

Tijn Kortmann*

64 | Codificatie van het vertrouwensbeginsel

@CNJ_Kortmann – Het vertrouwensbeginsel is een fundament van onze samenleving maar heeft nooit een plek in de Awb gekregen. Codificatie is mogelijk en nuttig, mits de wetgever verder gaat dan alleen overname van de standaardformule uit de rechtspraak#vertrouwensbeginsel#codificatie#rechtszekerheid

1. Un cadeau empoisonné?

Stel, je gaat in 2019 naar de viering van het 130 jarig bestaan van de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond. De organisatoren vragen je de bijeenkomst te verblijden met een korte beschouwing over verdiensten van het Nederlands elftal. Om te voorkomen dat alle feestgangers dezelfde verdiensten belichten, krijg je een thema mee: de verovering van het wereldkampioenschap. Dat is toch een beetje pijnlijk, om het nu net hierover te gaan hebben, terwijl de KNVB best wat te vieren heeft. Zo voelde ik mij ongeveer, toen mij de eer te beurt viel om te schrijven over vertrouwen in de overheid. Want tja, daar doet de Awb niet zoveel mee. Het beschermen, laat staan bevorderen van het vertrouwen in de overheid vindt men niet terug in de doelstellingen van de Awb en de codificatie van het vertrouwensbeginsel komt al 25 jaar niet van de grond. Gelukkig is de Awb als een goede roman. Als je hem herleest blijkt er meer in te zitten dan je dacht. Ook het antwoord op de vraag of het van die codificatie niet toch eens moet komen. Althans, inspiratie voor dat antwoord. Maar eerst kort iets over vertrouwensbescherming, rechtsbeginselen en de rechtspraak.

2. De stamboom van vertrouwensbescherming

In zijn meest basale vorm houdt vertrouwensbescherming in dat gewekte verwachtingen zoveel mogelijk ingelost moeten worden. Zo geformuleerd stelt deze bescherming niet veel voor. Zelfs van een rechtsbeginsel is geen sprake; veel eerder van een desideratum. Om als rechtsbeginsel te kunnen functioneren heeft de formule verfijning en context nodig. Die geef ik de vorm van een stamboom.

In het bestuursrecht heeft de wens om vertrouwen te beschermen twee beginselen voortgebracht die wel het predicaat rechtsbeginsel verdienen: het vertrouwensbeginsel en het materiële rechtszekerheidsbeginsel. Zij kunnen als

* Mr. dr. C.N.J. Kortmann is advocaat bij Stibbe en tevens verbonden aan de Universiteit Utrecht. Hij dankt Joëla Schaeffer voor het verzamelen van kamerstukken en literatuur.

zusters worden beschouwd.¹ Samen geven zij de samenleving stabiliteit. Zij zorgen ervoor dat wetten niet zomaar kunnen worden veranderd, dat afspraken nagekomen en zo nodig afgedwongen kunnen worden en dat een vandaag verkregen vergunning niet morgen weer wordt ingetrokken. De rechtsbeginselen beschermen onze rechtspositie. Zij schenken vertrouwen in de toekomst.

Het onderscheid tussen beide zusters zit hem volgens Schlössels en Zijlstra in het prospectieve karakter van het vertrouwensbeginsel.² Dit beginsel werkt, als een verklaring of gedraging het vertrouwen wekt dat een bepaalde rechtspositie zal worden gewijzigd of juist intact zal worden gelaten. Om die reden zal een stilzitten of nalaten zelden tot activering van het vertrouwensbeginsel leiden. Bij het materiële rechtzekerheidsbeginsel is dit precies andersom. Daar gaat het om het kunnen vertrouwen op het (voort)bestaan van de opgebouwde rechtspositie. Daarom speelt dit beginsel een belangrijke rol bij de wijziging en intrekking van regels en beschikkingen en bij verjaring en verval.

Konijnenbelt en Van Male beschouwen de beginselen als twee kanten van dezelfde medaille.³ Daar is best wat voor te zeggen, maar het nadeel van deze interpretatie is, dat het vertrouwensbeginsel zo aan scherpte verliest.⁴ In het vervolg van deze bijdrage opteer ik voor de interpretatie van Schlössels en Zijlstra.

Het vertrouwensbeginsel is niet alleen zuster, maar ook moeder van een groot gezin. Kinderen zijn de rechtsfiguren die uit het vertrouwensbeginsel voortvloeien. De verschillende verschijningsvormen van de meerzijdige afspraak (zoals de gemeenschappelijke regeling, de overeenkomst en het convenant) kunnen als zonen worden getypeerd, die van de eenzijdige verklaring (zoals de beschikking, de toezegging en de inlichting) als dochters.

Kenmerkend voor deze stamboom is, dat als je hem afdaalt het algemene en abstracte karakter afneemt, waarvoor in de plaats een veelheid aan concrete rechtsfiguren verschijnt die de rechtspraktijk houvast bieden. De uitwerking van rechtsbeginselen in rechtsfiguren bevordert de kenbaarheid en toegankelijkheid van het recht, en daarmee de werking van een ander rechtsbeginsel, de formele rechtzekerheid.⁵

¹ Hoewel beginselen in het Nederlands onzijdig zijn, associeer ik ze eerder met moeders en dochters dan met vaders en zonen. Vast omdat de onderwerpen van deze beginselen vaak vrouwelijk zijn: rechtzekerheid, evenredigheid, gelijkheid.

² R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 319.

³ H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, par. 40.

⁴ Zo beschouwt de regering de regeling van intrekking en wijziging van besluiten (ook) als een uitwerking van het vertrouwensbeginsel. *Kamerstukken II*, 1993/94, 23700, 3, p 124.

⁵ Zie hierna par. 4.

3. Een korte geschiedenis van non-codificatie⁶

De zojuist beschreven stamboom is ook behulpzaam bij het ontdekken van een samenhang in onderdelen van de Algemene wet bestuursrecht die in de codificatiegeschiedenis niet direct zichtbaar is. Ter illustratie een korte beschrijving.

In 1989 vindt de regering het nog geen tijd voor codificatie van het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel. Er is sprake van aanbouwwetgeving, en de codificatie van zorgvuldigheid en evenredigheid krijgen voorrang. Wel worden titels van de wet gereserveerd voor onderwerpen die gerelateerd zijn aan het vertrouwensbeginsel, zoals titel 4.2 voor bestuursovereenkomsten. Ook voor een uitwerking van het rechtzekerheidsbeginsel is plaats gereserveerd: afdeling 4.1.5 voor de wijziging en intrekking van beschikkingen.⁷ Het onderwerp beleidsregels, waaraan titel 4.4 plaats moet bieden, is in potentie een uitwerking van beide beginselen.

Zo worden in 1994 een eerste en tweede tranche van kracht, waarin het vertrouwensbeginsel en het materiële rechtzekerheidsbeginsel geen rol van betekenis spelen. Inmiddels is de wetgever dan druk aan de slag met de derde tranche.⁸ Deze is om diverse redenen interessant voor ons onderwerp. De algemene regeling voor subsidies verdrijft de bestuursovereenkomsten uit titel 4.2, maar introduceert tegelijkertijd het artikel waarin ook nu, anno 2018, het vertrouwensbeginsel het meest concreet is uitgewerkt. Artikel 4:50 bepaalt, kort samengevat, dat zolang de subsidie niet is vastgesteld het bestuursorgaan de subsidieverlening ten nadele van de ontvanger kan wijzigen of intrekken, mits het de schade vergoedt die de ontvanger lijdt doordat hij in het vertrouwen op de subsidie anders heeft gehandeld dan hij zonder subsidie zou hebben gedaan. Ofwel: het door de subsidieverlening opgewekte vertrouwen mag worden geschonden, maar niet zonder vergoeding van dispositieschade.⁹ Wat dit wetsartikel bovendien bijzonder maakt, is dat het gezien kan worden als een uitwerking van het materiële rechtzekerheidsbeginsel én van het vertrouwensbeginsel. Van het eerste, omdat er sprake is van aantasting van een door de subsidieverlening gevestigde rechtspositie; van het laatste, omdat de in het vooruitzicht gestelde subsidievestiging geen doorgang vindt.

⁶ Voor uitvoeriger beschouwingen verwijs ik, naast de handboeken en de *PG Awb*, naar G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Wolters Kluwer 1999, R.J.N. Schlössels, 'Dimensies van rechtsbeginselen. Enige observaties vanuit het bestuursrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel*, Deventer: Kluwer 2004, en R.J.N. Schlössels, 'Rechtsbeginselen en de Algemene wet bestuursrecht: tevreden met een codificatie 'light'?', *JBplus* 2012/3, p. 87-100.

⁷ *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, p. 9, 14 en 85.

⁸ Kamerstukdossier 23700; het voorstel van wet wordt op 29 april 1994 ingediend.

⁹ In de Nota naar aanleiding van het Verslag spreken de bewindslieden van justitie en binnenlandse zaken van een inbreuk op gerechtvaardigd vertrouwen op de subsidie.

De subsidietitel bevat trouwens meer bepalingen ter uitwerking van het materiële rechtszekerheidsbeginsel. Gedacht kan worden aan de andere bepalingen van afdeling 4.2.6 (Intrekking en wijziging), de verwijzing daarnaar in artikel 4:34 en de beperking in artikel 4:57 van de bevoegdheid tot terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidiebedragen of voorschotten.

De derde tranche kent nog twee andere regelingen die interessant zijn voor ons onderwerp. Titel 4.4 (Beleidsregels) bevat een uitwerking van het vertrouwensbeginsel, waar artikel 4:84 het bestuursorgaan verplicht om in beginsel overeenkomstig de beleidsregel te handelen. Deze bepaling is voor veel auteurs inspiratie geweest voor de regeling van de binding van bevoegdhedenovereenkomsten.¹⁰ Titel 10.1 (Mandaat en delegatie)¹¹ levert een interessant stukje wetsgeschiedenis op. De bepalingen over mandaat brengen de Raad van State tot de vraag waarom in het wetsvoorstel geen regeling is opgenomen voor de toerekening van een buiten de grenzen van het mandaat genomen besluit aan het bestuursorgaan. De regering vindt dit niet nodig, omdat bestuursorganen zich zelden op het ontbreken van geldig mandaat zouden beroepen. En passant wijdt de regering een passage aan het vertrouwensbeginsel: het beschermt degene die op de aanwezigheid van een geldig mandaat vertrouwt en daarop ook mocht vertrouwen.¹²

Het lot van de titel over bestuursovereenkomsten is bekend. Deze codificatie komt al voor de inwerkingtreding van de Awb onder druk te staan als de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingskwaliteit in 1992 in de rechtsontwikkeling geen aanleiding ziet om tot een wettelijke regeling van convenanten te komen.¹³ Het kabinet neemt dat standpunt over en ziet in 1994 in een advies

¹⁰ J.B.J.M. ten Berge, 'Onderhandelend bestuur en bestuursrecht', in: H.D. Stout & A.J. Hoekema (red.), *Onderhandelend Bestuur*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994; P. de Haan, *Het moderne bestuursrecht en de verhouding publiek-/privaatrecht* (preadvises CJV), Den Haag: Sdu 1998; C.N.J. Kortmann, 'Overeenkomsten in de vijfde tranche van de Awb?', in: C.H. Bangma, M.A.M. Dieperink & C.N.J. Kortmann, *De vijfde tranche* (Jonge VAR-reeks 1), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2003; R.A.J. van Gestel, 'In de schaduw van het bestuursrecht', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008; F.J. van Ommeren, 'De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb en de verhouding met het BW', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010 en P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012. Voordien werd een sterkere binding bepleit, bijv. door J. Spier, *Overeenkomsten met de overheid*, Deventer: Kluwer 1981 en D.A. Lubach, 'Rechtsvorming ten aanzien van overeenkomsten in de Algemene wet bestuursrecht', in: Th.G. Drupsteen e.a. (red.), *Rechtsvorming in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 1989.

¹¹ Het onderwerp attributie werd pas met de vierde tranche aan deze titel toegevoegd.

¹² *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, 3, p. 169. De regering werkt dit uit langs de lijnen van art. 3:61 lid 2 BW (toedoen en goede trouw).

¹³ *Kamerstukken II* 1990/91, 22800 VI, 4.

van de Raad voor het binnenlands bestuur over bestuurlijke overeenkomsten geen aanleiding om daarop terug te komen.¹⁴ De Raad van State weet het kabinet evenmin op andere gedachten te brengen als zij in 1999 adviseert om in elk geval voor bevoegdheidsovereenkomsten tussen bestuursorganen onderling het kader van de Wgr verplicht voor te schrijven.¹⁵ Het kabinet verwijst naar de vijfde tranche, waarover de Kamer even tevoren bij brief is geïnformeerd.¹⁶ Deze tranche zal bepalingen bevatten over nadeelcompensatie, intrekking en wijziging van beschikkingen¹⁷ en overeenkomsten. Inmiddels lopen er naast de voorbereiding van de vierde tranche allerlei afzonderlijke Awb-projecten. De bewindslieden waarschuwen dat voor de vijfde tranche maar zeer beperkt wetgevingscapaciteit beschikbaar zal zijn. Dat betekent volgens hen overigens ‘geenszins, dat wij van een vijfde tranche van de Awb zouden willen afzien, maar slechts dat de voorbereiding daarvan pas in de tweede helft van deze kabinetsperiode ter hand kan worden genomen’.

Daarmee eindigt deze korte geschiedenis van de non-codificatie van het vertrouwensbeginsel. De vierde tranche bevat op dit vlak geen nieuws¹⁸ en van het uitstel van de vijfde tranche kwam het voorspelbare afstel.¹⁹ De Raad van State doet in 2005 nog wel een poging de regering te verleiden tot codificatie van de fiscale rechtspraak met betrekking tot het vertrouwensbeginsel, maar de regering houdt de boot af. Volgens de regering is de codificatie van het vertrouwensbeginsel mede afhankelijk van de gedachtevorming over de verdere ontwikkeling van het bestuursrecht.²⁰ Deze gedachtevorming heeft in den brede nog onvoldoende vorm gekregen, aldus de regering.²¹

Overziet men deze historie, dan valt op dat de wetgever codificatie van het vertrouwensbeginsel op zichzelf wel nuttig lijkt te vinden, maar zij van meet af aan bepaald geen prioriteit heeft gekregen. Codificatie op deelterreinen wordt steevast uitgesteld met het argument dat het onderwerp een integrale visie verlangt, en de gedachtevorming daarover nog onvoldoende is uitgekristalli-

¹⁴ *Kamerstukken II* 1993/94, 23400 VII, 35.

¹⁵ *Kamerstukken II* 1999/00, 27008 A, p. 1-2.

¹⁶ Brief van de ministers van Justitie en van BZK aan de voorzitter van de tweede kamer d.d. 26 oktober 1999, *Kamerstukken II*, 1999/00, 26800, 7.

¹⁷ De wijziging en intrekking van beleidsregels zou volgens de memorie van toelichting op de derde tranche dan ook zijn beslag krijgen. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, 3, p. 106 en 124.

¹⁸ De regeling in de vierde tranche van verjaring en verval bij de invordering van geldschulden in de art. 4:104, 5:35 en 5:45 Awb, is een uitwerking van het materiële rechtszekerheidsbeginsel die al bekend was uit het burgerlijke recht, het strafrecht, en het bijzondere bestuursrecht, zoals het belastingrecht en het subsidierecht.

¹⁹ In de memorie van antwoord bij de vierde tranche houden de bewindslieden daaromtrent nauwelijks nog een slag om de arm, als zij schrijven dat er geen concrete voor-nemens zijn voor een nieuwe tranche. *Kamerstukken II*, 2007/08, 29702, C, punt 5.

²⁰ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30322, 5, p. 6-7.

²¹ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30322, 7, par. 11.

seerd.²² De vraag rijst of en waarom de wetgever hier nog energie in zou moeten steken.

4. Codificatie van beginselen

Rond het derde lustrum van de Awb heeft Janneke Gerards in een tweetal publicaties uiteengezet dat de codificatie van rechtsbeginselen om allerlei redenen nuttig en vaak nodig is.²³ Zij stelt dat deze noodzaak kan worden vastgesteld aan de hand van vijf gezichtspunten.

Deze gezichtspunten zijn (i) kenbaarheid, toegankelijkheid en rechtszekerheid, (ii) democratische legitimatie en symboolfunctie, (iii) actualiteit en dynamiek, (iv) effect op de rechtswerking, functie en karakter van het beginsel en (v) consistentie en coherentie; het gezichtspunt van het Europese en internationale recht. Het zijn gezichtspunten, omdat zij afhankelijk van het beginsel vóór of tegen codificatie pleiten. Zo kan codificatie de kenbaarheid van een beginsel bevorderen, maar als een beginsel al breed aanvaard is en op een consistente manier wordt toegepast, dan pleit dit gezichtspunt tegen, of op zijn minst niet vóór codificatie. Gerards noemt het voorbeeld van het verbod van détournement de pouvoir. Verder kunnen de gezichtspunten in uiteenlopende richtingen wijzen, zoals hierna zal blijken. In de parlementaire geschiedenis van de Awb wordt met name de nadruk gelegd op het eerste en vijfde gezichtspunt.

Voor het vertrouwensbeginsel zijn drie van deze gezichtspunten met name relevant: het bevorderen van de kenbaarheid van het beginsel, van de werking van het beginsel en het actueel houden van de wet. De eerste twee gezichtspunten houden verband met het formele rechtszekerheidsbeginsel. Naarmate de betekenis, het karakter en de functie van het beginsel eenvoudiger zijn te achterhalen, hoeft er minder twijfel te bestaan over het effect van dat beginsel op rechtsposities en rechtsverhoudingen. Het woord toegankelijkheid vind ik in dit verband wel goed gekozen. Deze functie van codificatie is op veel plaatsen in de parlementaire geschiedenis van de Awb terug te vinden en wordt, niet alleen door de regering maar ook door Kamerleden, als een belangrijke meerwaarde van deze wet gezien.²⁴

²² *Kamerstukken II*, 2010/11, 32621, 3, par. 4.1.

²³ J.H. Gerards, 'Meer rechtsbeginselen in de Awb? Gezichtspunten voor toekomstige codificatie', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010 en J.H. Gerards, 'Beginselrecht 'in de regel'. De juridische meerwaarde van het vastleggen van algemene rechtsbeginselen', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In de regel*, Deventer: Kluwer 2012. Zie ook R.J.N. Schlössels, 'ELEFANTIASIS en de Awb. Een alsmat uitdijende wet en alomtegenwoordige beleidsrakers...' in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De staat van wetgeving*, Deventer: Kluwer 2009 en Schlössels 2012.

²⁴ Het woord rechtszekerheid duidt in de parlementaire stukken dan ook veel vaker op formele dan op materiële rechtszekerheid. De regeling van de subsidieovereenkomst is

Volgens Gerards wordt het streven naar kenbaarheid door codificatie als gezichtspunt belangrijker naarmate het moeilijker is om te weten wat de betekenis van een beginsel precies is. Het kan bijvoorbeeld zijn dat een beginsel nog onvoldoende is uitgekristalliseerd. Dit voorbeeld is interessant, omdat Gerards het gebruikt als een argument pro codificatie, terwijl de regering er juist een argument in zag om codificatie van het vertrouwensbeginsel nog maar even uit te stellen.²⁵ Naar ik meen geldt hetzelfde voor de rechtswerking van een beginsel. Codificatie kan deze versterken door uit een zacht beginsel een harde rechtsregel te distilleren als deze regel nog niet duidelijk is uit de doctrine of de rechtspraak.

Codificatie kan ook nodig zijn om de actualiteit en daarmee het primaat van de wet als rechtsbron te waarborgen. Als nieuwe rechtsontwikkelingen alleen nog in de rechtspraak plaatsvinden, verliest niet alleen het recht aan toegankelijkheid, maar dreigt bovendien de wet aan betekenis en relevantie in te boeten. Daar staat tegenover dat een ongelukkige of premature codificatie een remmende werking op de rechtsontwikkeling kan hebben.²⁶ Dit gezichtspunt, met name het laatstgenoemde aspect, is gemakkelijker in overeenstemming te brengen met het uitstelgedrag van de regering. De onvoldragen gedachtevorming over de verdere ontwikkeling van het bestuursrecht zou een argument tegen codificatie van het vertrouwensbeginsel, als zijnde prematuur, kunnen zijn.

Zoals zo vaak het geval is met gezichtspunten, bevorderen zij wel een orde-lijk denkproces maar geven zij geen antwoord op de hamvraag, of het vertrouwensbeginsel gecodificeerd moet worden. Gelukkig biedt Gerards een uitweg. Soms kan worden volstaan – of verdient het zelfs de voorkeur – de ambitie wat te matigen en niet het gehele beginsel te codificeren maar slechts aspecten ervan.²⁷ Zo heeft de wetgever enkele aspecten van het zorgvuldigheidsbeginsel getransformeerd tot concrete wetsbepalingen, zoals de plicht om bij de voorbereiding van een besluit feitenonderzoek te doen en de plicht om in bepaalde gevallen belanghebbenden te horen. Het beginsel wordt zo gespecificeerd en wint aan toegankelijkheid in welomschreven gevallen. Dat lijkt mij een goede inspiratie voor het antwoord op de vraag of het vertrouwensbeginsel toch codificatie verdient.

hiervan een illustratie. De Awb schept duidelijkheid over welk type subsidieovereenkomst toelaatbaar is (art. 4:23 en 4:36) en laat het daar vervolgens bij. Het materiële subsidieovereenkomstenrecht moet de rechter zelf maar zien te vinden.

²⁵ De Raad van State zag in het uitgekristalliseerd zijn van de fiscale rechtspraak over het vertrouwensbeginsel juist een reden om wél tot codificatie over te gaan.

²⁶ Gerards noemt als voorbeelden art. 3:4 Awb (evenredigheid) en art. 8.11 Wm (alara).

²⁷ Daarvoor komen in het bijzonder in aanmerking de aspecten van het beginsel die qua karakter al neigen naar een rechtsregel.

5. Codificatie van rechtspraak?

De preadviezen voor de VAR van het afgelopen jaar schetsen een somber beeld van de staat van het vertrouwensbeginsel in ons recht. Burgers vertrouwen al te gemakkelijk op verklaringen van overheidswege, bestuursorganen beroepen zich op de wet, het algemeen belang en belangen van derden om schending van opgewekt vertrouwen te rechtvaardigen en rechters hebben zichtbaar moeite om over de gehele breedte van het bestuursrecht een consistente en aansprekende toepassing van het vertrouwensbeginsel te realiseren.²⁸ Om ongelukken te voorkomen heeft Damen vuistregels voor burgers, bestuursorganen en rechters ontwikkeld,²⁹ maar gelet op zijn annotaties moet worden gevreesd dat de bekendheid van die vuistregels nog beperkt is.³⁰ Voor een andere set vuistregels, de aanwijzingen voor convenanten, geldt hetzelfde, zo blijkt uit evaluatieonderzoek.³¹ Op het gezichtspunt toegankelijkheid scoort het vertrouwensbeginsel consequent hoog.

De bestuursrechtspraak over het vertrouwensbeginsel gaat in twee stappen.³² De eerste stap is of sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen. Dat is slechts zo als sprake is van een concrete, ondubbelzinnige en onvoorwaardelijke uiting over een specifiek feitencomplex van een individueel geval, gedaan door het bevoegde bestuursorgaan of aan dat bestuursorgaan toe te rekenen, die een bepaalde handelwijze van het bestuursorgaan in het vooruitzicht stelt, tenzij de burger begreep of had moeten begrijpen dat deze toezegging³³ niet nagekomen zou, kon of behoefde te worden. De tweede stap is of dit gerechtvaardigde vertrouwen gehonoreerd moet worden. Dat is in beginsel het geval. Het kan echter zijn dat een zwaarder wegend belang (de wet, beleid of

²⁸ L.J.A. Damen, 'Is de burger triple A: alert, argwanend, assertief, of raakt hij *lost in translation*', in: L.J.A. Damen, C.N.J. Kortmann & R.F.B. van Zutphen, *Vertrouwen in de overheid* (VAR-reeks 160), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018, gehele preadvies, i.h.b. par. 7, en C.N.J. Kortmann, 'Het vertrouwensdilemma', in: L.J.A. Damen, C.N.J. Kortmann & R.F.B. van Zutphen, *Vertrouwen in de overheid* (VAR-reeks 160), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018, par. 4.5 en 5.1.

²⁹ Damen 2018, par. 8.

³⁰ Hoewel zij zijn geschreven voor de niet-ideale burger, ambtenaar en rechter, berusten de vuistregels zelf ook weer op een ideaalbeeld, namelijk dat zij consequent worden toegepast. Damen onderkent dat natuurlijk (*ibidem*, par. 7, slot).

³¹ Toelichting op de Regeling van de Minister-President, Minister van Algemene Zaken, van 21 januari 2003, nr. 03M448108 tot (hernieuwde, CK) vaststelling van de Aanwijzingen voor convenanten, *Stcrt.* 2003, nr. 18.

³² Vgl. Damen 2018, par. 4.3 en Kortmann 2018, par. 3.5.

³³ In de rechtspraak wordt de concrete, ondubbelzinnige en onvoorwaardelijke uiting over een specifiek feitencomplex van een individueel geval die een bepaalde handelwijze van het bestuursorgaan in het vooruitzicht stelt, vaak afgekort tot toezegging.

een ander individueel of algemeen belang) zich tegen honorering van het vertrouwen verzet.³⁴

Het lijkt een kleine stap om deze rechtspraak te codificeren,³⁵ maar helpt het? Ik vrees van niet. Het probleem met het vertrouwensbeginsel is niet dat het tweestappenschema onvoldoende bekendheid geniet bij bestuursrechtjuristen, maar dat de praktijk, de niet-bestuursrechtelijk geschoolde ambtenaar en burger, er niet mee uit de voeten kan.³⁶ De belangrijkste problemen zijn bekend. (i) Wordt vertrouwen opgewekt in de mondelinge sfeer dan ontstaan bij geschillen doorgaans onoplosbare bewijsproblemen. (ii) Vertrouwen wordt vaak opgewekt door onbevoegden, althans door ambtenaren of bestuurders van wie de bevoegdheid onduidelijk is.³⁷ De bescherming van onbevoegd opgewekt vertrouwen is laag. (iii) Het is moeilijk te voorspellen of het vertrouwensbeginsel in de belangenafweging het onderspit delft.³⁸ (iv) Er is geen lijn te ontdekken in de rechtspraak over compensatie na schending van gerechtvaardigd vertrouwen.³⁹

Een zuivere codificatie⁴⁰ van de rechtspraak biedt voor deze problemen geen oplossing. De eerste drie problemen vloeien voort uit de toepassing van rechtspraak en niet uit de toegankelijkheid ervan. Het vierde probleem is het ontbreken van coherente rechtspraak zelf. Codificatie zal dus gepaard moeten gaan met specificatie en modificatie, om in Gerards' termen te blijven. Verrassend vond ik, dat de in paragraaf 4 beschreven geschiedenis van non-codificatie interessante aanknopingspunten voor codificatie biedt.

³⁴ De discussie over de vraag of dispositie een voorwaarde is voor binding, laat ik hier even voor wat zij is. Zie bevestigend T.A. Cramwinckel & N. van Triet, 'Het dispositievereiste en het vertrouwensbeginsel bij toezeggingen en inlichtingen', *NTB* 2016/16, p. 130-142.

³⁵ Vgl. N. de Vos, *Europeanisering van het vertrouwensbeginsel*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 246, die meent dat het risico van ongewenste verstarring van het leerstuk kan worden vermeden door te aanvaarden dat een bepaling van de Awb voor interpretatie vatbaar is.

³⁶ Het adagium dat de burger wordt geacht de wet te kennen is al weinig realistisch. Dat geldt a fortiori voor kennis van (de hoofdlijnen van) de rechtspraak.

³⁷ Ik verwijs graag naar het treffende en hilarische voorbeeld van N. Verheij in zijn 'Vertrouwen op de overheid', in: J.B.M. Vranken, N. Verheij & J. de Hullu, *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland* (Preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, par. 5.4. De kern ervan is geciteerd op p. 125 van Kortmann 2018.

³⁸ Bovendien verschilt dit per rechtsgebied. Gerechtvaardigd vertrouwen bindt relatief sterk in het civiele en het fiscale recht, relatief zwak in het omgevingsrecht. Zie Kortmann 2018, par. 3.7.

³⁹ Een goede uitzondering vormen de uitspraken inzake Cleaning Service Veghel, ABRvS 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3683, AB 2016/415 m.nt. M.K.G. Tjepkema en ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1753, maar deze maken nog geen jurisprudentiële lijn.

⁴⁰ I.e. codificatie zonder modificatie en/of transformatie.

6. De Awb als inspiratiebron voor de Awb

De aangehaalde passage over onbevoegd mandaat zette mij op het spoor van een vertrouwensbron in de Awb die zo goed functioneert, dat hij gemakkelijk over het hoofd wordt gezien. Ik doel op de beschikking, in het bijzonder de financiële beschikking.⁴¹ Net als een toezegging⁴² stelt deze een bepaalde handelwijze van het bestuursorgaan in het vooruitzicht, in casu een betaling van of aan het bestuursorgaan. Zij lijdt echter niet aan de vier euvels van de toezegging.⁴³ (i) Dankzij de schriftelijkheid zijn bewijsproblemen over het bestaan en de inhoud van de beschikking uitgesloten. (ii) Een beroep op het ontbreken van een geldig mandaat komt zelden voor.⁴⁴ (iii) De beschikking verschaft een juridische aanspraak, een recht, zodat er bij de uitvoering van een belangenafweging geen sprake is. (iv) Blijkt de beschikking juridisch of feitelijk onuitvoerbaar, dan zal zij gewijzigd of ingetrokken moeten worden, eventueel onder compensatie van veroorzaakt nadeel.

Dit succes van de financiële beschikking als vertrouwensbron is mijns inziens terug te voeren op twee eigenschappen: de schriftelijkheid en het ‘harde rechtsgevolg’.⁴⁵ De schriftelijkheid concretiseert het vertrouwensbeginsel tot een bewijsbare en bindende ‘toezegging’, en het ‘harde rechtsgevolg’ zorgt ervoor dat het vertrouwen in die ‘toezegging’ niet wordt beschaamd. De transformatie van het vertrouwensbeginsel in de rechtsfiguur financiële beschikking heeft dus een enorm positief effect op de kenbaarheid en de rechtswerking van het vertrouwensbeginsel in financiële relaties tussen bestuur en burger. De schriftelijkheid draagt daar op twee niveaus aan bij. De eerste bijdrage vloeit voort uit de schriftelijkheid zelf: zij voorkomt bewijs- en bevoegdheidsproblemen. De tweede bijdrage vloeit voort uit de eenvoud van het criterium ‘schriftelijk’. Het is burgers eenvoudig uit te leggen dat een besluit alleen rechtsgeldig is als het schriftelijk is vastgelegd en de meeste burgers beseffen dat naar mijn in-

⁴¹ Vgl. Kortmann 2018, par. 5.4 en 5.5. Interessant is dat de grondlegger van de Awb, Scheltema, in 1975 al de beschikking in verband bracht met het vertrouwensbeginsel. Zie M. Scheltema, *Gebondenheid van overheid en burger aan eigen voorafgaand handelen (Rechtsverwerking)* (VAR-reeks LXXIV), Groningen: Tjeenk Willink 1975, nrs. 20-29.

⁴² Zie voetnoot 33.

⁴³ De nu volgende nummering loopt parallel met die van de vorige paragraaf.

⁴⁴ Aldus het (in par. 3 aangehaalde) nadere rapport bij het wetsvoorstel voor de derde tranche Awb. Dit strookt met mijn ervaring in de rechtspraktijk. Ik denk dat dit psychologisch ook goed te verklaren is. Het is nu eenmaal onaangenaam te erkennen dat een ambtenaar aantoonbaar buiten zijn boekje is gegaan.

⁴⁵ De beleidsregel scoort op dat laatste punt minder goed, reden waarom ik art. 4:84 Awb een minder goede inspiratiebron vind voor codificatie van het vertrouwensbeginsel. Zie Kortmann 2003, par. 5.4 en 2018, par. 5.7. Inspirerende gedachten over compensatie bij het schenden van opgewekt vertrouwen door beleidsregels zijn te vinden in W. Konijnenbelt, ‘Beleidswijziging en vertrouwen’, *NTB* 2012-5/6, p. 123-125.

druk ook, zeker als het gaat om betalingsbeschikkingen. De belastingdienst is een goed voorbeeld: weinigen zullen in de waan verkeren dat een aanslag of teruggave inkomstenbelasting ook mondeling kan worden opgelegd. Daarmee is de financiële beschikking als rechtsfiguur herkenbaar en bewijst zij een grote dienst aan het bevorderen van formele rechtszekerheid.

Daarom denk ik dat als de wetgever over zou gaan tot een deelcodificatie van het vertrouwensbeginsel, hij er goed aan doet een juridisch onderscheid te maken tussen mondeling en schriftelijk opgewekt vertrouwen. Eerder heb ik voorgesteld om het recht op honorering van opgewekt vertrouwen (het recht op ‘nakoming’) te beperken tot op schrift gestelde toezeggingen.⁴⁶ In het licht van het vorenstaande geloof ik nog steeds dat dat een goed idee is. Deze verfijning van de heersende rechtspraak vergroot de toegankelijkheid en de werking van het vertrouwensbeginsel. Dit betekent overigens niet dat mondelinge toezeggingen van al dan niet bevoegde ambtenaren of bestuurders aan de werking van het vertrouwensbeginsel worden onttrokken. Wat mij betreft krijgt dit type uitlatingen dezelfde juridische status als informatieverstrekking. Zij geven – zolang zij niet schriftelijk worden bekrachtigd – geen recht op nakoming van de toezegging, maar kunnen bij niet-nakoming wel verplichten tot het vergoeden van dispositieschade.⁴⁷ En daarvoor biedt artikel 4:50 Awb dan weer inspiratie.⁴⁸

⁴⁶ Kortmann 2018, hoofdstuk 5. Ik ben daar, geïnspireerd door het succes van de Wet kopersbescherming nog iets verder gegaan, door de eis te stellen van een door beide partijen getekende akte.

⁴⁷ De nuances zijn uitgewerkt in Kortmann 2018, par. 5.8 en 6.4. Daar is uiteengezet waarom deze gelijkschakeling de in paragraaf 5 beschreven problematiek van de toezegging ondervangt, op de bewijsproblematiek na, die inherent is aan mondeling rechtsverkeer. Ook is daar uitgewerkt hoe nakoming van de toezegging soms een effectieve manier kan zijn om het geleden nadeel in natura te compenseren.

⁴⁸ In de in voetnoot 39 genoemde zaak *Cleaning Service Veghel* koos de Afdeling al een benadering die goed past bij de regeling van art. 4:50 Awb.