

### **Voortvarend beleid?**

1. Bravo! Het is weliswaar ongewoon en misschien zelfs ongepast om zo te reageren op een naar objectieve juridische maatstaven gegeven rechterlijk oordeel, maar ik kan het eenvoudig niet laten. In de onderhavige uitspraak geeft de Afdeling een prima voorbeeld van hoe indringende toetsing kan leiden tot duidelijke aanwijzingen over hoe om te gaan met beleidsregels, zowel wat betreft de argumentatieve stappen van toepassing, als wat betreft de zorgvuldigheid van besluitvorming.

2. Wat is het geval? Bij Beleidsregeling justitiële antecedenten bij veiligheidsonderzoeken Koninklijke Marechaussee (de beleidsregeling) heeft de minister van Defensie een leidraad gegeven voor het beoordelen van justitiële antecedenten bij veiligheidsonderzoeken in verband met vertrouwensfuncties bij de Koninklijke Marechaussee (KMAR). Deze beleidsregel is relevant voor het verkrijgen, op een melding door de werkgever ingevolge art. 4 Wet veiligheidsonderzoeken (Wvo), van een verklaring van geen bezwaar ter zake van de vervulling van een vertrouwensfunctie als bedoeld in art. 1 jo. 3 Wvo. Volgens art. 2 jo. 6 Wvo beslist de minister binnen 8 weken na voornoemde melding door de werkgever (hier de KMAR) over afgifte van een verklaring. Afgifte of weigering tot afgifte van de verklaring geschiedt, ingevolge art. 7 Wvo, niet dan op basis van een veiligheidsonderzoek, dat ziet op gegevens die uit het oogpunt van nationale veiligheid van belang zijn voor de vervulling van de desbetreffende vertrouwensfunctie. Daarbij wordt, voor zover hier van belang, uitsluitend gelet op justitiële gegevens.

De melding betreft in dit geval de beoogde aanstelling van appellant als beroepsmilitair, meer in het bijzonder ten behoeve van opsporing van strafbare feiten op luchthaven Schiphol. Voor dit type functies treedt, ingevolge art. 2 Wvo, de minister van Defensie en, wat betreft voornoemd veiligheidsonderzoek, de MIVD, in de plaats van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties resp. de AIVD.

Art. 8, tweede lid, Wvo bevat de limitatieve gronden tot weigering van afgifte van de verklaring, te weten 'onvoldoende waarborgen dat de betrokkene onder alle omstandigheden de uit de vertrouwensfunctie voortvloeiende plichten getrouwelijk zal volbrengen of indien het veiligheidsonderzoek onvoldoende gegevens heeft kunnen opleveren om daarover een oordeel te geven.' De beleidsregeling is gegeven als leidraad voor de beoordeling van de desbetreffende justitiële antecedenten, waarvan voor dit geschil 'punt 5' van de regeling in het bijzonder van belang is. Daarin worden de relevante omstandigheden genoemd, te weten: veroordeling, strafrechtelijk sepot of een transactie vanwege het OM en een negental (niet limitatieve) factoren die bij de beoordeling van het individuele geval in beschouwing worden betrokken, zoals de ernst van de overtreding, recidive, zwaarte van opgelegde straffen of maatregelen, persoonlijk profiel en aard van de te vervullen vertrouwensfunctie. Saillant gegeven is dat appellant voornoemde vertrouwensfunctie op Schiphol wil vervullen terwijl hij in 2005 een transactie van €450 is aangegaan ter zake van invoer van valselijk van een merknaam voorzien goederen. Juist dat gegeven is voor de minister in januari 2007 reden om negatief te beschikken op de melding in november 2005 van de voorgenomen aanstelling.

3. De uitspraak toont een overloop in argumentatie van het perspectief in algemene zin (de rechtmatigheid van de beleidsregel, indirect getoetst) naar het perspectief in bijzondere zin (de toepassing van de beleidsregel in het concrete geval). In algemene zin wordt opgemerkt dat de norm van acceptatie van een transactie als reden tot weigeren afgifte verklaring (ingevolge punt 5 van de beleidsregeling) niet onredelijk is (r.o. 2.4). Ook de toepassing, in het algemeen, van een ondergrens van

€220 wordt 'op zichzelf' niet onredelijk geacht (r.o. 2.5.1). Wat betreft de toepassing van de beleidsregel in concreto geldt volgens de Afdeling (eveneens in r.o. 2.5.1), dat het in het algemeen aanhouden van die grens van €220 in het besluit tot weigering dient te worden gemotiveerd, waarbij tevens moet worden ingegaan op de vraag waarom in casu dit uitgangspunt ook gelet op de andere factoren als genoemd in punt 5 van de beleidsregeling niet onredelijk is. Juist op dat punt van de deugdelijke motivering, als voorgeschreven in art. 7:12 Awb, schiet het bestreden besluit tekort.

Dit oordeel brengt mij op een belangrijk onderscheid. Voorstelbaar ware geweest dat de minister de specificatie van de ondergrens (in termen van het eerst negatief meewegen van een transactie bij een bedrag van boven de €220) had bedoeld te gebruiken in samenhang met de beleidsvrijheid die in de beleidsregeling zelf is gelegen, in termen van de gevallen waarop zij ziet: 'de verklaring *kan* worden geweigerd (...) indien sprake is van (...) een transactie.' Dan zou deze ondergrens van €220 specificeren dat de minister de bevoegdheid tot weigeren enkel wil overwegen als de transactie boven dat bedrag is vastgesteld (om vervolgens nog naar de factoren te kijken). Daardoor zou in het geval van transacties beneden €220 in geen geval een weigering volgen, wat er overigens ook zij van de voornoemde factoren. Een dergelijke bedoeling zou natuurlijk het meest gediend zijn met opname van deze specificatie in de beleidsregeling, met toevoeging van redenen (zodat hiervoor bij wijze van motivering in concrete gevallen een verwijzing kan volstaan). Hier ligt het anders, omdat de minister ook zelf ter zitting heeft uiteengezet dat het gaat om een maatstaf bij de beoordeling van een opgelegde straf of maatregel (punt 5 sub b van de beleidsregeling). Blijft van belang erop te wijzen dat de regeling, blijkens het (partieel) aangehaald citaat wel degelijk een (in de 'kan-bepaling' gelegen) beleidsvrijheid inhoudt, zodat een (omvattende) beoordeling van factoren daargelaten, *kan* worden afgezien van de mogelijkheid om de verklaring te weigeren – een uitkomst die mijns inziens na deze uitspraak serieus moet worden overwogen! Zo'n beleidsvrijheid in een beleidsregel oogt weliswaar vreemd, omdat het verschijnsel beleidsregel idealiter (voor genormeerde, 'normale' gevallen) beoogt de kloof tussen de bevoegdheid en toepassing daarvan in het concrete geval geheel te dichten (met voor bijzondere gevallen het beroep op art. 4:84 Awb), maar soms niet valt te ontkomen aan een slechts gedeeltelijke verwezenlijking van deze ambitie, zodat een mate van beleidsvrijheid blijft die voor het concrete geval moet worden onderbouwd met nadere juridisch relevante argumenten, waarvoor het motiveringsvoordeel van art. 4:82 Awb dus niet telt (vgl. reeds H.E. Bröring, Beleidsregels 1998, p. 86).

Als gezegd is de specificatie 'vanaf €220' door de minister zelf in verband gebracht met de factor 'zwaarte van opgelegde straffen en maatregelen', onder sub b. van punt 5 van de beleidsregeling. Deze en (ten minste) de andere 8 factoren moeten worden betrokken bij de beschouwing van 'het individuele geval van de betrokkene' dat centraal staat bij de beoordeling van de justitiële antecedenten (zie ook r.o. 2.6.1). Het oordeel van de Afdeling weerspiegelt mijns inziens de opvatting dat de beoordelingsvrijheid waarvan hier sprake is (of –ruimte, mij lijkt dit onderscheid hier niet erg relevant, maar misschien sneuvelt nu wat 'porselein'), tevens ertoe verplicht uiteen te zetten welk gewicht aan de algemene norm van €220 moet worden toegekend, mede gelet op (overige) genoemde factoren van punt 5 van de beleidsregeling. Zonder dat ontbreekt immers een onderbouwing van de precisering van deze beoordelingsmaatstaf zelf, maar ook die van het relatieve gewicht daarvan. De noodzaak daartoe volgt rechtstreeks uit de beleidsregeling, nu deze zo uitdrukkelijk voor het 'individuele geval' spreekt over: 'de persoonlijke gedragingen en omstandigheden van betrokkene en de achtergronden van het gepleegde strafbare feit.' Omdat de motivering van het besluit geen blijk geeft van een specifieke én samenhangende uiteenzetting – sommige andere factoren worden wel genoemd

maar niet met de norm van €220 in verband gebracht – rest slechts de conclusie dat de in concreto benodigde deugdelijke motivering ontbreekt.

4. Mijns inziens is reeds in deze zin sprake van een loepzuivere toepassing van het 'beleidsregelrecht'. Belangrijk, omdat de waarborgen en andere doelstellingen van het fenomeen beleidsregel staan of vallen bij een strakke definitie en toepassing – omdat anders motiveringsvoordelen worden misbruikt (resp. eisen worden omzeild) en rechtszekerheid wordt ondermijnd (zie ook mijn combinatienoot bij JB2009/94 en 2009/98).

Maar, het houdt hiermee niet op. De Afdeling verricht namelijk vervolgens een kritische analyse van de zorgvuldigheid van besluitvorming. Vast staat dat de minister, in plaats van te beschikken binnen 8 weken, eerst ruim een jaar na aanmelding negatief beschikt, op een moment dat appelland reeds een half jaar was aangesteld bij de KMAR en zijn bijbehorende opleiding nagenoeg had voltooid. Bevestigd is dat de minister reeds ten tijde van de melding bij de MIVD, in november 2005, op de hoogte was van de transactie. Ook mag hij, volgens de Afdeling, geacht worden op de hoogte te zijn geweest van het feit dat de betrokken commandant in mei 2006, na een (abusievelijk?) door de AIVD ingesteld veiligheidsonderzoek, appelland heeft aangesteld in de vertrouwensfunctie waarvoor de verklaring is vereist, waarmee deze de beschikking kreeg over een Schipholpas.

Niettemin heeft het nog tot januari 2007 geduurd vooraleer de minister op de melding besliste, terwijl aan de beslissing niets anders dan de transactie ten grondslag is gelegd. Dit brengt de Afdeling ertoe allereerst te concluderen dat het verloop van de besluitvorming geen blijk geeft van urgente en gewichtige bezwaren tegen vervulling door appelland van de vertrouwensfunctie. In de tweede plaats merkt de Afdeling op dat dergelijke bezwaren evenmin via het AIVD-traject hebben geleid tot onthouding van de Schipholpas. Ten slotte wordt gesignaleerd dat het functioneren van appelland sinds zijn aanstelling per mei 2006 evenmin mogelijke bezwaren heeft bevestigd, noch dat de minister daaraan overwegingen heeft gewijd, terwijl die aanstelling natuurlijk een zwaarwegende omstandigheid was. Gelet op het gegeven dat blijkens de beleidsregeling het individuele geval van de betrokkenen centraal dient te staan, moet volgens de Afdeling de conclusie zijn dat het bestreden besluit niet met de vereiste zorgvuldigheid is voorbereid.

Aantrekkelijk van deze benadering is, dat daarin het in de beleidsregeling benadrukte uitgangspunt van een individuele beoordeling en de noodzaak om daarbij alle relevante omstandigheden mee te wegen centraal staat voor de mate van zorgvuldigheid die van de minister mag worden verlangd. *Niet* in termen van mogelijk dreigende en in casu feitelijke benadeling van de particuliere belangen van appelland bij een tijdige beslissing, met als mogelijke consequentie het eventueel passeren van mogelijke bezwaren als genoegdoening voor de gevolgen van termijnoverschrijding – hoezeer dit ook een rechtens beschermenswaardig belang is. Hier gaat het echter, als ik het goed lees, om de materieel vereiste zorgvuldigheid van besluitvorming, die vanwege de focus op individuele omstandigheden, om het maar zo te zeggen, 'kennelijk' is geschonden. Die 'kennelijkheid' vloeit voort uit het niettegenstaande onmiddellijke en volle wetenschap van bezwaren (bekendheid ab initio met de transactie) en bekendheid met de omstandigheden in de loop van de besluitvorming (AIVD-onderzoek en aanstelling en vervolgens maandenlang functioneren in de vertrouwensfunctie), mede gelet op de aard van de vertrouwensfunctie, ontbreken van de gevoelde noodzaak om eerder te beschikken resp. het ontbreken van aandacht voor voornoemde omstandigheden.

5. Ook dat ontbreken keert zich, ten slotte, tegen de minister. Zozeer zelfs dat het naar mijn oordeel, bij voortgezet 'goed gedrag' van appelland nauwelijks meer voorstelbaar is dat opnieuw negatief wordt beschikt. Voor een positief besluit zijn er twee opties. Allereerst gebruik maken van de in de beleidsregeling gelaten

beleidsvrijheid om, niettegenstaande het geven van een transactie en (op grond van de meergenoemde factoren) gevoelde bezwaren, gelet op de uit gebrekkige besluitvorming volgende omstandigheden (te weten: feitelijk gebleken 'goed gedrag' of afwezigheid van contra-indicaties), toch een verklaring van geen bezwaar moet worden afgegeven – specifiek gemotiveerd, uiteraard. Alternatief en mijns inziens sterker gegeven de door de minister reeds gekozen insteek, kunnen de factoren van 'punt 5' worden herwogen naar de nieuwe omstandigheden van het individuele geval – met als uitkomst dat daarin geen grond is gelegen om tot weigering over te gaan. Hoe dit ook zij, de zaak wekt de indruk dat de minister (mede) door zijn eigen beleidsregeling te zeer heeft gedacht dat zijn besluitvorming als het ware was geïmmuniseerd voor kritiek. De Afdeling heeft op doortastende wijze helder gemaakt dat beleidsregelgeving bestuur en burger kan dienen, maar alleen indien en voorzover de bijbehorende spelregels door het bestuur goed worden nageleefd.

MAH