

## Hoofdstuk 11

# Slotbeschouwing

### 11.1 Inleiding

Het doel van bestuursorganen moet zijn het nemen van goede besluiten.<sup>1</sup> Voor goede besluitvorming kan het van belang zijn dat het bestuursorgaan gebruik maakt van een beleidsregel. In dit onderzoek is het verband tussen beleidsregels en de kwaliteit van de gemeentelijke beschikkingverlening onderzocht. Hierbij is gezocht naar een antwoord op de volgende centrale vraag:

*Wat is de toegevoegde waarde van beleidsregels voor de kwaliteit van de gemeentelijke beschikkingverlening en hoe kan de kwaliteit met behulp van beleidsregels worden verbeterd?*

In de voorgaande hoofdstukken zijn de bouwstenen aangedragen om het eerste deel van deze vraag, over de toegevoegde waarde van beleidsregels voor de kwaliteit van de gemeentelijke beschikkingverlening, te beantwoorden. Dit hoofdstuk bevat een concluderend antwoord, waarbij tevens wordt ingegaan op het tweede deel van de centrale vraag, namelijk hoe de kwaliteit met behulp van beleidsregels kan worden verbeterd.

### 11.2 Veronderstelling: beleidsregels hebben toegevoegde waarde

De centrale vraag kan worden beantwoord door na te gaan onder welke voorwaarden de veronderstelling dat beleidsregels een toegevoegde waarde hebben voor de kwaliteit van de gemeentelijke beschikkingverlening, juist is. De toegevoegde waarde van beleidsregels hangt af van de bijzondere eigenschappen waarover beleidsregels wel beschikken en andere regels niet. In hoofdstuk 2 zijn deze eigenschappen uitvoerig behandeld. In dit concluderende hoofdstuk wordt volstaan met een beknopte samenvatting.

---

1. Herweijer & Noordam 2005.

### 11.2.1 Beleidsregels als bijzondere soort regels

Beleidsregels zijn per definitie geen algemeen verbindende voorschriften.<sup>2</sup> Het onderscheid tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften vloeit voort uit de bevoegdheidsgrondslag op basis waarvan de regels worden vastgesteld. Hoewel beide soorten regels worden vastgesteld op grond van een wettelijke bevoegdheid, verschilt de reikwijdte van beide bevoegdheden. De bevoegdheidsgrondslag van de beleidsregel kan men reconstrueren door de concrete bestuursbevoegdheid waarvoor de beleidsregel nadere normen bevat, te combineren met de regelgevende bevoegdheid uit artikel 4:81 Awb. Deze regelgevende bevoegdheid reikt niet zo ver dat de regels kunnen leiden tot burgerbindende bepalingen. Indien de regelgevende bevoegdheid wél kan resulteren in burgerbindende bepalingen, ligt een kwalificatie als algemeen verbindend voorschrift voor de hand.

Alle regels die niet als algemeen verbindend voorschrift kunnen worden aangemerkt, zijn in dit onderzoek 'besluitvormingsregels' genoemd. Beleidsregels maken deel uit van de verzameling besluitvormingsregels. Het verschil tussen beleidsregels en andere besluitvormingsregels hangt samen met de wijze waarop de besluitvormingsregel is vastgesteld. Beleidsregels zijn bijzondere besluiten en vergen daarom een besluit van het bevoegde bestuursorgaan. Indien aan de besluitvormingsregel geen besluit ten grondslag ligt, dan geldt de regel als een niet-geaccordeerd werkvoorschrift. In de jurisprudentie worden deze regels aangeduid als 'gedragslijnen' van het bestuursorgaan.<sup>3</sup> Ook gedragslijnen leveren, op grond van het gelijkheids- en rechtszekerheidsbeginsel, een zekere binding van het bestuursorgaan op.

Ligt er wel een besluit ten grondslag aan de besluitvormingsregel, dan is de regel daarmee nog niet per definitie een beleidsregel. Van belang is of de besluitvormingsregel is vastgesteld door het bestuursorgaan dat bevoegd is om beleidsregels vast te stellen. De beleidsregelgevende bevoegdheid vloeit voort uit artikel 4:81 Awb. Een bestuursorgaan is bevoegd om beleidsregels vast te stellen over zijn eigen bestuursbevoegdheid, over een bestuursbevoegdheid die is geattribueerd aan een functionaris die onder zijn verantwoordelijkheid werkt, of over een gedelegeerde bestuursbevoegdheid. Indien een bestuursorgaan een beleidsregel vaststelt over een bestuursbevoegdheid van een ander bestuursorgaan, dan moet de bevoegdheid daartoe zijn ontleend aan een bijzondere wet.

Ontbreekt de bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen, dan geldt de regel als richtlijn voor het geadresseerde bestuursorgaan bij de uitoefening van diens bestuursbevoegdheid. Ook een richtlijn kan het bestuursorgaan binden bij de uitoefening van een bestuursbevoegdheid, bijvoorbeeld indien het bevoegde bestuursorgaan de richtlijn als eigen gedragslijn heeft overgenomen, of bij eerdere besluitvorming heeft toegepast.<sup>4</sup>

2. Zie de definitiebepaling in art. 1:3 lid 4 Awb: 'Onder beleidsregel wordt verstaan: een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift (...)'.  
3. ABRvS 25 september 2002, *AB* 2003, 61 (m.nt. Nijmeijer); ABRvS 3 september 2003, *AB* 2004, 204 (m.nt. Verheij); ABRvS 22 juni 2005, *AB* 2005, 330 (m.nt. Tollenaar) en ABRvS 20 december 2006, *AB* 2007, 79 (m.nt. De Waard), *JB* 2007/28, *JV* 2007/56 (m.nt. Olivier).

4. ABRvS 21 maart 2007, *AB* 2007, 197 (m.nt. Tollenaar); ABRvS 24 mei 2006, *AB* 2006, 250 (m.nt. Tollenaar); CRvB 7 maart 2005, *AB* 2005, 269 (m.nt. Bröring), *JB* 2005/155, *JWWB* 2005, 257, *RSV* 2005, 191, *USZ* 2005/176.

### 11.2.2 Consequenties van de kwalificatie van een regel als beleidsregel

Het kwalificeren van een regel als beleidsregel heeft verschillende consequenties. In de eerste plaats zijn er consequenties voor de normen waaraan de regel moet voldoen. In de tweede plaats heeft de kwalificatie van een besluitvormingsregel als beleidsregel gevolgen voor de binding van het bestuursorgaan bij de uitoefening van de bestuursbevoegdheid. En in de derde plaats heeft een beleidsregel bijzondere gevolgen voor de rechterlijke beoordeling van het besluit waarbij de beleidsregel is toegepast.

#### 11.2.2.1 Normen waaraan beleidsregels moeten voldoen

Beleidsregels zijn besluiten en dus zijn de normen uit hoofdstuk 3 van de Awb van toepassing. Voordat het bestuursorgaan een beleidsregel vaststelt, dient het onderzoek te verrichten naar de relevante feiten en belangen. De relevante belangen moeten tegen elkaar worden afgewogen en de beleidsregel moet worden voorzien van een deugdelijke, draagkrachtige motivering. Voor de inwerkingtreding is van belang dat de beleidsregel wordt bekendgemaakt. Bij de bekendmaking moet zo mogelijk, op grond van artikel 4:83 Awb, het wettelijk voorschrift worden vermeld waaruit de bevoegdheid waarop de beleidsregel betrekking heeft, voortvloeit.

De motivering en de bekendmaking zijn niet alleen van belang voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de beleidsregel zelf, maar ook voor de bruikbaarheid bij de beschikkingverlening. Ter motivering van concrete besluiten kan het bestuursorgaan volstaan met een verwijzing naar een toegepaste beleidsregel, indien de motivering van de beleidsregel het concrete besluit kan dragen.<sup>5</sup> Bovendien moet deze motivering – en dus ook de beleidsregel – voor de belanghebbende voldoende kenbaar zijn.

#### 11.2.2.2 Bindende werking van beleidsregels

Beleidsregels binden primair het bestuursorgaan zelf bij de uitoefening van de bestuursbevoegdheid. De reikwijdte van de regelgevende bevoegdheid op grond waarvan beleidsregels zijn vastgesteld, biedt niet de mogelijkheid om burgerbindende normen vast te stellen.<sup>6</sup>

Beleidsregels binden echter niet in alle gevallen, in tegenstelling tot algemeen verbindende voorschriften. Voor beleidsregels geldt de in artikel 4:84 Awb neergelegde inherente afwijkingsbevoegdheid, op grond waarvan het bestuursorgaan tot de conclusie kan komen dat zich in een voorkomend geval belangen voordoen die niet bij het vaststellen van de beleidsregel zijn meegewogen en waardoor belanghebbenden onevenredig worden benadeeld. Dit leidt tot een nieuwe belangenafweging, met als mogelijke uitkomst dat moet worden afgeweken van de beleidsregel. Beleidsregels hebben zo gezien slechts een relatieve werking: bestuursorganen moeten er rekening mee houden dat er zich bijzondere omstandigheden voor kunnen doen en dat de beleidsregel dan zal moeten wijken.

5. Zie art. 4:82 Awb, vgl. ABRvS 22 juni 2005, AB 2005, 330 (m.nt. Tollenaar).

6. HR 23 mei 2003, NJ 2003, 495.

In artikel 4:84 Awb is het spanningsveld gecodificeerd tussen enerzijds het toepassen van regels op grond van het gelijkheids- en rechtszekerheidsbeginsel, en anderzijds het recht doen aan bijzondere omstandigheden, op grond van het beginsel van individuele rechtsbedeling. Op zichzelf gelden beide beginselen ook voor besluitvormingsregels die niet als beleidsregel kunnen worden aangemerkt. Voor beleidsregels geldt de afwijkingsbevoegdheid echter slechts bij de aanwezigheid van bijzondere gevallen.<sup>7</sup> In zoverre verschillen beleidsregels van overig beleid en is de binding aan beleidsregels strikter dan de binding aan andere besluitvormingsregels.<sup>8</sup>

### 11.2.2.3 Toetsing door de rechter

De kwalificatie van een regel als beleidsregel is van belang indien de rechter de toepassing van een beleidsregel moet beoordelen. Beleidsregels behoren *in ieder geval* tot het objectieve recht, waardoor het oordeel van de Hoge Raad in cassatie zich, gelet op artikel 79 Wet RO, ook over beleidsregels kan uitstreken. Het objectieve recht bestaat uit wetgeving en de op wetgeving gebaseerde regelgeving. Omdat artikel 4:81 Awb een wettelijke grondslag biedt voor het vaststellen van beleidsregels, behoren beleidsregels reeds daarom tot het recht als bedoeld in artikel 79 Wet RO.

De constatering dat beleidsregels per definitie tot het objectieve recht behoren, is vooral van belang voor het cassatieberoep. De bestuursrechter verbindt aan deze status namelijk niet het gevolg dat hij bij de ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden op grond van artikel 8:69, tweede lid Awb, mede beleidsregels moet betrekken.<sup>9</sup> Dit is inconsequent en doet geen recht aan de bijzondere eigenschappen van beleidsregels ten opzichte van ander beleid.<sup>10</sup>

Een andere consequentie van de kwalificatie van een regel als beleidsregel houdt verband met de bewijspositie van belanghebbenden indien een geschil ontstaat over het al dan niet toepassen van de beleidsregel. Het bestaan van een beleidsregel levert het vermoeden op dat het bestuursorgaan de beleidsregel in voorkomende gevallen toepast. Voor de belanghebbende die wil betogen dat het bestuursorgaan op een bepaalde wijze van zijn bestuursbevoegdheid gebruik maakt, is het voldoende om te verwijzen naar de beleidsregel. De belanghebbende verkeert in een nadeliger bewijspositie indien het bestuursorgaan een buitenwettelijke regel toepast die niet als beleidsregel kan worden gekwalificeerd. Er kan, zeker bij de niet-geaccordeerde werkvoorschriften, een dispuut ontstaan over de vraag of er wel een vaste gedragslijn bestaat. De stelling van de belanghebbende dat het bestuursorgaan in een eerder

7. De Raad van State adviseerde bij de behandeling van het Wetsontwerp derde tranche Awb om de eis van bijzondere omstandigheden te schrappen, omdat zich ook bij niet-bijzondere omstandigheden onevenredigheid voor kan doen waardoor afwijking noodzakelijk zou zijn. De regering heeft dit advies echter niet opgevolgd. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, A, p. 52.

8. Tollenaar 2006b.

9. ABRvS 25 februari 2004, *AB* 2004, 286 (m.nt. Sewandono), *Gst.* 2005, 2 (m.nt. Tollenaar).

10. Sewandono vermoedt in zijn annotaties bij ABRvS 19 november 2004, *AB* 2005, 11 en ABRvS 10 december 2004, *AB* 2005, 99 dat dit wordt veroorzaakt door de gebrekkige kwaliteit van beleidsregels, die vaak onherkenbaar zijn tussen de wetteksten en jurisprudentie in het betreffende beleidsdocument (in dit geval de Vreemdelingencirculaire). Dat er geen reden is om niet ambtshalve aan beleidsregels te toetsen, wordt bijvoorbeeld betoogd door: De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 348; Bröring 1998, p. 120-121.

geval de bestuursbevoegdheid op eenzelfde wijze heeft uitgeoefend, levert op zichzelf het vermoeden op van het bestaan van een vaste gedragslijn. Het bestuursorgaan zal dat beroep op het gelijkheidsbeginsel moeten weerleggen.<sup>11</sup> In de praktijk hoeft dit echter voor het bestuursorgaan geen zware opgave te zijn. Alleen al het betwisten van de gelijkwaardigheid van twee gevallen is voldoende om aannemelijk te maken dat er geen vaste gedragslijn bestaat.<sup>12</sup> Zo lang een verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd in het licht van de bestuursbevoegdheid, is het beroep op het gelijkheidsbeginsel met succes gepareerd.<sup>13</sup> Indien het bestuursorgaan beschikt over een beleidsregel, is de bewijspositie van de belanghebbende die een beschikking verlangt waarbij de beleidsregel wordt toegepast, in ieder geval eenvoudiger dan wanneer een beleidsregel ontbreekt.

Aan de andere kant is de bewijspositie van de belanghebbende die een *afwijking* verlangt, moeilijker indien het bestuursorgaan een beleidsregel toepast. In dat geval moet de belanghebbende niet alleen stellen en aannemelijk maken dat hij onevenredig wordt benadeeld door de toepassing van de beleidsregel, maar zal hij ook nog aannemelijk moeten maken dat zijn situatie bij het vaststellen van de beleidsregel niet is meegewogen en dus een 'bijzondere omstandigheid' betreft. Indien het bestuursorgaan niet over een beleidsregel beschikt, kan de belanghebbende volstaan met het bewijzen van de onevenredige benadeling van zijn belangen.

### 11.3 Beleidsregels voor de gemeentelijke beschikkingverlening

Gelet op de voorgaande bijzondere eigenschappen van beleidsregels is de veronderstelling plausibel dat beleidsregels de kwaliteit van de beschikkingverlening positief beïnvloeden. De invloed heeft zowel betrekking op de instrumentele waarde van beleidsregels in het proces van beschikkingverlening, als op de codificatie van de beleidsregel als bijzondere regelcategorie. In het juridische en het empirische onderzoek zijn enkele waarnemingen gedaan die mogelijk afbreuk doen aan de veronderstellingen over de toegevoegde waarde van beleidsregels voor de gemeentelijke beschikkingverlening.

Hieronder worden zes waarnemingen beschreven. Elke waarneming is tevens een knelpunt dat de codificatie van de beleidsregel in de (gemeentelijke) bestuurspraktijk oplevert. Dit resulteert in een aantal aandachtspunten voor de wijze waarop beleidsregels *meer* toegevoegde waarde kunnen krijgen voor de kwaliteit van de gemeentelijke beschikkingverlening. Hiermee wordt het tweede deel van de centrale vraag beantwoord: hoe kan met beleidsregels de kwaliteit van de beschikkingverlening worden verbeterd?

---

11. Schuurmans 2005, p. 118.

12. Soms blijkt dat voor een bestuursorgaan te hoog gegrepen, vgl.: ABRvS 14 september 2005, *AB* 2005, 409 en ABRvS 19 oktober 2005, *AB* 2006, 59 (beide m.nt. Vermeer).

13. Damen e.a. 2005, p. 63 e.v.

### 11.3.1 Beleidsregels lijken soms net algemeen verbindende voorschriften

#### 11.3.1.1 Waarneming

Beleidsregels zijn soms lastig te onderscheiden van algemeen verbindende voorschriften. De oorzaak ligt in de kwaliteit van de wetgeving op grond waarvan de regel is vastgesteld. Vooral de decentrale wetgeving schept soms verwarring indien de plaatselijke verordening een concrete bestuursbevoegdheid bevat in combinatie met een bijzondere regelgevende bevoegdheid. De concrete bestuursbevoegdheid gaat bijvoorbeeld over de bevoegdheid van het college van burgemeester en wethouders om reclamevergunningen te verlenen. Indien het college tegelijkertijd ook aan de verordening een bevoegdheid ontleent om over die reclamevergunning 'richtlijnen' of een 'reclamenota' vast te stellen is onduidelijk hoe deze regels moeten worden gekwalificeerd.

Op voorhand lijkt deze bepaling een vorm van delegatie van regelgeving in te houden, op grond waarvan het college nadere algemeen verbindende voorschriften kan geven.<sup>14</sup> Artikel 156, derde lid, Gemeentewet biedt de gemeenteraad de grondslag om de regelgevende bevoegdheid te delegeren.<sup>15</sup> Dezelfde regels kan men echter ook opvatten als beleidsregels die slechts gericht zijn op zelfbinding van het bestuursorgaan bij de uitoefening van de bestuursbevoegdheid. In dat geval is de bijzondere regelgevende bevoegdheid weinig meer dan een herhaling van de beleidsregelgevende bevoegdheid uit artikel 4:81, eerste lid, Awb.

De Afdeling heeft de voorgaande kwalificatievraag twee keer verschillend beantwoord. Een nota die regels bevat over de uitoefening van een reclamevergunning, werd de ene keer als beleidsregel gekwalificeerd en de andere keer als algemeen verbindend voorschrift.<sup>16</sup> In de laatste uitspraak formuleerde de Afdeling de eisen waaraan een algemeen verbindend voorschrift moet voldoen:<sup>17</sup>

'Om in enig document geformuleerde uitgangspunten op grond van verwijzing daarnaar in een algemeen verbindend voorschrift, in dit geval: de APV, tot algemeen verbindend voorschrift te verheffen, dienen die uitgangspunten zo te zijn geformuleerd dat ze concrete als zodanig herkenbare, in voldoende duidelijke bewoordingen gestelde normstellingen bevatten die voor herhaalde toepassing vatbaar zijn. Deze normstellingen kunnen in andere delen van hetzelfde document worden toegelicht.'

De drie kenmerken van algemeen verbindende voorschriften zijn volgens de Afdeling de wettelijke grondslag, de herkenbare, duidelijke normstelling en de herhaalde toepasbaarheid van de regel. Met deze kenmerken onderscheiden algemeen verbindende voorschriften zich echter niet van beleidsregels. Beleidsregels zijn ook vastgesteld op grond van een wettelijke grondslag, namelijk de bestuursbevoegdheid in combinatie met artikel 4:81 Awb. Bovendien zullen beleidsregels ook herkenbare, duidelijke normstellingen bevatten. De herkenbare, duidelijke normstelling is nood-

14. Elzinga & De Lange 2006, p. 674 e.v.

15. Van Alphen & Govaers 2002, p. 214.

16. ABRvS 1 februari 2006, AB 2006, 152 (m.nt. Tollenaar) tegenover ABRvS 9 augustus 2006, AB 2006, 366 (m.nt. Tollenaar), Gst. 2006, 116 (m.nt. Teunissen).

17. ABRvS 9 augustus 2006, AB 2006, 366 (m.nt. Tollenaar), Gst. 2006, 116 (m.nt. Teunissen).

zakelijk om in de beleidsregel een standpuntbepaling te herkennen. Ontbreekt een standpuntbepaling dan is er geen sprake van een besluit en dus niet van een beleidsregel.<sup>18</sup> De herhaalde toepasbaarheid van de regel geldt evenmin als onderscheidend kenmerk, omdat daarmee wordt gerefereerd aan het karakter van *algemene* regel. Dat beleidsregels per definitie algemene regels zijn, vloeit voort uit artikel 1:3, vierde lid, Awb.

Uiteindelijk is voor het onderscheid tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften alleen maar van belang op grond van welke bevoegdheid de regels zijn vastgesteld. Het aangrijppingspunt voor het onderscheid is dat de normstelling in een beleidsregel per definitie nooit de burger rechtstreeks kan binden.<sup>19</sup> Indien de regelgevende bevoegdheid de mogelijkheid biedt om burgerbindende normen vast te stellen, dan is vermoedelijk sprake van een algemeen verbindend voorschrift. Indien de regelgevende bevoegdheid niet gericht is op binding van burgers, dan ligt een kwalificatie als beleidsregel meer voor de hand.<sup>20</sup> De precieze formulering van de regelgevende bevoegdheid moet in beginsel uitsluiting bieden.

#### *11.3.1.2 Aandachtspunt: duidelijke regelgevende bevoegdheid*

Het soms subtiele verschil tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels is te wijten aan onduidelijkheid in de decentrale wetgeving. Kwalificatieproblemen van het soort regel dat wordt vastgesteld op grond van een bijzondere regelgevende bevoegdheid, heeft direct consequenties voor de kwaliteit van de beschikkingverlening, omdat onduidelijkheid in de kwalificatie kan leiden tot een verkeerde toepassing bij de beschikkingverlening. Het bestuursorgaan moet algemeen verbindende voorschriften in principe altijd toepassen, terwijl het van beleidsregels af kan wijken indien bijzondere omstandigheden leiden tot een onevenredige benadeling van belanghebbenden.

De toegevoegde waarde van beleidsregels voor de kwaliteit van de beschikkingverlening is gebaat bij duidelijkheid over de juridische status van de regel. De formulering van de regelgevende bevoegdheid is daarvoor het aangrijppingspunt. De wetgever mag geen onduidelijkheid laten bestaan over het soort regel dat op grond van een regelgevende bevoegdheid kan worden vastgesteld.

In de Aanwijzingen voor de regelgeving is aanwijzing 44A gericht op het bestrijden van deze onduidelijkheid.<sup>21</sup> Uit de aanwijzing vloeit voort dat in het wettelijk voorschrift op grond waarvan een regelgevende bevoegdheid wordt verstrekt, uitsluitel moet worden verschaft over het soort regel dat het bestuursorgaan mag vaststellen. De term 'nadere regels' wordt gereserveerd voor de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften. Indien de regelgevende be-

18. ABRvS 25 juli 2006, AB 2007, 292 (m.nt. Tollenaar), over de mogelijkheid om een indicatief plan als beleidsregel te kwalificeren. Bij het ontbreken van een wilsbepaling is geen beslissing genomen en is daarom geen sprake van een besluit (art. 1:3 lid 1 Awb).

19. HR 23 mei 2003, NJ 2003, 495.

20. Hoewel dat ook niet altijd vanzelfsprekend is, omdat beleidsregels soms wel degelijk normen kunnen bevatten die burgers effectief binden. Vgl.: ABRvS 30 juli 2003, LJV AI0588 en ABRvS 1 februari 2006, AB 2006, 152 (m.nt. Tollenaar).

21. Gebaseerd op het besluit van de Minister-President van 18 december 1992, *Stcrt.* 1992, 230, p. 13, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 27 april 2005, *Stcrt.* 2005, 87, p. 11.

voegdheid zich beperkt tot het vaststellen van beleidsregels, dan moet die term in de wettekst ook worden gebruikt.

De Aanwijzingen voor de regelgeving richten zich tot de centrale regelgevers. Lagere regelgevers worden er niet door geadresseerd. Voor de decentrale regelgeving gelden eigen aanwijzingen, neergelegd in de Aanwijzingen voor de decentrale regelgeving, vastgesteld door de VNG.<sup>22</sup> Hierin zijn geen aanwijzingen opgenomen die gericht zijn op een zorgvuldiger formulering van een regelgevende bevoegdheid.

Hoewel het uiteindelijk de decentrale wetgevers zelf zijn die de onduidelijkheid over de kwalificatie van de op grond van een bijzondere regelgevende bevoegdheid gegeven regel moeten wegnemen, lijkt het formuleren van een aanwijzing een haalbare eerste stap. Door de Aanwijzingen voor de decentrale regelgeving op dit punt aan te passen, worden decentrale regelgevers voorgelicht over de consequenties van een vaag geformuleerde regelgevende bevoegdheid.

### 11.3.2 Onmogelijke deregulering

#### 11.3.2.1 Waarneming

Uit het empirische onderzoek blijkt dat er verschillende prikkels bestaan om voor de uitoefening van een bestuursbevoegdheid besluitvormingsregels te ontwikkelen.<sup>23</sup> Ook in de gevallen waarin de wettelijke normering weinig ruimte laat aan het bestuursorgaan, blijken besluitvormingsregels van groot belang. Zo worden bij beslissingen over bijzondere bijstand buitenwettelijke regels toegepast, ook al biedt de wettelijke normering niet veel discretionaire ruimte. De regels vormen een noodzakelijke schakel tussen de wettelijke normen en de concrete gedragsvoorschriften voor de functionarissen in de ambtelijke organisatie die de beslissingen moeten nemen.

De aanwezigheid van de buitenwettelijke regels wordt voor een belangrijk deel verklaard door de organisatorische context waarin de bestuursbevoegdheid moet worden uitgeoefend. De regels gelden als een waarborg voor een uniforme uitvoering en dragen bij aan een doelmatige voorbereiding van besluiten. De omgeving van de organisatorische eenheid kan de neiging om regels te ontwikkelen versterken. Soms kan in het verkeer met de belanghebbende een prikkel ontstaan om met algemene regels inzichtelijk te maken hoe beslissingen tot stand komen. Daarnaast leidt sturing van hogerhand, door de politiek-ambtelijke top, vrijwel steeds tot instructies in de vorm van algemene regels.<sup>24</sup> Dit type instructie is ook te verwachten indien over de uitoefening van de bestuursbevoegdheid politieke verantwoording moet worden afgelegd. En verder geldt de aanwezigheid van een toezichthouder als een

22. Aanwijzingen voor de decentrale regelgeving, VNG, 1999.

23. Hood e.a. 1998.

24. Artikel 10:6 Awb bevat een grondslag voor instructies aan gemandateerden. De instructies die op grond van deze bepaling worden verstrekt, hoeven niet als beleidsregel te gelden. Het ligt echter wel in de lijn der verwachting dat veel instructies als beleidsregel kunnen worden gekwalificeerd, omdat ze veelal op schrift zullen zijn gesteld en zijn vastgesteld door het bestuursorgaan. In zoverre voldoen de regels dan aan de definitie van beleidsregels die in dit onderzoek wordt gehanteerd.



reden om een *standard operating procedure* vast te stellen, zeker indien de toezichthouder de aanwezigheid van aanvullende regels als voorwaarde stelt voor het toezichtsoordeel.

De prikkels om regels te ontwikkelen en de ten gevolge daarvan ontstane overvloed aan buitenwettelijke regels zetten de pogingen en voornemens van de overheid om werk te maken van deregulering in perspectief. Sinds de jaren negentig van de vorige eeuw staat deregulering hoog op de politieke agenda.<sup>25</sup> In het begin van deze eeuw volgden verschillende rapporten en kabinetsvoornemens die gericht waren op een zorgvuldiger gebruik van wetgeving en het reduceren van regeldruk.<sup>26</sup> De centrale argumentatielijn is dat minder wetgeving zal leiden tot minder administratieve lasten voor burgers, met alle (economische) voordelen van dien.<sup>27</sup>

Ook bij de decentrale overheden wordt werk gemaakt van het reduceren van het aantal regels.<sup>28</sup> Deregulering gaat zelden gepaard met het afstoten van de verantwoordelijkheid voor een algemeen belang. De wetgever kiest er vaak voor om de burger een zorgplicht op te leggen, in combinatie met een toezichtsbevoegdheid voor het bestuursorgaan. Een andere vorm van deregulering is het gebruik van open of vage normen die door het bestuursorgaan nader moeten worden ingevuld.<sup>29</sup> In beide gevallen leidt deregulering niet tot *minder* regels, maar hoogstens tot *andere* regels.<sup>30</sup> Het bestuursorgaan dat toezicht moet houden op de naleving van een zorgplicht, of dat vage normen moet invullen bij de uitoefening van zijn bestuursbevoegdheid, zal aanvullende regels ontwikkelen en toepassen. Deze aanvullende, buitenwettelijke regels zijn niet bij voorbaat *betere* regels in vergelijking met de afgeschafte wettelijke voorschriften. Het gros van de besluitvormingsregels die worden toegepast, heeft een buitengewoon schimmig karakter. Vaak is onduidelijk op welk moment de buitenwettelijke regel is vastgesteld. Dit leidt tot onzekerheid over de vraag welke regels op een bepaald moment gelden en moeten worden toegepast. Eveneens is vaak onduidelijk wie de regels heeft vastgesteld, dus op welke autoriteit ze rusten. Deze vorm van deregulering is geen echte deregulering en komt in ieder geval de rechtszekerheid niet ten goede.<sup>31</sup>

### 11.3.2.2 Aandachtspunt: plicht tot beleidsregelgeving?

Bij een deregulerende overheid, lijkt enige structurering in de ontstane buitenwettelijke regels wenselijk. Beleidsregels als bijzondere categorie regels kunnen een deel

25. Onder het kabinet Kok-I werd de operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit gestart (*Kamerstukken II* 1994/95, 24 036, nr. 1).

26. De recente mijlpalen zijn de nota 'Rechtsstaat en rechtsorde' (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 1) en de nota 'Bruikbare rechtsorde' (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 9). Zie over regeldruk: Van Gestel & Hertogh 2006; Bokhorst & Van Ommeren 2007.

27. De link tussen regeldruk en de economische gevolgen werd in kaart gebracht door de Commissie Stevens 2007.

28. De VNG en de rijksoverheid hebben een Taskforce Vermindering Regeldruk Gemeenten opgericht, die ondermeer de door de VNG vastgestelde model-verordeningen tegen het licht moet houden. Dit heeft geleid tot het aanpassen en vervangen van een aantal (APV-) vergunningen.

29. Van Gestel 2004; Scheltema 1997.

30. Polak 1989; Struiksma 2003; Teunissen 2004.

31. Teunissen 2007; Tollenaar 2004.

van de hiervoor opgeworpen bezwaren tegen de (kwaliteit van) niet-wettelijke regels wegnemen. Van beleidsregels is immers wel duidelijk wie de norm heeft vastgesteld, omdat beleidsregels zijn gebaseerd op een besluit van het bevoegde bestuursorgaan. Bovendien is door de bekendmaking traceerbaar welke normen op welk moment gelden. In zoverre vallen beleidsregels te prefereren boven alle andere besluitvormingsregels die ontstaan in reactie op een terugtrekkende wetgever.<sup>32</sup>

Gelet op dit voordeel van beleidsregels, is de kwaliteit van regelgeving in het algemeen, en de rechtszekerheid bij de beschikkingverlening in het bijzonder, gebaat bij een ruimere plicht voor het bestuursorgaan om gedragslijnen vast te leggen in beleidsregels. Op zichzelf staat niets eraan in de weg dat de bestuursrechter bij de beoordeling van de uitoefening van een bestuursbevoegdheid, het bestuursorgaan tegenwerpt dat het niet over een beleidsregel beschikt. De plicht om beleidsregels vast te stellen, komt met name aan de orde wanneer op het bestuursorgaan een zware motiveringslast rust, waaraan eigenlijk niet kan worden voldaan indien het bestuursorgaan *niet* beschikt over een vaste gedragslijn. In de jurisprudentie wordt zo nu en dan deze redenering gevolgd en komt de bestuursrechter tot het oordeel dat het bestuursorgaan een vaste gedragslijn nodig heeft om rechtmatige besluiten te kunnen nemen en in ieder geval de schijn weg te nemen dat het in strijd handelt met bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel.<sup>33</sup> De bestuursrechter is met dit oordeel niet verwijderd van het stellen van eisen aan de vorm van de gedragslijn. In de volgende stap hangt het oordeel over de rechtmatigheid van de beschikkingverlening af van de aanwezigheid van een beleidsregel. Deze stap blijkt voor de bestuursrechter nu nog te groot. In de jurisprudentie wordt de plicht voor bestuursorganen om beleidsregels vast te stellen expliciet ontkend, met een verwijzing naar de expliciete afwijzing van de beleidsregelplicht door de wetgever.<sup>34</sup>

Gelet op de voorzichtigheid van de rechter verdient het de voorkeur om de plicht tot het vaststellen van beleidsregels te expliciteren in de wet. Deze beleidsregelplicht kan onderdeel uitmaken van bijzondere wetgeving, gekoppeld aan een bijzondere bestuursbevoegdheid, of meer algemeen worden geformuleerd in de Algemene wet bestuursrecht. Voor een formulering van de beleidsregelplicht kan worden teruggegrepen op artikel 4.4.2 uit het voorontwerp van de derde tranche van de Awb:

‘Indien een bestuursorgaan bij het gebruik van een bevoegdheid tot het nemen van besluiten of het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen een vaste gedragslijn volgt ter zake van het afwegen van belangen, het vaststellen van feiten of het uitleggen van wettelijke voorschriften, wordt deze in een beleidsregel neergelegd, tenzij redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daaraan geen behoefte bestaat.’

De regering heeft dit artikel uit het voorontwerp niet overgenomen in het wetsontwerp, uit angst voor de administratieve lasten voor het bestuursorgaan indien deze al hun gedragslijnen in beleidsregels zouden moeten vastleggen.<sup>35</sup> Gelet op het grote

32. Vgl.: ABRvS 3 september 2003, *AB* 2004, 204 (m.nt. Verheij).

33. ABRvS 14 september 2005, *AB* 2005, 409.

34. Zie bijvoorbeeld: CRvB 20 juni 1995, *JB* 1995/220 en in hoger beroep CBB 3 september 2003, *LJN* AL8124. Zie verder: Klap 2002.

35. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 115 (MvT).

aantal beleidsregels bij gemeentelijke bestuursorganen, lijkt dit argument niet langer houdbaar. Hoogstens kan het verbeteren van de kwaliteit van de beleidsregels, zodat deze volledig voldoen aan de eisen die uit de Awb voortvloeien, administratieve lasten met zich meebrengen.

De algemene beleidsregelplicht heeft als mogelijk probleem dat onduidelijkheid bestaat over het moment waarop een bestuursorgaan beschikt over een vaste gedragslijn. Een vaste gedragslijn zal normaal gesproken ontstaan indien het bestuursorgaan een aantal malen van de bestuursbevoegdheid gebruik heeft moeten maken. In dat geval zijn er precedents waaraan gerefereerd kan worden bij toekomstige beschikkingen. Een gedragslijn kan echter ook van te voren als blauwdruk voor het gebruik van de bestuursbevoegdheid worden ontwikkeld. Bij een van te voren ontwikkelde gedragslijn ligt het wat meer voor de hand om te eisen dat die gedragslijn dan ook in de vorm van een beleidsregel wordt vastgesteld. Voor een gedragslijn die zich gaandeweg ontwikkelt, is het moment waarop de gedragslijn moet worden vastgelegd als beleidsregel moeilijker te bepalen.

Gelet op dit probleem ligt het meer voor de hand om te kiezen voor een bijzondere beleidsregelplicht, gerelateerd aan een specifieke bestuursbevoegdheid. In de bijzondere wet kan de wetgever het bestuursorgaan verplichten om over een bestuursbevoegdheid beleidsregels vast te stellen, vergelijkbaar met de plicht van de gemeenteraad op grond van artikel 12a Woningwet om welstandseisen vast te leggen in een welstandsnota.<sup>36</sup>

Overigens is de vraag of bestuursorganen moeten worden verplicht om beleidsregels vast te stellen al lang niet meer uitsluitend een nationaalrechtelijke aangelegenheid. Artikel 10 van de Dienstenrichtlijn<sup>37</sup> bevat bijvoorbeeld de plicht dat (nationale) vergunningsstelsels waaraan dienstverleners uit andere EU-lidstaten moeten voldoen, dienen te zijn gebaseerd op criteria die beletten dat de bevoegde instanties hun beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen.<sup>38</sup> Deze criteria moeten 'duidelijk en ondubbelzinnig', 'objectief', 'vooraf openbaar gemaakt' en 'transparant en toegankelijk' zijn. Met andere woorden: indien de vergunningsbevoegdheid discretionaire ruimte bevat, dan zal het bestuursorgaan moeten beschikken over een beleidsregel, in ieder geval voor zover dienstverleners uit andere EU-lidstaten worden geraakt door het vergunningsstelsel.<sup>39</sup>

36. Het verdient dan wel de voorkeur dat de wetgever expliciteert dat het bestuursorgaan beleidsregels vast kan stellen en zich niet bedient van andere, vagere, termen. Art. 100c Wonw bevat bijvoorbeeld de plicht voor het college van burgemeester en wethouders om 'hun voornemens' bekend te maken omtrent de bestuursrechtelijke handhaving van de voorschriften krachtens die wet. Deze voornemens zullen vermoedelijk kunnen worden gekwalificeerd als beleidsregel; in ieder geval indien men de operationalisering hanteert zoals die in dit onderzoek is gebruikt.

37. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*PbEU* L376/36).

38. Hessel 2007, p. 118; Steyger 2008.

39. Over de verwachte harmoniserende werking van de Dienstenrichtlijn: Hessel 2007, p. 121.

### 11.3.3 De praktijk onderscheidt beleidsregels niet van ander beleid

#### 11.3.3.1 Waarneming

Er is een grote variatie aangetroffen binnen de verzameling besluitvormingsregels. Lang niet alle besluitvormingsregels zijn beleidsregels. Naast beleidsregels bestaan er niet-geaccordeerde werkvoorschriften, die zijn ontstaan als de neerslag van intern overleg over hoe een bestuursbevoegdheid in voorkomende gevallen moet worden uitgeoefend. Soms borrelen deze beleidsbeslissingen op vanaf de werkvloer en worden ze voorgelegd aan het bestuursorgaan. Op dat moment kan de besluitvormingsregel promoveren tot een beleidsregel. Dit gebeurt lang niet altijd: in een aantal gevallen wordt de regel vastgesteld door een bestuursorgaan dat niet bevoegd is om beleidsregels vast te stellen.

De verdeling van soorten besluitvormingsregels volgt de mate waarin een bestuursbevoegdheid in de politieke belangstelling staat. De besluitvormingsregels voor de handhaving van bouw- en ruimtelijke ordeningsregels en de verlening van bijzondere bijstand in de grote gemeenten zijn daarom vaker raadsrichtlijnen. Bij de a-politieke bestuursbevoegdheden, zoals de evenementenvergunningen in kleinere gemeenten en de vrijstellingen van het bestemmingsplan, gelden vaker niet-geaccordeerde werkvoorschriften.

#### 11.3.3.2 Aandachtspunt: weloverwogen beslissing om beleidsregels vast te stellen

De definitie van de beleidsregel is een materiële definitie: achteraf moet worden gereconstrueerd in hoeverre een bestuursorgaan de met de beleidsregel bereikte rechtsgevolgen ook daadwerkelijk heeft beoogd. Hierbij is niet de subjectieve bedoeling, maar de objectieve strekking van de rechtshandeling van belang. De handeling waarmee de regel wordt vastgesteld, geldt als de indicator van het besluitbegrip. Door het vaststellen heeft het bestuursorgaan ook de consequenties van de regel als 'juist' aanvaard. Dit impliceert dat het bestuursorgaan de binding aan de regel in toekomstige gevallen onderschrijft.

De materiële definitie heeft als consequentie dat soms regels als beleidsregel worden aangemerkt, die door het bestuursorgaan zelf niet als zodanig worden herkend. De instemming met een regel kan zijn gegeven, zonder dat de consequenties zijn doordacht of geëxpliciteerd. Er is sprake van een zeker schemergebied: regels waarvan het bestuursorgaan zelf niet het vermoeden heeft dat ze gelden als beleidsregel, kunnen bij nader inzien wel als beleidsregel worden gekwalificeerd.

In dit schemergebied kunnen zich ongelukken voordoen. Het ligt voor de hand dat de regels waarvan men niet weet dat ze als beleidsregel gelden, ook niet (precies) worden toegepast op de wijze die is neergelegd in artikel 4:84 Awb. Zowel de regeltoepassing als de afwijking van de regel zijn dan ongewis.

Gelet op het voorgaande is de kwaliteit van de beschikkingverlening gebaat bij een weloverwogen beslissing over de beoogde rechtsgevolgen bij het vaststellen van een regel. Aanwijzing 60 van de Aanwijzingen voor de decentrale regelgeving bevat daartoe een oproep.<sup>40</sup>

40. Aanwijzingen voor de decentrale regelgeving, VNG, 1999, p. 60.

- '1. Een regeling [waaronder ook een beleidsregel wordt verstaan, AT] wordt voorzien van een opschrift.
2. Het opschrift bevat zo mogelijk enige materiële aanduiding van het onderwerp van de regeling.
3. Uit het opschrift blijkt zo mogelijk om welk type regeling het gaat. Dit geldt met name voor beleidsregels en uitvoeringsregelingen.  
(...)'

Indien gemeentelijke regelgevers deze aanwijzing opvolgen, zullen veel van de onduidelijkheden worden weggenomen. Toch blijven zich aan de randen problemen voordoen met ongedachte beleidsregels. Ook al wordt in het opschrift van de regel iets anders geschreven, dan nog kan achteraf blijken dat het om een beleidsregel gaat. Uiteindelijk is de bevoegdheid waarop de regel is gebaseerd, bepalend voor de rechtsgevolgen van de regel.

### 11.3.4 Gemeentelijke context als complicatie

#### 11.3.4.1 Waarneming

Dat beleidsregels lastig kunnen worden onderscheiden van andere besluitvormingsregels heeft alles te maken met de gemeentelijke context waarin deze regels tot stand komen. De gemeentelijke context blijkt een complicerende factor die er vaak toe leidt dat *juist geen* beleidsregels worden vastgesteld, maar raadsrichtlijnen. Er lijkt hier sprake van een botsing tussen twee culturen.<sup>41</sup> Enerzijds is er het systeem van het bestuursrecht, waarbij de beleidsregelgevende bevoegdheid is gekoppeld aan de bestuursbevoegdheid, anderzijds is er het gemeenterecht, waarin de machtsverhouding tussen bestuursorganen centraal staat.

In het gemeenterecht geldt de gemeenteraad als hoofd van de gemeente.<sup>42</sup> Het hoofdschap van de gemeenteraad wordt veelal in verband gebracht met de positie van de burger. De gemeenteraad is rechtstreeks gekozen en bezit daarom een grotere legitimatie dan de andere gemeentelijke bestuursorganen.<sup>43</sup> Eén van de belangrijkste oogmerken van de dualisering van het gemeentebestuur in 2002 was het versterken van de positie van de burger – en dus het vergroten van de invloed van de gemeenteraad.<sup>44</sup>

Het hoofdschap van de gemeenteraad krijgt vorm in een aantal bevoegdheden. Zo is de gemeenteraad bevoegd om verordeningen vast te stellen en het college of de burgemeester vragen te stellen.<sup>45</sup> Sinds de dualisering beschikt de gemeenteraad ook over de bevoegdheid om onderzoek in te stellen naar het door het college of de burgemeester gevoerde bestuur.<sup>46</sup> Met de dualisering is echter ook een belangrijke be-

41. De spanning tussen bestuursrecht en gemeenterecht is uitvoerig aan de orde gekomen in hoofdstuk 2 (paragraaf 2.4) en vastgesteld in het empirisch onderzoek (paragraaf 10.4.1.1).

42. Art. 125 lid 1 Gw.

43. Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 280.

44. Staatscommissie Dualisme en lokale democratie 2000.

45. De verordeningbevoegdheid vloeit voort uit art. 147 Gemw. De bevoegdheid om vragen te stellen is geregeld in art. 155 Gemw.

46. Zie art. 155a t/m 155e Gemw.

voegdheid komen te vervallen: de gemeenteraad kan niet meer, zoals voorheen wel het geval was, in verordeningen beleidsregels vaststellen voor de uitoefening van bestuursbevoegdheden van andere bestuursorganen.

Het schrappen van de beleidsregelgevende bevoegdheid lijkt een dissonant bij het voornemen om de positie van de gemeenteraad te versterken. In het gemeenterecht geldt de gemeenteraad nog altijd als het hoogste orgaan, terwijl de regels die door de gemeenteraad worden vastgesteld, en die niet gelden als algemeen verbindend voorschrift, in het bestuursrechtelijke systeem een lagere status hebben dan regels die zijn vastgesteld door de burgemeester of het college.

De structuurwijziging in de vorm van de dualisering heeft niet veel consequenties gehad voor de beleving van degenen die in het gemeentebestuur werkzaam zijn. Nog altijd worden de belangrijkste beslissingen voorgelegd aan de gemeenteraad. En nog altijd zijn raadsregels – zelfs als ze niet gelden als algemeen verbindende voorschriften – belangrijker dan regels die zijn vastgesteld door het college of de burgemeester. De raadsrichtlijnen nemen een positie in tussen de door de gemeenteraad vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en de door de burgemeester of het college vastgestelde beleidsregels. Het is zelfs denkbaar dat waar het er op aan komt, bijvoorbeeld waar de raadsrichtlijn strijdig is met de beleidsregel, voorrang wordt gegeven aan de raadsregel.

In de praktijk zijn raadsregels aangetroffen, verspreid over alle bestuursbevoegdheden. Ook in de jurisprudentie komt men deze regels regelmatig tegen. De bestuursrechter moet zich in allerlei bochten wringen om een zekere binding van het bestuursorgaan aan deze regels aan te nemen. Soms is dat eenvoudig, omdat het bestuursorgaan heeft verklaard de raadsregels als eigen gedragslijn te hanteren bij de uitoefening van de bestuursbevoegdheid.<sup>47</sup> In andere gevallen stort de bestuursrechter zich op het besluit van het bevoegde bestuursorgaan (vaak het college) om de regel voor te leggen aan de gemeenteraad.<sup>48</sup> Omdat het college betrokken is bij de voorbereiding van de raadsrichtlijn, kan de regel ook aan het college worden toegekend. Het hoeft weinig betoog dat deze hulpconstructies in ieder geval vanuit bestuursrechtelijk perspectief weinig fraai zijn. Zeker de betrokkenheid bij de voorbereiding van de raadsrichtlijn hoeft niet noodzakelijk te betekenen dat het bevoegde bestuursorgaan zich daarmee heeft gebonden aan de toepassing van de betreffende regel.

#### *11.3.4.2 Aandachtspunt: beleidsregelgevende bevoegdheid voor de gemeenteraad*

Het gemeenterecht en het bestuursrecht lijken in ieder geval voor wat betreft de beleidsregels enigszins incompatibel. Dit resulteert in minder fraaie regelbestanden bij gemeenten. De vraag komt op of de gemeentelijke praktijk aangepast zou moeten worden aan het bestuursrechtelijke systeem of dat juist de gemeenterechtelijke bevoegdheidsverdeling de onveranderlijke praktijk zou moeten accommoderen.

47. CRvB 30 januari 2007, *JB* 2007/63, *JWWB* 2007, 120 (m.nt. Bruggeman), *RSV* 2007, 112 (m.nt. Stijnen), *USZ* 2007/80 en *ABRvS* 18 oktober 2006, *AB* 2007, 31 (m.nt. Tollenaar), *JB* 2006/323.

48. CRvB 7 maart 2005, *AB* 2005, 269 (m.nt. Bröring), *JB* 2005/155, *JWWB* 2005, 257, *RSV* 2005, 191, *USZ* 2005/176.

Het aanpassen van de gemeentelijke praktijk lijkt een zeer ambitieus en moeilijk te verwezenlijken voornemen. De reflex om belangrijke regels aan de raad voor te leggen, past op zichzelf bij de beoogde versterking van de positie van de gemeenteraad waarop de dualisering is gericht. Het aanpassen van de praktijk aan het bestuursrechtelijke systeem zou impliceren dat enigszins terug wordt gekomen op de cultuuromslag die met de dualisering is beoogd: niet het hoofdschap van de gemeenteraad staat centraal, maar de bevoegdheid zoals die uit de bijzondere wet voortvloeit. Een consequente aanpassing van de gemeentelijke praktijk aan het bestuursrechtelijke systeem zou bovendien betekenen dat de gemeenteraad het hoofdschap moet worden ontnomen. Dit vergt een wijziging van de Grondwet, waarna ruimte bestaat voor een definitieve cultuuromslag en de gemeenteraad zich niet langer op zijn hoofdschap kan beroepen ten einde zich met de uitoefening van bestuursbevoegdheden van andere bestuursorganen te bemoeien. Van de idee waarop de dualisering rust, namelijk het versterken van de positie van de gemeenteraad, blijft dan weinig meer over.

Het alternatief dat op zichzelf wél past bij de versterking van de positie van de gemeenteraad, is het scheppen van een bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen voor de overige gemeentelijke bestuursorganen. De bijzondere beleidsregelgevende bevoegdheid is dan de bevoegdheid die wordt bedoeld in artikel 4:81, tweede lid, Awb. In dat geval wordt de waargenomen praktijk gecodificeerd in het recht. Het schrappen van de beleidsregelgevende bevoegdheid van de gemeenteraad is bij de dualiseringsoperatie niet overtuigend beargumenteerd. Gelet op de geconstateerde praktijk is er alle reden om de gemeenteraad opnieuw de bevoegdheid te verlenen om beleidsregels vast te stellen voor de bestuursbevoegdheden van de overige gemeentelijke bestuursorganen.<sup>49</sup>

Bij het toekennen van een beleidsregelgevende bevoegdheid aan de gemeenteraad moet een keuze worden gemaakt tussen een *algemene* of een *specifieke* bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen voor bestuursbevoegdheden van de overige bestuursorganen. Vooral bij de bestuursbevoegdheden die in medebewind worden uitgeoefend, dient zich het probleem aan van een onbevoegde gemeenteraad die zich in normerende zin uitlaat over de bestuursbevoegdheden van andere gemeentelijke bestuursorganen. De bestuursbevoegdheden die voortvloeien uit de in autonomie vastgestelde verordeningen, kan de gemeenteraad in de verordening zelf beperken door nadere normen te stellen. Deze mogelijkheid heeft de gemeenteraad niet bij de bevoegdheden die het college en de burgemeester rechtstreeks aan de bijzondere wet ontnemen. Een bijzondere beleidsregelgevende bevoegdheid voor de gemeenteraad kan in beginsel beperkt blijven tot die bestuursbevoegdheden die het college en de burgemeester rechtstreeks aan de bijzondere wet ontnemen.

Een specifieke beleidsregelgevende bevoegdheid kan echter botsen met het perspectief van de gemeenteraad zelf. Soms creëert de gemeenteraad voor zichzelf een normerende rol die niet uit de bijzondere wet voortvloeit. In het empirische onderzoek bleek bijvoorbeeld dat de gemeenteraad vaak regels vaststelt voor het verlenen

---

49. Bij het toekennen van een regelgevende bevoegdheid is van belang dat geen onduidelijkheid bestaat over het soort regel dat de gemeenteraad mag vaststellen, gelet op de eventuele kwalificatieproblemen die dat met zich meebrengt (zie paragraaf 11.3.1).

van bijzondere bijstand. Deze regels zijn soms neergelegd in verordeningen, terwijl de gemeenteraad geen verordenende bevoegdheid bezit. De schade is echter beperkt, omdat de verordeningen kunnen worden geconverteerd als richtlijnen voor het college van burgemeester en wethouders.

Indien men de mening is toegedaan dat de gemeenteraad de ruimte moet worden verschaft om normen vast te stellen voor bestuursbevoegdheden van de overige bestuursorganen, onafhankelijk van de bedoeling van de bijzondere wetgever, dan leidt dat tot een *algemene* beleidsregelgevende bevoegdheid voor de gemeenteraad. Dit impliceert een hercodificatie van artikel 148 Gemeentewet (oud). Oorspronkelijk luidde dit artikel:

‘De raad kan bij verordening beleidsregels vaststellen waarmee andere organen van de gemeente rekening houden bij de uitoefening van bij of krachtens de wet verleende bevoegdheden’.

Het verdient de voorkeur om bij een hercodificatie van de beleidsregelgevende bevoegdheid voor de gemeenteraad preciezer aan te sluiten bij de Awb. Het oorspronkelijk geformuleerde rechtsgevolg van de beleidsregels van de gemeenteraad (het ‘rekening houden met’) kan daarom vervallen, nu het rechtsgevolg uit artikel 4:84 Awb voortvloeit. Ook de vorm (‘bij verordening’) heeft praktisch weinig betekenis en past in ieder geval niet bij de materiële definitie van de beleidsregel.<sup>50</sup> Dit leidt tot de volgende beleidsregelgevende bevoegdheid:

‘De raad kan beleidsregels vaststellen over bevoegdheden van andere bestuursorganen van de gemeente’.

Deze algemene beleidsregelgevende bevoegdheid voor de gemeenteraad heeft als consequentie dat de regels die nu in de praktijk al van groot belang blijken te zijn, in het vervolg als beleidsregel moeten worden toegepast. Hulpconstructies om binding van het college of van de burgemeester aan te nemen, zijn daardoor overbodig.

### 11.3.5 Awb-conformiteit van beleidsregels

#### 11.3.5.1 Waarneming

De beleidsregels die zijn aangetroffen, komen nauwelijks overeen met het ideaaltipe dat uit de Awb kan worden afgeleid. Beleidsregels zijn vaak verwerkt in een veelomvattend geschrift, waarin aanleiding, beslissing en motivering van die beslissing door elkaar wordt gepresenteerd. Bovendien blijft vaak onduidelijk in hoeverre de weergave een beschrijving is van geldende regelgeving en van de interpretatie van die regelgeving door de rechter, of een eigen, door het bestuursorgaan vastgestelde beleidskeuze ten aanzien van het gebruik van een bestuursbevoegdheid.<sup>51</sup>

De Awb-eisen die in het bijzonder van belang zijn voor de herkenbaarheid en bruikbaarheid van beleidsregels, zijn de motiveringseis en de eis van bekendmaking.

50. De geringe praktische betekenis blijkt uit ABRvS 11 december 2002, L/N AF1724, waarin een niet bij verordening vastgestelde raadsregel als beleidsregel wordt gekwalificeerd voor het college van burgemeester en wethouders.

51. Valenteijn & Bröring 2001, p. 167 constateerden dit ook al.



Voor wat betreft de motivering is van belang dat het bestuursorgaan dat de beleidsregel vaststelt, duidelijk aangeeft welke belangen in abstracto zijn afgewogen. Dit is niet alleen van belang om te kunnen beoordelen in hoeverre de beleidsregel voldoet aan de in artikel 3:4, tweede lid, Awb neergelegde eis van evenredige belangenafweging, maar ook om de toepassing van de beleidsregel te kunnen beoordelen op de aanwezigheid van eventuele bijzondere omstandigheden.

Bovendien dient de beleidsregel, gelet op artikel 4:83 Awb, een verwijzing te bevatten naar het wettelijke voorschrift op grond waarvan de beleidsregel is vastgesteld. Deze verwijzing is van belang om de belangenafweging zelf te beoordelen: zijn de belangen die het bestuursorgaan heeft afgewogen wel de belangen die bij de uitoefening van deze bestuursbevoegdheid afgewogen mogen worden? En heeft het bestuursorgaan de beleidsregel met het oog op deze bestuursbevoegdheid vastgesteld?

En ten slotte geldt de bekendmaking van de beleidsregel als voorwaarde voor de bruikbaarheid van de beleidsregel bij de concrete besluitvorming. Het bestuursorgaan kan alleen naar een bekendgemaakte, voldoende gemotiveerde beleidsregel verwijzen ter motivering van een concreet besluit waarbij de beleidsregel is toegepast.

Beleidsregels voldoen niet altijd aan deze Awb-eisen. Met name de motivering en de (kwaliteit van de) belangenafweging zijn vaak onvoldoende om van een 'goede' beleidsregel te kunnen spreken. Vaak zijn beleidsregels wel op de juiste wijze bekendgemaakt, maar dat is vooral een gevolg van de standaard bekendmakingsprocedure voor besluiten van het bestuursorgaan.

Dat beleidsregels nauwelijks aan de Awb-eisen voldoen, is een gevolg van de wijze waarop veel beleidsregels tot stand komen. Vaak zijn beleidsregels een beschrijving van de wijze waarop de bestuursbevoegdheid in het verleden is uitgeoefend. Er vindt dan geen inventarisatie plaats van de mogelijke belangen die door de bestuursbevoegdheid worden geraakt. Evenmin wordt deugdelijk gemotiveerd waarom welke beslissing wordt genomen. De motivering waarop men terugvalt is vaak: 'Zo hebben we het in het verleden ook gedaan'.

Er zijn ook beleidsregels die meer zijn dan alleen de beschrijving van de ambtelijke praktijk en waarmee juist geprobeerd wordt de bestaande praktijk te wijzigen. In dat geval bevat de beleidsregel meer motivering en vaak ook een betere afweging van belangen. Maar ook dan valt soms waar te nemen dat gemeentelijke bestuursorganen afgaan op een afweging van belangen die elders is gemaakt. Men neemt regels over van andere gemeentebesturen of andere organisaties, zonder dat wordt nagedacht of deze regels in de eigen gemeente wel toegepast zouden moeten worden.

#### *11.3.5.2 Aandachtspunt: beroep bij de bestuursrechter tegen beleidsregels*

De waargenomen gebreken van beleidsregels vergen een betere naleving van de kwaliteitseisen die uit de Awb voortvloeien en waaraan beleidsregels moeten voldoen. Voor de kwaliteit van de beleidsregel is van belang dat er een duidelijk beslismoment is, waarin ambtelijke gedragslijnen worden vastgesteld als beleidsregels. Dat beslismoment biedt ook de mogelijkheid om te voldoen aan de eisen die uit de Awb voortvloeien.

De vraag die opkomt, is of er voldoende prikkels bestaan om aan de meest elementaire Awb-eisen te voldoen. De kwaliteit van de beleidsregels komt eventueel aan de orde via een exceptieve of indirecte toetsing, waarbij de bestuursrechter via de beoordeling van het besluit waarbij de beleidsregel is toegepast, tot een oordeel wordt geroepen over de rechtmatigheid van de beleidsregel.<sup>52</sup> In de praktijk komt de rechter vaak niet aan een beoordeling van de beleidsregel toe, omdat het bestuursorgaan gebreken in de beleidsregel kan camoufleren door bij de toepassing te voorzien in een aanvullende motivering of aanvullend onderzoek. De beschikking waarbij de onrechtmatige beleidsregel is toegepast, is dan rechtmatig en er is dan voor de rechter geen reden om te oordelen dat de gebrekkige beleidsregel onrechtmatig is. Dit is anders indien de rechtmatigheid van de beleidsregel zélf bij de bestuursrechter kan worden betwist.

Dit leidt tot de conclusie dat de kwaliteit van beleidsregels gebaat kan zijn bij het afschaffen van artikel 8:2 Awb dat nu (nog) een belemmering vormt om in beroep te gaan tegen besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Een beroep tegen een besluit inhoudende een beleidsregel kan resulteren in een vernietiging van dat besluit, waarna het bestuursorgaan wordt gedwongen om een betere beleidsregel vast te stellen, met een betere belangenafweging of een deugdelijker motivering.

Oorspronkelijk was het de bedoeling de blokkade die artikel 8:2 Awb opwerpt, per 1 januari 1999 te schappen. Op dit voornemen is de regering echter teruggekomen.<sup>53</sup> Het handhaven van artikel 8:2 Awb is gebaseerd op de argumentatie dat een vernietiging van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels zal leiden tot onduidelijkheid over de status van de op basis van die regels genomen besluiten. Bovendien zou de bestuursrechter kunnen worden overspoeld met beroepszaken tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels.<sup>54</sup> En ten slotte heeft een beroep op de bestuursrechter tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels gevolgen voor de machtsverdeling tussen bestuur en rechter. Een beroepsmogelijkheid zou juridisering in de hand werken, waardoor rechters steeds meer op de stoel van het bestuur plaats gaan nemen.<sup>55</sup>

Geen van de argumenten overtuigt. De onzekerheid die ontstaat bij een onverbindend verklaard algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel ontstaat ook indien de bestuursrechter via een exceptieve toetsing tot het oordeel komt dat de regel onrechtmatig is. Het uitgangspunt moet gewoon zijn dat het bestuursorgaan geen onrechtmatige regels vaststelt. Waar wordt geconstateerd dat de regels onrechtmatig zijn, moet het bestuursorgaan die onrechtmatigheid herstellen. Van aanzigende werking zal evenmin sprake zijn, omdat nu al, mét de blokkade, in beginsel rechtsbescherming mogelijk is, zij het door een onrechtmatige daadsactie bij de civiele rechter in te stellen. Zónder de blokkade kan men zich met een vergelijkbare vordering tot de bestuursrechter wenden. Het afschaffen van artikel 8:2 Awb hoeft dus niet per se te leiden tot meer betwiste beleidsregels, maar hoogstens tot een

52. Polak 1997, p. 271.

53. Polak 1997; Eijlander 1999; Weggeman 1998.

54. Polak 1997, p. 272.

55. Dit argument kwam met name naar voren vanuit de decentrale overheden, onder aanvoering van Van Kemenade: Van Kemenade 1997.

oordeel over de rechtmatigheid van de beleidsregels door een andere rechter, die bovendien beter geëquipeerd is om de Awb-conformiteit van publiekrechtelijke rechtshandelingen te beoordelen.

Wel leidt het afschaffen van artikel 8:2 Awb tot procesrechtelijke problemen. Het zal niet altijd eenvoudig zijn om vast te stellen wie belanghebbende is bij een beleidsregel. Bovendien zou men zich af kunnen vragen of eerst bezwaar moet worden ingediend, of dat men, gelet op de aard van het besluit, eigenlijk rechtstreeks in beroep bij de bestuursrechter zou moeten kunnen. En ten slotte doen zich bij algemene regels problemen voor ten aanzien van mogelijke beroepstermijnen en formele rechtskracht.

Een bijkomend argument om artikel 8:2 Awb af te schaffen, volgt uit het Voorontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding.<sup>56</sup> De rechtsbescherming tegen beslissingen over het compenseren van rechtmatig toegebracht nadeel volgt nu nog de rechtsbescherming van het nadeelverorzakende besluit. In het Voorontwerp is de bestuursrechter bevoegd om te oordelen over alle beslissingen over compensatie van schade toegebracht bij de rechtmatige uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden.<sup>57</sup> Ook beslissingen over de compensatie van nadeel toegebracht door beleidsregels komen in beginsel bij de bestuursrechter terecht.<sup>58</sup>

Het is op zijn minst vreemd dat de bestuursrechter niet de rechtmatigheid van de beleidsregel zelf mag beoordelen, maar wel mag vaststellen welk nadeel voor compensatie in aanmerking komt. Voor benadeelde burgers leidt dit in ieder geval tot een onwenselijke situatie. Uit oogpunt van processtrategie ligt het voor de hand om zowel schadevergoeding wegens onrechtmatig toegebrachte schade als nadeelcompensatie ten gevolge van een rechtmatig besluit te vorderen.<sup>59</sup> In het huidige systeem kan de gelaedeerde met beide vorderingen bij dezelfde rechter terecht: voor de schade ontstaan door een beleidsregel moet hij zich tot de civiele rechter wenden. Indien het Voorontwerp kracht van wet krijgt, moet de ene vordering (schadevergoeding wegens onrechtmatige daad) worden voorgelegd aan de civiele rechter, en de andere (nadeelcompensatie) aan de bestuursrechter. Dit leidt niet alleen tot onduidelijkheid voor de burger, maar ook voor de rechter zelf: in hoeverre is de bestuursrechter bij zijn beoordeling van de beleidsregel gebonden aan het eerdere oordeel van de civiele rechter daarover? Het schrappen van artikel 8:2 Awb neemt veel van deze problemen die door het Voorontwerp kunnen ontstaan, weg. De processuele connexiteit, die in ieder geval uit praktisch oogpunt een zeker nut heeft, blijft zo behouden.

De vraag is echter of het schrappen van artikel 8:2 Awb inderdaad de prikkel zal vormen die gemeentelijke bestuursorganen aan zal zetten om de kwaliteit van beleidsregels te verbeteren. Of de bestuursrechter zich over een beleidsregel uit kan laten, is afhankelijk van de vraag of een belanghebbende beroep instelt tegen die beleidsregel. Belanghebbenden zullen zich over het algemeen niet geïnteresseerd

56. Schlössels 2007 over het Voorontwerp van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad, verschenen in mei 2007. Zie ook: De Graaf & Marseille 2007.

57. Zie art. 4.5.1 van het Voorontwerp schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige daad.

58. Een complicatie hierbij is dat de beleidsregel dan wel moet gaan over een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid. Beleidsregels kunnen ook gaan over feitelijk handelen of privaatrechtelijke bevoegdheden.

59. Zie art. 4.5.1 van het Voorontwerp schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige daad.

zijn in de beleidsregel, maar in de concrete toepassing daarvan. Bovendien liggen perverse prikkels op de loer: bestuursorganen kunnen ervoor kiezen om beleid juist niet in een beleidsregel vast te leggen, maar in een niet-geaccordeerd werkvoorschrift. En ten slotte is niet ondenkbaar dat de bestuursrechter het niet-instellen van beroep tegen de beleidsregel aan zal grijpen om zich bij de beoordeling van de toepassing van de beleidsregel zeer terughoudend op te stellen ten aanzien van de rechtmatigheid van de beleidsregel.

#### *11.3.5.3 Aandachtspunt: toezichthouders die toezicht houden op beleidsregels*

Een alternatief van rechtsbescherming is toezicht. Toezichthouders kunnen hun oordeel baseren op de aanwezigheid van beleid. In de praktijk levert dat een sterke prikkel op voor bestuursorganen om beleidsregels vast te stellen. Ook de inhoud van het beleid kan door de toezichthouders worden beoordeeld.

Bij de uitoefening van een aantal wetten zijn bestuursorganen verantwoording verschuldigd aan toezichthouders. Voor de uitoefening van andere wetten en voor de uitoefening van de regelgeving die in gemeentelijke autonomie tot stand is gekomen, zijn geen specifieke toezichthouders die hun oordeel kunnen baseren op de aanwezigheid van beleidsregels. Bovendien lijkt sprake van een tendens waarin specifiek toezicht met rapportageverplichtingen en buitenwettelijke eisen, zoals de eis dat er beleid moet zijn vastgesteld, wordt ingewisseld voor algemene toezichthouders (provincie en Kroon) die gebruik maken van hun generieke bevoegdheden (dus: besluiten schorsen, besluiten vernietigen en ingrijpen bij taakverwaarlozing).<sup>60</sup> De toetsing of een gemeentelijk bestuursorgaan beschikt over (goede) beleidsregels verdwijnt hiermee uit het zicht.

### **11.3.6 Toepassen van beleidsregels**

#### *11.3.6.1 Waarneming*

In het onderzoek is geconstateerd dat in de ambtelijke praktijk de regeltoepassing voortvloeit uit de beantwoording van digitale vragen: kan een aanvraag wel of niet worden gehonoreerd, is wel of niet sprake van een overtreding van de voorschriften, moet wel of niet handhavend worden opgetreden? Indien een scherpe regel bestaat waaruit het digitale antwoord kan worden afgeleid, wijkt men daar zo min mogelijk van af. Er is weinig ruimte voor individuele rechtsbedeling, tenzij de regels zelf de differentiatie bevatten die tot maatwerk leidt. Dit is in lijn met eerder onderzoek.<sup>61</sup>

#### *Hiërarchie van regels*

De neiging om regels toe te passen wordt versterkt door de wijze waarop de regel tot stand is gekomen of is vastgesteld. De regel die het resultaat is van een officieel besluit, deelt in de autoriteit van het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen. Dit heeft tot gevolg dat men minder snel geneigd is om van beleidsregels af te wij-

60. Commissie Doorlichting Interbestuurlijke Toezichtsarrangementen 2007.

61. Fleurke & De Vries 1998.

ken dan van niet-geaccordeerde werkvoorschriften, waarover helemaal geen besluit is genomen. En omdat de gemeenteraad in de gemeentelijke hiërarchie een hogere positie inneemt, wordt van de raadsrichtlijnen in het geheel niet afgeweken. Dit is slechts anders indien de regel minder scherp is en voor verschillende uitleg vatbaar is.

In deze praktijk komt de eerder genoemde botsing van culturen tot uitdrukking: de regels die als richtlijn gelden, worden vaker toegepast dan regels die als beleidsregel kunnen worden gekwalificeerd, terwijl, beredeneerd vanuit een bestuursrechtelijk perspectief, het omgekeerde het geval zou moeten zijn.<sup>62</sup>

Op zichzelf hoeft deze tegendraadse regeltoepassing geen probleem op te leveren, omdat in verreweg de meeste gevallen de juiste beslissing samenvalt met de beslissing de regel toe te passen. De situatie waarin belangen aan het licht komen die niet mee zijn gewogen en waarin de regel onevenredig nadelig uitwerkt, komt in de praktijk relatief weinig voor. De geringe neiging om af te wijken, zeker indien de regel 'hoog' in de gemeentelijke organisatie is vastgesteld, leidt daarom vaker tot goede, rechtmatige beschikkingen, dan tot slechte, onrechtmatige beschikkingen.

#### *Ruimte voor afwijkende beslissingen*

Afwijken van besluitvormingsregel is uitzonderlijk. Een afwijkende beslissing volgt uit een afweging van enerzijds het belang dat door de toepassing van de regel wordt geschaad en anderzijds het belang waarvoor de regel is vastgesteld.

Soms wordt deze afweging met professionele argumenten gekleurd. De uitkomst kan zijn dat de regel niet wordt toegepast *ten nadele van de belanghebbende*, omdat men bij nader inzien vindt dat het toepassen in dit geval een te grote inbreuk maakt op het algemene belang waarvoor de regel is vastgesteld. Het afwijken ten nadele van de belanghebbende is eenvoudiger indien de regel niet bekend is gemaakt. Bij bekendgemaakte regels loopt men eerder het risico dat de belanghebbende de uitkomst betwist met een verwijzing naar de regel. Op grond van dit mechanisme wordt zelden tot nooit ten nadele van de belanghebbende afgeweken van beleidsregels en raadsrichtlijnen, tenzij het afwijken ten nadele geschiedt in het voordeel van een ander.

Afhankelijk van de aard van de bestuursbevoegdheid wordt de afweging van het belang waarvoor de regel is vastgesteld en het belang van de belanghebbende die door de toepassing van de regel wordt benadeeld, ingekleurd met cliëntgerichte argumenten. In dat geval kan de uitkomst zijn dat wordt afgeweken van de besluitvormingsregel *in het voordeel* van de belanghebbende. Deze afwijkingen kunnen volgen op alle soorten besluitvormingsregels. Voor een beslissing om af te wijken ten gunste van een belanghebbende doet het er zelfs niet toe of de regel waarvan wordt afgeweken een algemene verbindend voorschrift of een besluitvormingsregel betreft. Indien de conclusie is dat regeltoepassing tot een onevenredig nadelige uitkomst leidt, dan wijken alle regels.

De beslissing om af te wijken van een regel komt weinig voor. Bovendien is een afwijking nooit het resultaat van een individuele beslissing van een individuele amb-

---

62. Zie over het verschil in toepassing van beleidsregels en overig beleid: Tollenaar 2006b.

tenaar. In alle gevallen leidt afwijken tot overleg. Soms wordt de beslissing om af te wijken, genomen door het bevoegde bestuursorgaan zelf.

#### *11.3.6.2 Aandachtspunt: verfijnde beleidsregels*

Uit oogpunt van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en doelmatigheid levert de consequente toepassing van de regel een kwalitatief goede beschikkingverlening op. Tegelijkertijd bestaat het gevaar dat de beleidsregel wordt toegepast in situaties waarin dat, gelet op bijzondere omstandigheden, niet zou moeten. Dit gaat ten koste van de individuele rechtsbedeling en soms ook van de doeltreffendheid van de beschikkingverlening.

De bureaucratistische kosten die gepaard gaan met het afwijken van de regel vormen een belemmering om af te wijken van de regel. Daar komt bij dat men zich in de gemeentelijke organisatie onvoldoende rekenschap geeft van de eigenaardigheden van de verschillende soorten regels. Regels zijn niet altijd regels: sommige regels moeten altijd worden toegepast, van andere kan men afwijken indien het toepassen onevenredig bezwarend is voor belanghebbenden.

Het heeft al met al zin om in de regel zelf aan te geven welke binding de regel oplevert. Bovendien is van belang dat men weet welke consequenties een bepaalde binding heeft voor de concrete besluitvorming. Dat het bestuursorgaan bij een beleidsregel beschikt over een inherente afwijkingsbevoegdheid kan worden geëxpliciteerd in de regel zelf. Sommige beleidsregels bevatten een hardheidsclausule, waaruit voortvloeit dat van de normen in de beleidsregel kan worden afgeweken, indien de toepassing onevenredig nadelig is voor belanghebbenden. Hoewel een hardheidsclausule in een beleidsregel overbodig en verwarrend kan zijn, kan een voorschrift waarin wordt voorgeschreven dat in bijzondere omstandigheden een andere beslissing wordt genomen dan die uit de beleidsregel voortvloeit, wel een prikkel opleveren om in ieder geval te streven naar individuele rechtsbedeling.<sup>63</sup>

Overigens leidt ook deze regeltoepassing niet tot de meest wenselijke toepassing van beleidsregels, omdat de vraag of de onevenredige benadeling te wijten is aan bijzondere omstandigheden, ook dan niet wordt gesteld. Uiteindelijk is vooral van belang dat degenen die de regels moeten toepassen, weten welke binding een regel oplevert. De juiste regeltoepassing is uiteindelijk afhankelijk van de kennis en vaardigheden van de street-level bureaucraten.

#### *11.3.6.3 Aandachtspunt: toepassen van artikel 4:84 Awb*

Indien de regel zelf ruimte biedt om afwijkende beslissingen te nemen, is ongewis in hoeverre de afwijkende beslissingen beperkt zijn tot de situaties waarin sprake is van een bijzondere omstandigheid. In de gemeentelijke praktijk blijkt artikel 4:84 Awb nauwelijks van betekenis. Regels worden in beginsel toegepast en wanneer wordt afgeweken, maakt het niet uit of sprake is van een bijzondere omstandigheid.

De eis van bijzondere omstandigheden is echter niet zonder betekenis. Deze eis benadrukt dat het bestuursorgaan niet *zo maar* van de beleidsregel af kan wijken

63. Een hardheidsclausule in een beleidsregel leidt bijvoorbeeld tot hoofdbreken over de vraag of de inherente afwijkingsbevoegdheid ook op die hardheidsclausule van toepassing zou kunnen zijn. Vgl.: ABRvS 1 februari 2006, AB 2006, 152 (m.nt. Tollenaar).

indien de toepassing tot een onwenselijke uitkomst leidt. Artikel 4:84 Awb verdient het om serieus te worden genomen, zowel in de besluitvormingsprocedure zelf, als in de beoordeling achteraf door de bestuursrechter.

De besluitvorming conform artikel 4:84 Awb leidt tot een toepassing van beleidsregels in drie fasen.<sup>64</sup> Allereerst is de rechtmatigheid van de beleidsregel zelf van belang. De beleidsregel moet passen binnen de bestuursbevoegdheid en moet zijn gebaseerd op een juiste wetsinterpretatie en een evenredige belangenafweging. In beginsel moet het bestuursorgaan de wetgeving interpreteren en belangen afwegen. De bestuursrechter kan zich bij de beoordeling van de toepassing van de beleidsregel uitlaten over de kwaliteit van de beleidsregel zelf.<sup>65</sup> Afhankelijk van de aard van de beleidsregel en de aard van de bestuursbevoegdheid waarover de beleidsregel normen bevat, is de beoordeling van de beleidsregel door de bestuursrechter indringend of juist terughoudend. Beleidsregels over de interpretatie van wettelijk voorschriften, de vaststelling van bestraffende sancties of de vaststelling van de te vergoeden schade, kan hij integraal toetsen. Uiteindelijk is het de rechter die wetgeving interpreteert, straffen vaststelt en de schade raamt. Indien hij tot het oordeel komt dat de beleidsregel een onjuiste wetsinterpretatie bevat, niet leidt tot een proportionele sanctie of tot een onjuiste vaststelling van de schade, dan kan hij de beleidsregel onverbindend verklaren en terzijde schuiven. Beleidsregels waarin een discretionaire bevoegdheid wordt ingevuld, kunnen door de bestuursrechter slechts marginaal worden beoordeeld.

Indien de beleidsregel op zichzelf niet onrechtmatig is, komt het aan op de juiste toepassing ervan. De vraag is dan of sprake is van een bijzondere omstandigheid. Het stellen en bewijzen van bijzondere omstandigheden, ligt normaal gesproken in het bewijsdomein van de belanghebbende.<sup>66</sup> Als bijzondere omstandigheden komen alleen die omstandigheden in aanmerking die bij het vaststellen van de beleidsregel niet zijn meegewogen. Een andere opvatting tast de bindende werking van beleidsregels aan. Het bestuursorgaan kan dan immers bij elke onwelgevallige uitwerking van een beleidsregel betogen dat deze situatie ‘bijzonder’ is – ook al was deze wel meegewogen bij het vaststellen van het beleid.<sup>67</sup>

Indien geen sprake is van een bijzondere omstandigheid, dan moet het bestuursorgaan in beginsel de beleidsregel toepassen. Het resultaat van de toepassing van de beleidsregel moet vervolgens ‘sec’ worden beoordeeld. Hierbij komt de rechtmatigheid van de beleidsregel zelf weer in beeld. Indien de beleidsregel geen blijk geeft van een onjuiste wetsinterpretatie en indien er geen bijzondere omstandigheden zijn gebleken, maar de toepassing van de beleidsregel wel leidt tot een kennelijk onevenredige benadeling van belanghebbende, dan is dat een indicatie dat de beleidsregel

64. Hiermee kijkt een beleidsregel dus af van overig beleid, waarbij vaak wordt gesproken van een *tweefasentoetsing*. Zie onder meer: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 337.

65. In zoverre hoeft art. 8:2 Awb niet te worden afgeschaft om de bestuursrechter een oordeel over de beleidsregel te ontlokken (zie paragraaf 11.3.5.2). Maar al te vaak blijkt de bestuursrechter echter de grieven die zich richten op de rechtmatigheid van de beleidsregel, te beoordelen in het licht van de vraag of het bestuursorgaan misschien in dit geval niet had moeten afwijken van de beleidsregel.

66. Damen e.a. 2006, p. 329. Zie ook: Schuurmans 2004 en voor een toepassing: ABRvS 21 februari 2007, AB 2007, 125 (m.nt. Tollenaar).

67. Vgl.: ABRvS 4 april 2007, AB 2007, 163 (m.nt. Tollenaar).

zelf niet rechtmatig is. In dat geval ligt aan de beleidsregel geen goede belangenafweging ten grondslag.<sup>68</sup>

In het geval vast is komen te staan dat sprake is van een bijzondere omstandigheid, moet het bestuursorgaan opnieuw belangen afwegen. Hierbij heeft het bestuursorgaan de discretionaire ruimte die voortvloeit uit de bestuursbevoegdheid waarover de beleidsregel normen bevat.

De bestuursrechter dient bij de beoordeling van de toepassing van een beleidsregel aan alle drie fasen van de toepassing van de beleidsregel te toetsen. Een beleidsregel die een verkeerde invulling geeft van een bestuursbevoegdheid, moet onverbindend worden verklaard. De conclusie dat de beleidsregel onrechtmatig is, kan zowel volgen uit een beoordeling van de beleidsregel zelf, als uit een beoordeling van de toepassing van de beleidsregel in niet-bijzondere omstandigheden.<sup>69</sup>

## 11.4 Slotconclusie: de toegevoegde waarde van beleidsregels

### 11.4.1 De ondoordringbare gemeentelijke praktijk

Met de codificatie van de beleidsregel in de Awb heeft de wetgever een bijzonder soort regel onderscheiden en aan normen gebonden. De wetgever heeft hiermee geprobeerd zijn grip te vergroten op de wijze waarop bestuursorganen bestuursbevoegdheden uitoefenen. Juist bij een terugtrekkende wetgever is de kwaliteit van de regels die door het bestuursorgaan zelf worden ontwikkeld, van groot belang.

Het empirisch onderzoek laat zien dat de codificatie nauwelijks invloed heeft gehad op de wijze waarop in gemeenten regels ontstaan of worden toegepast. Beleidsregels worden niet anders of beter toegepast dan richtlijnen of niet-geaccordeerde werkvoorschriften. De prikkels die bijdragen aan het ontwikkelen van besluitvormingsregels kunnen zowel tot beleidsregels als tot andere regels leiden. In de gemeentelijke context is de relevante variabele de hiërarchische positie van het bestuursorgaan dat de regel heeft vastgesteld. Afhankelijk van de omstandigheden kiest men soms voor een raadsrichtlijn, dan weer voor een beleidsregel. En indien bestuurlijke inmenging onnodig wordt geacht, blijven de besluitvormingsregels op het niveau van de niet-geaccordeerde werkvoorschriften.

### 11.4.2 Geringe toegevoegde waarde beleidsregels

De constatering dat beleidsregels als bijzondere regelsoort in gemeenten nauwelijks een voet aan de grond hebben gekregen, leidt nog niet tot de conclusie dat deze regels geen toegevoegde waarde hebben voor de kwaliteit van de gemeentelijke beschikkingverlening. Onder omstandigheden heeft het wel een toegevoegde waarde om een bestendige praktijk op schrift te stellen en te publiceren. Beleidsregels zijn nu eenmaal 'betere' regels dan de andere beleidsvormen.

---

68. De rechter schrikt vaak terug voor deze conclusie: ABRvS 18 augustus 2004, *AB* 2005, 13.

69. Van belang is dan wel dat de bestuursrechter de onrechtmatigheid van de beleidsregel expliciteert en zich niet verschuilt achter een beoordeling van de toepassing van de beleidsregel. ABRvS 23 juli 2003, *AB* 2003, 405; ABRvS 17 september 2003, *AB* 2004, 22.



Beleidsregels impliceren een *beleidsarticulatie*: beleidsregels zijn vastgesteld bij besluit, zodat duidelijk is op welk moment welke normen gelden. Het bestuursorgaan bindt zich vanaf een bepaald moment expliciet aan een bepaalde bevoegdheidsuitoefening. Bovendien impliceren beleidsregels een *bevoegdheidsarticulatie*, omdat beleidsregels zijn vastgesteld door het bestuursorgaan dat daartoe bevoegd is. Het bevoegde bestuursorgaan maakt zich hierdoor verantwoordelijk en aansprakelijk voor de wijze waarop de bestuursbevoegdheid wordt uitgeoefend, vanaf het moment dat de beleidsregel in werking treedt.

Ondanks deze toegevoegde waarde blijken de beleidsregels die men in de praktijk aantreft, nauwelijks aan de kenmerken van een goede beleidsregel te voldoen. De motivering en de belangenafweging vertonen vaak gebreken, waardoor beleidsregels in bestuursrechtelijke zin minder bruikbaar zijn voor de gemeentelijke beschikkingverlening: bestuursorganen kunnen ter motivering van concrete beschikkingen niet volstaan met een verwijzing naar de beleidsregels. In zoverre is de toegevoegde waarde van beleidsregels gering.

#### 11.4.3 Decodificatie als alternatief?

Er gaapt een kloof tussen enerzijds het systeem van het recht en anderzijds de praktijk zoals die in gemeentelijke organisaties vorm krijgt. Deze kloof is het gevolg van de verfijning in het recht, waardoor verschillende typen buitenwettelijke regels kunnen worden onderscheiden met een variabele invloed op de concrete besluitvorming. De verfijning is versterkt door de codificatie van de beleidsregel in de Awb. Hoewel de wetgever het opnemen van de beleidsregel in de Awb steeds heeft aangemerkt als een codificatie van wat in het ongeschreven recht ook al gold, is strikt genomen sprake van een *modificatie*.<sup>70</sup> Doordat de beleidsregels als besluit werden gedefinieerd, moeten deze aan aanvullende normen voldoen. Bovendien ligt in de Awb sterk de nadruk op de wijze waarop beleidsregels worden vastgesteld en geldt een specifiek redeneerschema voor eventuele afwijkingen van de beleidsregel.

Onafhankelijk van de modificatie van de beleidsregels in het recht, leiden prikkels in de gemeentelijke praktijk tot het ontstaan van allerlei soorten beleid die niet per se als beleidsregel kunnen worden aangemerkt. In de gemeentelijke praktijk ligt sterk de nadruk op raadsnota's, ook voor de uitoefening van bestuursbevoegdheden van de burgemeester of het college. Bovendien wordt in de bureaucratische omgeving van het bestuursorgaan nauwelijks afgeweken van een regel. En als al wordt afgeweken, dan is dat niet afhankelijk van bijzondere omstandigheden.

Gelet op de rechtsvervreemding die in de gemeentelijke context is ontstaan, dringt zich de vraag op of de beleidsregel als bijzondere regelcategorie niet zou moeten worden afgeschaft.<sup>71</sup> Het afschaffen van de beleidsregel hoeft niet te betekenen dat bestuursorganen die wel frequent gebruik maken van beleidsregels, zoals de beschikkingenfabrieken en ministeries,<sup>72</sup> deze regels niet meer zouden kunnen vaststellen ter regulering van een discretionaire bevoegdheid. Een decodificatie impliceert slechts dat deze regels niet langer als 'beleidsregel' gelden, met alle bestuurs-

70. Doeschot & De Ridder 2006.

71. Over rechtsvervreemding: Hertogh 2007.

72. Valenteijn & Bröring 2001, p. 158 e.v.

rechtelijke normen en dogmatiek die daaraan kleven. Beleidsregels heten weer beleid en binden het bestuursorgaan op grond van de beginselen van behoorlijk bestuur.

Decodificatie van de beleidsregel zal echter naar verwachting nauwelijks invloed hebben op de wijze waarop in de praktijk regels worden vastgesteld. Bovendien zal ook het recht blijven zoeken naar variëteiten binnen de grote categorie buitenwettelijke regels. De rechtsontwikkeling heeft sinds de codificatie van de beleidsregel niet stilgestaan.<sup>73</sup> Er lijkt sprake van een reguleringstendens, waarin meer nadruk komt te liggen op buitenwettelijke regulering. Zelfregulering en andere vormen van soft law komt men in toenemende mate op alle rechtsgebieden tegen.<sup>74</sup> Buitenwettelijke normering gaat echter altijd gepaard met een wettelijke sanctie of bevoegdheidsuitoefening.<sup>75</sup> Deze wettelijke sanctionering zal altijd leiden tot eisen aan de wijze waarop regels tot stand komen en worden bekendgemaakt. De rechter maakt onderscheid tussen verschillende soorten buitenwettelijke regels en zal bij het decodificeren van de beleidsregel onderscheid blijven maken tussen regels die meer op beleidsregels lijken en andere regels. De rechter zal, met andere woorden, regels categoriseren naar de mate waarin deze het beleid en de bevoegdheid articuleren.

#### 11.4.4 Versterken van de beleidsregel in de gemeentelijke praktijk

Indien decodificatie van de beleidsregel de verwarring niet wegneemt, is het enige alternatief het serieus nemen van de beleidsregel als bijzondere regelvorm. Met name voor de gemeentelijke praktijk levert dit enkele aandachtspunten op, die hiervoor zijn behandeld. Sommige van deze aandachtspunten zijn vooral cosmetisch van aard. Andere richten zich op het keuzegedrag van degenen die de beleidsregel moeten toepassen. Het serieus nemen van beleidsregels begint met het verbeteren van de kwaliteit van de beleidsregels zelf. Beleidsregels moeten scherpe, toepasbare regels te zijn, die de street-level bureaucraten naar een helder antwoord leiden en die burgers en rechters een duidelijk antwoord bieden op de vraag welke rechten uit de regels voortvloeien.

Voorts is van belang dat bestuursorganen worden geprikkeld gedragslijnen neer te leggen in beleidsregels. Uiteindelijk zal het bestuur ook op het bestaan van beleidsregels en de kwaliteit van deze regels moeten worden afgerekend. De prikkel om beleidsregels te ontwikkelen, kan voortvloeien uit een wettelijke plicht. Maar ook indien de wettelijke plicht ontbreekt, kunnen toezichthouders en bestuursrechters hun oordeel laten afhangen van de aanwezigheid van beleidsregels. Hun oordeel kan zich bovendien uitstrekken over de kwaliteit van de beleidsregels zelf.

Met de aanwezigheid van kwalitatief goede beleidsregels wordt een kwalitatief goede beschikkingverlening gewaarborgd. Uiteindelijk is de kwaliteit van de beschikkingverlening echter vooral afhankelijk van de wijze waarop de beleidsregels

73. Dat geldt zowel voor de buitenwettelijke regulering van overheidslichamen, als de beoordeling van buitenwettelijke regels in andere contexten. Zie: WRR 2002; Eijlander 2004 en over de betekenis van buitenwettelijke regels in bijvoorbeeld het milieurecht: Van 't Lam & Uylenburg 2006.

74. De Wijkerslooth 2007; Stamhuis 2006.

75. Witteveen & Van Klink 1999.

worden toegepast. Deze regeltoepassing is echter niet eenvoudig te beïnvloeden. Alleen in het geval er tegen een concreet besluit beroep wordt ingesteld bij de bestuursrechter, komt de wijze waarop het bestuursorgaan toepassing heeft gegeven aan de beleidsregel aan het licht. In alle overige gevallen is de juiste toepassing van beleidsregels afhankelijk van de ‘checks’ binnen het bestuursorgaan zelf.

De voornaamste conclusie van dit onderzoek is dan ook dat de mate waarin de wetgever en het recht grip hebben op de wijze waarop bestuursorganen bestuursbevoegdheden uitoefenen, niet moet worden overschat. Uiteindelijk is de kwaliteit die men binnen het bestuursorgaan nastreeft vaak niet precies gelijk aan de rechtmatigheid of Awb-conformiteit van de beschikkingverlening. Andere kwaliteitsaspecten, zoals doelmatigheid, doeltreffendheid en legitimiteit geven soms de doorslag voor organisatorische keuzes, waaronder de vraag of besluitvormingsregels als beleidsregels worden vastgesteld of niet. Deze kwaliteitsaspecten zijn ook bepalend voor de vraag onder welke omstandigheden een besluitvormingsregel al dan niet wordt toegepast. De normering in het recht verandert daar niets aan, te meer omdat een verkeerde in de zin van onrechtmatige toepassing in de praktijk niet wordt afgestraft.

