

Is het bestuursrecht te vertrouwen?

Bespreking VAR-preadviezen “Het vertrouwensdilemma” en “Is de burger triple A: alert, argwanend, assertief of raakt hij lost in translation?”

NTB 2018/24

1. Inleiding

Het jaarlijkse dorpsfeest van bestuursrechtelijk Nederland – de jaarvergadering van de VAR – gaat dit jaar over het vertrouwensbeginsel. Dat is een opmerkelijke keuze van het feestcomité. Want het is niet een onderwerp waar een bestuursrechtjurist vrolijk van wordt. Ik denk dat het Nederlandse openbaar bestuur door de bank genomen redelijk te vertrouwen is. Zeker in vergelijking met vele andere landen. Maar de bijdrage van het bestuursrecht aan dat vertrouwen is ronduit mager. Vandaar de titel van deze bespreking.

Het VAR-bestuur heeft ter voorbereiding van het debat over dit onderwerp drie preadviezen besteld. Een daarvan, van onze Nationale ombudsman Reinier van Zutphen, wordt elders in dit tijdschrift besproken (NTB 2018/25). Mij is gevraagd de twee andere te bespreken. Die zijn van C.J.N. Kortmann en L.J.A. Damen. Het preadvies van Kortmann heet “Het vertrouwensdilemma”. Dat van Damen heet “Is de burger triple A: alert, argwanend, assertief of raakt hij lost in translation?”. Die laatste titel zondigt tegen het gebod dat titels kort en kernachtig moeten zijn, maar geeft wel precies aan waar het preadvies over gaat. Beide titels zijn bovendien heel “quotable”. Ik voorspel bij deze dat wij de uitdrukkingen “vertrouwensdilemma” en “triple A-burger” nog vaak gaan lezen en horen. Dat ik bij “triple A-burger” aan een bezoek aan McDonald’s of Burger King denk, ligt aan mij, niet aan Damen. En “triple A-burger” is in ieder geval beter dan de eerder door Damen verzonden uitdrukking “Awb-mens”, want die suggereerde ten onrechte dat een bepaald mensbeeld was verzonden door de Awb-wetgever in plaats van door Damen zelf.

Beide preadviezen zijn een genot om te lezen. Beide auteurs zijn niet alleen zeer deskundig, maar kunnen ook schrijven. Met schrijven bedoel ik dan niet slechts het vermogen om letters op een beeldscherm te zetten, maar *leesbaar* schrijven. Ik heb beide betogen in een adem uitgelezen. Voor wie het eerdere werk van de preadviseurs kent, is dat geen verrassing, maar het is wel zeldzaam. Beiden tonen aan dat je ook in begrijpelijke taal over bestuursrecht kunt schrijven. Ik vind dat belangrijk en misschien is dit het moment om aan Damen te bekennen dat hij daarin een voorbeeld voor mij is geweest. Van zijn werk heb ik geleerd dat onleesbaar ambtenarenchinees niet verplicht is.

Met deze zinnen stuit ik ook op een probleem. Kortmann zegt aan het begin van zijn preadvies zeer vriendelijke dingen over een preadvies over het vertrouwensbeginsel dat ik in 1997 schreef voor de Vereniging met de lange naam. Uit oogpunt van onpartijdigheid – sinds ik rechter ben, ben ik daar wat gevoeliger voor geworden – is het misschien goed om te melden dat hij dat schreef voor hij wist dat ik hem zou bespreken en dat ik de uitnodiging om hem te bespreken heb aanvaard voor ik wist wat hij ging schrijven. Als u dat niet gelooft roep ik de voorzitter van de VAR en de voorzitter van de NTB-redactie op als getuigen. Gezaghebbender kan het niet worden, toch?

Beide preadviezen zijn heel mooi, maar ook heel verschillend. Daarom bespreek ik ze hierna afzonderlijk. Maar ik wil nog twee algemene opmerkingen kwijt. De eerste en minst belangrijke is dat het anno 2018 opmerkelijk is dat beide preadviseurs in alle talen zwijgen over her Europese recht. Ik begrijp dat wel. Het EHRM heeft bij mijn weten nooit veel interessants over het vertrouwensbeginsel gezegd en de rechtspraak van het Hof van Justitie kan in een zin worden samengevat: er bestaat in theorie een Unierechtelijk vertrouwensbeginsel, maar dat levert in de praktijk nooit iets op. Maar dat had misschien even vermeld moeten worden. Ik besteed tegenwoordig driekwart van mijn tijd aan het vreemdelingenrecht en daarbij moet ik veel vaker mijn bundeltje Unierechtelijke regelingen opslaan dan de Awb. Daar moet het bestuursrecht zich anno 2018 wel rekenschap van geven.

De tweede algemene opmerking is dat beide preadviezen eigenlijk slechts gaan over vertrouwen op toezeggingen en inlichtingen. Het preadvies van Kortmann gaat zijdelings in op de intrekbaarheid van besluiten, dat van Damen nauwelijks. En geen van beide gaat in op de vraag of ook vertrouwen kan worden ontleend aan tijdsverloop. Dat is geen verwijt: je moet je onderwerp afbakenen om het hanteerbaar te houden. Maar het betekent wel dat de preadviezen voor bijvoorbeeld het vreemdelingenrecht maar beperkt relevant zijn. Want daar gaan de moeilijke zaken juist over intrekking van verblijfsvergunningen of over uitzetting van vreemdelingen die weliswaar illegaal, maar langdurig in Nederland verblijven. Daarbij is tijdsverloop volgens het EHRM wel een relevante factor. Neem de 45-jarige Algerijn die al sinds zijn 15e in Nederland is, maar ook een indrukwekkend strafblad heeft opgebouwd en de helft van die dertig jaar heeft vastgezeten. Mag die worden uitgezet? Bij de beantwoording van die vraag helpen de preadviezen niet. Straatsburg vaak ook niet, trouwens.

¹ Nico Verheij is lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

2. Kortmann

Het preadvies van Kortmann begint met een bespreking van het zogenaamde ECT-model. ECT staat voor Expectation Confirmation Theory. Dat model is ontwikkeld door economen die daar volgens Kortmann ooit de Nobelprijs mee hebben gewonnen. Dat verbaast mij. Als ik Kortmann goed begrijp, zegt dat model dat de teleurstelling – en daarmee de inbreuk op het vertrouwen – groter is naarmate de verwachtingen hoger waren. Dat is zo, maar dat wist ik al en daar had ik eerlijk gezegd geen Nobelprijswinnaars voor nodig. Als Sparta verliest van Ajax komt dat minder hard aan dan wanneer ze verliezen van Willem II, want het eerste verlies hadden ze toch al verwacht, terwijl ze bij de tweede wedstrijd nog hoop mochten hebben. Dat lijkt mij niet meer dan *common sense*. Het ontgaat mij wat deze theorie toevoegt. In de rest van het preadvies doet Kortmann er ook niet veel mee.

Gelukkig gaat Kortmann daarna, in de hoofdstukken 3 en 4 van het preadvies, over tot waar hij goed in is: een klassieke juridische analyse. Hij analyseert de rechtspraak over toezeggingen en inlichtingen. De meerwaarde ten opzichte van veel bestaande bestuursrechtelijke literatuur is dat hij daarbij consequent ook de rechtspraak van de burgerlijke rechter betreft. Hij constateert dat daaruit blijkt van een “vertrouwensdilemma”. Belofte maakt schuld, maar de overheid mag soms beloften schenden. Mij valt op dat Kortmann niet met zoveel woorden zegt wat nu precies het dilemma is. Een dilemma doet zich voor als twee of meer legitieme belangen in verschillende richtingen wijzen. In het vertrouwensdilemma staat aan de ene kant het belang van de burger aan wie een belofte is gedaan. Maar wat staat er aan de andere kant? Belangen van derden, het algemeen belang in concreto (bijvoorbeeld het milieubelang of het belang van een goede ruimtelijke ordening) of het abstracte algemeen belang van de legaliteit van overheidshandelen? Dat maakt wel uit en dus is het jammer dat Kortmann dat niet expliciet maakt.

Op de jurisprudentieanalyse van Kortmann valt weinig tot niets aan te merken. Deze is gedegen en voor zover ik kan overzien volledig. Ik ga dan ook niet eens proberen hem samen te vatten. Ik volsta met de opmerking dat Kortmann's conclusies mijn aan het begin van deze bespreking uitgesproken verwachting bevestigen: je wordt er niet vrolijk van. De burger die afgaat op mondelinge toezeggingen of inlichtingen struikelt meestal al over de bewijsproblemen, de burger die niet precies weet wie waartoe bevoegd wordt krijgt te horen dat dat zijn probleem is, zelfs bevoegd gedane schriftelijke toezeggingen behoeven lang niet altijd te worden nagekomen en de in theorie bestaande weg naar schadevergoeding is in de praktijk bezaaid met vele voetangels en klemmen, om over de kosten nog maar te zwijgen. De te goedgelovige burger wordt in de praktijk door het bestuursrecht meestal aan zijn lot overgelaten.

Het siert Kortmann dat hij zich daar niet bij neerlegt, maar probeert een oplossing te bedenken. Zijn oplossing is het overheidscontract, neergelegd in een schriftelijke akte. Kortmann stelt voor dat de wetgever de regel invoert dat

een toezegging de overheid slechts bindt als deze is opgenomen in een overheidscontract dat is neergelegd in een schriftelijke, door beide partijen ondertekende akte. Andere uitlatingen binden de overheid in principe niet. Maar omdat burgers dat natuurlijk wel moeten weten, zou invoering van deze regel gepaard moeten gaan met een – periodiek te herhalen – voorlichtingscampagne waarin burgers worden gewezen op de mogelijkheid van het overheidscontract en gewaarschuwd dat andere uitlatingen in beginsel niet binden. Het siert Kortmann voorts dat hij zich expliciet afvraagt of deze oplossing gaat werken. Of zoals hij het formuleert (par. 6.1): gaat het vliegen? (Ik denk dat hij hier impliciet verwijst naar een uitdrukking uit de begintijd van de luchtvaart: “Excuses don't fly.”). Kortmann is daar optimistisch over. Ik deel dat optimisme niet en zou er dan ook niet over piekeren in zijn vliegtuig te stappen.

In de eerste plaats lijkt het voorstel mij voor een heel groot deel van het bestuursrecht onuitvoerbaar. In het hele financiële bestuursrecht is het alleen al door de massaliteit van de beslisprocessen ondenkbaar om de talloze telefoontjes, mailtjes of gesprekjes aan het loket te vervangen door formele contracten. Alleen in delen van het omgevingsrecht en het economisch orderingsrecht ligt dat misschien anders. In de tweede plaats zie ik de overheid nog niet komen met een voorlichtingscampagne waarvan de centrale slagzin zou moeten luiden:

“Wij zijn onbetrouwbaar. Geloof ons alleen als het zwart op wit staat.”

Maar zelfs als die er wel komt, denk ik dat burgers gewoon zullen doorgaan met het – terecht of ten onrechte – als beloften interpreteren van informele uitlatingen van de overheid, met alle teleurstellingen van dien.

Daarbij komt dat Kortmann niet uitlegt hoe de figuur van het overheidscontract een oplossing kan bieden voor wat ik het moeilijkste vertrouwensdilemma vindt: het dilemma tussen bescherming van vertrouwen en legaliteit. Wat als de overheid in zo'n contract een prestatie “*contra legem*” belooft? Hoe beschermen wij dan de belangen van derden? Door die bij de voorbereiding van het contract te betrekken? Maar kun je dan niet zo goed meteen een ontwerp-besluit opstellen? Maar ook als er geen derden zijn, kleven aan het nakomen van *contra legem* toezeggingen bezwaren, die ook ik in het verleden (zie bijvoorbeeld mijn noot in *AB* 2006/188) wel eens onvoldoende heb onderkend. Ik denk dan nog niet eens aan het – wel door Kortmann onderkende – risico van corruptie of nepotisme. Die komen natuurlijk voor, ook in Nederland, maar niet zo heel veel en die kunnen en moeten strafrechtelijk worden aangepakt. Mijn bezwaar is eigenlijk vooral het gevaar van willekeur. Het is bijna niet te vermijden dat de ene ambtenaar guller en/of toeschietelijker is dan de andere. Het waarborgen van gelijke behandeling is altijd één van de functies van de wet geweest en één van de redenen waarom wij er zo strikt aan vasthouden. Hoe waarborgen wij gelijke behandeling als een ambtenaar de wet kan versoepelen door een toezegging te doen maar zijn of haar iets strenger uitgevallen collega dat niet doet?

Kortom, ik zie Kortmann's oplossing nog niet vliegen. Maar misschien zie ik ze vliegen, in de zin dat ik te veel bezwaren zie. Ik ben benieuwd naar Kortmann's reactie ter vergadering.

3. Damen

Het preadvies van Damen is heel anders dan dat van Kortmann. Ook Damen bespreekt heel veel jurisprudentie – zij het vooral van de bestuursrechter en minder van de burgerlijke rechter. Dat heeft Damen natuurlijk eerder gedaan. Zijn reeks noten over het vertrouwensbeginsel in de AB is onder vakgenoten terecht beroemd. Maar deze keer doet hij het op een andere manier. In plaats van een traditionele systematische analyse neemt Damen ons mee naar de werkvloer van het bestuursrecht. Hij vertelt ons een reeks – aan de jurisprudentie ontleende – verhalen over burgers wier vertrouwen in de overheid werd beschaamd. Hij noemt die verhalen “stories”, naar aanleiding van de bekende kreet “we need stories”. Ik weet niet waarom dat in het Engels moet, maar goed, veel juristen zouden het “casus” hebben genoemd en Engels is nu eenmaal het potjeslatijn van onze tijd. Waar het om gaat is dat Damen zijn analyse maakt van onderop. Hij neemt ons mee naar de dagelijkse werkelijkheid van het bestuursrecht. Naar hoe gewone mensen – dat zijn in dit verband alle mensen die geen bestuursrecht hebben gestudeerd – het bestuursrecht ervaren. Het goede daaraan is dat Damen onze abstracties over het vertrouwensbeginsel concreet maakt door te laten zien wat zij in de praktijk van alledag opleveren voor gewone mensen. En dan is het beeld wederom niet positief. De meeste verhalen van Damen gaan over mensen die door de overheid zijn teleurgesteld in hun vertrouwen op de overheid.

Maar dan komt de hamvraag: wat doen wij daaraan? Het bijzondere van Damen's preadvies is dat hij het antwoord daarop niet primair zoekt in wijziging van de juridische regels. Hij formuleert in plaats daarvan een reeks “vuistregels” voor burger, bestuur en rechter. Op zichzelf ben ik met hem eens dat de oplossing meer in die dagelijkse praktijk ligt dan in de juridische dogmatiek. Damen schets overtuigend dat veel problemen tussen bestuur en burger vooral voorkomen uit miscommunicatie. Burgers ontwaren nogal eens toezeggingen in uitlatingen van het bestuur die helemaal niet zo bedoeld zijn. Dat komt deels doordat uitlatingen van het bestuur niet altijd even duidelijk zijn. Ik ben met Damen eens dat daar veel ruimte voor verbetering zit. Ik kom ook in mijn dagelijkse praktijk bij de Afdeling bestuursrechtspraak nog vaak stukken van bestuursorganen tegen die in onbegrijpelijk ambtenarenchinees zijn geschreven. Maar het komt ook doordat burgers en bestuursorganen niet dezelfde taal spreken. De belevingswereld van een burger is vaak niet dezelfde als die van het bestuursorgaan. Daardoor gaat veel “lost in translation”, zoals Damen het formuleert. Even terzijde: Damen vermeldt niet waar hij die uitdrukking vandaan haalt. Ik ken wel een bron. De Britse dichter W.H. Auden antwoordde ooit op de vraag “Wat is poëzie?” met “That which gets lost in translation.”

De werkelijkheid van het contact tussen burger en bestuur is helaas minder poëtisch. Damen formuleert een aantal vuistregels voor hoe de burger volgens hem met het bestuur moet omgaan. Het probleem daarmee is dat Damens adviezen aan de burger neerkomen op een frase uit een spionage B-film:

“Be careful and don't trust anyone!”

Want de *civus damensis* vertrouwt niemand, vertrouwt zeker geen informatie uit folders of websites, belt voortdurend het bestuursorgaan en neemt dan alle gesprekken op en vraagt van alles een schriftelijke bevestiging. Ik geef toe: Damen heeft waarschijnlijk gelijk dat deze *civus damensis* minder vaak door de overheid zal worden teleurgesteld. Maar ik zou de irritante zeiker eerlijk gezegd niet op mijn verjaardagsfeestje willen hebben. Mensen die niemand vertrouwen zijn misschien verstandig, maar maken volgens mij weinig vrienden...

Damen's vuistregels voor het bestuur leiden aan een ander euvel. Damen stelt allerlei eisen waarvan ook ik vind dat het bestuur daaraan zou moeten voldoen. Ik ben het met de meeste² vuistregels eens en beveel bestuursorganen dan ook van harte aan om die regels te volgen. Ook ik vind dat het bestuur altijd tijdig correcte informatie zou moeten verstrekken. Wie zou dat nu niet vinden? Het probleem is slechts dat zijn vuistregels neerkomen op een advies dat Damen wel eens eerder heeft gegeven:

“Alles in één keer goed!”

Daar ben ik natuurlijk voor. Ik ben ook voor “Heb uw naaste lief gelijk uzelf”. Maar ik weet in beide gevallen dat het niet gaat gebeuren. Het is eenvoudig om met Damen te zeggen dat de juridische kwaliteit van het openbaar bestuur omhoog moet. Daar schieten wij niets mee op, want daar is iedereen het mee eens. Helaas weten wij ook allemaal dat het nooit gaat gebeuren. Idealiter zouden wij een bestuur hebben dat alle nuances van het bestuursrecht perfect beheerst. Maar dat bestuur zal er niet komen. Wij zullen nooit een bestuur van alleswetende topjuristen krijgen. Zelfs het bestuur dat al Damen's aanbevelingen opvolgt zal fouten blijven maken. De voor bestuursrechtjuristen interessante vraag is welke gevolgen wij aan die fouten moeten verbinden. Juist daar zegt Damen helaas weinig over.

Damen zegt ook weinig over een dilemma dat zich bij overheidsvoorlichting voordoet. Een van de redenen waarom wetten – zelfs goed geschreven wetten – voor veel burgers moeilijk leesbaar zijn, is dat de taal van de wet veel nauwkeuriger moet zijn dan in het dagelijks spraakgebruik nodig en gebruikelijk is. Dat werkt ook omgekeerd. Als je de essentie van een wet of andere regeling wil neerleggen in een voor gewone burgers leesbare tekst, is het bijna onver-

² Twijfels heb ik – uit privacy-oogpunt – bijvoorbeeld bij de aanbeveling om alle telefoongesprekken met burgers op te nemen. En de aanbeveling om bij miscommunicatie de schuld in principe bij het bestuursorgaan te leggen is mij veel te algemeen.

mijdelijk dat je enkele onnauwkeurigheden en onvolledigheden voor lief moet nemen. Want als de brochure of de website even precies moet zijn als de wet, worden zij even onleesbaar als de wet. Dat komt omdat je dan in wezen probeert iets eenvoudig te maken dat meestal niet eenvoudig is. Daarmee weerspreek ik niet dat het vaak nog beter kan nu. Ik zeg slechts dat de spanning tussen wet en voorlichtingsmateriaal nooit helemaal kan worden weggenomen.

Dan is er nog een principiële kwestie. Damen wijst er, mede onder verwijzing naar het inmiddels bekende WRR-rapport “Weten is nog geen doen”³, op dat veel burgers lang niet zo zelfredzaam en bureaucratisch vaardig zijn als wetgever, bestuur en bestuursrechter soms lijken te veronderstellen. De feitelijke juistheid van die constatering kan ik niet weerspreken. Maar ik weet eerlijk gezegd niet zo goed wat wij daar in de context van het vertrouwensbeginsel mee moeten. Ik ben het er uiteraard mee eens dat bestuursorganen verzoeken van burgers welwillend moeten lezen, bij onduidelijke verzoeken moeten doorvragen wat de burger nu echt wil en als iets niet kan ook eens moeten meedenken over wat er misschien wel zou kunnen. Ik ben het er ook nog wel mee eens dat wij er bij het opstellen van voorlichtingsmateriaal rekening mee moeten houden dat de taalbeheersing van veel burgers minder is dan wij graag zouden willen, al teken ik daarbij wel aan dat het risico van discrepanties tussen wet en voorlichtingsmateriaal groter wordt naarmate je dat voorlichtingsmateriaal eenvoudiger maakt.

Maar wat betekent een gebrek aan zelfredzaamheid voor de toepassing van het vertrouwensbeginsel? Moet een bestuursorgaan tegen twee burgers die dezelfde brief hebben ontvangen zeggen: Meneer Jansen kon daar redelijkerwijs geen toezegging in lezen, want die is hoogopgeleid, maar meneer De Vries wel, want die is laaggeletterd? Of: mevrouw De Jong nemen wij niet kwalijk dat zij haar inlichtingenplicht niet is nagekomen, want zij is laagopgeleid en heeft er waarschijnlijk niets van begrepen, maar mevrouw De Groot nemen we het wel kwalijk omdat zij een academische opleiding heeft? Daargelaten de voor de hand liggende vraag hoe dat te rijmen is met het gelijkheidsbeginsel, roept dat bij mij ook een andere vraag op: hoe voorkomen wij dan dat een burgervriendelijk bestuur omslaat in een bevoogdend en betuttelend bestuur? Ik wacht het antwoord van Damen ter vergadering met spanning af.

³ WRR, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*. Den Haag 2017.