. hierover recent J.B.J.M. ten Berge, Spectraal overheidsfatsoen als

smeermiddel en osmose in het bestuursrecht, in: M.A. Heldeweg, B.M.J. van der Meulen en J.M.H.F. Teunissen (red.), *Publiekrecht in de Leer, Opstellen aangeboden aan prof.dr. A.Q.C. (Twan) Tak*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2008, p. 1 t/m 22), duidelijk moge zijn dat het hier een regel van rechtmatigheid van bestuur betreft, inhoudende een rechtsplicht van bestuursorganen en een daarmee corresponderende aanspraak in rechte van de belanghebbende – al is het laatste tot heden een wat zwak ontwikkelde pendant (vgl. ook ABRS 21 juli 2004, AB 2005, 14), die echter aan kracht kan winnen met de aanhangige wetsvoorstellen inzake beroep bij niet tijdig beslissen en inzake dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen (resp. Kamerstukken 30435 en 29934 – beoogde invoering per 01-01-2010).

5. Wat de beslistermijn betreft moet vooropstaan dat de artikelen 4:13 en 4:14 Awb een bindend kader voorschrijven. Kort en goed bepaalt art. 4:13 Awb dat als er een bijzondere wettelijke termijn van kracht is deze moet worden gevolgd; indien niet dan geldt de algemene wettelijke termijn, te weten een 'redelijke termijn' die in beginsel maximaal 8 weken kan duren (en onder omstandigheden dus ook duidelijk korter kan zijn – bijvoorbeeld bij toestemming voor het op korte termijn houden van een demonstratie), *tenzij* art. 4:14 lid 3 Awb wordt toegepast. Notabene, 'tenzij' is niet de term die de wetgever gebruikt, maar wel de Afdeling, zowel hier in r.o. 2.3.1 als bijvoorbeeld ook in haar uitspraak van 31 januari 2005, JB 2005/83 (r.o. 2.1) – en dat lijkt geen toeval.

Art. 4:14, in het bijzonder het eerste en het derde lid, Awb, bieden gestipuleerde 'ontsnappingsclausules' voor de uit art. 4:13 Awb voortvloeiende termijnen, te weten voor het geval een beschikking niet binnen de desbetreffende termijn van art. 4:13 'kan worden gegeven'. Lid 1 van art. 4:14 Awb biedt bestuursorganen dan de mogelijkheid tot een verlenging in de vorm van een 'zo kort mogelijke termijn' voorbij de bij bijzonder voorschrift gestelde wettelijke termijn. Lid 3 van art. 4:14 Awb biedt bestuursorganen voor gevallen waarin een termijn bij bijzonder wettelijk voorschrift ontbreekt en de beschikking niet binnen acht weken kan worden gegeven de mogelijkheid een redelijke termijn te bepalen waarbinnen de beschikking wel kan worden afgegeven.

6. Het bestuursorgaan in casu heeft dit systeem (waarschijnlijk) opgevat als een middel tot rechtszekerheid dat met de redelijke termijn van maximaal 8 weken weliswaar een algemeen uitgangspunt kent maar, mits kenbaarheid voldoende is gewaarborgd, zoals per beleidsregel, ook een categorisch langere redelijke termijn toelaat. De (compacte) wijze waarop de Afdeling (in r.o. 2.3.1) oordeelt, maakt echter (terdege) duidelijk dat zij de bevoegdheid van art. 4:14, derde lid Awb wenst te beschouwen als een clause die niet categorisch, ook reeds voordat in een individueel geval vaststaat dat beschikken binnen 8 weken onhaalbaar is, wordt toegepast. Het valt ook op dat de Afdeling de mogelijkheid van verdagen duidelijk ziet als iets dat 'binnen deze termijn' moet worden beoordeeld, dat wil zeggen binnen de redelijke termijn van 8 weken (r.o. 2.3.1). De kennisgeving, resp. de bevoegdheid van art. 4:14 lid 3 Awb lijkt aldus te delen in het individueel-concrete karakter van de beschikking waarop zij ziet. In het concrete geval zal moeten blijken dat de termijn van maximaal 8 weken in redelijkheid niet haalbaar is.

Zo beschouwd – en in lijn met het onder 4. gestelde – zal in gevallen van een structureel onhaalbaar zijn van die redelijke termijn van 8 weken (zo dit vooraf duidelijk is of uit een reeks incidenten helder wordt) in een oplossing moeten worden voorzien door een daartoe strekkende bijzondere wettelijke termijn – voor een vaste gedragspraktijk van telkenmale verlengen van de redelijke termijn (waarbij het dan vanzelf efficiënt wordt hiervan per beleidsregel kennis te geven) is geen plaats. In dit verband zij nog opgemerkt, dat bij de invoering van lid 1 van art. 4:14 (bij de Eerste evaluatiewet Awb, Stb. 2002, 53) uitdrukkelijk is opgemerkt dat het hier geen *bevoegdheid* tot verlenging van de bijzondere wettelijke termijn betreft (Kamerstukken II, 26523, nr. 3, p. 4). De Afdeling lijkt voor lid 3 thans een evenzeer restrictieve lijn te willen volgen.

7. Bezien we de casus vanuit het verschijnsel beleidsregel, dan is startpunt dat, ingevolge art. 1:3, vierde lid Awb, de toepasselijkheid daarvan bijzonderlijk is toegesneden op het bieden van 'standaardregels' voor de toepassing van belevsvrije bevoegdheden (ter afweging van belangen), of van bevoegdheden behept met vage toepassingscondities (uitleg van wettelijke voorschriften) of met complexe rechtsfeiten (vaststelling van feiten). Mij lijkt de stelling verdedigbaar dat, zo men art. 4:14 eerste en derde lid Awb (toch) opvat als bevoegdheden, deze naar hun aard niet zelf belevsvrij, vaag in toepassingscondities of complex naar rechtsfeiten zijn, en zich dientengevolge niet goed lenen voor nadere beleidsregelgeving. Die belevsvrijheid, vage normcondities of complexe rechtsfeiten kunnen wel een rol spelen bij de bevoegdheid die het bestuursorgaan beoogt toe te passen (zeker bij een zo vaag criterium als in casu 'het belang van het functioneren van de markt') en daarom is dan een beleidsregel, zoals het onderhavige Beleid kramenzetvergunningverlening Ten Katemarkt 2004 zeer wel geïndiceerd, maar dan toch niet om, *en passant*, ook een andere bevoegdheid, met een 'gebonden karakter' nader uit te werken.

In deze benadering moet het rechtsgevolg dat met de bevoegdheid kan worden ingeroepen, te weten een redelijke termijn langer dan 8 weken, voorwaar een vaag element, worden opgevat als een uitkomst die zich niet vooraf, los van de bijzondere omstandigheden van het individueel-concrete geval laat bepalen en zich dus ook daarom, ten principale niet leent voor beleidsregelgeving. Gebeurt dat toch, zoals in casu, dan is sprake van een *contra legem* toepassing geven aan art. 4:14, derde lid Awb (dat is bedoeld om slechts in individueel geïndiceerde, bijzondere gevallen en niet bij wege van algemene regeling in categorieën van (lees 'gewone') gevallen tot afwijking van de wettelijk bepaalde beslistermijn te leiden).

8. In het algemeen rust toepassing van beleidsregelgeving, vide het 'tenzij' van art. art. 4:84 Awb, op zwak ijs zodra het 'bijzondere omstandigheden' betreft. Toepassing is dan niet categorisch onjuist, maar de beleidsregels moeten wel wijken bij uit die bijzondere omstandigheden voor belanghebbenden voortvloeiend onevenredig nadeel . In r.o. 2.4.2 stipt de Afdeling die argumentatieve lijn m.i. goed aan: 'ten tijde van de totstandkoming van het beleid niet voorziene feiten en/of omstandigheden.' En ook in r.o. 2.7 en 2.7.1 wordt het belang van bijzondere omstandigheden die (kunnen) nopen tot afwijken helder neergezet (met het voorbehoud dat de rechtbank uit het ontbreken van dergelijke omstandigheden wat al te snel haar conclusie heeft getrokken). Het moet gaan om een omstandigheid die bij vaststelling van de beleidsregel niet is meegewogen (vgl. A. Tollenaar, Het is maar wat je bijzonder noemt. Rechterlijke toetsing aan beleid en beleidsregels, *JBplus* 2006/4, p. 175-187). Het criterium blijkt thans, anders dan Tollenaar in voornoemde publicatie nog overtuigend rapporteerde, toch - èn wat mij betreft zeer terecht - nog steeds van vitaal belang, zoals in casu tevens blijkt uit de consequenties die de Afdeling in r.o. 2.4.2. en 2.9 verbindt aan het ontbreken van enige onderbouwing terzake). Dat in de praktijk kan blijken dat eenmaal geformuleerd beleid niet voldoet (of niet voldoende doel treft), kan tot aanpassing van de beleidsregel aanleiding geven, maar dan gelden toch andere spelregels - vgl. onder meer ABRS 10 juli 2002, JB2002/245.

MAH