

Referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarderen

Mr. R. Ortlep

De ontwikkelingen die onder de noemer van ‘responsiviteit’ vallen zien ook op een verandering in het referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarderen, namelijk dat ook in dat rechtsgebied de overheid en burger tot elkander staan in een door de redelijkheid en billijkheid (goede trouw) beheerste rechtsverhouding en zij zich overeenkomstig dienen te gedragen. Deze bijdrage heeft als doel om die opvatting uiteen te zetten, tegenargumenten te bespreken, en een oproep te doen voor verdere discussie.¹

1 Aanleiding

We leven in een tijd waar ‘de responsieve opstelling van de overheid’ de *buzz*- en juich-woorden zijn. Hiermee wordt (opnieuw) aandacht gevraagd om als overheid transparant, tijdig en met maatwerk te reageren op de maatschappelijke veranderingen, behoeften en aspiraties.² Dit is recent voornamelijk ingezet door Scheltema, met als een bijkomende gedachte dat de strikte gebondenheid aan regelgeving onder

omstandigheden bijgesteld moet worden.³ Bij de verwachting dat de overheid responsief te werk gaat, past het eveneens – en dat dreigt misschien vergeten te worden – dat, ook volgens Scheltema, een burger die niet te goeder trouw is tevens een passende respons van de overheid krijgt.⁴ In de recente rechtspraak is tot uitdrukking gekomen dat het van oorsprong privaatrechtelijk beginsel van misbruik van bevoegdheid (gecodificeerd in art. 3:13 BW) een beginsel is dat ook door de overheid (het bestuursorgaan) met succes kan worden ingeroepen om zich te beschermen tegen burgers die niet te goeder trouw gebruikmaken van een bevoegdheid om een verzoek, zoals een aanvraag of een bezwaar- of beroepschrift, in te

1 Deze bijdrage is afgesloten op 4 oktober 2020.

2 In deze omschrijving is maatwerk een onderdeel van responsiviteit en dit wordt ook in deze bijdrage aangehouden. Vergelijk over beide begrippen L. van den Berge, ‘Responsief bestuursrecht’, in: *Maatwerk in het bestuursrecht. VAR-reeks 164*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 7-61 (Van den Berge 2020A); L. van den Berge, ‘Nawoord’, *NTB 2020/132*, p. 301-306 (Van den Berge 2020B); M.F. Vermaat, ‘Garbage in? Garbage Out! Maatwerk in het sociaal domein’, in: *Maatwerk in het bestuursrecht. VAR-reeks 164*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 63-101, p. 66 e.v.; J.A.F. Peters, ‘Maatwerk vereist maatwerk’, *NTB 2020/131*, p. 294-300; Y.E. Schuurmans, ‘De goede hoop – op constitutionele verankering van het bestuursrecht’, *RMThemis 2020/3*, p. 105-108; T. Barkhuysen & W. den Ouden, ‘Kroniek van het algemeen bestuursrecht. Over responsief bestuursrecht, integrale geschilbeslechting en vooral... maatwerk’, *NJB 2020/15*, p. 1042-1053; K. Giezeman & N. Jak, ‘Bestuursrechtelijk maatwerk’, *NJB 2020/9*, p. 616-620.

3 Vergelijk M. Scheltema, ‘De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief’, *NTB 2019/24*, p. 246-253; M. Scheltema, ‘Wetgeving in de responsieve rechtsstaat’, *Regelmaat 2018/3*, p. 120-131; M. Scheltema, ‘Schulden van de burger in de responsieve rechtsstaat: het regeerakkoord biedt perspectief’, *NTB 2017/28*, p. 253-257; M. Scheltema, ‘De burger in de rechtsstaat: Alice in Wonderland?’, *NTB 2016/33*, p. 267-270; M. Scheltema, ‘Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?’, *NTB 2015/37*, p. 287-289.

4 Vergelijk Scheltema 2018, p. 130, voetnoot 13: ‘Bij een responsieve overheid past het om meer maatwerk te leveren, ook in die zin dat een negatieve houding van de burger door kan werken in de reactie van het bestuur.’

dienen.⁵ Die rechtspraak past bij de gedachte dat de rechtsnorm uit reeds het *Lindenbaum/Cohen*-arrest,⁶ dat rechtssubjecten niet alleen de wet in acht dienen te nemen maar bovendien verplicht zijn de zorgvuldigheid te betrachten die in het maatschappelijk verkeer betaamt, ook door de burger richting de overheid in acht moet worden genomen.⁷ In de literatuur wordt ook steeds vaker geschreven over de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van de burger jegens de overheid, zij het veelal onder de noemer van 'burgerplichten' respectievelijk 'de beginselen van goed (of behoorlijk) burgerschap'.⁸

5 ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4129; ECLI:NL:RVS:2014:4185; ECLI:NL:RVS:2014:4135. Verder CRvB 22 januari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:307; CbB 30 maart 2017, ECLI:NL:CBB:2017:114. Zie voor een overzicht van deze rechtspraak, de annotatie van Stijnen onder ABRvS 19 december 2018, AB 2020/131. Verder D. Krijvenaar, I.F. Stolze & R.T. Wiegerink, 'Misbruik van recht: dwangsommenjagers, querulanten en *no cure no pay*-dienstverleners binnen het lokale belastingrecht', *Belastingblad* 2020/335, p. 1239-1246.

6 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919, p. 161, m.nt. Molengraaff.

7 Deze rechtsnorm van de maatschappelijke zorgvuldigheid is gecodificeerd in ons onrechtmatigedaadsartikel, art. 6:162 lid 2 BW: ook een doen of nalaten 'in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' is onrechtmatig.

8 Vergelijk L.M. Koenraad, 'Op zoek naar algemene beginselen van behoorlijk burgerschap in het Nederlands bestuursrecht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Kluwer 2019, p. 233-244; L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 116 e.v.; M. Scheltema, 'De wederkerige rechtsbetrekking: een essentieel leerstuk voor het bestuursrecht', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend bestuursrecht (Ten Berge-bundel)*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 207-217; J.B.J.M. ten Berge, *Burgerplichten jegens de overheid*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007.

De oproep van Scheltema voor responsiviteit in het bestuursrecht heeft bijval gekregen, bijvoorbeeld van Van Male, die verder opmerkt:

*'Toepassing van de wet met oogkleppen op berust op een rigide uitleg van het legaliteitsbeginsel nu dit ervan uitgaat dat de wetgever zich de toekomstige toepassingsgevallen kan voorstellen, wat natuurlijk een illusie is. Van rechters wordt daarom maatwerk gevraagd; meer en meer ook – en dat zou een breuk met het verleden zijn – in het bestuursrecht. Dat maatwerk de toekomst van het bestuursrecht is, spreekt aan. Het is daarom terecht het onderwerp van de VAR-preadviezen van dit jaar.'*⁹

De aandacht voor responsiviteit in het bestuursrecht vraagt om een realistisch burgerbeeld.¹⁰ Wat betreft het laatste is het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen*, een ankerpunt. De rode draad ervan is dat de overheid uitgaat van een goed geïnformeerde en rationele burger. Het doenvermogen van een burger is evenwel minder groot dan de overheid denkt. Een burger heeft de levenssituatie niet altijd onder controle en reageert lang niet altijd even rationeel als waar de overheid van uitgaat. Verder verschillen de burgers onderling sterk van elkaar

9 H. van Wermeskerken, 'De rechtmatigheid van wet- en regelgeving is een oude liefde. Afscheid Ron van Male', *NTB* 2020/4, p. 198-202, p. 200.

10 Vergelijk L.J.A. Damen, 'Op naar 2GST in het bestuursrecht', *NTB* 2020/2, p. 3-18 (Damen 2020A); L.M. Koenraad, 'De welwillende overheid', *NTB* 2020/52, p. 121-124; L.J.A. Damen, 'Op naar 2WWH in het bestuursrecht, of toch maar 2GST?', *NTB* 2020/53, p. 125-126 (Damen 2020B); M.H. Ippel, 'Het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht; aanknopingspunten voor de bestuursrechter. In reactie op Leo Damen *NTB* 2020/2; *NTB* 2020/73, p. 189-195; L.J.A. Damen, 'Op naar een dienende overheid (1DO)!', *NTB* 2020/74, p. 196-197 (Damen 2020C); C.N.J. Kortmann, 'Maatwerk bij ontvankelijkheidsbeslissingen', *NTB* 2020/129, p. 289-291.

en reageren ze daarom ook verschillend op het handelen van de overheid.¹¹

Inmiddels worden vanuit de overheid verschillende initiatieven¹² genomen om responsiviteit in het bestuursrecht (verder) te operationaliseren.¹³ Als voorbeeld wordt gewezen op de ‘Regieraad Responsieve Overheid’, die onder meer als doel heeft om belangrijke knelpunten in de contacten tussen de overheid en burger te helpen op te lossen,¹⁴ het onderzoek ‘Regels en ruimte - Verkenning Maatwerk in dienstverlening en discretionaire ruimte’, met als centrale gedachte om tot een betere dienstverlening aan de burgers te komen door het leveren van meer maatwerk dat is afgestemd op de individuele situatie,¹⁵ en een zogeheten ‘Awb-toolbox’, waaruit professionals instrumenten kunnen halen om maatwerk te bieden¹⁶. Voorts is in het voorstel ‘Evaluatiewet bestuursrechtelijke geldschuldenregeling Awb’ een algemene kwijtscheldingsbepaling opgenomen (art. 4:94a Awb),¹⁷ en bevat het voorstel ‘Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer’ een zorgplicht voor het bestuursorgaan om aan de bur-

ger in dat verkeer passende ondersteuning te bieden (art. 2:1 lid 1 Awb)¹⁸. Een soortgelijke zorgplicht is als volgt neergelegd in art. 2.4a.3 van het consultatievoorstel ‘Wet resultaatgericht beschikken en vereenvoudigen geschilbeslechting’: ‘Het college draagt zorg voor een behoorlijke behandeling van mondelinge en schriftelijke klachten. De behandeling van klachten is gericht op het bereiken van een voor de cliënt en de aanbieder bevredigende oplossing.’¹⁹

Het is al met Van Male benoemd, niet alleen van de wetgever en het bestuur maar ook van de rechter wordt steeds meer responsiviteit vereist. Dit heeft verwantschap met het recente rechtsgebied overstijgende traject Maatschappelijk effectieve rechtspraak, andere *buzz-* en *juich-*woorden.²⁰ Tekenend hiervoor, en voor de doorwerking ervan in de wetenschap, is dat aan de Universiteit van Leiden lange tijd een leerstoel ‘Rechtspleging’ bestond²¹ en deze vanaf 2020 is opgevolgd door de leerstoel ‘Maatschappelijke effectiviteit van de rechtsple-

11 WRR-rapport, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid (rapportnr. 97)*, Den Haag: WRR 2017. Vergelijk ook het jaarverslag van de Nationale ombudsman over 2019, getiteld: *Regel regie!* (te vinden op www.nationaleombudsman.nl). Zie R.J.N. Schlössels, ‘Het ongrijpbare burgerperspectief...’, *NTB* 2020/170, p. 363-366.

12 Hierbij mag niet vergeten worden dat het bestuursrecht sinds 1982 een instituut voor responsiviteit kent, de Nationale ombudsman. Vergelijk J.B.J.M. ten Berge, ‘Responsiviteit als beginsel van goed bestuur’, in: A.W.G.J. Buijze e.a. (red.), *Goed bestuur in perspectief (Addink-bundel)*, Deventer: Kluwer 2019, p. 59-66.

13 Vergelijk voor een overzicht, de bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 31753, 216.

14 *Kamerstukken II* 2019/20, 35300 VII, p. 44; *Kamerstukken II* 2017/2018, 34775 VII, 2, p. 6.

15 *Kamerstukken II* 2019/20, 29362, 282.

16 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 26643, 644.

17 *Kamerstukken II* 2019/20, 35477, 1-3.

18 *Kamerstukken II* 2018/19, 35261, 1-3.

19 www.internetconsultatie.nl/resultaatgerichtbeschikken. Uit dat voorstel blijkt dat het in het sociaal domein beoogde maatwerk en integraal bestuur naast een omslag in de werkwijze van gemeenten ook een omslag in het stelsel van de rechtsbescherming vergt. Zie over het laatste Van den Berge 2020A.

20 Vergelijk *Kamerstukken II* 2017/18, 29279, 425. Verder *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, 476 en de daarbij horende bijlage van de Raad voor de Rechtspraak. Zie E.R. de Jong, ‘Responsieve rechtspraak’, *NTBR* 2020/8, p. 61-64; Van den Berge 2020A, p. 12 e.v. en p. 21 e.v.; R.J. Jue, ‘Maatschappelijk effectiever rechtspreken’, *NJB* 2020/3, p. 200-204; M.J.H.M. Verhoeven, ‘Maatschappelijk effectieve omgevingsrechtspraak’, *TvO* 2020/1, p. 11-18. Voorts D.A. Verburg, *Bestuursrechtspraak in balans*, Den Haag: Boom juridisch 2019; D.A. Verburg, ‘De responsieve bestuursrechter’, *NTB* 2018/31, p. 191-193.

21 Vergelijk M.J.A.M. Ahsmann, *Samenwerking Rechts-wetenschap en Rechtspraak: van nut naar noodzaak!*, Universiteit Leiden 2019.

ging²² De houder van de laatstgenoemde leerstoel, Hartendorp, stelt dat maatschappelijk effectieve rechtspraak, als uitvloeisel van responsieve rechtspraak, er op neer komt dat het rechtspraakstelsel en de rechters erop gericht (dienen te) zijn om hun vermogen zo in te zetten dat aan de behoeften van de maatschappij en rechtzoekenden wordt voldaan.²³ Responsieve rechtspraak heeft ook weer vele verschijningsvormen, zoals helder taalgebruik, uitdrukkelijke aandacht voor de toegang tot de rechter en een deugdelijk en expliciete, en waar nodig discursieve, motivering.²⁴

Blijven we bij het bestuursrecht, dan is responsiviteit in de recente rechtspraak meermaals tot uitdrukking gekomen.²⁵ Naast de hierboven genoemde rechtspraak over misbruik van bevoegdheid, wordt gewezen op de relativisering van de leer van de formele rechtskracht,²⁶ de

verschuiving bij een beroep op het vertrouwensbeginsel van een bestuurlijk naar een burgerperspectief, het in dat kader benadrukken van de goede trouw van de burger en het formuleren van een op hem rustende onderzoeksplicht,²⁷ en het bij het vaststellen en terugvorderen van kinderopvangtoeslagen expliciet wijzen op de mogelijkheden om in individuele gevallen maatwerk te leveren, waarbij het belang van het voorkomen van misbruik en de gerechtvaardigde belangen van de burger meer met elkaar in evenwicht worden gebracht.²⁸

22 R.C. Hartendorp, *Naar m(e)er rechtspraak?*, Universiteit Leiden 2020. Zie R. de Bock, 'De zin en onzin van maatschappelijk effectieve rechtspraak', *Ars Aequi* april 2020, p. 358.

23 Hartendorp 2020, p. 5. Vergelijk R.C. Hartendorp, 'Opschietende paddenstoelen en buurtrechtspraak', *Ars Aequi* juni 2020, p. 544-548.

24 Vergelijk De Jong 2020. Verder I. Giesen, 'Motivering na rechterlijke rechtsvorming: de mogelijke impact van psychologische inzichten en verschillende motiveringsstijlen', *TPR* 2019, p. 753-765. Zie R. Ortlep, 'Optimaliseren rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. VAR-reeks 154*, Den Haag: BJu 2015, p. 59-160.

25 Terecht werd ik er door een rechter op gewezen dat responsiviteit ook kan meebrengen dat het beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard.

26 Vergelijk ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535; HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278; ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:466; CbB 7 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:190. Zie C.N.J. Kortmann, 'Verlaat de formele rechtskracht via Groningen ons land?', *JBplus* 2020/1; J.E.M. Polak, 'De toekomst van de formele rechtskracht. Een inleidende beschouwing', in: *De*

toekomst van de formele rechtskracht. VAR-reeks 162, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 7-70; T. Barkhuysen, 'Billijker bestuursrecht met minder formele rechtskracht', *NJB* 2019/39, p. 2931; D.G.J. Sanderink & R.J.N. Schlössels, 'Slaat de Hoge Raad nieuwe bressen in het bastion van de formele rechtskracht?', *NJB* 2019/43, p. 3224-3229.

27 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694. Verder HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1069; CbB 4 februari 2020, ECLI:NL:CBB:2020:60; CRvB 31 december 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:4351. Vergelijk de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Wattel van 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:896. Zie L.J.A. Damen & T. De Groot, 'Bij het vertrouwensbeginsel van de uitzendleer naar de aankomstleer', *JBplus* 2019/3; C.L.G.F.H. Albers, 'Een frisse blik op het vertrouwensbeginsel. Meer aandacht voor het burgerperspectief?', *Gst.* 2019/153, p. 772-779.

28 Vergelijk ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535; ECLI:NL:RVS:2019:3536. Als gevolg van die rechtspraak vindt in het bestuursrecht – volgens de Rechtbank Rotterdam (12 februari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2023) – 'een verschuiving van formalisme van een systeemwerkelijkheid naar realiteit' plaats. Zie L.G.M. Stevens, 'Coördinatie van werkprocessen in de inkomstenbelasting en bij de toelagtoekenning blijft dringend gewenst, zéker na het eindrapport van de commissie-Donner', *WFR* 2020/76; P.G.H. Albert, 'Omissie in de Wet hardheidsaanpassing Awir', *WFR* 2020/134; J.D. Baron & E. Poelmann, 'Principles always ring twice: de menselijke maat is willen en doen', *TFB* 2020/2, p. 8-24 (Baron & Poelmann 2020A); J.D. Baron & E. Poelmann, 'De menselijke maat past

Bij responsiviteit past, tot besluit van deze aanleiding, ook een indringende toets van beschikkingen en exceptief van algemeen verbindende voorschriften, waarbij de individuele omstandigheden van het geval worden meegewogen.²⁹ In de recente rechtspraak komt een dergelijke toets naar voren, waarbij ook de traditionele reactie van de bestuursrechter om bij ruime bestuursbevoegdheden terughoudendheid te betrachten meer op de achtergrond raakt.³⁰ Er is meer sprake van toetsing op maat, waarbij niet alleen de in het geschil zijnde bestuursbevoegdheid, maar ook de aard van de rechtsverhouding en het gewicht van de voor een burger op het spel staande belangen dicteren hoe indringend de rechterlijke toetsing is.³¹

in rechtmatige rechtsvinding', *TfB* 2020/4, p. 40-41 (Baron & Poelmann 2020B); E.R. Herreveld, 'Fiscale rechtsbescherming en rechtsstatelijkheid', *TfB* 2020/1-2, p. 4-7; A.T. Marseille, 'Kinderopvangtoeslagen: wel of geen beleidsvrijheid voor de Belastingdienst/Toeslagen?', *Ars Aequi* april 2020, p. 393-399.

29 Responsiviteit in de vorm van een indringende rechterlijke toetsing bestond al bij punitieve sancties.

30 Vergelijk ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535; ECLI:NL:RVS:2019:3536; ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1046; ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3245 en ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1155; ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452; CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016 t/m 2019.

31 Vergelijk Van den Berge 2020A, p. 43 e.v.; J.C.A. Aarts & L.A. van Heusden, 'Exceptieve toetsing: over de operationalisering van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel', *NTB* 2020/72, p. 181-182; P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB* 2019/20, p. 212-221; D.A.C. Slump, 'De Awb, de rechter en de trias', *JB* 2019/15; R.J.G.M. Widdershoven, 'Exceptieve toetsing in een responsief bestuursrecht', *NTB* 2018/30, p. 188-189; R. Kegge, 'Indringende(re) toetsing door de bestuursrechter. Over de veranderende toetsingsintensiteit en de nieuwe terminologie van de Afdeling', *JBplus* 2018/4; R. Ortlep & W.S. Zorg, 'Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een

2 Doel en opzet

Gelet op wat hiervoor is weergegeven, is de opmerking van Schlössels begrijpelijk dat het begrip 'responsief' wordt gebruikt als een soort universele kleefpasta om allerlei bestuursrechtelijke onderwerpen met elkaar te verbinden.³² Niettemin hangen zij voor mij met elkaar samen en zijn zij symptomatisch voor een verandering die zich in het bestuursrecht voltrekt.³³ Zoals kenmerkend voor in elk geval de rechtswetenschap (induceren en deduceren), is er in de literatuur steeds meer aandacht voor de vraag welke uitgangspunt(en) en/of welk(e) rechtsbeginsel(en) vereist (vereisen) dat er aandacht is voor responsiviteit. Hierop zijn de volgende antwoorden gegeven: (de herwaardering van) het beginsel van de dienende overheid (dienstbaarheidsbeginsel),³⁴ het evenredigheidsbeginsel,³⁵ het zorgvuldigheidbeginsel,³⁶ en zelfs het aristotelische billijkheidsdenken.³⁷ Zonder af te willen doen aan die antwoorden, voltrekt zich voor mij in elk geval ook een verandering in het referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarden, namelijk dat ook in het bestuursrecht de overheid en burger tot elkander staan in een door de redelijkheid en billijkheid (goede trouw) beheerste

geconditioneerde respons?', *Ars Aequi* januari 2018, p. 20-25.

32 R.J.N. Schlössels, 'Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2018/66, p. 425-435, p. 426. Vergelijk Van den Berge 2020A, p. 11; Van den Berge 2020B, p. 301.

33 Vergelijk eerder Van den Berge 2016, p. 4 e.v.

34 Vergelijk Ippel 2020; Damen 2020C. Zie W. den Ouden, 'Rede van de voorzitter, Willemien den Ouden', in: *Vertrouwen in de overheid. VAR-reeks 161*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 7-12. En eerder R.J.N. Schlössels, 'Bestaat er nog een dienende overheid? Kritische opmerkingen vanuit het perspectief van de decentrale overheid', *Gst.* 2010/102, p. 510-519.

35 Vergelijk Scheltema 2019; Scheltema 2018; Scheltema 2017; Scheltema 2016; Scheltema 2015.

36 Vergelijk Baron & E. Poelmann 2020A.

37 Vergelijk F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

rechtsverhouding en zij zich zodoende overeenkomstig dienen te gedragen.³⁸ Deze bijdrage heeft als doel om die opvatting uiteen te zetten, tegenargumenten te bespreken, en een oproep te doen voor verdere discussie, waarbij elementen kunnen worden betrokken die hier onderbelicht blijven, zoals de invloed van het Europese recht³⁹ en de organisatiecultuur.⁴⁰ Met deze bijdrage bouw ik op onderdelen voort op een eerdere publicatie⁴¹ en samen kan daarom nu gesproken worden van een tweeluik.

Bij het uiteenzetten van een opvatting past niet alleen een onderbouwing, zoals deels gegeven in de aanleiding, maar tevens het bespreken van de argumenten die tegen pleiten. Dit tegendenken komt aan bod in paragraaf 4. Paragraaf 5 bevat een aantal slotopmerkingen. Als opmaat voor het tegendenken, en als nadere onderbouwing van mijn opvatting, wordt eerst ingegaan op de eisen van redelijkheid en billijkheid en op een vermoedelijk vergeten congres.

38 Vergelijk over de redelijkheid en billijkheid als hermeneutische leidraad, als hermeneutisch paradigma, P. Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2016, hfst. 1.

39 Vergelijk hierover het hopelijk snel te verschijnen VAR-rapport van de Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht.

40 Vergelijk hierover - naast de VAR-adviezen van dit jaar, *Maatwerk in het bestuursrecht. VAR-reeks 164*, Den Haag: Boom juridisch 2020 - Stevens 2020; A. Mein & A.T. Marseille, 'De bezwaarmaker gehoord', *Tijdschrift voor Klachtrecht* 2020/2, p. 3-7; A.G. Mein & A.T. Marseille, 'Responsieve bezwaarbehandeling in theorie en praktijk', *NTB* 2019/36, p. 365-371; C.M. Bitter & H.J.M. Besselink, '25 jaar Awb-bezwaarschriftprocedure: tijd voor heroverweging', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 49-56; H.A.M. Grootelaar, *Interacting with Procedural Justice in Courts*, Utrecht University 2018.

41 R. Ortlep, *Redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

3 Redelijkheid en billijkheid en een vermoedelijk vergeten congres

3.1 Redelijkheid en billijkheid

Het bestuursrecht vindt kort gezegd zijn grondslag en legitimatie in de bescherming van de burger tegen de overheid.⁴² In dat licht zijn in het bestuursrecht de beginselen als (algemene) beginselen van behoorlijk bestuur tot ontwikkeling gekomen.⁴³ Kenmerkend hiervoor is, zoals Scheltema in 1975 heeft opgemerkt, dat in het bestuursrecht van het van oorsprong civielrechtelijk beginsel van de goede trouw geen equivalent bestaat en dat de beginselen van behoorlijk bestuur niet de rechtsverhouding tussen het bestuur en de burger beheersen, maar zich eenzijdig richten op het gedrag van één van de partijen in die verhouding, het bestuur.⁴⁴ Daarnaast heeft hij opgemerkt dat het eenzijdige karakter van de meeste bestuursrechtelijke rechtshandelingen meebrengt:

'[...] dat een privaatrechtelijk leerstuk als het beginsel van de goede trouw dat een rechtsverhouding beheerst, in het bestuursrecht moeilijk wortel kan schieten. Wanneer er behoefte ontstaat om enigszins aan het begrip van de goede trouw beantwoordende beginselen te ontwikkelen gaat men niet zoeken naar beginselen die de rechtsverhouding beheersen en waarnaar dus beide partijen zich moeten gedragen. Neen, men ontwikkelt beginselen die zich richten tot die ene partij die alleen de inhoud van de rechtsverhouding bepaalt: tot de overheid. Er ontstaan dan

42 Vergelijk Ten Berge 2007, p. 1. Zie J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht. VAR-reeks 100*, Alphen aan den Rijn: Samsom/Tjeenk Willink 1989.

43 Vergelijk R.J.N. Schlössels, 'Lindenbaum/Cohen en het bestuursrecht', *RMThemis* 2019/1, p. 11-17. Zie P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1990.

44 M. Scheltema, 'Gebondenheid van overheid en burger aan eigen voorafgaand handelen (Rechtsverwerking)', in: *De rechtsverwerking in het administratieve recht. VARreeks LXXIV*, Groningen: Tjeenk Willink 1975, p. 2-56, p. 3.

*beginselen van behoorlijk bestuur. Over de wijze waarop de burger moet handelen zeggen zij niets. Hij wordt verondersteld de hem opgelegde verplichtingen na te komen of toegekende voordelen in ontvangst te nemen, maar wordt geacht op de vaststelling daarvan geen beslissende invloed uit te oefenen.*⁴⁵

Met de inwerkingtreding in 1992 van het huidige BW is het beginsel van de (objectieve) goede trouw,⁴⁶ zonder dat een materiële wijziging is beoogd, vervangen door de eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals onder meer gecodificeerd in art. 6:2 (voor alle verbintenissen) en art. 6:248 (voor overeenkomsten).⁴⁷ In het eerste lid van zowel art. 6:2 als art. 6:248 is de *aanvullende werking* van de redelijkheid en billijkheid gecodificeerd. Art. 6:2 lid 1 bepaalt dat de schuldeiser en schuldenaar verplicht zijn zich overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid te gedragen. Art. 6:248 lid 1 bepaalt dat

overeenkomsten niet alleen de overeengekomen rechtsgevolgen hebben, maar ook welke uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. In het tweede lid van die artikelen is de *beperkende werking* van de redelijkheid en billijkheid gecodificeerd: een (overeengekomen) regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar de eisen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁴⁸

Het BW heeft voorzien in een aantal aanknopingspunten die de redelijkheid en billijkheid nader kan invullen. In art. 3:12 is bijvoorbeeld – niet limitatief – bepaald dat bij de vaststelling van de redelijkheid en billijkheid rekening moet worden gehouden met de algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. Het is dat artikel dat een belangrijke rol speelt bij de beantwoording van de vraag of op niet-bestuursorganen⁴⁹ de beginselen van behoorlijk bestuur via de eisen van redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn.⁵⁰ Reeds Snijders heeft in 1988 betoogd dat er geen verschil behoort te zijn, omdat wanneer de eisen van redelijkheid en billijkheid goed worden toegepast rekening wordt gehouden met de aard van de rechtsverhouding waarom het gaat. Als deze aard mede wordt bepaald door het gegeven ‘dat een der partijen de overheid is, dan zal men aldus – als

45 Scheltema 1975, p. 7-8.

46 Vergelijk bijvoorbeeld art. 3:12 voor de objectieve goede trouw en art. 3:11 voor de subjectieve goede trouw. Zie hierover Schilfgaarde 2016, p. 29 e.v.

47 Over de eisen van redelijkheid en billijkheid (het beginsel van de goede trouw) is een bibliotheek te vullen en daarom wordt hier slechts volstaan met C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 391 e.v.; Bakker 2018, hoofdstuk 4; H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Kluwer 2017; Schilfgaarde 2016; P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden*, Deventer: Kluwer 2013; P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm*, Deventer: Kluwer 2012; L. Reurich, *Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Kluwer 2005; M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1999; H.C.F. Schoordijk, *Redelijkheid en billijkheid aan de vooravond van een nieuw millennium*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996.

48 *De uitleg* als derde functie van de redelijkheid en billijkheid, is in de rechtspraak (definitief) aanvaard in HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427.

49 Naar aanleiding van HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (*RZG/ComforMed*).

50 Vergelijk P.J. Huisman & F.J. van Ommen, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheids-handelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 30-31, p. 351 e.v. en p. 487; N. Jak, ‘Semipublieke instellingen en de Algemene wet Bestuursrecht’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Kluwer 2019, p. 101-112, p. 111-112.

het goed is – tot hetzelfde resultaat komen als met de in diezelfde situatie voor toepassing in aanmerking komende beginselen van behoorlijk bestuur.⁵¹

Uit de literatuur die over de eisen van redelijkheid en billijkheid is bestudeerd volgt dat in die eisen – in de woorden van Bakker – de specifieke rechtsgedachte besloten ligt ‘dat op de leden van de rechtsgemeenschap een dwingende rechtsplicht rust om zich jegens elkaar behoorlijk en zorgvuldig, dat wil zeggen volgens elementaire regels van maatschappelijk fatsoen te gedragen.’⁵² Deze specifieke rechtsgedachte ligt aldus ook besloten in het beginsel van de goede trouw. In de literatuur – bijvoorbeeld al in de publicaties van Eggens⁵³ – wordt

dat beginsel betiteld als het primaire gebod in het recht, waarin zowel de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm (uit het *Lindenbaum/Cohen*-arrest) als het verbod van misbruik van bevoegdheid geplaatst kunnen worden.⁵⁴

Projecteren we het bovenstaande op hetgeen in de aanleiding is beschreven, dan is mijn constatering dat in de (recente) bestuursrechtelijke doctrine steeds meer verschijningsvormen van de eisen van redelijkheid en billijkheid (het beginsel van de goede trouw) tot uitdrukking komen.⁵⁵ Er bestaat niet de ruimte om al die voorbeelden te herhalen (en nieuwe te benoemen), en daarom wordt hier volstaan met de rechtspraak over misbruik van bevoegdheid, de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm voor de burger, de aandacht voor burgerplichten respectievelijk de beginselen van goed (of behoorlijk) burgerschap, en de gedachte dat wanneer strikte toepassing van regelgeving voor een burger leidt tot een kennelijk onredelijk resultaat, die regelgeving in dat specifieke geval moet wijken.

3.2 Vermoedelijk vergeten congres

Nadat gepoogd is om de opvatting te onderbouwen dat ook in het bestuursrecht de overheid en burger tot elkander staan in een door de

51 W. Snijders, ‘Artikel 3.1.1.15 nieuw BW en de schakelbepalingen nader bezien’, in: J.A.F. Peters & M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en nieuw BW*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 49-69, p. 57. Eenzelfde gedachte kan worden gevonden bij J. van der Hoeven, ‘De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht’, in: *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p. 201-219.

52 Bakker 2012, p. 38.

53 Vergelijk bijvoorbeeld J. Eggens, ‘Iets over den samenhang van verbintenissen uit onrechtmatige daad met die uit andere oorzaak’, *WPNR* 2784-2785 (1923); opgenomen in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van mr. J. Eggens. Deel I*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1958, p. 5-18; J. Eggens, *Het ‘misbruik van recht’ en de vrijheid*, Groningen: Batavia 1941; opgenomen in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van mr. J. Eggens. Deel II*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1959, p. 70-81. Hierover C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19e eeuw*, Deventer: Kluwer 2015, p. 250 e.v. Eggens grijpt voornamelijk terug op de grootste nationale verdediger van de goede trouw, Molengraaff, en de laatstgenoemde is – zoals hoogstwaarschijnlijk bekend – de nationaal geestelijk vader van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm uit het *Lindenbaum/Cohen*-arrest (vergelijk W.L.P.A. Molengraaff, ‘De ‘oneerlijke concurrentie’ voor het Forum van den Nederlandschen rechter, tevens een bijdrage

tot de uitlegging van art. 1401 B.W. en van de Wet op de handels- en fabrieksmerken, *RM* 1887, p. 373-435, en zie hierover Jansen 2015, p. 198 e.v. en p. 299 e.v.).

54 Vergelijk de bronnen genoemd in voetnoot 47.

55 Een ouder voorbeeld is de *contra-legendem* werking van een beginsel van behoorlijk bestuur, waarbij het gaat om de vraag of vanwege strijd met een dergelijk beginsel in een individueel geval de strikte toepassing van een wettelijk voorschrift achterwege moet blijven. Vergelijk voor deze link reeds H.C.F. Schoordijk, *Bestuursrecht en privaatrecht. Een interne rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer 1984, p. 28 e.v.; H.C.F. Schoordijk, *Rechtsverwerking*, Deventer: Kluwer 1991, p. 24 e.v.; G.J. Wiarda, *3 typen van rechtsvinding, bewerkt en van een nabeschouwing voorzien door T. Koopmans*, Zwolle: Tjeenk Willink 1999, p. 66 e.v.

redelijkheid en billijkheid (goede trouw) beheerste rechtsverhouding en zij zich zodoende overeenkomstig dienen te gedragen, wordt hieronder ingegaan op een vermoedelijk vergeten congres. Het belang om daarop in te gaan is, naast het uiten van bescheidenheid in eigen pretenties, gelegen in de opvatting dat voor een analyse van de huidige situatie, kennis van de geschiedenis zowel materiaal als een uitgangspunt levert.⁵⁶ Zoals duidelijk zal worden, komt dit terug in par. 4 waarin het tegendenken aan bod komt.

Ter gelegenheid van het afscheid van Wiarda als president van de Hoge Raad, werd er op 26 maart 1977 een congres gewijd aan onder meer de beginselen van behoorlijk bestuur. Hierover werd gediscussieerd aan de hand van een inleiding van Van der Hoeven en aan de hand van de door Van der Hoeven en coreferent Polak opgestelde stellingen.⁵⁷ Beiden merken op dat aan die beginselen, zoals die in de wetgeving en rechtspraak zijn ontwikkeld, de gedachte ten grondslag ligt dat de overheid en burger in een verhouding van ongelijkheid tot elkaar staan. Hoewel deze gedachte volgens Polak in haar kern juist is, ‘brengt de relativering naar tijd, plaats en omstandigheden, zeker als men daarbij niet alleen op de overheid maar ook op de burger let, mee dat aan de burger eveneens – wisselende – eisen van behoorlijkheid mogen en moeten worden gesteld.’ Omdat het privaatrecht al lang vertrouwd is met de op wederkerigheid gebaseerde beginselen van redelijkheid, billijkheid en betamelijkheid, verdient het reeds om die reden, aldus Polak, ‘aanbeveling gedeelten van het privaatrecht met de nodige aanpassing naar het bestuursrecht over te brengen.’⁵⁸

‘De relativering naar tijd, plaats en omstandigheden brengt’, voor Van der Hoeven, ‘met zich dat de eisen van behoorlijkheid, die vanzelfsprekend eveneens aan de burger mogen en moeten worden gesteld, naar omstandigheden zullen wisselen. Die aan de burger te stellen eisen maken echter geen deel uit van de beginselen van behoorlijk bestuur. Het is noodzakelijk de beginselen en begrippen die op andere rechtsgebieden bestaan, te vergelijken en zo mogelijk aan elkaar te ontlenen.’ ‘De op de wederkerigheid gebaseerde beginselen van redelijkheid, billijkheid en betamelijkheid, waarmee het privaatrecht vertrouwd is, kunnen echter niet, althans niet dan na ingrijpende modificaties’, voor Van der Hoeven, ‘in het bestuursrecht worden overgenomen.’ De voornaamste reden is voor hem ‘gelegen in de omstandigheid dat het overheidshandelen – binnen de bestaande rechtsorde – uitsluitend gericht is op het behartigen van de aan de overheid ter behartiging opgedragen belangen, dan wel de belangen, waarvan de behartiging haar naar hun aard toekomt. Deze aldus opgedragen belangenbehartiging maakt daardoor deel uit van wat het algemeen belang vordert. Daarbuiten mag de overheid niet gaan, haar activiteit mag alleen daarop zijn gericht.’ Van der Hoeven vervolgt: ‘de burger is – alweer binnen de bestaande rechtsorde – vrij in de belangen, die hij wil dienen – zijn eigen belangen, die van anderen of die van de gemeenschap. Hij mag deze ook combineren op de wijze die hem goeddunkt’. Dit leidt er voor hem toe ‘dat de beginselen van redelijkheid, billijkheid en betamelijkheid, zoals deze in het privaatrecht op de grondslag van de wederkerigheid worden gehanteerd, in die vorm in het bestuursrecht dat die wederkerigheid niet kent, geen toepassing kunnen vinden.’⁵⁹

In de interventies op het Wiarda-congres is naar voren gebracht dat tevens binnen het privaatrecht grote verschillen in macht kunnen

56 Treffend opschreven door J. van der Hoeven, ‘De rechtsstaat herdacht’, in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 1-9, p. 1-2.

57 Het verslag is gepubliceerd in *NJB* 1977/20, p. 504-508.

58 *NJB* 1977/20, p. 507, vergelijk p. 505.

59 Idem.

bestaan. Scheltema en Van Gerven opperen dat ook in het privaatrecht wellicht de beginselen van behoorlijk bestuur in situaties van ongelijke machtsverhoudingen zouden kunnen worden toegepast.⁶⁰ Naar aanleiding van dat congres heeft vervolgens Van Gerven zijn gedachten hierover uitgewerkt en de vraag behandeld of de uit het bestuursrecht stammende maar de ook in het privaatrecht toepassing vindende beginselen van behoorlijk bestuur 'niet een subcategorie zijn van het beginsel van behoorlijk handelen dat van oudsher in het privaatrecht tot ontwikkeling is gekomen'.⁶¹

Een bevestigend antwoord op die vraag ziet Van Gerven niet als een '*retour au droit privé*' maar als 'de bevestiging van een gemene onderbouw van privaatrecht en publiekrecht'.⁶² Volgens Van Gerven staan geen van de hierboven weergegeven opvattingen – van Polak en Van der Hoeven – volstrekt afwijzend 'tegenover het overbrengen van de aan het privaatrecht ten grondslag liggende beginselen van redelijkheid, billijkheid en betamelijkheid naar het publiekrecht of, anders uitgedrukt, tegenover het subsumeren van in het bestuursrecht (en ook in het privaatrecht) geldende [beginselen

van behoorlijk bestuur] aan de algemene in het privaatrecht geldende beginselen van redelijkheid, etc.'.⁶³ 'Wel zal', aldus Van Gerven, 'dit voor de eerder negatief gestemde opvatting maar mogelijk zijn mits *ingrijpende* aanpassingen worden aangebracht'.⁶⁴ Welke '*ingrijpende* aanpassingen', laat hij in het midden, omdat zijn betoog over de band tussen de beginselen van behoorlijk bestuur en de beginselen van behoorlijk handelen in de eerste plaats de bedoeling heeft om aan te tonen dat het privaaten publiekrecht tot een gemeenschappelijke noemer kunnen worden teruggebracht en in de tweede plaats dat beide rechtsgebieden van elkaar kunnen leren.⁶⁵

De verbinding tussen het privaaten publiekrecht vindt Van Gerven dus in de categorie beginselen van behoorlijk handelen. De beginselen van behoorlijk bestuur zijn naar zijn mening in wezen beginselen van behoorlijk handelen. Sommige zijn gericht op de zowel in het publiekrechtelijke als in het privaatrechtelijke rechtsverkeer voorkomende situaties van posities van bovengeschiktheid, zoals het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het verbod van *détournement de pouvoir*.⁶⁶ Maar de beginselen van behoorlijk bestuur zijn deels ook *algemene* beginselen van behoorlijk handelen, 'die het handelen van een ieder, waar hij zich ook bevindt: in een positie van boven- of ondergeschiktheid dan wel in een verhouding van wederkerigheid, moeten beheersen'.⁶⁷ Uit zijn betoog volgt dat onder meer gedacht moet worden aan het beginsel van de goede trouw (de eisen van redelijkheid en billijkheid), de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm (uit reeds het *Lindenbaum/Cohen*-arrest) en het verbod van misbruik van

60 NJB 1977/20, p. 505.

61 W. van Gerven, 'Beginselen van behoorlijk handelen', *R.W.*, 1982-83, p. 961-978 (en *Gent/Deventer: Story-Scientia/Tjeenk Willink* 1983), p. 970. Zie W. van Gerven & S. Lierman, *Beginselen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel: veertig jaar later: privaaten publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 515 e.v.

62 Van Gerven 1982, p. 970. U ziet hier wellicht met mij de overeenkomsten met de veelal aan Scheltema & Scheltema (M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2013, i.h.b. hfst. 1) toegeschreven gemeenschappelijke rechtsleer, volgens welke aan het gehele recht bepaalde gemeenschappelijke beginselen ten grondslag liggen, maar zij een specifieke uitwerking in het privaaten publiekrecht krijgen. Zie ook *Kamerstukken II* 2003/2004, 29702, 3, p. 14 e.v.

63 Van Gerven 1982, p. 971.

64 Idem.

65 Van Gerven 1982, p. 961 en p. 971.

66 Van Gerven 1982, p. 975.

67 Idem.

bevoegdheid.⁶⁸ Als deels een herhaling van het slot van par. 3.1: wanneer we het betoog van Van Gerven projecteren op hetgeen in de aanleiding is beschreven, dan is mijn constatering dat zijn betoog weerklank heeft gekregen in de (recente) bestuursrechtelijke doctrine.

4 Tegendenken

4.1 Inleiding

Zoals gezegd, is de vorige paragraaf de opmaat voor het bespreken van de argumenten die pleiten tegen de opvatting dat ook in het bestuursrecht de overheid en burger tot elkander staan in een door de redelijkheid en billijkheid (goede trouw) beheerste rechtsverhouding en zij zich zodoende overeenkomstig dienen te gedragen. Het tegendenken heeft geleid tot het bespreken van drie tegenargumenten. Hierbij is het besef dat er meerdere tegenargumenten zijn te bedenken en dat de kans bestaat dat de keuze hierin heeft gesorteerd op mijn afweging. Ik breng juist daarom mijn oproep tot verdere discussie in herinnering. Om te trachten mijn gedachten scherp te houden, worden de drie tegenargumenten afzonderlijk besproken, zonder af te willen doen dat zij op onderdelen met elkaar samenhangen.

4.2 Wederkerige rechtsbetrekking

Het eerste tegenargument ziet in het bijzonder op de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid respectievelijk de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm (uit reeds het *Lindenbaum/Cohen*-arrest), in de zin dat die werking respectievelijk die rechtsnorm in het privaatrecht een grondslag kan zijn voor verschillende soorten plichten, waarschijnlijk de bekendste, de schadevergoedingsplicht.⁶⁹ De gedachte zou kunnen zijn, waaruit het eerste tegenargument

volgt, dat hiermee (definitief) een wolf in schaapskleren wordt binnengehaald, te weten de idee van de wederkerige rechtsbetrekking tussen de overheid en burger.⁷⁰ Uit par. 3.2 volgt dat Van der Hoeven – en in mindere mate Polak – een soortgelijke gedachte lijkt te hebben.⁷¹

De idee van en de discussie over de wederkerige rechtsbetrekking tussen de overheid en burger heeft er voor gezorgd dat het denken over het bestuursrecht in een vaargeul terecht is gekomen.⁷² Wie over het bestuursrecht, zoals in de parlementaire geschiedenis van de Awb,⁷³ spreekt van een ‘wederkerige rechtsbetrekking’ lijkt ook bijna, hoofdzakelijk door het bijvoeglijk naamwoord ‘wederkerig’, in de kerk te vloeken, omdat daarmee als uitgangspunt – temeer waar ook gesproken wordt van een ‘horizontale rechtsbetrekking’ – een gelijkwaardige relatie tussen de overheid en burger, met verwisselbare plichten, rechten en belangen, wordt gesuggereerd.⁷⁴ De idee van de wederkerige rechts-

e.v.; Bakker 2012; I. Giesen, *Handle with care*, Den Haag: BJu 2005; Hesselink 1999, hfst. 4.

70 Vergelijk J.M.H.F. Teunissen, ‘De “wederkerige rechtsbetrekking” als strategisch concept voor nivellerende rechtswetenschap?’, in: E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 277-322, p. 284 e.v. Verder J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleeft van de staat*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 179 e.v. en p. 190 e.v. Zie hierover Van den Berge 2016, p. 115 en p. 168 e.v.; Ten Berge 2007, p. 23 e.v.

71 Nicolai (1990, p. 229 e.v.) lijkt eenzelfde standpunt in te nemen.

72 Vergelijk over ‘de vaargeul van het denken’, J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 2.

73 PG Awb I, p. 39 e.v.

74 Vergelijk L.J.A. Damen, ‘Van Awb-mens naar Wmomens?’, in: M. Duchateau & A. Tollenaar (red.), *Vertrouwen in de lokale rechtsstaat*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 21-42; Bakker 2018, p. 344 e.v.; J.A.F. Peters, ‘In de ban van het besluit’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.),

68 Van Gerven 1982, p. 961-978.

69 Vergelijk T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Van zorgvuldigheid naar zorgplicht: een eeuw maatschappelijke zorgvuldigheid’, *RMThemis* 2019/1, p. 26-32; Schelhaas 2017, hfst. 4; Schilfgaarde 2016, p. 58 e.v.; Wolters 2013, p. 21

betrekking tussen de overheid en burger is evenwel, zo is althans mijn opvatting, niet gelijk aan de idee (opvatting) dat ook in het bestuursrecht de overheid en burger tot elkander staan in een door de redelijkheid en billijkheid (goede trouw) beheerste rechtsverhouding en zij zich zodoende overeenkomstig dienen te gedragen. Niet het eerstgenoemde idee maar de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm is voor mij een legitimatie om voor de burger bepaalde buitenwettelijke plichten, of wellicht kan beter gesproken worden van ‘verantwoordelijkheden’, te articuleren, zoals de – in de aanleiding genoemde – in de rechtspraak geformuleerde onderzoeksplicht bij een beroep op het vertrouwensbeginsel.⁷⁵

Voor het voorgaande is inspiratie ontleend aan het privaatrecht en hoe civilisten, althans zij die zich daarover hebben uitgelaten, tegen de idee van de wederkerige rechtsbetrekking tussen de overheid en burger aankijken. Met het begrip ‘rechtsbetrekking’ wordt bedoeld dat de verhouding tussen de dragers van het recht (rechts-subjecten) is ingebed in het recht en daardoor wordt genormeerd. De rechtsbetrekking is al aanwezig voordat zij, bijvoorbeeld door het sluiten van een overeenkomst of het nemen van

een besluit, wordt vastgesteld.⁷⁶ De lezer herkent misschien het *Baris/Riezenkamp*-arrest, waarin de Hoge Raad de rechtsnorm tot uitdrukking heeft gebracht dat partijen die in onderhandeling zijn getreden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkander staan in een door de goede trouw beheerste rechtsverhouding die meebrengt dat zij zich bij hun gedrag mede moeten laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.⁷⁷

Wat in het *Baris/Riezenkamp*-arrest opvalt, is dat het bijvoeglijk naamwoord ‘wederkerig’ ontbreekt.⁷⁸ Anders gezegd, dat er geen sprake is van een wederkerige rechtsbetrekking, betekent *niet* dat partijen – in het bestuursrecht: de overheid en burger – niet tot elkander staan in een door de goede trouw beheerste rechtsverhouding en zij zich zodoende overeenkomstig dienen te gedragen. Het is hierbij tekenend dat Schoordijk al in 1991 over de idee van de wederkerige rechtsbetrekking tussen de overheid en burger het onderstaande heeft opgemerkt:

‘Ik houd het erop, dat zoals de goede trouw alle privaatrechtelijke verhoudingen beheerst, de goede trouw ook de verhouding overheid-burger beheerst. De overheid mag van de burger een gedrag dat voldoet aan de normen van goede

In het nu... Over toekomstig bestuursrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 27-43; Van den Berge 2016, p. 6 e.v. en hoofdstuk V.

75 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694: ‘De betrokkene komt geen geslaagd beroep toe op het vertrouwensbeginsel indien hij beseft of had moeten beseffen dat de uitlating van de ambtenaar ging over een beslissing die buiten de bevoegdheid van het bestuursorgaan lag, of anderszins in strijd was met de toepasselijke rechtsregels. Hierbij is van belang dat op degene die een beroep op het vertrouwensbeginsel doet, een onderzoeksplicht rust.’ Zonder te spreken van een ‘onderzoeksplicht’, kwam dit al eerder in de rechtspraak tot uitdrukking. Vergelijk R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 297 e.v. en p. 329 e.v.

76 Vergelijk W.J.J. Beurskens, ‘De “wederkerige rechtsbetrekking”: koekoeksei in het nest van het publiekrecht’, in: E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 23-60, p. 27 e.v.; B.W.N. de Waard, *Samenwerkende machten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 11 e.v.; R.M. van Male, *Onvoltooid recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 22 e.v.; E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Wederkerig bestuursrecht’, *RMThemis* 1989, p. 1-4.

77 HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67, m.nt. Rutten. Hierover Schilfgaarde 2016, p. 45 e.v.

78 Hetgeen ook te verklaren is door het gegeven dat in het privaatrecht pas over een *wederkerige* overeenkomst wordt gesproken wanneer beide partijen, zoals bij een koopovereenkomst, een verbintenis op zich nemen.

*trouw verwachten, en ook omgekeerd. Dat de burger aan het gezag van de overheid onderworpen is doet hieraan niet toe of af. Het kleurt alleen die verhouding.*⁷⁹

Dat in het bestuursrecht de burger aan het gezag van de overheid is onderworpen en de overheid er voor de burger en het algemeen belang is, kleurt inderdaad alleen die rechtsverhouding; kleuren als de beginselen van rechtsgelijkheid, dienstbaarheid, rechtszekerheid en, als exponent van het laatste, legaliteit.⁸⁰ Deze kleuring komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de – in de aanleiding genoemde – rechtspraak over misbruik van bevoegdheid. Treffend in die zin is de volgende rechtsoverweging:

‘Wel brengt de aard van de verhouding tussen overheid en burger mee dat minder snel mag worden aangenomen dat sprake is van misbruik van bevoegdheid dan in de verhouding tussen burgers onderling. De positie van de overheid verschilt immers wezenlijk van die van willekeurige burgers onderling. Aan de overheid komen bevoegdheden toe met een soms zeer verstrekkend karakter, die een willekeurige burger als regel niet pleegt te hebben [...]. Een burger moet de nodige ruimte worden geboden om tegen de overheid te kunnen opkomen in een gerezen conflict met die overheid. Deze ruimte is echter niet onbegrensd.’⁸¹

Hiervoor is uiteengezet dat het tegenargument dat volgt uit de gelijkstelling van de idee van de wederkerige rechtsbetrekking tussen de over-

heid en burger met de idee (opvatting) dat ook in het bestuursrecht de overheid en burger tot elkander staan in een door de redelijkheid en billijkheid (goede trouw) beheerste rechtsverhouding, en zij zich zodoende overeenkomstig dienen te gedragen, voor mij niet slaagt, omdat die gelijkstelling niet opgaat. Voor de zekerheid, er wordt zodoende niet een lans gebroken voor een blinde transplantatie van de in het privaatrecht ontwikkelde eisen van redelijkheid en billijkheid naar het bestuursrecht, maar alleen dat uit het gegeven dat de burger aan het gezag van de overheid is onderworpen en de overheid er voor de burger en het algemeen belang is, *niet* volgt dat die eisen niet in het bestuursrecht gelden. Dat gegeven kleurt alleen die eisen in die rechtsverhouding.

4.3 Angst voor precedentwerking

In de vorige paragraaf is gesproken over onder meer de beginselen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid die de rechtsverhouding tussen de overheid en burger kleuren. Die beginselen liggen ten grondslag aan het tweede tegenargument, te weten de angst voor precedentwerking. Dit tegenargument is misschien meer ingegeven door het eerstgenoemde beginsel en raakt wellicht aan het meest essentiële criterium waarmee recht van onrecht wordt onderscheiden, namelijk dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld. In deze zin ook Drion, waarna hij opmerkt dat wanneer iemand over het recht verontwaardigd uitroept ‘dat is onrechtvaardig!’, dat veelal is omdat hij vindt dat twee ‘gelijke’ gevallen met betrekking tot het recht niet gelijk zijn behandeld. Daarom houdt, ook volgens Drion, de betekenis van het precedent voor alle beslissingen waarbij rechten van burgers zijn betrokken, een sterker verband met het beginsel van rechtsgelijkheid.⁸²

79 Schoordijk 1991, p. 31.

80 Vergelijk Ippel 2020, p. 190 e.v. Zie F.J. van Ommeren, ‘De rechtsstaat als toetsingskader’, in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 7-22; Schlössels 2010; M. Scheltema, ‘De rechtsstaat’, in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle 1989, p. 11-25.

81 V.zr. Rb. Rotterdam 21 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4905. Vergelijk verder de bronnen genoemd in voetnoot 5.

82 H. Drion, ‘Functies van rechtsregels in het privaatrecht’, in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Lange-meijer*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 49-61, p. 52-53.

Het tegenargument van de angst voor precedentwerking ziet in het bijzonder op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Die angst is ook recent in de Eerste Kamer benoemd bij de behandeling van een voorstel van Scheltema, in het kader van zijn oproep voor responsiviteit, voor een nieuw art. 3:4a Awb.⁸³ ‘Indien de toepassing’, aldus het voorstel, ‘van een wettelijke regel leidt tot nadelige gevolgen die onevenredig zijn in verhouding tot de met die regel te dienen doelen, en de belanghebbende hiervan geen verwijt kan worden gemaakt, kan van de regel worden afgeweken, voor zover dat nodig is om tot een meer evenwichtige regeltoepassing te komen.’⁸⁴ Dit voorstel is een aanvulling op het huidige art. 3:4 lid 2 Awb, waarin het evenredigheidsbeginsel is gecodificeerd, maar waar de toepassing als gevolg van het eerste lid geen soelaas biedt als er sprake is van een dwingend wettelijk voorschrift.⁸⁵

Het is voor mij moeilijk te begrijpen dat daar waar aan de ene kant een beroep door een burger op het rechtsgelijkheidsbeginsel blijkens de rechtspraak zelden slaagt, aan de andere kant het door het bestuursorgaan respectievelijk de rechter noemen van een door dat beginsel ingegeven angst voor precedentwerking succesvol zou zijn, om *niet* in een specifiek geval ten gunste van de burger van regelgeving af te wijken. Los daarvan slaagt het tegenargument van de angst voor precedentwerking voor mij niet, omdat precedentwerking in eigen hand is.⁸⁶

Vergelijk mijn annotatie onder ABRvS 10 april 2019, AB 2019/289.

83 Vergelijk hierover *NTB* 2020/77: ‘Minister Dekker: geen generieke hardheidsclausule in Awb’.

84 Scheltema 2018, p. 128. Vergelijk Giezeman & Jak 2020, p. 619; Koenraad 2020, p. 122.

85 Vergelijk Cbb 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:321; Cbb 5 november 2019, ECLI:NL:CBB:2019:560. Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 29362, 282.

86 Los van het betoog dat ook angst, in elk geval ten dele, in eigen hand is.

Door in een specifiek geval ten gunste van de burger van regelgeving af te wijken wordt namelijk alleen een precedent geschapen voor het specifieke geval waaronder het is aanvaard. Is een afwijking van regelgeving deugdelijk en expliciet, en waar nodig discursief, gemotiveerd, dan heeft die afwijking vermoedelijk alleen voor een beperkt aantal gevallen precedentwerking, en indien het (vermoedelijk) voor meerdere gevallen is,⁸⁷ zou bijvoorbeeld gewerkt kunnen worden met overgangsrecht respectievelijk nadere voorlichting.⁸⁸

4.4 Angst voor rechtsonzekerheid

Het derde en laatste tegenargument ziet op de eisen van redelijkheid en billijkheid als zodanig, en raakt tevens aan de discussie over de ruimte in het bestuursrecht voor rechterlijke rechtsvorming.⁸⁹ Het brengt verder in de woorden van advocaat-generaal Colomer datgene samen wat ‘waarschijnlijk het meest ingewikkelde dilemma in elk rechtssysteem is: het streven tussen het verlangen naar gerechtigheid en de behoefte aan zekerheid.’⁹⁰ Een andere omschrijving hiervan is de volgende: wanneer het recht te veel ruimte geeft voor individuele omstandigheden, ondermijnt het zijn intrinsieke functie om rechtszekerheid te scheppen. Wordt het daarentegen toegepast met te weinig

87 Bakker 2018, p. 489.

88 Bijvoorbeeld zoals de ABRvS heeft gedaan in haar uitspraak (4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622) waarin zij de regeling inzake het alcoholslotprogramma onverbindend heeft verklaard.

89 Vergelijk Hesselink 1999 (p. 399 e.v.), samengevat op p. 409: ‘Wat de rechter doet, wanneer hij de redelijkheid en billijkheid ‘toepast’, is in werkelijkheid nieuwe regels ontwikkelen.’ Zie I. Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020 en – in het bijzonder voor het bestuursrecht – Ortlep 2015.

90 Advocaat-generaal Colomer in zijn conclusie van 28 januari 1999, *AssiDomän Kraft*, C-310/97 P, ECLI:EU:C:1999:36.

ruimte voor individuele omstandigheden, dan kan het leiden tot onaanvaardbaar onrecht.⁹¹

Met het hierboven benoemd dilemma komt, in elk geval als uitgangspunt, ook een verschil tussen het privaats- en publiekrecht tot uitdrukking, zoals tevens naar voren komt in het in par. 3.1 weergegeven betoog van Van der Hoeven en Polak. Anders dan voor het privaatrecht, is voor het bestuursrecht (publiekrecht), als gezegd, tekenend dat de burger aan het gezag van de overheid is onderworpen en de overheid er voor de burger en het algemeen belang is. Dit maakt onder meer dat het beginsel van rechtszekerheid (en als exponent van het laatste, legaliteit) die rechtsverhouding kleurt, waaruit als uitgangspunt volgt dat rechtsvorming wordt gedictieerd door regelgeving.⁹² Dat uitgangspunt, zo luidt dan het tegenargument, is moeilijk te rijmen met onbepaalde begrippen en open rechtsnormen als de redelijkheid en billijkheid (goede trouw) die bij de toepassing nadere invulling behoeven.⁹³

Een ongenueanceerde samenvatting van het voorgaande is dat in het bestuursrecht meer het adagium 'liever rechtszekerheid dan rechtvaardigheid'⁹⁴ en in het privaatrecht meer het ada-

gium 'liever onzekerheid over het recht dan zekerheid over onrecht' klinkt.⁹⁵ Waar in deze bijdrage gesproken is van een verandering in het referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarderen, kan die verandering ook omschreven worden als dat in het bestuursrecht, nu door de oproep voor responsiviteit, het adagium 'liever onzekerheid over het recht dan zekerheid over onrecht' luidder is gaan klinken en er wordt gediscussieerd over een nieuw evenwicht. Een op onderdelen vergelijkbare ontwikkeling heeft zich ook in het privaatrecht voltrokken.⁹⁶ Sterk samengevat is daar de kruistocht voor de rechtszekerheid al met het *Lindenbaum/Cohen*-arrest gestrand,⁹⁷ zij het dat die kruistocht een korte opleving had net na en ingegeven door de Tweede Wereld-

besluitvorming in het bestuursrecht', in: *De toekomst van de formele rechtskracht. VAR-reeks 162*, Den Haag: Boom Juridisch 2019; Bakker 2018, p. 467 e.v. Zie Van der Hoeven 1989, p. 157. Verder G.J. Wiarda, *De wetenschap van het bestuursrecht en de spanning tussen gezag en gerechtigheid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1948.

91 *Summum jus, summa injuria*, vrij vertaald: op de spits gedreven recht verkeert in het toppunt van onrecht. Vergelijk advocaat-generaal Mazák in zijn conclusie van 23 september 2008, *Age Concern England*, C-388/07, ECLI:EU:C:2008:518; mijn annotatie onder CRvB 29 augustus 2018, *AB 2018/396*; Bakker 2018, p. 6, p. 42 e.v. en p. 452. Zie M.H. Bregstein, *De betrekkelijke waarde der wet*, Zwolle: Tjeenk Willink 1952.

92 Vergelijk Ortlep 2015, p. 71 e.v.

93 Vergelijk Bakker 2018, i.h.b. hfst. 6 en 7. Verder mijn annotaties onder CbB 5 november 2019, *AB 2020/46*; CRvB 29 augustus 2018, *AB 2018/396*. Zie S.O. van Poelje, *Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratieve recht. VAR-reeks XIX*, Haarlem: Tjeenk Willink 1950, p. 5-38, p. 37-38.

94 Vergelijk T.N. Sanders, 'Liever rechtszekerheid dan rechtvaardigheid? De formele rechtskracht bij keten-

95 Vergelijk Schoordijk 1996, p. 4, waarin hij met Molengraaff zegt: 'liever rechtsonzekerheid dan zekerheid omtrent onrecht.' Schoordijk had ter zake ook naar zijn leermeester, Bregstein (1952), kunnen verwijzen. Zie Bakker 2018, hfst. 4; Hesselink 1999.

96 Van den Berge (2016, p. 6 en vergelijk p. 113 e.v.) heeft hier al op gewezen.

97 Molengraaff, de nationaal geestelijk vader van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm uit het *Lindenbaum/Cohen*-arrest (vergelijk voetnoot 53), heeft in een bijdrage, getiteld 'Summum jus, Summa injuria' (*RM* 1919, p. 491-528), onder woorden gebracht dat daar waar de wetgever het recht vaststelt in algemene zin, de rechter dat doet voor een individuele situatie. Zowel de wetgever als rechter hebben niettemin dezelfde taak, namelijk dat zij allebei gebonden zijn en inhoud dienen te geven 'aan het recht, dat leeft in de maatschappij, dat gelding heeft in het onderlinge verkeer der mensen' (p. 527-528). Zie J.F. Houwing, *Wet en rechter*, Groningen: Wolters 1895.

oorlog⁹⁸ tot aan de definitieve opkomst van het beginsel van de goede trouw (eisen van redelijkheid en billijkheid).⁹⁹ Het zou interessant zijn om deze vergelijking nader te onderzoeken en te betrekken bij mijn oproep tot verdere discussie.

Het tegenargument van de (angst voor) rechtsonzekerheid is voor mij niet een kwestie van wel of niet slagen, omdat het hierboven genoemde dilemma ziet op twee gelijkwaardige grootheden.¹⁰⁰ Het met dat tegenargument bestrijden dat het ook in het bestuursrecht om twee gelijkwaardige grootheden gaat, is waar dat tegenargument voor mij niet slaagt. Bij onbepaalde begrippen en open rechtsnormen als de redelijkheid en billijkheid (goede trouw),

die bij de toepassing nadere invulling behoeven, komt de wisselwerking tussen het recht en de maatschappij goed naar voren.¹⁰¹ Dergelijke begrippen en rechtsnormen worden beïnvloed door de in het maatschappelijk verkeer levende opvattingen (verkeersopvattingen) en bieden daarmee een poort voor de – veranderende – maatschappelijke werkelijkheid,¹⁰² een werkelijkheid die op haar beurt weer wordt beïnvloed door het recht.¹⁰³ Het bestaansrecht van het recht is ook voor mij om in die wisselwerking een maatschappelijk probleem tot een zoveel mogelijk maatschappelijk bevredigende oplossing te begeleiden.¹⁰⁴

Los van het zojuist gestelde wordt, zonder dus af te willen doen aan het belang van de rechtszekerheid, gewezen op het volgende. Ook in het bestuursrecht wordt het belang van rechtszekerheid – zeker als het gaat om tweepartijenge-

98 Jansen (2015, p. 327) wijst ter zake op het volgende: 'De Hoge Raad kon zich na de oorlog niet een te ongebonden opstelling veroorloven. Een dergelijke houding zou, zo was toch bijna de *communis opinio*, leiden tot rechtsonzekerheid en vooral tot een vermindering van het toch al aangetaste vertrouwen van de rechtzoekenden in de rechterlijke macht, in het bijzonder de Hoge Raad. Dit was wel het laatste wat dit college kon gebruiken. Het was dus niet verwonderlijk dat gezaghebbende hoogleraren [...] pleidooien hielden voor een strikte gebondenheid van de rechter aan de wet en voor handhaving van de rechtszekerheid, vooral om het tijdens de oorlog 'geschonden' gezag van de Hoge Raad te helen en het respect voor de democratische rechtsvormer, de wetgever, tot uitdrukking te doen komen.' Een van die hoogleraren, Ph.A.N. Houwing, schreef bijvoorbeeld in zijn *Zekerheid omtrent het recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1947, p. 15: 'Rechtszekerheid gaat boven billijkheid, zeker recht boven gerechtigheid, eenvoudig recht is beter dan goed recht.'

99 Vergelijk C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht tussen 1940-1992*, Deventer: Kluwer 2016, p. 48 e.v.; Jansen 2015, p. 326 e.v. Zie P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer: Kluwer 1972, p. 6 e.v.

100 Vergelijk A.S. Hartkamp, *Velerlei gestalten*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 132. Zie Schilfgaarde 2016, p. 69 e.v.

101 Vergelijk P. Memelink, *De verkeersopvatting*, Deventer: Kluwer 2009, p. 1-2, p. 7-8, p. 12, hfst. 2, p. 82 e.v. en p. 253 e.v.

102 Vergelijk I.H. Hijmans, *Het recht der werkelijkheid*, Haarlem: Bohn 1910; I.H. Hijmans, 'Het B.W. en het recht der werkelijkheid in 1838 en heden', in: P. Scholten & E.M. Meijers (red.), *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: Tjeenk Willink 1938, p. 169-196, waarin hij pleit voor het aanvaarden van de levende werkelijkheid als de voornaamste rechtsbron.

103 In Vranken 2005, nr. 56, wordt ter zake gesproken van een 'normatief raster dat de maatschappelijke werkelijkheid omspannt'.

104 Hetgeen iets anders is dan het oplossen van een maatschappelijk probleem. Vergelijk de discussie hierover tussen A.J. Verheij, 'Voor de rechtbank staat een been', *NJB* 2020/30, p. 2228-2236 en R.M. Wibier, 'De taak van de rechtswetenschapper', *NJB* 2020/13, p. 883-887. Zie Ortlep 2015, p. 76 en p. 121 e.v.; H.C.F. Schoordijk, *Realistische en pragmatische rechtsvinding: taak en taakopvatting van de rechter in de westerse wereld*, Oosterwijk: WLP 2014, p. 25, p. 31-32, p. 51, p. 60, p. 132 en p. 255 e.v.

schillen¹⁰⁵ – veelal gehanteerd als een machtspreuk, zonder uiteenzetting en/of bewijs dat het in het geding is of zou komen.¹⁰⁶ Het is volgens mij niet gewaagd te stellen dat een burger, hetgeen ook achter de oproep voor responsiviteit zit, bij een conflict met bijvoorbeeld de overheid veelal niet naar regelgeving of eerdere rechtspraak kijkt, maar wel – van zowel het bestuursorgaan als de rechter – verwacht dat een redelijke oplossing het wint van een duidelijk onredelijke oplossing,¹⁰⁷ die naar de letter van regelgeving volgens sommige pleitbezorgers van de rechtszekerheid gedicteerd zou zijn.¹⁰⁸ Hoewel – met de woorden van Memelink – een mens in staat is ‘om evident onbillijk gedrag en evident maatschappelijk onbetamelijk gedrag te herkennen zonder dat er een rechter aan te pas komt’,¹⁰⁹ is het in een rechtsstaat de laatstgenoemde die daarover uiteindelijk een beslissing neemt en haar legitimeert in een deugdelijke en expliciete, en waar nodig discursieve, motivering.¹¹⁰ Het is juist ook een dergelijke motivering die ervoor kan zorgen dat

onbepaalde begrippen en open rechtsnormen als de redelijkheid en billijkheid (goede trouw) op hun beurt ontaarden in machtspreuken.¹¹¹

5 Balans en slotopmerkingen

De oproep voor responsiviteit in het bestuursrecht heeft mij ertoe gebracht om de opvatting uiteen te zetten, en tegenargumenten te bespreken, dat ook in het bestuursrecht de overheid en burger tot elkander staan in een door de redelijkheid en billijkheid (goede trouw) beheerste rechtsverhouding en zij zich zodoende overeenkomstig dienen te gedragen. Deze opvatting past bij de door bijvoorbeeld Van Gerven geuite gedachte van een gemene onderbouw van privaats- en publiekrecht (vergelijk par. 3.2), en bij die van de regering dat er bij het streven naar eenheid en systematiek in het recht en de bevordering van de rechtsontwikkeling geen nodeloze verschillen tussen het privaats- en bestuursrecht dienen te bestaan.¹¹²

De gevolgen van mijn opvatting raken niet alleen de verschillende staatsmachten, de wetgever, het bestuur en de rechter, en hun onderlinge verhouding,¹¹³ maar bijvoorbeeld ook het juridisch onderwijs waarin de mensen voor die staatsmachten worden opgeleid en dat hen deels, voornamelijk juridisch, heeft gevormd. Een terugkerend punt bij de evaluatie van de kindertoelagenaffaire is bijvoorbeeld dat er sprake was van tunnelvisie waarbij de hardhandige manier om het doel van fraude te bestrijden – op zijn zachts gezegd – het zicht ontnam om ook responsief op te treden door maatwerk te verrichten,¹¹⁴ en ook de rechter, tot in hoog-

105 Vergelijk Jue 2020; Kortmann 2020; Damen 2020A; Damen 2020B; Ippel 2020.

106 Zoals in Sanders 2019, p. 129. Zie mijn annotaties onder CRvB 7 mei 2020, AB 2020/282; ABRvS 14 november 2018, AB 2019/26.

107 In vergelijkende zin de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Wätzel van 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152: ‘De rechtstoepassing, met name als die grimmig wordt, moet zo mogelijk het rechtsgevoel van justitiabelen blijven aanspreken.’ Zie tevens het Jaarverslag van de Raad van State over 2019, p. 17 (te vinden op www.raadvanstate.nl).

108 Vergelijk Memelink 2009, p. 30 e.v.; Schoordijk 1996, p. 29.

109 Memelink 2009, p. 300.

110 Het is ook een *democratische* rechtsstaat, waardoor uiteindelijk de wetgever het rechterlijk oordeel legitiem kan corrigeren, met dien verstande dat dit bij bovennationaal recht genuanceerder ligt. Vergelijk M.J. Vetzo, ‘Het jaarverslag van de Raad van State en correctie van het rechterlijk oordeel door de wetgever’, *NJB* 2020/1560, p. 1796-1800.

111 Vergelijk Memelink 2009, p. 61 e.v., p. 69 e.v., p. 272 en p. 358 e.v. Zie Schoordijk 1996, p. 1.

112 *Kamerstukken II* 2003/2004, 29702, 3, p. 16.

113 Vergelijk hierover nader Giezeman & Jak 2020; Ippel 2020; Koenraad 2020; Damen 2020B; Baron & Poelmann 2020A.

114 Vergelijk *Omzien in verwondering 2: Eindadvies Adviescommissie Uitvoering Toelagen*, te vinden op www.rijksoverheid.nl.

ste instantie de Afdeling bestuursrechtspraak, lange tijd niet ingreep door daartoe op te roepen.¹¹⁵ Hoewel er vermoedelijk vele factoren hierbij een rol spelen, is voor mij in elk geval ook het juridisch onderwijs een factor. Voor zover dat niet het geval is, moet ook het onderwijs op het gebied van het bestuursrecht (meer) zo ingericht zijn dat niet studenten (juristen) worden opgeleid die met de pen (of het toetsenbord) in de aanslag zitten om het 'juiste' antwoord te noteren,¹¹⁶ maar die inzien dat ook de rechtstoepassing in het bestuursrecht niet is gebaseerd op dwingende logica en bovenna-tuurlijke begrippen die eeuwige gelding hebben.¹¹⁷ De rechtstoepassing betreft altijd een keuze, voortkomend uit de afweging van de betekenis van regelgeving tegen de betekenis van ongeschreven rechtsnormen die voor het individuele geval van belang kunnen zijn,¹¹⁸ en de draagwijdte van die keuze wordt bepaald door een deugdelijke en expliciete, en waar nodig discursieve, motivering.

Over de auteur

Mr R. (Rolf) Ortlep

Verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en de Open Universiteit.

¹¹⁵Vergelijk Marseille 2020; Albert 2020; Ippel 2020.

¹¹⁶Vergelijk R. Ortlep, 'Het besluitbegrip: niet steeds één juist antwoord', in: C.C. de Kluiver e.a. (red.), *Vijftig weeffouten in het BW. Een ode aan het Burgerlijk Wetboek, ter ere van zijn 25-jarig bestaan*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 83-88.

¹¹⁷Een hiermee samenhangende factor is dat er ook docenten zijn die de kennis en het vermogen hebben om studenten dit bij te brengen. Vergelijk T. Barkhuysen & J.E. van den Brink, 'Onderzoek naar Nederlands recht in de knel door internationalisering. Biedt het sectorplan Rechtsgeleerdheid uitkomst?', *NJB* 2019/7, p. 464-467. Zie Schoordijk 2014, p. 11 e.v.; C.A.J.M. Kortmann, 'Het klimaat van het rechtswetenschappelijk onderzoek in Nederland', *WPNR* 6207 (1996), p. 17-22.

¹¹⁸Hartkamp 2020, p. 132. Verder Schoordijk 2014, p. 25; Schoordijk 1984, p. 35 e.v. Zie reeds Bregstein 1952.

Compact Afval

EDITIE 2020-2021

Een actueel en handzaam naslagwerk over afvalbeheer; van wettelijk kader tot de praktijk.

De belangrijkste recente ontwikkelingen ten aanzien van de circulaire economie inclusief o.a.:

- **protocol afvalsector (a.g.v. Covid 19)**
- **update leidraad afvalstof of product**
- **update van enkele EU-richtlijnen**
- **voorgenomen wijziging LAP3**

ISBN: 978 90 12 40630 7

Bestellen: [sdu.nl](https://www.sdu.nl) **Sdu**