



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**Annotation: CBb 2012-06-06**

Ouden, W. den

**Citation**

Ouden, W. den. (2012). Annotation: CBb 2012-06-06. *Administratiefrechtelijke Beslissingen*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20306>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20306>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

## AB 2012/349: Gebonden of discretionaire bevoegdheid?

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

<b>Instantie:</b>	College van Beroep voor het bedrijfsleven	<b>Datum:</b>	6 juni 2012
<b>Magistraten:</b>	Mrs. R.C. Stam, S.C. Stuldreher, H.S.J. Albers	<b>Zaaknr:</b>	AWB 11/110
<b>Conclusie:</b>	-	<b>LJN:</b>	BW7909
<b>Noot:</b>	W. den Ouden	<b>Roepnaam:</b>	-

**Wetgang:** Awb art. 4:5

### Essentie

Gebonden of discretionaire bevoegdheid?

### Samenvatting

Letterlijk gelezen lijkt art. 4 lid 5 Tijdelijke regeling — door het gebruik van het woord ‘wordt’ — de minister geen ruimte te bieden voor een belangenafweging indien een aanvraag niet voldoet aan de eisen. De minister heeft de bepaling ook zo toegepast: hij meende verplicht te zijn de aanvraag van Radio Jazz buiten behandeling te laten. Art. 4 lid 5 Tijdelijke regeling schrijft echter ook voor dat art. 4:5 Awb overeenkomstig wordt toegepast. Het College ziet hierin voldoende aanknopingspunten om de rechtbank te volgen in haar uitleg van art. 4 lid 5 Tijdelijke regeling. In de toelichting op dit artikel is slechts de inhoud van deze bepaling weergegeven zonder dat daarbij aandacht is geschonken aan de verhouding tot art. 4:5 Awb. Anders dan de minister heeft gesteld, biedt de toelichting derhalve geen steun voor het standpunt dat deze bepaling voorziet in een gebonden bevoegdheid. Nu art. 4 lid 5 Tijdelijke regeling aldus moet worden verstaan, kan in het midden worden gelaten of de stelling van de minister juist is dat de discretionaire bevoegdheid van art. 4:5 Awb kan worden ingevuld in lagere regelgeving. Art. 4:5 lid 1 Awb geeft door het gebruik van het woord ‘kan’ niet de verplichting om een aanvraag buiten behandeling te laten, maar een discretionaire bevoegdheid. Van die discretionaire bevoegdheid zal een bestuursorgaan pas na afweging van de betrokken belangen gebruik mogen maken, zoals volgt uit art. 3:4 Awb. Nu vaststaat dat de Minister die belangenafweging niet heeft gemaakt, heeft de rechtbank terecht wegens strijd met art. 3:4 Awb de beslissing op bezwaar vernietigd.

### Partij(en)

Uitspraak op het hoger beroep van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, appellant, (hierna: de Minister) tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 6 januari 2011 in het geding tussen: Radio Jazz B.V., te Amsterdam, (hierna: Radio Jazz) en de Minister.

### Uitspraak

#### 1. Het procesverloop in hoger beroep

De Minister heeft bij het College hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (hierna: rechtbank) van 6 januari 2011, LJN BP0013. De uitspraak ziet op het besluit van de Minister om de aanvraag van

Radio Jazz om een vergunning voor een FM-frequentie voor landelijke commerciële radio-omroep, niet in behandeling te nemen.

Radio Jazz heeft een reactie op het hoger beroepschrift ingediend.

Op 21 november 2011 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad door een enkelvoudige kamer. Daarbij zijn de gemachtigden van partijen verschenen.

Na sluiting van het onderzoek heeft de enkelvoudige kamer de zaak verwezen naar een meervoudige kamer.

Partijen hebben tijdens de zitting op 21 november 2011 ermee ingestemd dat na verwijzing naar de meervoudige kamer geen nadere zitting wordt gehouden.

## **2.De grondslag van het geschil**

**2.1.** Voor een uitgebreidere weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, verwijst het College naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat hier met het volgende.

**2.2.** Radio Jazz heeft bij de Minister vergunning gevraagd voor één kavel van de FM frequenties voor landelijke commerciële radio-omroep, de zogeheten kavel A8.

**2.3.** In artikel 3, tweede lid, van de Tijdelijke regeling uitgifte kavels A7 en A8 (hierna: Tijdelijke regeling) is, kort gezegd, bepaald dat uiterlijk op 24 april 2009 om 14.00 uur een bankgarantie is verstrekt volgens het model dat is opgenomen in bijlage II. De bankgarantie maakt onderdeel uit van de aanvraag.

In artikel 4, tweede lid, Tijdelijke regeling is bepaald dat indien de aanvrager niet heeft voldaan aan de in artikel 3 gestelde eisen, de Minister dit de aanvrager meedeelt en hem overeenkomstig artikel 4:5 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) in de gelegenheid stelt het verzuim te herstellen. Ingevolge het derde lid heeft de aanvrager, kort gezegd, vijf werkdagen de gelegenheid het verzuim te herstellen. In het vijfde lid is, kort gezegd, bepaald dat indien het verzuim niet binnen die termijn is hersteld of de aanvraag na herstel niet voldoet aan de in artikel 3 gestelde eisen, de aanvraag overeenkomstig artikel 4:5 Awb niet in behandeling wordt genomen.

**2.4.** Tussen partijen staat vast dat Radio Jazz op 24 april 2009 om 14.00 uur geen bankgarantie had verstrekt. Nadat zij daartoe in de gelegenheid is gesteld, heeft zij alsnog binnen de gestelde termijn een bankgarantie overgelegd. Tussen partijen staat vast dat deze bankgarantie niet is opgesteld volgens het model dat is opgenomen in bijlage II bij de Tijdelijke regeling.

**2.5.** Bij besluit van 18 mei 2009 heeft de Staatssecretaris van Economische Zaken — destijds het bevoegde gezag in deze — de aanvraag niet in behandeling genomen, omdat hij van mening was op grond van artikel 4, vijfde lid, Tijdelijke regeling daartoe verplicht te zijn.

**2.6.** Bij zijn besluit van 26 oktober 2009, waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht, heeft de Staatssecretaris van Economische Zaken de bezwaren van Radio Jazz tegen het buiten behandeling laten van de aanvraag, ongegrond verklaard.

## **3.De uitspraak van de rechtbank**

De rechtbank heeft de beslissing op bezwaar vernietigd en bepaald dat de rechtsgevolgen ervan in stand blijven. Daartoe heeft de rechtbank in overweging 2.5.5 van de uitspraak overwogen dat zij het standpunt van de Minister, dat met artikel 4, vijfde lid, Tijdelijke regeling een gebonden bevoegdheid in het leven is geroepen op grond waarvan hij verplicht is om aanvragen die niet zijn opgesteld overeenkomstig de wettelijke voorschriften buiten behandeling te laten, nadat aanvrager de gelegenheid heeft gehad het betreffende verzuim te herstellen, onjuist acht. Dit standpunt is volgens de rechtbank immers in strijd met de in artikel 4:5, eerste lid, Awb neergelegde discretionaire bevoegdheid. De Minister had in een dergelijke situatie een afweging van belangen dienen te maken. Nu de Minister dit zowel bij het primaire besluit, als bij de beslissing op bezwaar heeft nagelaten, heeft de rechtbank de beslissing op bezwaar vernietigd.

De rechtbank is vervolgens, in overweging 2.5.6 en volgende, tot het oordeel gekomen dat aan de belangen van de Minister ten opzichte van de belangen van Radio Jazz een zodanig gewicht toekomt dat de Minister de aanvraag van Radio Jazz in dit geval buiten behandeling heeft kunnen stellen. Daarom heeft de rechtbank bepaald dat de rechtsgevolgen in stand blijven.

## **4.De beoordeling van het geschil in hoger beroep**

#### 4.1. Voorwerp van het geschil

In hoger beroep heeft de Minister zich gericht tegen overweging 2.5.5 van de uitspraak die de rechtbank ten grondslag heeft gelegd aan de vernietiging van de beslissing op bezwaar.

#### 4.2. Procesbelang

Ter zitting heeft de Minister desgevraagd te kennen gegeven dat hij in ieder geval vanwege de veroordeling in de proceskosten van Radio Jazz, belang heeft bij beoordeling van overweging 2.5.5.

Het College is, in navolging van de rechtspraak van de Hoge Raad (onder meer arrest van 13 april 2007, LJN BA2802), de Centrale Raad van Beroep (onder meer uitspraak van 12 februari 2010, LJN BL3968), en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (uitspraak van 7 december 2011, LJN BU7066 (*AB* 2012/34, m.nt. R. Ortlep, *red.*)) van oordeel dat een bestuursorgaan belang heeft bij een door hem ingesteld hoger beroep, ook indien dat belang uitsluitend bestaat in het ongedaan maken, dan wel in hoogte doen aanpassen, van een door de rechtbank ten laste van dat orgaan uitgesproken verwijzing in de kosten van beroep of het ongedaan maken van een last tot betaling van griffierecht, zij het dat in die gevallen niet in het oordeel van de rechtbank over het geschil wordt getreden, voor zover dat niet op die kosten betrekking heeft. Het College zal een zodanig hoger beroep derhalve beoordelen, uitgaande van de overwegingen van de rechtbank.

De overweging waartegen de Minister zich in hoger beroep heeft gericht, ligt ten grondslag aan de vernietiging door de rechtbank van de beslissing op bezwaar en daarmee aan de veroordeling van de Minister in de proceskosten van Radio Jazz. Gelet hierop is het College van oordeel dat de Minister belang heeft bij beoordeling van het hoger beroep.

#### 4.3. Inhoudelijke beoordeling van overweging 2.5.5

Bij de inrichting van de procedure tot toekenning van kavel A8 is destijds gekozen voor de mogelijkheid om een aanvraag voor een vergunning vereenvoudigd af te doen door de aanvraag niet in behandeling te nemen. Aldus staat alleen de overeenkomstig deze afdoeningsmogelijkheid genomen beslissing van de Minister ter beoordeling aan het College. Anders dan de Minister op de zitting als wens heeft uitgesproken, zal het College zich dus niet uitspreken over de situatie als het ontbreken van een bankgarantie een weigeringsgrond zou zijn geweest.

Ook in hoger beroep heeft de Minister zich op het standpunt gesteld dat met artikel 4, vijfde lid, Tijdelijke regeling een gebonden bevoegdheid voor de Minister in het leven is geroepen om de aanvraag buiten behandeling te stellen indien geen bankgarantie volgens het voorgeschreven model is overgelegd. In overweging 2.5.5 heeft de rechtbank dit standpunt uitdrukkelijk verworpen en geconcludeerd dat de Minister bij zijn beslissing om de aanvraag van Radio Jazz op grond van de Tijdelijke regeling buiten behandeling te stellen een belangenafweging had moeten maken. Uit die overweging leidt het College af dat de rechtbank daartoe artikel 4, vijfde lid, Tijdelijke regeling in overeenstemming met artikel 4:5, eerste lid, Awb heeft uitgelegd, in die zin dat de Minister op grond van eerstgenoemde bepaling in de onderhavige situatie de betrokken belangen moet afwegen.

Letterlijk gelezen lijkt artikel 4, vijfde lid, Tijdelijke regeling — door het gebruik van het woord ‘wordt’ — de Minister geen ruimte te bieden voor een belangenafweging indien een aanvraag niet voldoet aan de eisen. De Minister heeft de bepaling ook zo toegepast: hij meende verplicht te zijn de aanvraag van Radio Jazz buiten behandeling te laten. Artikel 4, vijfde lid, Tijdelijke regeling schrijft echter ook voor dat artikel 4:5 Awb overeenkomstig wordt toegepast. Het College ziet hierin voldoende aanknopingspunten om de rechtbank te volgen in haar uitleg van artikel 4, vijfde lid, Tijdelijke regeling. In de toelichting op dit artikel is slechts de inhoud van deze bepaling weergegeven zonder dat daarbij aandacht is geschonken aan de verhouding tot artikel 4:5 Awb. Anders dan de Minister heeft gesteld, biedt de toelichting derhalve geen steun voor het standpunt dat deze bepaling voorziet in een gebonden bevoegdheid.

Nu artikel 4, vijfde lid, Tijdelijke regeling aldus moet worden verstaan, kan in het midden worden gelaten of de stelling van de Minister juist is dat de discretionaire bevoegdheid van artikel 4:5 Awb kan worden ingevuld in lagere regelgeving.

Artikel 4:5, eerste lid, Awb geeft door het gebruik van het woord ‘kan’ niet de verplichting om een aanvraag buiten behandeling te laten, maar een discretionaire bevoegdheid. Van die discretionaire bevoegdheid zal een bestuursorgaan pas na afweging van de betrokken belangen gebruik mogen maken, zoals volgt uit artikel 3:4

Awb. Nu vaststaat dat de Minister die belangenafweging niet heeft gemaakt, heeft de rechtbank terecht — wegens strijd met artikel 3:4 Awb — de beslissing op bezwaar vernietigd.

#### 4.4. Slotsom

Gezien het voorgaande zal het College de aangevallen uitspraak aldus bevestigen.

Nu de aangevallen uitspraak in stand blijft, dient ingevolge artikel 24, derde lid, van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie griffierecht te worden geheven van de Staat der Nederlanden.

De Minister dient te worden veroordeeld in de proceskosten van Radio Jazz in verband met beroepsmatig verleende rechtsbijstand door haar gemachtigde in hoger beroep. Deze kosten worden vastgesteld op € 874 op basis van 2 punten (1 punt voor het verweer en 1 punt voor het verschijnen ter zitting) tegen een waarde van € 437 per punt, waarbij het gewicht op gemiddeld is bepaald.

#### 5. De beslissing

Het College

- bevestigt de aangevallen uitspraak van de rechtbank Rotterdam;
- veroordeelt de Minister in de door Radio Jazz in verband met de behandeling van het hoger beroep gemaakte proceskosten tot een bedrag van € 874 (zegge: achthonderdvierenzeventig euro);
- verstaat dat de griffier griffierecht ten bedrage van € 454 (zegge: vierhonderdvierenvijftig euro) van de Staat der Nederlanden (Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie) zal heffen.

## Noot

---

**Auteur:** W. den Ouden

1. De vraag in hoeverre in de Awb neergelegde discretionaire bevoegdheden in lagere regelgeving mogen worden omgezet in gebonden bevoegdheden blijft in de rechtspraktijk regelmatig opkomen. Wellicht (ook) omdat de hoogste bestuursrechters er geen eenduidig antwoord op geven. Voor zover een dergelijke bepaling is opgenomen in een formele wet, is het antwoord duidelijk. Bij formele wet mag immers worden afgeweken wat in de Awb is bepaald, liefst wel met goede reden. Maar mogen discretionaire bevoegdheden ook worden 'dichtgeroged' in een ministeriële regeling of een gemeentelijke verordening?
2. De Afdeling bestuursrechtspraak nam in het verleden aan dat uit de systematiek van een formele wet kan volgen dat een daarin neergelegde discretionaire bevoegdheid tot het opleggen van maatregelen, in dwingende bepalingen mag worden geregeld c.q. omgezet bij ministeriële regeling (zie ABRvS 2 november 1998, *AB* 1999/80, zie ook ABRvS 2 november 1998, *AB* 1999/81, m.nt. MSV en ABRvS 30 augustus 2006 (*AB* 2007/241, m.nt. Jacobs en Den Ouden). In de laatst genoemde uitspraak overweegt de Afdeling expliciet:  

“De in het tweede lid van artikel 4:46 van de Awb neergelegde bevoegdheid betreft een discretionaire bevoegdheid. Het bestuursorgaan is mitsdien niet verplicht de subsidie lager vast te stellen. Dit betekent dat aan een lagere subsidievaststelling op grond van artikel 4:46, tweede lid, van de Awb een belangenafweging ten grondslag dient te liggen. Er zal een belangenafweging dienen te worden gemaakt tussen onder meer het belang van een juiste subsidievaststelling en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger. De in artikel 4:46, tweede lid, van de Awb neergelegde discretionaire bevoegdheid kan echter worden begrensd door de desbetreffende bijzondere subsidieregeling. In een dergelijke regeling kan immers zijn opgenomen dat het bestuursorgaan in de in artikel 4:46 van de Awb vermelde gevallen verplicht is tot lagere vaststelling. In die gevallen is voor een belangenafweging geen plaats meer.”
3. De Centrale Raad zag dat anders. In CRvB 30 januari 2008 (*AB* 2008/222, m.nt. W. den Ouden en *USZ* 2008/99, m.nt. Van den Brink) komt de Centrale Raad (zonder nadere motivering) tot het oordeel dat de in de Awb geregelde discretionaire bevoegdheid van een subsidiënt om subsidies — in dit geval dus een persoonsgebonden budget — onder omstandigheden lager vast te stellen en terug te vorderen (respectievelijk art. 4:46 Awb en art. 4:57 Awb) niet bij ministeriële regeling mag worden getransformeerd in een gebonden bevoegdheid. Dergelijke bepalingen zijn niet verbindend, aldus de Raad.

4. De Afdeling heeft dit probleem kennelijk gesignaleerd. In ABRvS 12 november 2008 (*AB* 2009/237, m.nt. Den Ouden) overweegt zij dat

“(…) de in artikel 4:46, tweede lid, van de Awb neergelegde discretionaire bevoegdheid [kan] worden begrensd door de desbetreffende bijzondere subsidieregeling op gronden die verband houden met de aard en het doel van de daarin voorziene subsidies. In een dergelijke regeling kan de in artikel 4:46, tweede lid, van de Awb geëiste belangenafweging voor bepaalde in dat artikellid vermelde gevallen in algemene zin worden verricht en op grond daarvan worden bepaald dat het bestuur in die gevallen verplicht is tot lagere vaststelling.”

De Afdeling houdt dus vast aan het uitgangspunt dat een discretionaire Awb-bevoegdheid mag worden beperkt, maar geeft daarbij wel een belangrijke grens aan. In de kern komt het er op neer dat het zo kan zijn dat belangenafwegingen die de Awb-wetgever vraagt in sommige gevallen best in het algemeen kunnen of zelfs bij voorkeur moeten worden gemaakt door de materiële wetgever. Om een concreet voorbeeld te geven: in de voornoemde uitspraak van 12 november 2008 gaat het om een ministeriële subsidieregeling waarin is bepaald dat wanneer niet aan bepaalde verplichtingen is voldaan, de subsidie steeds op nul wordt vastgesteld op grond van het Europese staatssteunrecht. Op die manier is nakoming van een Europeesrechtelijke verplichting het best gegarandeerd. Een nadere belangenafweging op grond van de concrete omstandigheden van het geval is in die gevallen niet nodig en vanuit de verplichting tot loyale samenwerking die is neergelegd in art. 4 lid 3 VEU zelfs gevaarlijk.

5. Of de CRvB door deze uitspraak overtuigd raakte is niet duidelijk. Uit CRvB 22 september 2010 (LJN BN9573) lijkt te volgen dat de Raad vasthoudt aan de opvatting dat van ‘dichtregelen’ van discretionaire sanctiebevoegdheden volgend uit de subsidietitel van de Awb geen sprake kan zijn.

“Uit vaste jurisprudentie van de Raad volgt dat een besluit tot invordering moet berusten op een belangenafweging als bedoeld in artikel 3:4, eerste en tweede lid, van de Awb. De uitoefening van de bevoegdheid tot invordering mag geen automatisme zijn en moet worden uitgeoefend met inachtneming van het geschreven en ongeschreven recht. Het Zorgkantoor zal een belangenafweging als bedoeld in artikel 3:4 van de Awb moeten maken, teneinde gemotiveerd te beslissen over de wijze van invordering.”

Of de CRvB niet overtuigd was, of de uitspraak van de Afdeling simpelweg over het hoofd heeft gezien is niet helemaal duidelijk, in ieder geval wordt in deze uitspraak (enkelvoudig) het eerdere CRvB-standpunt herhaald.

6. Deze CRvB-jurisprudentie leidt in de eerstelijns rechtspraak ook regelmatig tot een vernietiging, zie bijvoorbeeld onlangs nog Rb. Zutphen (ook!) 6 juni 2012, zaaknr. 12/14 AWBZ (niet opgenomen in *LJM*) en Rb. Leeuwarden 21 augustus 2012, zaaknr. 12/1439 en 12/1440 (niet opgenomen in *LJM*). In deze zaken ging het overigens niet om sanctiebesluiten, maar om een verplichte weigeringsgrond. In art. 2.6.4 lid 1 sub g Regeling subsidies AWBZ is bepaald dat een verzekerde, of, indien de verzekerde jonger is dan 18 jaar, één van diens ouders of voogden, surseance van betaling heeft aangevraagd of failliet is zijn aanvraag voor een persoonsgebonden budget moet worden geweigerd. Een dergelijke bepaling achten de eerstelijnsbestuursrechters, met verwijzing naar de CRvB uitspraak van 14 februari 2008, in strijd met de discretionaire weigeringsbevoegdheid van art. 4:35 Awb, waarin is geregeld dat subsidie in dat soort gevallen (in ieder geval) kan worden geweigerd. Onder de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak zou deze bepaling in de ministeriële regeling goed gerechtvaardigd kunnen worden — bijvoorbeeld door te stellen dat zo wordt voorkomen dat zorgbudgetten in een failliete boedel terecht komen en in dat soort gevallen beter zorg in natura kan worden verstrekt — en dus wel verbindend zijn.
7. In de hierboven opgenomen uitspraak gaat het CBb er vanuit dat wat een gebonden bevoegdheid in een ministeriële regeling lijkt te zijn, dat niet kan zijn omdat er ook staat dat deze bepaling overeenkomstig de discretionaire bevoegdheid van de Awb wordt toegepast. Zo kan in het midden worden gelaten of de stelling van de minister juist is dat de discretionaire bevoegdheid van art. 4:5 Awb kan worden ingevuld in lagere regelgeving. Een beetje gezocht is deze oplossing wel omdat uit de opbouw van de bepaling naar mijn mening blijkt dat de minister heeft willen regelen dat aanvragers die aan bepaalde vereisten niet voldoen de gelegenheid tot verzuimherstel wordt geboden (vgl. art. 4 lid 2 Tijdelijke regeling uitgifte kavels A7 en A8) en dat wanneer van die gelegenheid geen gebruik wordt gemaakt de betreffende aanvraag standaard niet in behandeling wordt genomen (art. 4 lid 5 van de genoemde regeling). Of de minister dit zo mag regelen is voor de bestuurspraktijk een belangrijke vraag. Dat blijkt ook wel uit het feit dat de Minister van EL&I in deze zaak doorprocedeerde ook al liet de Rechtbank Rotterdam de rechtsgevolgen van zijn beslissing op bezwaar in

stand in de aangevallen uitspraak.

8. Het is vanuit dat perspectief jammer dat de CBb niet een meer principiële antwoord heeft geformuleerd. Persoonlijk denk ik dat er goede redenen kunnen zijn om in geval van het verdelen van schaarse radiovergunningen onder concurrenten, duidelijke regels te stellen over gevallen waarin aanvragen niet in behandeling worden genomen. Verschillende auteurs hebben erop gewezen dat verdeelprocedures in dit soort gevallen zo transparant mogelijk dienen te zijn (zie onlangs nog A. Drahman, 'Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen?', *NTB* 2012/25, met de nodige verwijzingen), om de gelijke behandeling van de aanvragers te kunnen waarborgen. Daarbij past het goed dat de minister een discretionaire bevoegdheid tot het buiten behandeling laten van aanvragen in een regeling zo concreet mogelijk invult; dat draagt bij aan de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van aanvragers.