

## Algemeen verbindend voorschrift of aanwijzingsbesluit?

ABRvS 27-02-2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2498, m.nt. A. Drahmman

**Instantie**

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

**Datum**

27 februari 2013

**Magistraten**

Mrs. P. van Dijk, R.W.L. Loeb, J.E.M. Polak

**Zaaknummer**

201208608/1/A3.

**Noot**

A. Drahmman

**LJN**

BZ2498

**Vakgebied(en)**

Bestuursrecht algemeen / Besluit (algemeen)

Staatsrecht / Wetgeving

**Brondocumenten**

ECLI:NL:RVS:2013:BZ2498, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 27 à 02 à 2013

**Wetgeving**

Art. 8:2 Awb; art. 1 Regeling bewijsstukken sociale hygiëne Drink- en Horecawet

### Essentie

**Bepaling in een ministeriële regeling dat uitsluitend een verklaring afgegeven door één in dat besluit genoemde instantie als bewijsstuk wordt erkend is een algemeen verbindend voorschrift.**

### Samenvatting

*Voor zover in art. 1 van de Regeling de examencommissie van de SvH is aangewezen als instantie, bevoegd tot het afgeven van een verklaring waaruit blijkt dat een leidinggevende beschikt over voldoende kennis en inzicht met betrekking tot sociale hygiëne, geldt dat die aanwijzing onderdeel is van het algemeen verbindend voorschrift dat leidinggevend een verklaring van die examencommissie moeten overleggen. Daarmee is die bepaling niet in zoverre een concretiserend besluit van algemene strekking. Niet kan immers worden aanvaard dat, indien in een algemeen voorschrift een bevoegdheid wordt toegekend die zich ervoor leent om herhaald te worden toegepast, die toekenning los van dat algemeen voorschrift als beroepbaar besluit appellabel is.*

### Partij(en)

Uitspraak op het hoger beroep van Examenadviesburo B.V., (hierna: SVMNIVO) appellante, tegen de uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 20 juli 2012 in zaak nr. 11/4230 in het geding tussen:

SVMNIVO

en

de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.

### Uitspraak

### Procesverloop

Bij brief van 14 april 2011 heeft de minister een verzoek van SVMNIVO om de Regeling bewijsstukken sociale hygiëne Drink- en Horecawet (hierna: de Regeling) te wijzigen afgewezen.

Bij besluit van 28 november 2011 heeft de minister het door SVMNIVO daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Bij uitspraak van 20 juli 2012 heeft de rechtbank het door SVMNIVO daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd, het door SVMNIVO gemaakte bezwaar niet-ontvankelijk verklaard en bepaald dat de uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het vernietigde besluit. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft SVMNIVO hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 31 januari 2013, waar SVMNIVO, vertegenwoordigd door de directeur, bijgestaan door mr. A.D.L. Knook, advocaat te Utrecht, en de minister, vertegenwoordigd door mrs. I.L. de Graaf, K. Hollemans en M.A. van Vugt, allen werkzaam bij het ministerie, zijn verschenen.

## Overwegingen

### 1.

Ingevolge artikel 8, vierde lid, van de Drank- en Horecawet (hierna: DHW), voor zover thans van belang, dienen leidinggevendenden te beschikken over voldoende kennis en inzicht met betrekking tot sociale hygiëne, overeenkomstig bij algemene maatregel van bestuur te stellen eisen.

Ingevolge het vijfde lid worden bij regeling van de minister de bewijsstukken aangewezen waaruit het voldoen aan de eisen, bedoeld in het vierde lid, moet blijken.

Ingevolge artikel 27, eerste lid, aanhef en onder a, wordt een vergunning geweigerd indien niet wordt voldaan aan de ingevolge de artikelen 8 tot en met 10 geldende eisen.

Ingevolge artikel 28, eerste lid, wordt een vergunning verleend, indien geen der in artikel 27 bedoelde weigeringsgronden aanwezig is.

Ingevolge artikel 39 kan, indien in deze wet geregelde onderwerpen in het belang van een goede uitvoering van deze wet nadere regeling behoeven, deze geschieden bij algemene maatregel van bestuur.

Ingevolge artikel 1 van de Regeling worden als bewijsstukken waaruit blijkt dat een leidinggevende beschikt over voldoende kennis en inzicht met betrekking tot sociale hygiëne, aangewezen:

- a. een verklaring afgegeven door de examencommissie van de Svh Onderwijscentrum te Zoetermeer (hierna: Svh), dat is gebleken dat betrokkene voldoet aan de eisen, bedoeld in artikel 8, vierde lid van de DHW, dan wel in het bezit is van een diploma of certificaat uit een andere lidstaat van de Europese Unie dan wel een staat, niet zijnde een lidstaat van de Europese Unie, die partij is bij een daartoe strekkend of mede daartoe strekkend Verdrag dat Nederland bindt, en die qua kennis en inzicht in sociale hygiëne een beroepsniveau waarborgen dat ten minste gelijkwaardig is aan het niveau dat met de nationale eisen wordt nagestreefd;
- b. een verklaring van vakbekwaamheid, als bedoeld in artikel 41, eerste lid, van de DHW, zoals dit artikellid luidde op 31 december 1995.

### 2.

SVMNIVO heeft de minister verzocht haar aan te wijzen als bureau dat een verklaring, als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder a, van de Regeling, kan afgeven.

### 3.

De rechtbank heeft het in beroep bestreden besluit vernietigd, omdat de Regeling een algemeen verbindend voorschrift is en het verzoek van SVMNIVO tot wijziging van zodanig voorschrift strekt. Tegen de afwijzing van een dergelijk verzoek staat ingevolge artikel 7:1, eerste lid, gelezen in verbinding met artikel 8:2, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), geen bezwaar open, zodat de minister het door SVMNIVO gemaakte bezwaar ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard, aldus de rechtbank.

### 4.

SVMNIVO betoogt dat de rechtbank, door de Regeling als algemeen verbindend voorschrift aan te merken, heeft miskend dat zij een concretiserend besluit van algemene strekking inhoudt.

Uit de artikelen 8, 27 en 28 van de DHW volgt dat de minister meerdere examencommissies kan aanwijzen en van die bevoegdheid gebruik heeft gemaakt door in artikel 1 van de Regeling te bepalen dat een verklaring, afgegeven door de examencommissie van de Svh, een bewijs als bedoeld in artikel 8 van de DHW, is.

Een concretiserend besluit van algemene strekking dient bevoegd te zijn vastgesteld en externe werking te hebben. De bevoegdheid daartoe is vervat in artikel 8, vijfde lid, van de DHW. Bovendien heeft de Regeling externe werking, nu die de rechtspositie raakt van anderen dan de minister.

De Regeling is niet voor herhaalde toepassing vatbaar, omdat daarbij de examencommissie van de Svh eenmalig is aangewezen als bij uitsluiting bevoegd tot het afgeven van een verklaring. Met die aanwijzing is de norm, vervat in artikel 8,

vierde en vijfde lid, van de DHW, geconcretiseerd. Door te overwegen dat de norm niet is de aanwijzing van de examencommissie van de SvH als examenbevoegde instantie, maar het hier gaat om de norm dat iedere aanvrager ten bewijze van de vereiste kennis over sociale hygiëne dient te beschikken over een verklaring die is afgegeven door de examencommissie van de SvH, heeft de rechtbank miskend dat in artikel 8, vierde en vijfde lid, van de DHW is bepaald dat een leidinggevende in de horeca dient te beschikken over bepaalde bewijsstukken en in de Regeling is aangewezen, welke die bewijsstukken zijn. Artikel 1 van de Regeling bevat geen algemene, abstracte regel die zich voor herhaalde concrete toepassing leent. Dat de Regeling rechtsgevolgen heeft voor een niet-identificeerbare groep van personen, is niet van belang voor het karakter ervan.

Verder bevat de Regeling geen zelfstandige normstelling, omdat ermee is geconcretiseerd welke stukken gelden als bewijsstukken, als bedoeld in artikel 8, vijfde lid, van de DHW. De norm om te beschikken over bewijsstukken volgt uit die bepaling en niet uit artikel 1 van de Regeling. Voor zover artikel 1 van de Regeling wel een zelfstandige normstelling bevat, ziet die louter op de publiekrechtelijke bevoegdheid van de examencommissie van de SvH en is dat daarmee geen algemeen verbindend voorschrift, maar een beschikking, als bedoeld in artikel 1:3, tweede lid, van de Awb, aldus SVMNIVO.

Zij wijst ter toelichting onder meer naar de uitspraak van de Afdeling van 1 juni 1999 in zaak nr. HO1.97.0917 (AB 1999/313), die volgens haar een vergelijkbaar geval betreft.

#### **4.1.**

Anders dan SVMNIVO betoogt, was de rechtbank niet gehouden te reageren op alle betogen van haar en de minister, nu zij ambtshalve heeft onderzocht of artikel 1 van de Regeling een algemeen verbindend voorschrift is dan wel een concretiserend besluit van algemene strekking. Zij heeft haar oordeel in deze ook gemotiveerd.

#### **4.2.**

Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, is de Regeling bevoegd vastgesteld en heeft zij externe werking. Anders dan SVMNIVO betoogt, volgt uit de artikelen 8, 27 en 28 van de DHW niet dat de minister een of meer examencommissies kan aanwijzen die bevoegd zijn om te bepalen of betrokkene voldoende kennis van de sociale hygiëne heeft. Uit die bepalingen volgt, in welke gevallen een vergunning, als bedoeld in artikel 3, wordt verleend en in welke gevallen geweigerd wordt een dergelijke vergunning te verlenen. In artikel 8, vierde lid, is bepaald dat een leidinggevende over voldoende kennis en inzicht over de sociale hygiëne dient te beschikken en in het vijfde lid dat dit met door de minister aan te wijzen bewijsstukken dient te worden aangetoond. De minister heeft een dergelijke aanwijzing gedaan door in artikel 1 van de Regeling te bepalen dat een verklaring, afgegeven door de examencommissie van de SvH, zodanig bewijsstuk is. De rechtbank heeft dan ook terecht overwogen dat de norm, vervat in artikel 1 van de Regeling, niet is de aanwijzing van de examencommissie van de SvH als examenbevoegde instantie, maar het voorschrift dat iedere aanvrager van een vergunning, als bedoeld in artikel 3 van de DHW, ten bewijze van de vereiste kennis dient te beschikken over een verklaring die is afgegeven door de examencommissie van de SvH. Daarmee is tevens bepaald dat een leidinggevende een examen bij de examencommissie van de SvH dient af te leggen, welke norm niet in artikel 8, 27 of 28 van de DHW is vervat. Deze zaak verschilt daarin ook van die waar de uitspraak van de Afdeling van 1 juni 1999 op ziet, waar in artikel 2, eerste lid, van de Wet op de zeevaartdiploma's was bepaald dat ter verkrijging van bepaalde diploma's examens dienden te worden afgenomen en in het tweede lid apart was voorzien in de bevoegdheid van de minister daartoe commissies aan te wijzen. Een aanwijzingsbesluit op grond van die laatste bepaling bevat geen zelfstandige normstelling.

Gelet op voormelde norm dat iedere aanvrager van een vergunning, als bedoeld in artikel 3 van de DHW, ten bewijze van de vereiste kennis een examen bij de examencommissie van de SvH dient af te leggen en dient te beschikken over een verklaring die is afgegeven door die examencommissie, heeft de rechtbank terecht overwogen dat die zich voor herhaalde toepassing leent. Bij eenieder die een vergunning, als bedoeld in artikel 3 van de DHW, aanvraagt, zal moeten worden onderzocht of die over een verklaring afgegeven door de examencommissie van de SvH beschikt.

Gelet op het voorgaande heeft de rechtbank de Regeling terecht als een algemeen verbindend voorschrift aangemerkt. Zij heeft het verzoek van SVMNIVO daarom terecht aangemerkt als een verzoek tot wijziging van zodanig voorschrift en overwogen dat tegen de afwijzing ervan ingevolge artikel 7:1, eerste lid, gelezen in verbinding met artikel 8:2, aanhef en onder a, van de Awb geen bezwaar openstond, zodat de minister het door SVMNIVO gemaakte bezwaar ten onrechte niet niet-ontvankelijk heeft verklaard.

Voor zover in artikel 1 van de Regeling de examencommissie van de SvH is aangewezen als instantie, bevoegd tot het afgeven van een verklaring waaruit blijkt dat een leidinggevende beschikt over voldoende kennis en inzicht met betrekking tot sociale hygiëne, geldt dat die aanwijzing onderdeel is van het algemeen verbindend voorschrift dat leidinggevend een verklaring van die examencommissie moeten overleggen. Daarmee is die bepaling niet in zoverre een concretiserend besluit van algemene strekking. Niet kan immers worden aanvaard dat, indien in een algemeen voorschrift een bevoegdheid wordt toegekend die zich ervoor leent om herhaald te worden toegepast, die toekenning los van dat algemeen voorschrift als beroepbaar besluit appellabel is.

Het betoog faalt.

5.

Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

6.

De minister dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

## Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;

recht doende:

- I. bevestigt de aangevallen uitspraak;
- II. veroordeelt de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport tot vergoeding van bij de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Examenadviesburo B.V. in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 944 (zegge: negenhonderdvierenveertig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

## Noot

**Auteur:** A. Drahmänn

1.

Bij eerste lezing van deze uitspraak lijkt evident sprake te zijn van een beroep tegen een niet-appellabel algemeen verbindend voorschrift (avv). Zo duidelijk ligt het echter bij nader inzien niet. De uitspraak past binnen een tendens waar besluiten waarin aan één instantie of bedrijf een exclusieve bevoegdheid wordt toegekend door concurrenten betwist worden in de hoop daarmee een markt open te kunnen breken. In dit geval zonder succes.

2.

Op grond van art. 8 Drank- en Horecawet (DHW) moeten leidinggevendenden beschikken over voldoende kennis en inzicht met betrekking tot sociale hygiëne. Op grond van het vijfde lid worden bij ministeriële regeling de bewijsstukken aangewezen waaruit het voldoen aan de sociale hygiëne-eisen moet blijken. Het niet voldoen aan de sociale hygiëne-eisen is een weigeringsgrond voor een DHW-vergunning (art. 27 en 28 DHW). De betreffende ministeriële regeling is de Regeling bewijsstukken sociale hygiëne Drank- en Horecawet (de Regeling). In art. 1 van de Regeling wordt onder meer als bewijsstuk aangewezen: 'een verklaring afgegeven door de examencommissie van de SvH Onderwijscentrum te Zoetermeer (Svh)' waaruit blijkt dat betrokkene voldoet aan de sociale hygiëne-eisen. Daarnaast worden vergelijkbare verklaringen van andere lidstaten uit de Europese Unie geaccepteerd als gevolg van de implementatie van de Dienstenrichtlijn en de daaruit voortvloeiende wederzijdse erkenning.

Examenadviesburo B.V. (SVMNIVO) is een concurrent van Shv. SVMNIVO heeft de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) verzocht om de Regeling te wijzigen in die zin dat SVMNIVO aangewezen wordt als bureau dat een sociale hygiëne-verklaring kan afgeven. Dit verzoek is afgewezen en het daartegen gerichte bezwaarschrift is ongegrond verklaard. Zowel SVMNIVO als de minister vonden dat de afwijzing van het verzoek een appellabel concretiserend besluit van algemene strekking was. Zowel de rechtbank als de Afdeling komen echter tot het oordeel dat sprake is van een avv. Dit verschil is gelegen in de vraag wat de relevante norm is: betreft het artikel (uitsluitend) de vraag welke bewijsstukken moeten worden overgelegd of bevat het artikel (ook) de (exclusieve) aanwijzing van een bevoegde instantie?

3.

SVMNIVO betoogde dat uit art. 8, 27 en 28 DHW volgt dat de minister een of meer examencommissies kan aanwijzen om sociale hygiëne-verklaringen te verlenen. De Afdeling oordeelt echter dat uit deze artikelen volgt in welke gevallen een DHW-vergunning moet worden verleend of geweigerd. De Regeling bevat 'slechts' een lijst met bewijsstukken. De norm vervat in art. 1 van de Regeling is dan ook niet de aanwijzing van SvH als examenbevoegde instantie, maar het voorschrift dat iedere vergunningaanvrager ten bewijze van de vereiste kennis moet beschikken over een door SvH-afgegeven verklaring en een examen bij SvH moet afleggen. De aldus door de Afdeling geformuleerde norm leent zich voor herhaalde toepassing en moet daarom als een avv worden aangemerkt.

4.

Zoals gesteld, bevremdt het oordeel dat dit artikel een avv is niet. Interessant is echter dat de Afdeling overweegt dat een

artikel kennelijk maar één norm kan bevatten en als sprake is van een avv niet tevens sprake kan zijn van een concretiserend aanwijzingselement. De Afdeling overweegt namelijk dat 'voor zover' in art. 1 van de Regeling de SvH is aangewezen als bevoegde instantie, geldt dat die aanwijzing *onderdeel* is van het algemeen verbindend voorschrift dat leidinggevend een verklaring van SvH moeten overleggen.

'Daarmee is die bepaling niet in zoverre een concretiserend besluit van algemene strekking. Niet kan immers worden aanvaard dat, indien in een algemeen voorschrift een bevoegdheid wordt toegekend die zich ervoor leent om herhaald te worden toegepast, die toekenning los van dat algemeen voorschrift als beroepbaar besluit appellabel is'.

De overweging van de Afdeling dat de norm uit de Regeling een avv is, omdat de relevante norm is dat een leidinggevende moet kunnen bewijzen dat hij aan de sociale hygiëne-eisen moet voldoen vind ik overtuigend. Ik ben er echter nog niet van overtuigd dat deze conclusie noodzakelijkerwijs met zich brengt dat het artikel niet ook een aanwijzingsbesluit kan zijn, omdat een avv niet ook een element in zich zou kunnen hebben dat concretiserend is. Dit zou namelijk tot gevolg hebben dat de vraag of een aanwijzing in een wettelijk voorschrift appellabel is, afhankelijk is van de formulering van dat artikel.

## 5.

Daarnaast is het oordeel van de Afdeling een formeel oordeel dat voorbij gaat aan het materiële betoog van SVMNIVO. De principiële vraag of de minister één instelling (ten koste van haar concurrenten) mag aanwijzen als exameninstantie en deze aanwijzing voor onbepaalde tijd mag voortzetten, komt hierdoor helaas niet aan de orde in deze procedure. Feit blijft immers dat door (de formulering van) dit artikel SvH feitelijk een monopoliepositie heeft. Verklaringen van andere exameninstellingen kunnen nooit leiden tot DHW-vergunningverlening. Hierbij is ook van belang dat er (voor zover mij bekend) geen ander besluit is dat zou kunnen worden gekwalificeerd als een besluit tot aanwijzing van SvH. De exclusieve bevoegdheid van SvH komt ook aan de orde in de hierna opgenomen uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage van 20 maart 2013, *LJN BZ6929*.

Deze materiële vraag is interessant omdat in het verlengde van het Betfair-arrest (HvJ EU 3 juni 2010, *AB 2011/17*, m.nt. A. Buijze) betwijfeld zou kunnen worden of het noodzakelijk en proportioneel is om een markt waar kennelijk concurrentie op bestaat voor onbepaalde tijd af te sluiten door slechts één partij aan te wijzen die sociale hygiëne-verklaringen kan afgeven. Bestaat er ook bij zuiver interne situaties een dergelijke mededingingsplicht (zie over deze plicht: F.J. van Ommeren, 'Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte' in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 235 e.v.)? Deze vraag kan in deze noot niet beantwoord worden, maar men kan zich wel afvragen of een systeem van accreditatie niet voldoende kwaliteitsborging zou bieden zonder de markt volledig af te sluiten. De Afdeling komt aan al deze vragen als gezegd niet toe.

De vraag is of SVMNIVO nu nog andere rechtsmiddelen ter beschikking staat. Zou SVMNIVO zich tot de civiele rechter kunnen wenden wegens onrechtmatige wetgeving? Het lijkt dan in ieder geval voor de Staat niet mogelijk om te betogen dat de aanwijzing van SvH formele rechtskracht heeft gekregen; er is immers sprake van een avv dus SVMNIVO had ten tijde van de aanwijzing in 1995 (*Stcrt.* 1995, 249) geen rechtsmiddelen hoeven en kunnen aanwenden. Of zou deze vraag wellicht ook via indirecte toetsing alsnog aan de Afdeling kunnen worden voorgelegd, bijvoorbeeld door een leidinggevende in het kader van een geweigerde DHW-vergunning omdat een verklaring van SVMNIVO bij de aanvraag was overgelegd? Beide opties zijn omslachtig.

Het is dan ook jammer dat de Afdeling van mening is dat een voorschrift altijd óf een avv óf een concretiserend besluit van algemene strekking is. In dit specifieke geval waarbij in een voorschrift (en alleen in dat voorschrift) een aanwijzing plaatsvindt, was het mijns inziens wenselijk geweest als een combinatie van normen in één voorschrift wel mogelijk was. Nu blijft het afwachten of, en zo ja hoe, de gestelde principiële vragen in de toekomst beantwoord gaan worden.

Voetnoten



Annemarie Drahmman is promovenda aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en senior Professional Support Lawyer bij Stibbe.