

VAR VERENIGING VOOR BESTUURSRECHT

VERTROUWEN IN DE OVERHEID

VERSLAG VAN DE ALGEMENE VERGADERING

GEHOUDEN OP 18 MEI 2018

TER BEHANDELING VAN DE PREADVIEZEN VAN

L.J.A. DAMEN

C.N.J. KORTMANN

R.F.B. VAN ZUTPHEN

Kan het dienstbaarheidsbeginsel bijdragen in vertrouwen in de overheid?

Rede van de voorzitter, Willemien den Ouden

Geachte leden van de Vereniging voor Bestuursrecht, beste VAR-vrienden. Enige tijd geleden ontving u de VAR-preadviezen van 2018, met als titel *Vertrouwen in de overheid*. Een prachtig, maatschappelijk relevant onderwerp waarover drie zorgvuldig aangezochte verenigingsgenoten voor ons hebben geschreven. Leo Damen schreef in de afgelopen jaren al veel over het vertrouwensbeginsel in de jurisprudentie van Nederlandse bestuursrechters. De trouwe *AB*-lezer kent in ieder geval al een deel van zijn spelregels. Tijn Kortmann heeft als advocaat veel ervaring in de rechtspraktijk en schrijft over allerlei bestuursrechtelijke onderwerpen heel verstandige dingen. Reinier van Zutphen, ten slotte, was niet alleen jarenlang werkzaam als bestuursrechter, maar is sinds 2015 ook onze Nationale ombudsman. Als er iemand op dagelijkse basis bezig is met de vertrouwensband tussen bestuur en burger, is hij het wel.

Hoe trots ik ook ben op het feit dat juist deze verenigingsgenoten het afgelopen jaar hebben gezocht naar een antwoord op de vraag hoe het bestuursrecht kan bijdragen aan het vertrouwen dat burgers in hun overheid hebben, dat kan niet wegnemen dat ik over deze preadviezen ook iets moet bekennen. Toen ik die ter voorbereiding op deze dag nog eens achter elkaar doorlas, bleef ik achter met een lichte teleurstelling. Noem het een mismoedig gevoel. Dat lag zeker niet aan de preadviseurs en hun verhalen. Ze schrijven met veel verstand van zaken, zowel van de juridische dogmatiek als van de rechtspraktijk. En, niet onbelangrijk, hun verhalen lezen als een trein! Maar aan het eind gekomen van het boekje maakt een beetje VAR-lid de balans op. Het antwoord op de vraag wat het bestuursrecht bijdraagt aan het vertrouwen in de overheid luidt: waarschijnlijk niet zo veel.

De preadviseurs proberen ons gerust te stellen. Dat antwoord is niets om ons als beroepsgroep voor te schamen. Het is nu eenmaal zo dat bestuur en burger vaak een andere taal spreken, in een ander systeem functioneren, in een andere wereld leven. Burgers zien in toezeggingen en geruststellingen van ambtenaren al snel te veel. Ze lezen informatie op websites te veel in hun eigen voordeel en houden weinig rekening met het feit dat er fouten worden gemaakt, ook binnen het openbaar bestuur. Burgers begrijpen niet dat hun belangen in veel gevallen moeten worden afgewogen tegen belangen van derden, in het algemeen belang. En het mag zo zijn dat uit allerlei wetenschappelijk onderzoek blijkt dat de burger helemaal niet *triple A* is, zoals de wetgever en de bestuursrechter lijken te veronderstellen, dat betekent nog niet dat het bestuursrecht daar iets mee kan.

Nico Verheij verzucht daarover in zijn beschouwing van de preadviezen in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*¹ dat we nu eenmaal niet in een ideale wereld leven, en hij heeft gelijk. Er zullen altijd ambtenaren zijn die fouten maken en burgers die hen niet of verkeerd begrijpen. Er zullen dus altijd teleurgestelde burgers zijn die een beroep doen op het vertrouwensbeginsel en uiteindelijk nog méér teleurgesteld zullen raken door de uitspraak van de bestuursrechter. Die kan het vertrouwensdilemma dat ontstaat door fouten en onbegrip of gebrekkige communicatie tussen burger en bestuursorgaan immers nooit tot ieders tevredenheid oplossen.

Ron van Male heeft het ooit eerder treffend verwoord: het probleem van het bestuursrechtelijke vertrouwensbeginsel zal blijven dat het, gezien vanuit het gezichtspunt van de burger, meer verwachtingen wekt dat het waar kan maken. Dat geldt volgens mij zelfs vaak in tweepartijenverhoudingen, waarover geregeld wordt gezegd dat daarbinnen meer ruimte is of zou moeten zijn voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel; belangen van derden spelen immers geen of slechts een beperkte rol. De jurisprudentie over – ik geef toe: mijn stokpaardje – artikel 4:51 van de Algemene wet bestuursrecht², waarin het vertrouwensbeginsel voor langdurige subsidierelaties nota bene is gecodificeerd, spreekt die gedachte tegen. Er wordt in de rechtspraak op deze bepaling zeer geregeld een beroep gedaan, maar een geslaagd beroep is een zeldzaamheid. Vrijwel altijd volgt de bestuursrechter het bestuursorgaan in de stelling dat publieke middelen in het algemeen belang anders moeten worden besteed dan aan afbouwsubsidies voor de voormalige subsidieontvanger. Voor de voormalige subsidieontvangers en hun personeel en afnemers is dat vaak een hard gelag. Ook in deze tweepartijenrelaties maakt het gecodificeerde vertrouwensbeginsel zijn verwachting dus lang niet altijd waar.

Heel verrassend vond ik het dus niet dat alle preadviseurs min of meer tot de conclusie komen dat het bestuursrecht in ieder geval met het vertrouwensbeginsel geen grote bijdrage aan het vertrouwen in de overheid levert. Leo Damen zoekt de oplossing vervolgens vooral in spelregels en Reinier van Zutphen in algemene kaders en meer onderzoek. Kortmann heeft de meeste ambitie voor ons vakgebied: hij wil gerechtvaardigd vertrouwen in het rechtssysteem kunnen verankeren via het door de wetgever te regelen overheidscontract, dat het rechtssysteem bestand moet maken tegen ambtenaren en burgers met een slechte dag – of week, of jaar. Maar ook hij sluit zijn preadvies af met de woorden dat het bestuursrecht maar een kleine bijdrage aan een betrouwbare overheid zal kunnen leveren en dat de echte winst op de werkvloer is te boeken.

¹ Nico Verheij, ‘Is het bestuursrecht te vertrouwen?’, in *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2018/24; ook, naar de situatie van herfst 2018, te raadplegen via http://verenigingbestuursrecht.nl/wp-content/uploads/2018/05/E-5F-A-7144F-5B-729E-8063E-71A-2250A-7954_pdf.pdf.

² Hierna in dit verslag: Awb.

Die boodschap draagt misschien niet echt bij aan de feestvreugde die hoort bij deze jaarlijkse reünie van bestuursrechtjuristen, zelfs op een dag als vandaag waarop de zon in strijd met alle afspraken maar niet wil schijnen! Ik wil deze rede daarom graag gebruiken om toch nog één oplossingsrichting te verkennen die door de preadviseurs niet is behandeld. Wellicht kunnen wij inspiratie opdoen in het Unierecht. Ik hoor u denken: wat zegt ze nu; had ik nu juist niet begrepen uit publicaties over de europeanisering van het bestuursrecht dat het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel alleen maar op papier bestaat? Dat klopt. Het Hof van Justitie heeft het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel weliswaar al in 1973 ontdekt als onderdeel van de Europese rechtsorde, waarbij het heeft bepaald dat elke schending daarvan moet worden beschouwd als een schending van het EU-recht, maar in de praktijk betekent dat niet veel. De gedachte dat het bestuur gebonden zou kunnen zijn aan onbevoegd gedane toezeggingen en daarmee feitelijk de eigen bevoegdheden zou kunnen oprekken, ligt zeer zwaar op de Unierechtelijke maag.

In de samengestelde rechtsorde van de EU krijgt het vertrouwensdilemma bovendien een extra dimensie. De rechtsregels worden daarin zoals wij weten vastgesteld door de Unierechtelijke instellingen, terwijl daarvan afwijkende inlichtingen, voorlichtingsmateriaal, uitvoeringsregels en ook vaak besluiten afkomstig zijn van nationale autoriteiten. Een soepel gehanteerd vertrouwensbeginsel is dus een bedreiging voor de bevoegdheidsverdeling in de EU en voor de uniforme tenuitvoerlegging van het Unierecht in de verschillende lidstaten. Ook misbruik van EU-gelden door onder één hoedje spelende nationale overheden en subsidieontvangers ligt op de loer. Vanuit die gedachte valt dus goed te verklaren dat het Hof het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel zeer streng invult en ook van nationale rechters verwacht dat zij dat doen in zaken die binnen de reikwijdte van het Unierecht vallen.

Over het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel is de laatste jaren veel geschreven, maar het is begrijpelijk dat de preadviseurs daarop nauwelijks ingaan: je kunt er namelijk lang over praten, maar feit is dat burgers vrijwel nooit met succes een beroep op dat beginsel kunnen doen. Vanuit de Unierechtelijke hoek valt dus weinig heil te verwachten, zou je kunnen denken. Toch is het de moeite waard te vermelden dat uit recente jurisprudentie duidelijk wordt dat het Hof met deze lijn worstelt. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het recente ETG-arrest van 20 december 2017. Deze zaak betreft een klassieke situatie waarin een uitvoerende nationale autoriteit op basis van zeer ingewikkelde Unieregelgeving een investeringsbijdrage had toegekend aan een Oostenrijkse spinazieproducent. Alle partijen dachten aan alle regels te hebben voldaan, totdat de uitvoeringsautoriteit vijf jaar later een bepaling in een bijlage ontdekte waaruit leek te volgen dat investeringen in beginsel slechts mogen worden gedaan op het eigen terrein van de ondernemers, terwijl onze spinazieproducent de grond waarop de verwerkingslijn werd geplaatst had gehuurd. Moet de Unierechtelijke bijdrage nu worden teruggevorderd, ook al waren de uitvoeringsautoriteiten van het begin af aan precies van de feitelijke omstandigheden

op de hoogte en was de producent te goeder trouw? Ja, in beginsel wel, zo zegt het Hof, net als in het bekende Agroferm-arrest. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen niet tegen een duidelijke Unierechtelijke bepaling worden aangevoerd.

Tot zover niets nieuws onder de zon, maar in dit arrest geeft het Hof opeens wél ruimte aan de nationale rechter om het nationale rechtszekerheidsbeginsel toe te passen en zo eventueel terugvordering te verhinderen. Met het toepassen van deze u-bochtconstructie lijkt het erop dat toepassing van het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel soms zelfs in de ogen van het Hof leidt tot onaanvaardbare consequenties, waarna het op zoek gaat naar correctiemogelijkheden. En dat lijkt mij een belangrijk punt om te noteren, ook voor de Nederlandse bestuursrechters. Bij onaanvaardbare consequenties van vaste jurisprudentielijnen inzake het vertrouwensbeginsel moet gezocht blijven worden naar correctiemogelijkheden. In die zin valt de recente paardenbak-jurisprudentie naar mijn smaak dus zeer toe te juichen. Wie meer over deze ontwikkelingen rond het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel wil weten, verwijs ik naar de digitale *AB* van vandaag, waarin het ETG-arrest wordt becommentarieerd.³

Ik wil nu aandacht besteden aan een ander, nieuwer Unierechtelijk beginsel waarvan ik als het om het vertrouwen in de overheid gaat eerlijk gezegd meer verwacht. Ik doel dan op het beginsel van dienstbaarheid. Het dienstbaarheidsbeginsel is opgenomen in een voorstel voor een resolutie van het Europees Parlement met aanbevelingen over het bestuursprocesrecht van de Europese Unie. Het Parlement verzoekt daarin de Commissie te komen met een verordening, houdende een Europese Wet bestuursprocesrecht, een Europese Awb zullen we maar zeggen. Daarin zou het dienstbaarheidsbeginsel moeten worden gecodificeerd. Het houdt in dat het bestuur moet proberen de burger te begeleiden, te helpen en van dienst te zijn, te ondersteunen en vriendelijk en beleefd te bejegenen en dus omslachtige en langdurige procedures moet vermijden, waardoor zowel de burger als de ambtenaar tijd en moeite wordt bespaard. Dat zou nog eens een verandering op de werkvloer betekenen, althans dat betoogt Roland Mans in een blog van 28 maart jongstleden over het dienstbaarheidsbeginsel, waarmee hij prompt *Mr. van de week* werd. Hij ontmoet, zo schrijft hij, geregeld behandelende ambtenaren die *cum laude* zijn afgestudeerd in een achtjarige studie ‘Hoe de burger te allen tijde als den vijand te bejegenen’ aan een Nederlandse dependance van de Stasi Universiteit. Hij is enorm blij met de ontdekking van het dienstbaarheidsbeginsel door de Nederlandse bestuursrechter en hij verwijst daarbij naar twee uitspraken, een van het College van Beroep voor het bedrijfsleven en een van de Centrale Raad van Beroep, die werden geannoteerd door Rolf Ortlep, door Mans liefkozend aangeduid als *The Annotator*. Ik ga er althans maar even van uit dat dit positief bedoeld is, ook al had ik zelf direct een minder prettige associatie met *The Terminator*!

³ HvJEU 20 december 2017, *AB* 2018/169, m.nt. J.E. van den Brink en W. den Ouden.

The Annotator schrijft bij de aangehaalde uitspraken dat zij in de geest van het dienstbaarheidsbeginsel zijn gedaan. Het draait in beide zaken om niet ontvankelijk geachte bezwaarschriften vanwege het enkele feit dat de bezwaarmaker die niet tijdig had ondertekend, maar waarbij het bestuur niet aan de identiteit van de bezwaarmaker twijfelde. Volgens beide hoogste bestuursrechters kan in zo'n geval niet in redelijkheid worden besloten tot een niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaarschrift. Het woord 'dienstbaarheid' valt in de uitspraken niet, en het is mij eerlijk gezegd een raadsel waarom Mans in zijn interview met het blad *Mr.* aanneemt dat dit beginsel is ontdekt en dat hierover waarschijnlijk zelfs overleg is geweest tussen de hoogste bestuursrechters. Maar een goed idee is zulk overleg misschien wel! Het mag zo zijn dat het dienstbaarheidsbeginsel al enige tijd in de oordelen van de ombudsman voorkomt – hij geeft de duiding dat bestuursorganen zich in contacten met de burger hulpvaardig moeten opstellen –, uit de *story's* van Leo Damen wordt duidelijk dat deze behoorlijkheidsnorm door de ambtenarij niet altijd serieus wordt genomen. We kunnen er heel veel cursussen over organiseren, bijvoorbeeld in het kader van het project *Prettig (of Passend) contact met de overheid*, en dat moet volgens mij ook zeker gebeuren, maar er zullen altijd ambtenaren met een slechte dag – of week, of jaar – blijven bij wie die cursus niet beklijft. Dan is het goed als de burger een beroep kan doen op een juridisch bindend beginsel en op een bestuursrechter die een flexibeler norm heeft om het handelen van het bestuur als geheel aan te toetsen.

Schlössels vroeg zich enige tijd geleden af of het geen waardevol signaal zou zijn als in de toekomst de Awb met een dienstbaarheidsopdracht aan het bestuur zou openen. Of dat nodig en op de korte termijn haalbaar is, laat ik graag over aan de VAR-Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht, die ook op het dienstbaarheidsbeginsel studeert en die over haar voorlopige bevindingen nog dit jaar aan de leden van de vereniging zal rapporteren. Ik roep u van harte op daarbij aanwezig te zijn, want pas na discussie met u, de leden, zal de commissie haar conclusies definitief vaststellen. Uw input heeft dus werkelijk betekenis en wordt zeer gewaardeerd. Verder is er op 15 juni aanstaande een VAR-studiemiddag over responsief bestuursrecht, waarvoor u zich nu al via onze website kunt opgeven. Ik weet vrij zeker dat het dienstbaarheidsbeginsel ook die middag ter sprake zal komen.

Voorlopig lijkt de toepassing van dit beginsel door de Nederlandse bestuursrechter het proberen waard, en een waardevolle aanvulling op het vertrouwensbeginsel, waarover we vandaag gaan discussiëren. Ik ben blij dat u met zo velen naar deze vergadering bent gekomen. Wees welkom, discussieer mee, draag bij aan de verbetering van ons bestuursrecht en de bijdrage die het levert aan het vertrouwen van de burger in de overheid.