

MASTER'S THESIS

Wederkerigheid in het bestuursrecht

Evers, R.J.

Award date:

2022

Awarding institution:

Department of Public Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

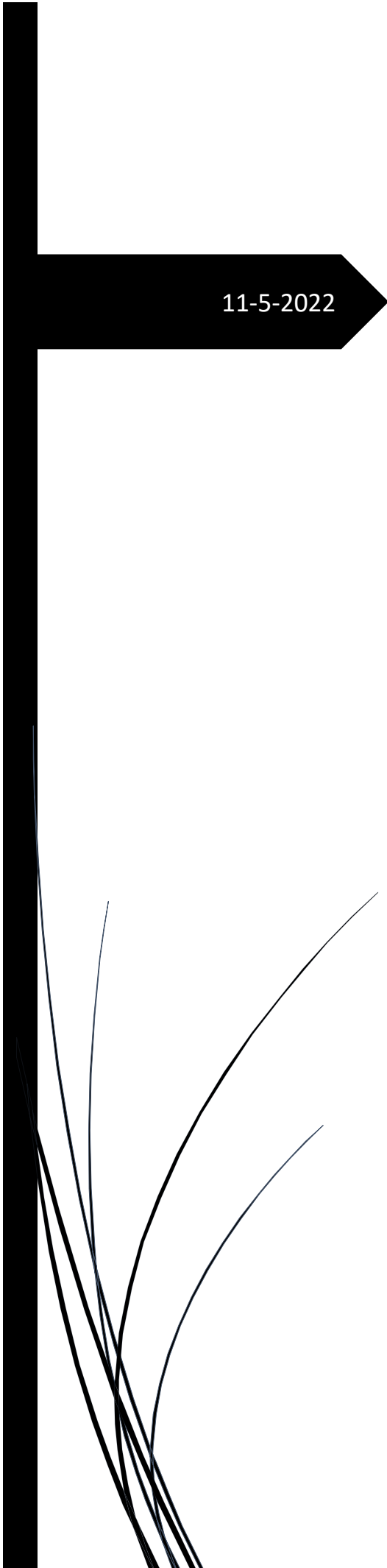
pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 05. Dec. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl





11-5-2022

Wederkerigheid in het bestuursrecht

Master scriptie

Naam:	Rob (R.J.) Evers
Studentnummer:	851992453
Opleiding:	Rechtsgeleerdheid
Naam begeleider:	C.L.G.F.H. Albers
Naam examiner:	R. Ortlep
Aantal woorden:	19.749

Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie 'Wederkerigheid in het bestuursrecht' ter afronding van mijn master rechtsgeleerdheid. Tijdens de master rechtsgeleerdheid heb ik voor het eerst kennis gemaakt met het fenomeen van wederkerigheid in het bestuursrecht. Of beter gezegd, met de vraag of wederkerigheid in het bestuursrecht wel mogelijk is. Een interessant onderwerp, zowel breed als diepgaand, waar al veel over is gediscussieerd in de literatuur en relevant kan zijn voor vrijwel ieder bestuursrechtelijk deelgebied.

Mijn begeleider, mevrouw Albers, was ook enthousiast over het onderwerp maar gaf wel te kennen dat de moeilijkheidsgraad behoorlijk hoog ligt. Die uitdaging wilde ik wel aangaan waarna ik met frisse moed aan de slag ben gegaan. Al snel bleek dat de bespreking van wederkerigheid grotendeels de woorden van mijn scriptie opslokte. Na overleg werd duidelijk dat ik mij niet blind moest staren op het aantal te gebruiken woorden zolang dit nodig is voor de kwaliteit van de onderbouwing. Resultaat is dat de omvang van deze scriptie wat groter is dan staat voorgeschreven.

Het schrijfproces van de scriptie is verder een flinke kluit gebleken waarbij ik meer dan eens in een theoretische valkuil ben gestapt. Ik kon tijdens deze momenten gelukkig altijd rekenen op mevrouw Albers die mij tijdens de verschillende feedback momenten weer de goede richting op heeft weten te sturen. Ik wil dan ook in het bijzonder mevrouw Albers bedanken voor de goede en prettige begeleiding van het afgelopen jaar. Ook wil ik mijn ouders, zus en vrienden bedanken die hebben meegedacht, geluisterd of morele steun hebben verleend tijdens het hele traject.

Rest mij nu niets meer dan u veel leesplezier te wensen!

Rob Evers, Zwolle, 11 mei 2022

Inhoudsopgave

1. Inleiding	4
1.1 Aanleiding	4
1.2 Doel en probleemstelling onderzoek	4
1.3 Methodologie	4
1.4 Afbakening onderzoek	5
1.5 Maatschappelijke relevantie	6
2 De verhouding bestuur – burger	7
2.1 Inleiding	7
2.2 De democratische rechtsstaatsgedachte	7
2.2.1 Trias politica-leer	7
2.2.2 De verhouding bestuur – burger binnen de democratische rechtsstaat	7
2.3 Bestuursrecht in beweging	9
2.3.1 Functies van het bestuursrecht	9
2.3.2 Ontwikkelingen in het bestuursrecht	10
2.3.2.1 Van Nachtwakersstaat naar een verzorgingsstaat	10
2.3.2.2 Terugtrek van de wetgever	10
2.3.2.3 Het bestuur als wetgevende macht	11
2.3.2.4 De compensatietheorie	11
2.4 De Awb en de verhouding bestuur – burger	12
2.4.1 De invoering van de Awb	12
2.4.2 De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking	12
2.4.3 Eenzijdigheid en normering van het bestuursoptreden	13
2.4.4 Wederkerigheidsnotie wetgever: rekenschap houden met elkaars belangen	14
2.5 Conclusie	16
3 Wederkerigheid in het bestuursrecht	17
3.1 Inleiding	17
3.2 Het begrip: Wederkerigheid	17
3.3 Bestuursrecht en de privaatrechtelijke wederkerigheid	18
3.3.1 Publiekrechtelijke autonomie	18
3.3.2 Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke verbintenissen	19
3.3.3 Privaatrechtelijke wederkerigheid: einde oefening?	20
3.4 Betekenis van wederkerigheid in het bestuursrecht	21
3.4.1 Wederkerigheid binnen de democratische rechtsstaat	21
3.4.2 Wederkerigheid in bestuursrechtelijke context	22
3.4.2.1 Gebondenheid aan het recht	22
3.4.2.2 Wederkerigheid en horizontaliteit	23
3.4.2.3 Ongeschreven burgerplichten	24
3.4.2.4 Ongeschreven burgerlasten	26
3.5 Verkenning naar de bestuursrechtelijke wederkerigheid	26
3.5.1 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur als wederzijdse verplichtingen	26
3.5.2 Wederkerigheid als grondslag voor beginselen van behoorlijk burgerschap	28

3.6 Conclusie	29
4 Wederkerigheid getoetst: horizontaal toezicht van de Belastingdienst	31
4.1 Inleiding	31
4.2 Aanleiding en introductie van het horizontaal toezicht	31
4.3 Het individuele handhavingsconvenant	32
4.3.1 Doel van het handhavingsconvenant	32
4.3.2 Inhoud van het handhavingsconvenant	32
4.4 Wederkerigheid bij horizontaal toezicht van de Belastingdienst	33
4.5 Het wetmatigheidsbeginsel	34
4.5.1 Functie van het wetmatigheidsbeginsel	34
4.5.2 Reikwijdte van het wetmatigheidsbeginsel	34
4.5.3 Toetsingskader	35
4.5.4 Het handhavingsconvenant getoetst	36
4.6 Het gelijkheidsbeginsel	37
4.6.1 Wettelijk kader	37
4.6.2 Afbakening toetsing	38
4.6.3 Toetsing	38
4.6.3.1 Toelatingscriteria	38
4.6.3.2 Vooroverleg en het verminderde toezicht	39
4.6.3.3 Handhaving bij geconstateerde fouten	39
4.7 Conclusie	40
5 Eindconclusie	42
<i>Literatuurlijst</i>	44
<i>Parlementaire documenten</i>	48
<i>Jurisprudentielijst</i>	48

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

In de memorie van toelichting van de algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) heeft de wetgever uit 1994 de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking gekarakteriseerd als wederkerig. De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking werd als volgt aangeduid:

*'...de betrekking tussen bestuur en burger te beschouwen als een rechtsbetrekking tussen weliswaar naar hun aard verschillende partijen - omdat het bestuur het algemene belang vertegenwoordigt en daarbij dienstbaar is aan de uitvoering van democratisch genomen besluiten, terwijl de wederpartij een individueel belang naar eigen inzicht mag behartigen -, maar toch een rechtsbetrekking waarin beide partijen in een wederkerige relatie staan, zodat zij rekening moeten houden met de positie en de belangen van de andere partij.'*¹

Bij de derde evaluatie van de Awb is geconstateerd dat het wederkerigheidsidee in het bestuursrecht maar weinig aandacht van de wetgever heeft gekregen.² Er is een globale beschrijving gegeven van de relatie tussen burger en bestuur. Het enige aanknopingspunt voor de praktijk is terug te vinden in artikel 4:2 jo artikel 4:5 lid 1 Awb. De term wederkerigheid is in de latere tranches niet meer expliciet benoemd door de wetgever. Kortom, de wetgever heeft veel ruimte gelaten voor interpretatie wat tot veel discussie in de literatuur heeft geleid.

Het wederkerigheidsidee is met name in de bundel 'Eenzijdig en Wederkerig' fel bestreden.³ De wederkerigheid zou niet verenigbaar zijn met de staats- en bestuursrechtelijke beginselen. Scheltema meent daarentegen dat het huidige bestuursrecht niet meer voldoende in staat is om de steeds complexer wordende samenleving te reguleren. Hij ziet wederkerigheid juist als een wenselijk fenomeen wat goed aansluit bij de huidige bestuurspraktijk.⁴ De discussie is inmiddels enigszins naar de achtergrond geschoven maar enige vorm van consensus is tot op heden niet bereikt. Dit roept allereerst de vraag op wat de status is van het wederkerigheidsidee in het bestuursrecht.

1.2 Doel en probleemstelling onderzoek

Doel van dit onderzoek is om te bezien wat wederkerigheid nu betekent voor het bestuursrecht. Concreet worden hiertoe verschillende visies vanuit de literatuur besproken waarna ik vervolgens een eigen visie op wederkerigheid in het bestuursrecht zal formuleren. Deze visie van wederkerigheid wordt vervolgens getoetst aan de hand van een praktijkvoorbeeld. De onderzoeksvraag die centraal staat in deze scriptie is:

'Is er sprake van een wederkerige rechtsbetrekking tussen bestuur en burger?'

1.3 Methodologie

Dit kern van dit onderzoek is in drie hoofdstukken ingedeeld. Hoofdstuk 2 is het eerste inhoudelijk hoofdstuk. Dit betreft een beschrijvend hoofdstuk waar de verhouding bestuur-burger wordt besproken binnen zowel staatsrechtelijke als bestuursrechtelijke context. De voornaamste bron is het handboek 'Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat'.⁵ Door middel van de sneeuwbal methode heb ik aan de hand van de literatuurlijsten en voetnoten nadere bronnen geraadpleegd.

¹ Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3. p. 12.

² Laemers e.a. 2007, p. 19.

³ Van der Linden & Tak 1995.

⁴ Scheltema 2008, p. 208.

⁵ Schlössels & Zijlstra 2017.

Hoofdstuk 3 betreft een literatuuronderzoek van het wederkerigheidsidee in het bestuursrecht. Voor het inwinnen van relevante literatuur gebruik ik de database van Kluwer navigator en Sdu. In beginsel heb ik de volgende zoektermen gehanteerd; 'wederkerigheid in het bestuursrecht', 'de wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking' en 'ongeschreven burgerplichten in het bestuursrecht'. Ook hier heb ik door middel van de sneeuwbalmethode het aantal bronnen verder uitgebreid om zo tot een bespreking te komen die in grote lijnen een beeld geeft van de standpunten van zowel voor- als tegenstanders van het wederkerigheidsidee in het bestuursrecht.

In hoofdstuk 4 wordt het gebruik van handhavingsconvenanten door de Belastingdienst getoetst aan het wetmatigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Ik heb hiervoor gekozen omdat bij dergelijk bestuursoptreden een beroep wordt gedaan op de wederkerigheid tussen partijen. De toetsing heeft tot doel om de aanvaardbaarheid van een dergelijke wederkerige manifestatie binnen het bestuursrecht vast te stellen. De uitkomsten vertellen iets over de reikwijdte en daarmee de betekenis die wederkerigheid heeft in het bestuursrecht.

1.4 Afbakening onderzoek

In hoofdstuk 2 worden de ontwikkelingen besproken die van invloed zijn geweest op de veranderende verhouding tussen bestuur en burger. Hierbij wordt uitgegaan van de periode van na de tweede wereldoorlog tot aan de invoering van de Awb. De wetgever lijkt de veranderende verhouding tussen het bestuur en de burger te koppelen aan de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁶ Deze beginselen zijn na de tweede wereldoorlog vanuit de jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen.

In hoofdstuk 3 wordt vervolgens de literatuuurdiscussie in kaart gebracht. De discussie raakt aan veel thema's binnen het bestuursrecht. Te denken valt aan wederkerigheid in het kader van definitieve geschilbeslechting⁷ en de verschillende burgerbeelden binnen het bestuursrecht.⁸ Het uitgebreid bespreken van al deze thema's overstijgt de omvang van deze scriptie en worden daarom buiten beschouwing gelaten. Centraal in de bespreking van de literatuuurdiscussie staat de vraag wat wederkerigheid nu eigenlijk betekent en in hoeverre wederkerigheid wel kan bestaan binnen de bestuursrechtelijke context.

Zoals hiervoor aangegeven zal in hoofdstuk 4 het gebruik van handhavingsconvenanten door de Belastingdienst worden getoetst aan het wetmatigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Ten aanzien van het wetmatigheidsbeginsel bestaat in de literatuur discussie over de reikwijdte. De discussie in de literatuur zal enkel kort benoemd worden. De opvatting van Schlössels & Zijlstra zal als uitgangspunt worden genomen.⁹

De toetsing aan het gelijkheidsbeginsel dient ook nader afgebakend te worden. De toetsing van het gelijkheidsbeginsel kent geen universele formule die toepasbaar is voor het gehele bestuursrecht. Afhankelijk van de context kan de toetsing afwijken. Ook hanteren de verschillende bestuursrechters net even andere toetsingscriteria. In deze scriptie zal bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel uitgegaan worden van de algemene bestuursrechtelijke context. Er is geen concrete casus die getoetst kan worden. Met de toetsing wordt daarom primair gekeken of het gebruik van de handhavingsconvenanten geen ongelijke behandeling tussen belastingplichtigen kan opleveren en dit niet leidt tot willekeurig bestuursoptreden.

⁶ *Kamerstukken II 1988/89*, 21 221, nr. 3, p. 11.

⁷ Allewijn 2011, p. 80

⁸ Damen e.a. 2018, p. 32-34.

⁹ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 100-101.

1.5 Maatschappelijke relevantie

Met dit onderzoek wordt de huidige status van het wederkerigheidsidee in het bestuursrecht onder de loep genomen. Interessant is om te bezien wat vanuit de literatuuurdiscussie en vanuit de wetgever nu precies wordt verstaan onder wederkerigheid in het bestuursrecht en dit in kaart te brengen. Vanuit de literatuuurdiscussie zal vervolgens vorm worden gegeven aan een eigen visie omtrent wederkerigheid in het bestuursrecht. Deze visie op de definitie van wederkerigheid in het bestuursrecht zal vervolgens als uitgangspunt dienen voor de toetsing van een praktijksituatie waar een beroep op wederkerigheid wordt gedaan, in casu het horizontaal toezicht van de Belastingdienst. De vraag is of een dergelijke ‘bestuurspraktijk’ wel aanvaardbaar is binnen het bestuursrecht. De uitkomsten van deze toetsing worden als uitgangspunt genomen voor de beantwoording van de vraag of de verhouding bestuur – burger wederkerig van aard is. Het onderzoek tracht daarmee inzicht te verschaffen in de betekenis die wederkerigheid mogelijk kan hebben in het bestuursrecht.

2. De verhouding bestuur - burger

2.1 Inleiding

De wetgever heeft de wederkerigheidsnotie in de memorie van toelichting bij de Awb gekoppeld aan de na oorlogse ontwikkelingen in het bestuursrecht. De wetgever constateerde toentertijd dat de positie van het bestuur ten opzichte van de burger is gewijzigd. De klassieke opvatting van het bestuur als overheid die zich boven de burger kan opstellen komt volgens de wetgever niet meer overeen met de bestuurspraktijk van eind 20^e eeuw.¹⁰ Deze constatering van de wetgever roept verschillende vragen op en geeft aanleiding de verhouding bestuur-burger nader onder de loep te nemen.

Het is interessant om te bezien hoe de verhouding bestuur-burger precies is gewijzigd en welke ontwikkeling hieraan ten grondslag hebben gelegen. Op basis waarvan is de wetgever vervolgens tot de conclusie gekomen dat er sprake is van een wederkerige rechtsbetrekking. Allereerst zal in paragraaf 2 ingegaan worden op de democratische rechtsstaatsgedachte en de plaats van de burger en het bestuur daarbinnen. In paragraaf 3 zal vervolgens worden ingegaan op verschillende ontwikkelingen die zich hebben afgespeeld voorafgaand aan de invoering van de Awb. Verder zal in paragraaf 4 worden bekeken hoe de verhouding bestuur-burger in het bestuursrecht tot uitdrukking komt. In paragraaf 5 zal afgesloten worden met enkele conclusies.

2.2 De democratisch rechtsstaatsgedachte

2.2.1 Trias politica-leer

De (democratische) rechtsstaatsgedachte zoals wij die nu kennen is ontstaan na de Franse revolutie. Kenmerkend voor de rechtstaatsgedachte was het onderscheid tussen de publieke en private rechtssfeer.¹¹ De wet werd hierbij als rechtsbron centraal gesteld.¹² Met zijn Trias Politica leer heeft Montesquieu grote invloed gehad op de ontwikkeling van de rechtsstaatsgedachte. Deze leer gaat uit van een strikte scheiding van een drietal machten; de wetgevende macht, de uitvoerende macht en de rechtsprekende macht.¹³ Deze scheiding werd nodig bevonden om tot een evenwichtig bewind te komen. Binnen de Trias-leer is de taakverdeling tussen de verschillende machten als volgt. De wetgevende macht stelt de wetgeving vast waar de burger aan gebonden kan worden. De overheidsorganen krijgen van de wetgever de bevoegdheid om uitvoering te geven aan deze wetgeving en kunnen daarmee de burgers daadwerkelijk binden aan deze wetgeving. De rechtsprekende macht heeft vervolgens de taak om te controleren of de overheid de wet wel op juiste wijze uitvoert.

2.2.2 De verhouding bestuur – burger binnen de democratische rechtsstaat

Het bestuur heeft binnen de democratische rechtsstaat als taak de behartiging van het algemeen belang.¹⁴ Wat hier precies onder valt is niet op voorhand te zeggen. In het kader hiervan kan allereerst gewezen worden op de Nederlandse Grondwet, internationale verdragen en verschillende Europese verdragen waarin algemene overheidstaken kunnen worden vastgelegd. Hierbij kan gedacht worden aan bijvoorbeeld artikel 20 van de grondwet waar de ‘opdracht’ voor de overheid is neergelegd om zorg te dragen voor de bestaanszekerheid van de burgers en de verspreiding van

¹⁰ Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3. p. 11.

¹¹ Teunissen, *Gemeentestem (GST)*, 2009/47, p. 235.

¹² Hirsch Ballin 1989, par. 2.

¹³ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 4.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld: R.J.N. Schlössels, in *Gst.* 2010/102, par. 3; Heldeweg 1995, p. 127.

welvaart. Verder vindt invulling van het algemeen belang in belangrijke mate plaats binnen het politiek-democratische proces van onze rechtstaat zelf. Concreet wordt vanuit politieke besluitvorming bepaald wat wel en niet onder het algemeen belang valt.¹⁵ De wetgever werkt dit vervolgens uit in formele wetgeving waarbij het bestuur als het ware de opdracht meekrijgt om hier uitvoering aan te geven. Deze wetgevende taak is belegd bij de regering en Staten Generaal, zie artikel 81 Grondwet.

Tot zover komt de taakstelling van het bestuur overeen met de uitvoerende macht van de Trias politica leer namelijk het uitvoeren van de op democratische wijze tot stand gekomen wetgeving. Echter moet geconstateerd worden dat het bestuur meer doet dan alleen uitvoering geven aan de wet. Dit is bijvoorbeeld zichtbaar als wij kijken naar de verhouding tussen de wetgevende macht en de uitvoerende macht. Bij sommige taken is sprake van enige overlap. Zo valt de regering onder de uitvoerende macht maar is zij ook nauw betrokken bij de vaststelling van formele wetgeving. Verder zal de overheid in voorkomende gevallen wetgeving nader moeten uitwerken door vaststelling van materiële normen of de uitleg daarvan.¹⁶ Van een strikte scheiding van de drie machten, waar de Trias Politica leer vanuit gaat, is dan ook geen sprake.

De voornaamste taak van het bestuur is dus de behartiging van het algemeen belang. Dit wordt ook wel gezien als het enige bestaansrecht van het bestuur.¹⁷ Het bestuur wordt namelijk in het leven geroepen of aangewezen en krijgt daarmee de bevoegdheid om een specifiek belang van de samenleving te behartigen. In de literatuur wordt dan ook wel aangenomen dat de bestuurlijke overheid een dienende functie naar de samenleving heeft.¹⁸ Scheltema stelt dat het idee van een dienende overheid een beginsel is van de democratische rechtsstaat. Het beginsel gaat uit van een overheid die de burger alleen lastig mag vallen wanneer dit in het kader van de behartiging van het algemeen belang nodig is.¹⁹ Hier valt uit op te maken dat het bestuur niet vrij is om te handelen maar volledig gebonden is aan het recht. Het bestuur mag alleen handelen wanneer het de bevoegdheid heeft gekregen vanuit de wet en enkel in het kader van het specifieke doel waarvoor de bevoegdheid is afgegeven.

De rol van de burger binnen de verhouding bestuur – burger is een stuk kleiner dan die van het bestuur. In beginsel is de burger vrij om te handelen tenzij vanuit het bestuursrecht anders wordt bepaald. In dat geval zal de burger geconfronteerd worden door het bestuur dat uitvoering geeft aan een bevoegdheid ter behartiging van het algemeen belang.²⁰ Burger en bestuur komen hiermee tot elkaar in een (juridische) relatie te staan. Deze rechtsrelatie wordt gekenmerkt door de eenzijdige vaststelling van de rechtspositie van de burger. Indien een burger het niet eens is met deze eenzijdige vaststelling dan is het mogelijk om het geschil aan te brengen bij een onafhankelijke rechter. Deze rechter zal toetsen of het bestuur correct uitvoering heeft gegeven aan de wetgeving en bezien of het daarbij binnen de grenzen van zijn bevoegdheid is gebleven.

¹⁵ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 6-8.

¹⁶ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 5.

¹⁷ Van Male 1993, p. 5; Schlössels en Zijlstra 2017, p. 283.

¹⁸ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 7.

¹⁹ Scheltema 1989, p. 20-22.

²⁰ Voermans, AA 2009/58, afl. 9, p. 597-600

2.3 Bestuursrecht in beweging

2.3.1 Functies van het bestuursrecht

Besturen in publiekrechtelijke zin houdt dus het behartigen van het algemeen belang in. Het bestuursrecht regelt de juridische aspecten van deze publieke taakstelling.²¹ Globaal zijn een drietal functies van het bestuursrecht te onderscheiden, te weten de legitimerende functie, de instrumentele functie en de waarborgfunctie.

Met de legitimerende functie wordt gedoeld op het aspect van bestuursrecht waarmee een juridisch grondslag wordt gegeven aan het bestuursoptreden. Kort gezegd ziet het bestuursrecht in dit kader toe op het in het leven roepen van bestuursorganen waarbij er tegelijkertijd bevoegdheden worden toegekend. Een andere uiting van de legitimerende functie van het bestuursrecht is de begrenzing van het bestuursoptreden. Dit komt erop neer dat het bestuur niet vrij is om te handelen.²² Het bestuur mag in beginsel enkel optreden wanneer de wet hiervoor de bevoegdheidsgrondslag biedt. Verder vindt aan de hand van inhoudelijke wettelijke regels en het ongeschreven recht nadere normering van het bestuursoptreden plaats. Bij bevoegdheden waar bijvoorbeeld beleid- of beoordelingsruimte bestaat kan dus ook niet gesproken worden van 'vrijheid'. Het handelen binnen deze beleidsvrije ruimte wordt namelijk genormeerd aan de (ongeschreven) algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Kortom het bestuur is volledig gebonden aan het recht. Met 'recht' doel ik op de wet en het ongeschreven recht tezamen.

Bij de instrumentele functie van het bestuursrecht moet het recht gezien worden als middel om een doel te bereiken. In deze context is het doel de behartiging van het algemeen belang door het bestuur. Het bestuursrecht stelt het bestuur in staat om zijn overheidsbeleid te verwezenlijken. Het bestuursrecht is het instrument waarmee het bestuur in staat wordt gesteld om het algemeen belang te behartigen. De middelen waarover het bestuur beschikt om het algemeen belang te behartigen zijn beperkt. Het is daardoor belangrijk dat effectief en doelmatig wordt omgesprongen met deze middelen.²³ Schort het aan effectiviteit en/of doelmatigheid van het gebruik aan middelen dan zal de verwezenlijking van het overheidsbeleid in mindere mate mogelijk zijn.

Als laatste kan de waarborgfunctie worden genoemd. Deze functie van het bestuursrecht heeft vooral tot doel om bescherming te bieden aan burgers ten opzichte van het bestuur. Het bestuursrecht vormt een complex aan regels ter normering van het bestuursoptreden. Voor het bestuur betekent dit dat er allerlei plichten zijn waar rekening mee gehouden moet worden bij zijn optreden richting de burger. Gedacht kan worden aan de 'plichten' die volgen uit afdeling 3.2 Awb. Op basis van artikel 3:2 Awb dient het bestuur de besluiten op zorgvuldige wijze te nemen door vergaring van de relevante feiten en belangen. Deze belangen dienen vervolgens meegewogen te worden bij het besluit waarbij ook acht geslagen moet worden op het evenredigheidsbeginsel.²⁴ Ook kan gedacht worden aan regels omtrent de voorbereiding van besluiten en de beslistermijnen in de Awb.²⁵ De burger kan hier in zekere mate rechten aan ontleen door het bestuur te houden aan deze 'plichten'. Het recht om een geschil aan te brengen bij een onafhankelijke bestuursrechter is de wijze waarop de rechten van de burger vervolgens worden gewaarborgd.²⁶

²¹ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 8.

²² De Poorter en De Graaf 2011, p. 13.

²³ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 27-28.

²⁴ Zie artikel 3:4 lid 2 Awb.

²⁵ Zie bijvoorbeeld afdeling 4.1.2 en 4.1.3 Awb.

²⁶ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 10-11.

Bovenstaande functies spelen allen een belangrijke rol binnen het bestuursrecht. Wanneer wordt vastgesteld dat op een bepaald gebied betrokkenheid van de overheid gewenst is dan zal de wetgever hiertoe wetgeving uitvaardigen. In deze wetgeving zal aandacht moeten zijn voor alle drie de functies. Zo zal de betreffende wet voor legitimatie van het bestuur zorgen, de middelen verstrekken aan het bestuur om de regeling uit te voeren en tegelijkertijd waarborgen voor de burger inbouwen, voor zover dit niet al in de algemene regels van de Awb of de Abbb ligt besloten. De drie functies zullen met elkaar in balans gebracht moeten worden. Het kan voorkomen dat een bepaalde functie van het bestuursrecht de boventoon voert. Wanneer bijvoorbeeld de nadruk op de instrumentele functie wordt gelegd, kan de legitimerende functie in de verdrukking komen. Vice versa geldt hetzelfde. Ondanks het onlosmakelijke verband tussen de drie functies bestaat er dus ook een zekere spanning.

2.3.2 Ontwikkelingen in het bestuursrecht

2.3.2.1 Van Nachtwakersstaat naar een verzorgingsstaat

Aan het eind van de 19^e eeuw tot om en nabij de jaren 70 van de 20^e eeuw heeft de Nederlandse staat een ontwikkeling doorgemaakt van nachtwakersstaat naar verzorgingsstaat. Het takenpakket van het bestuur binnen een nachtwakersstaat beperkte zich in beginsel tot veiligheid en de openbare orde.²⁷ Het takenpakket van de overheid is echter in de loop van de 20^e eeuw geleidelijk uitgebreid op de gebieden van huisvesting, onderwijs, volksgezondheid en sociale zekerheid.²⁸ In de literatuur wordt de wenselijkheid van verdergaande overheidsbemoeienis wel gekoppeld aan de industrialisatie die plaatsvond eind 19^e eeuw / begin 20^e eeuw. Arbeid en productiviteit werden steeds belangrijker voor de verdere ontwikkeling van de samenleving. Door de afhankelijkheid van de samenleving op arbeid en productiviteit werd het nodig geacht om risico's als arbeidsongeschiktheid, werkloosheid en armoede te mitigeren door sociale zekerheidsvoorzieningen in te richten.²⁹

2.3.2.2 Terugtrek van de wetgever

Binnen de zogenaamde nachtwakersstaat had de wetgever als voornaamste taak om regels te codificeren die hij had gevonden in het gewoonterecht, ongeschreven beginselen, fatsoensregels en de rechtsregels die voortvloeien uit de jurisprudentie. De wetgever constateert en reageert op ontwikkelingen in het recht en past de wet hierop aan.³⁰ Koopmans constateerde echter in de loop van de 20^e eeuw dat de wetgever in belangrijke mate het recht juist gebruikt als middel om de maatschappij te sturen. De regelingen omtrent volkshuisvesting, leerplicht en de sociale zekerheid zijn voorbeelden waar de overheid actief intervenueert in de maatschappij.³¹

In de periode na de Tweede Wereldoorlog is de ontwikkeling van de verzorgingsstaat in Nederland in een stroomversnelling geraakt. Tijdens de wederopbouw was er meer dan voorheen sprake van overheidsbetrokkenheid op bijvoorbeeld het gebied van woningbouw, woonruimteverdeling en milieu. Daarnaast was er sprake van een explosief groeiende welvaart wat uitbreiding van de verzorgingsstaat mogelijk maakte. Concreet werd de sociale zekerheid uitgebreid en konden op gebieden als onderwijs, economie, kunst en cultuur, subsidieregimes in het leven worden geroepen.³² Tijdens deze periode van uitbreiding van de verzorgingsstaat werd door het groeiende

²⁷ Schlössels & Zijlstra 2010/1.1.2.1.21.

²⁸ Kwakkelstein, Van Dam, Van Ravenzwaaij 2012, p. 12-13.

²⁹ Van Doorn & Schuyt 1982, p. 75.

³⁰ Koopmans 1970, p. 151.

³¹ Koopmans 1970, p. 152-153.

³² Schlössels & Zijlstra 2010/1.1.2.1.23.

takenpakket steeds meer verwacht van de overheid. De wetgever bleek echter steeds minder goed in staat om dit ruime takenpakket van het bestuur uit te werken in concrete wetgeving. Gevolg hiervan is dat de wetgever vaker kaderwetgeving afgeeft waarbij nadere invulling door het bestuur noodzakelijk is. Deze ontwikkeling wordt wel aangeduid als de terugtrek van de wetgever. Het terugtrekken van de wetgever gebeurt in mijn optiek in een tweetal gevallen. Allereerst kan de wetgever, wetgevende bevoegdheid delegeren aan het bestuur. Ten tweede kan de wetgever zich bedienen van algemene of vage normen bij de vaststelling van de wet. Het bestuur zal op individueel niveau een belangenafweging moeten maken waarbij deze vage normen nader geïnterpreteerd moeten worden met het oog op de omstandigheden en betrokken belangen van het geval.³³

Interessant is de wijze waarop Nicolai de ontwikkeling van de terugtrekkende wetgever omschrijft. Hij ziet dat bij een terugtrekkende wetgever de taak om het individuele belang tegen het algemeen belang af te wegen verschuift van de wetgever naar het bestuur.³⁴ Opgemerkt moet worden dat het bestuur niet volledig vrij is bij de invulling van deze taak. Het bestuur is nog altijd gebonden aan de beginselen zoals die van legaliteit, specialiteit en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (hierna: abbb), die met name in de tweede helft van de 20^e eeuw tot ontwikkeling zijn gekomen.

2.3.2.3 Het bestuur als wetgevende macht

Door het terugtrekken van de wetgever is het takenpakket van het bestuur verder uitgebreid. Door de delegatie van de regelgevende bevoegdheden krijgt het bestuur de beschikking over (materieel) wetgevende bevoegdheden. In de literatuur wordt wel gesproken van 'bestuurswetgeving'. Dit zijn de algemeen verbindende voorschriften die door het bestuur worden vastgesteld.³⁵ Met de bevoegdheid om nadere regels te stellen en / of te concretiseren wordt de machtspositie van het bestuur ten opzichte van de burger vergroot. De indirecte invloed die de burger heeft via zijn volksvertegenwoordiging komt hiermee onder druk te staan. De volksvertegenwoordiging is namelijk niet meer direct betrokken bij de vaststelling van de bindende regels. De democratische legitimatie is daarom bij bestuurswetgeving een stuk zwakker. Van Ommeren stipt mijns inziens nog wel terecht aan dat dit niet geldt voor decentrale overheden. Hier worden de wettelijke regels namelijk met direct medewerken van de plaatselijke politiek vastgesteld.³⁶

Ook komt de waarborgfunctie van de wet onder druk te staan. Doordat het bestuur in belangrijke mate bijdraagt aan de vorming van de materiële normen staat de formele wetgeving als bron van het recht minder op de voorgrond. Gribnau wijst er in dat kader op dat de formele wet niet meer de voornaamste bron is om rechtsgelijkheid en rechtszekerheid te bewerkstelligen. De wet biedt daarom in mindere mate nog een waarborg voor de burger.³⁷

2.3.2.4 De compensatietheorie

De groei van materiële normen die niet altijd meer uit de formele wetgeving volgen heeft tot ondoorzichtigheid in het recht geleid. Zoals hiervoor aangegeven stond de rechtszekerheid onder druk. Hierdoor bestond de behoefte om het bestuur aan meer controle te kunnen onderwerpen. Bij de discretionaire bevoegdheden van het bestuur waar beleidsvrijheid of beoordelingsvrijheid bestond, werd de rol van de rechter echter beperkt geacht. Het ontbreken van materiële normen in de wet betekent ook voor de rechter dat hij het bestuursoptreden in onvoldoende mate kon toetsen.

³³ Van der Heijden 2001, p. 4.

³⁴ Nicolai 1990, p. 212-213.

³⁵ Van Male 1988, p. 4.

³⁶ Van Ommeren, *Regelmaat* afl. 2008/3, p. 75.

³⁷ Gribnau 1998, p. 145.

Het is namelijk niet de bedoeling dat de rechter bij het toetsen van bestuuroptreden een volledig eigen belangenafweging maakt. Hiermee zou de rechter teveel op de stoel van het bestuur komen te zitten. Dit is vanuit staatsrechtelijke zin ongewenst aangezien de rechter onvoldoende democratisch is gelegitimeerd.³⁸ Om dit gebrek aan controle op het bestuur te compenseren heeft de rechter de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de rechtspraak ontwikkeld.³⁹ Deze beginselen gaven een extra grondslag aan de rechter om bestuurshandelingen alsnog aan een toetsing te kunnen onderwerpen. Met de ontwikkeling van de abbb heeft de rechter het gebrek aan rechtszekerheid vanuit de wet getracht te compenseren. Daarnaast hebben de abbb ook een corrigerende functie ten aanzien van de wet. Gedacht kan worden aan de situatie wanneer strikte wetsuitvoering tot onredelijke resultaten leidt.⁴⁰ Dit wordt ook wel aangeduid als de 'compensatietheorie'.⁴¹ Gesteld kan worden dat met de ontwikkeling van de abbb weer meer nadruk is komen te liggen op de waarborgfunctie van het bestuursrecht.

2.4 De Awb en de verhouding bestuur – burger

2.4.1 De invoering van de Awb

Met de invoering van de Awb is uitvoering gegeven aan de opdracht die volgt uit de grondwet om algemene regels van bestuursrecht vast te stellen.⁴² Doelstellingen van de Awb zijn het creëren van eenheid van de bestuursrechtelijke wetgeving door te systematiseren en vereenvoudigen, het codificeren van ontwikkelingen en het treffen van voorzieningen die gewenst of noodzakelijk zijn voor het gehele bestuursrecht.⁴³ De nadruk is dus vooral gelegd op het aanbrengen van meer eenheid en consistentie in het bestuursrecht.⁴⁴ Voorheen kwam het regelmatig voor dat dezelfde thema's in verschillende bijzondere wetten op andere wijze werden ingeregeld. Zo kon de termijn voor het indienen van bezwaar per wet verschillen. Ook kwam het voor dat dezelfde thema's per wet net anders werden geformuleerd waardoor onduidelijk is of een andere regeling beoogd is. Dit kan differentiatie van op het oog gelijke regelingen in de hand werken wanneer de rechter deze regelingen moet uitleggen. In het kader van rechtszekerheid is dit ongewenst.⁴⁵ Ook achtte de wetgever het van belang om het ongeschreven beginselenrecht dat in de jurisprudentie tot ontwikkeling was gekomen, zoveel mogelijk te codificeren ten behoeve van de kenbaarheid en eenheid van het recht.⁴⁶ De Awb is daarmee een ijkpunt geweest van de bestuursrechtelijke ontwikkeling. Tegelijkertijd biedt het een fundament waarop het bestuursrecht zich verder kan ontwikkelen.

2.4.2 De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking

De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is een veelgebruikte term om de gejuridiseerde verhouding tussen bestuur en burger aan te duiden, maar kent vreemd genoeg geen definitie vanuit de wet. Voor aanknopingspunten voor de betekenis van het begrip 'rechtsbetrekking' kan gekeken worden naar het civielrecht. Dit begrip wordt aangeduid als een door het recht geregelde verhouding.⁴⁷ Dit is een juridische omgeving waarbinnen twee of meer partijen zich bevinden. Uitgaande van datzelfde

³⁸ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 332.

³⁹ Gribnau 1998, p.146-147; Van der Heijden 2001, p. 4.

⁴⁰ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 332-333.

⁴¹ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 332.

⁴² Zie artikel 107, lid 2 Grondwet.

⁴³ *Kamerstukken II 1988/89*, 21 221, nr. 3. p. 4.

⁴⁴ Scheltema, M., *Rechtseenheid of rechtsstaat als doelstelling van de Awb?*, NJB 2015/814.

⁴⁵ *Kamerstukken II 1988/89*, 21 221, nr. 3, p. 4-7.

⁴⁶ *Kamerstukken II 1988/89*, 21 221, nr. 3. p. 8.

⁴⁷ Asser/Sieburgh 2016/6.

kader is de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking een juridisch omgeving die specifiek door het bestuursrecht is gevormd.⁴⁸ Zo gezien wordt de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking gevormd door het geheel aan procedurele en materiële regelgeving die van enige relevantie zijn voor de betreffende verhouding tussen bestuur en burger. De bevoegdheid voor een bestuursorgaan om op een bepaald gebied een burger eenzijdig te binden zijn te vinden in de bijzondere wetten van het bestuursrecht. De Awb geeft de procedurele invulling aan de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking voor zover er geen afzonderlijke regeling uit de bijzondere wet volgt.

De partijen binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking zijn aan de ene kant het bestuursorgaan ex. artikel 1.1 lid 1 Awb en aan de andere kant de burger. Kern van deze juridische verhouding wordt in veel gevallen gevormd door het besluit ex. artikel 1:3 Awb. Het besluit is namelijk het voornaamste instrument van het bestuur om de burger te binden aan wet- en regelgeving.

Tegelijkertijd is het besluit de ingang voor de burger tot rechtsbescherming, zie artikel 8:1 Awb. De Awb kent hier wel verschillende uitzonderingen op. Tegen besluiten inhoudende een algemeen verbindend voorschrift, beleidsregels en besluiten ter voorbereiding van privaatrechtelijke rechtshandelingen kan geen beroep worden ingesteld.⁴⁹ Verder zijn in artikel 8:4 en 8:5 Awb uitzonderingen opgenomen voor verschillende specifieke besluiten.⁵⁰ Ongeacht of er rechtsbescherming open staat tussen bestuur en burger kan gesteld worden dat het besluit in veel gevallen de verbindende factor is tussen bestuur en burger.

Het nemen van besluiten door het bestuur en het in bezwaar en/of beroep gaan tegen dit besluit door de burger is echter niet het enige wat zich afspeelt binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Voorafgaand aan de vaststelling van een besluit door het bestuur zal een burger in voorkomende gevallen eerst een aanvraag moeten indienen.⁵¹ Verder zal een burger in het kader van de voorbereiding van een besluit zienswijzen kunnen indienen.⁵² Nadat een besluit is genomen kunnen er verder vervolgens aanvullende (rechts)handelingen plaatsvinden. Te denken valt aan de subsidieovereenkomst ter uitvoering van een subsidiebesluit. Ook kan een besluit leiden tot andere besluiten. De toekenning van een WW-uitkering zal bijvoorbeeld in de toekomst leiden tot een besluit tot beëindiging van deze uitkering. Het is daarnaast zelfs mogelijk dat een bestuurshandeling uiteindelijk niet leidt tot een besluit. Gedacht kan worden aan een feitelijke toezichtshandeling op basis waarvan het bestuur concludeert dat geen handhavingsbesluit vereist is. Het besluit vormt dus weliswaar in de meeste gevallen de kern van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking maar is geen voorwaarde om te kunnen spreken van een bestuursrechtelijk rechtsbetrekking. Van Ommeren en Huisman hebben een in mijn ogen passende omschrijving gegeven van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking: 'Het dynamische en voortgaande geheel van met elkaar verband houdende handelingen van een bestuursorgaan en de burger die gericht zijn op of voortvloeien uit de besluitvorming door een bestuursorgaan'.⁵³ Deze definitie omvat mijns inziens alle verschillende interacties die in publiekrechtelijke zin plaatsvinden tussen bestuur en burger.

2.4.3 Eenzijdigheid en normering van het bestuursoptreden

Zoals hiervoor aangegeven is het besluitbegrip het voornaamste instrument voor het bestuur om de burger te binden aan de wet. Het is daarmee een verticaal instrument. Hier doel ik op het feit dat het

⁴⁸ Peters *SteR* (nr. 41), 2018/2.2.

⁴⁹ Artikel 8:3 Awb.

⁵⁰ Zie ook bijlage 2 (Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak), artikel 1.

⁵¹ Zie artikel 4:2 lid 2 Awb.

⁵² Zie artikel 3:15 Awb.

⁵³ Huisman & van Ommeren *NTB* 2018/7.

bestuur met een besluit eenzijdig de rechtspositie van de burger vaststelt. De instemming van de burger is niet nodig om tot een besluit te komen. Tot zover lijkt de verhouding bestuur – burger in de Awb nog steeds op de klassieke verhouding waarbij het bestuur zich boven de burger opstelt en de burger vrijwel geen invloed heeft op de besluitvorming.

Maar waar komt nu de notie van de wetgever vandaan dat er sprake zou zijn van een wederkerige rechtsbetrekking tussen bestuur en burger waarbij partijen tot op zekere hoogte rekening dienen te houden met elkaars belangen? Mijns inziens moet deze constatering worden gezien tegen de achtergrond van de ontwikkeling van de abbb. Het bestuur zal bij zijn besluitvorming acht moeten slaan op deze abbb waaruit volgt dat de relevante belangen van de burger meegewogen moeten worden bij de besluitvorming. Concreet kan gewezen worden op artikel 3.2 Awb waar het formele zorgvuldigheidsbeginsel is terug te vinden. Dit beginsel ziet toe op de voorbereiding van besluiten. Op grond van dit beginsel dient het bestuur ambtshalve informatie te verzamelen omtrent de relevante feiten en de betrokken belangen bij het besluit. Een ander aspect van het formele zorgvuldigheidsbeginsel zijn de wettelijke hoorplichten. Op grond van artikel 4:7 Awb zal een bestuursorgaan een aanvrager bijvoorbeeld moeten horen wanneer een aanvraag volledig of gedeeltelijk wordt afgewezen. Voorwaarde hierbij is wel dat de afwijzing moet berusten op gegevens wat betrekking heeft op de aanvrager en deze gegevens afwijken van hetgeen de aanvrager heeft verstrekt.⁵⁴ Ook een derde belanghebbende zal in voorkomende situaties gehoord dienen te worden. Ik wijs hier op artikel 4:8 Awb. Op basis van dit artikel zal een bestuursorgaan een derde belanghebbende moeten horen indien de betreffende persoon mogelijk bezwaren zou kunnen hebben tegen het besluit. De beschikking moet steunen op gegevens die de belanghebbende betreffen maar hij niet zelf heeft verstrekt.⁵⁵ Indien hij niet heeft voldaan aan enig wettelijke voorschrift om gegevens te verstrekken, vervalt de hoorplicht ook.⁵⁶ Hetgeen een belanghebbende naar voren brengt zal, wanneer aan de voorwaarden wordt voldaan, bij de belangenafweging moeten worden meegewogen. Dit kan invloed hebben op de uiteindelijke besluitvorming.

2.4.4 Wederkerigheidsnotie wetgever: rekenschap houden met elkaars belangen

Uit het voorgaande zijn mijns inziens twee zaken op te maken. Allereerst is het bestuur in voorkomende gevallen afhankelijk van de input van de burger bij de besluitvorming. Dit geldt overigens niet bij gebonden bevoegdheden. In dergelijke gevallen laten de wettelijke regels geen ruimte voor interpretatie en hoeft er in beginsel geen belangenafweging plaats te vinden. Ten tweede wordt van de burger meer participatie verwacht. Dit betekent volgens de wetgever dat de burger in ieder geval zijn belangen zelfstandig op geschikte wijze naar voren brengt bij het bestuur.⁵⁷ Gewezen kan worden op artikel 3:15 Awb. Op basis van dit artikel kunnen belanghebbenden zienswijzen naar voren brengen over een ontwerpbesluit indien de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van toepassing is.⁵⁸ Verzuimt een belanghebbende om zienswijzen in te dienen dan kan dit gevolgen hebben voor zijn 'aanspraak' op beroep bij de bestuursrechter. Artikel 6:13 Awb bepaalt immers dat geen beroep ingesteld kan worden door een belanghebbende indien hem redelijkerwijs verweten kan worden dat hij dit heeft nagelaten.

Op het toepassingsbereik van artikel 6:13 Awb is recent wel een belangrijke beperking vastgesteld. In het zogenaamde 'Varkens in nood' – arrest heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna:

⁵⁴ Zie artikel 4:7 lid 1, sub a en b Awb.

⁵⁵ Zie artikel 4:8, lid 1, sub a en b Awb.

⁵⁶ Zie artikel 4:8, lid 2 Awb.

⁵⁷ *Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 13.*

⁵⁸ Zie artikel 3:10 Awb.

het Hof) enkele prejudiciële vragen beantwoord of artikel 6:13 Awb wel in stelling gebracht mag worden gezien artikel 6 jo artikel 9, lid 2 en lid 3, van het Verdrag van Aarhus.⁵⁹ In deze artikelen zijn bepalingen opgenomen voor de bestuursrechtelijke procedures bij de besluitvorming van milieu aangelegenheden. Het gaat in deze artikelen specifiek om inspraak mogelijkheden en de toegang tot de rechter. Het Hof heeft geoordeeld dat artikel 9, lid 2, van het Verdrag van Aarhus niet tot doel heeft om alle burgers te voorzien van een recht op beroep bij de bestuursrechter ten aanzien van Aarhus-besluiten.⁶⁰ Wel geeft het Hof aan dat wanneer er inspraakrechten worden toegekend aan niet-belanghebbenden er ook een rechtsmiddel bij de bestuursrechter moet openstaan.⁶¹

De Afdeling heeft naar aanleiding van dit arrest geconcludeerd dat artikel 6:13 Awb niet tegen belanghebbenden mag worden tegengeworpen wanneer gebruik is gemaakt van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure in omgevingsrechtelijke zaken.⁶² Verder heeft de Afdeling in een uitspraak van 4 mei 2021 vastgesteld dat artikel 1:2, lid 1 jo artikel 8:1 Awb de ontvankelijkheid van beroep door een niet-belanghebbende, die zienswijzen heeft kunnen indienen tegen een omgevingsrechtelijk besluit, niet in de weg mag staan.⁶³ Dit is namelijk niet in overeenstemming met artikel 9 lid 3 van het Verdrag van Aarhus. Hierbij wordt wel opgemerkt dat het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb nog steeds van toepassing is.⁶⁴ Op basis van dit vereiste mag een besluit niet vernietigd worden indien de geschonden rechtsregel niet strekt tot bescherming van het belang van degene die zich hier op beroept.⁶⁵

In het kader van het relativiteitsvereiste kan gewezen worden op een recente uitspraak van de Afdeling.⁶⁶ In casu had een inwoner van Heerlen beroep aangetekend tegen een afgegeven ontheffingsbesluit. De ontheffing was aangevraagd door Greenpeace om wetenschappelijk onderzoek te mogen uitvoeren op het antarctische gebied. Er was sprake van een omgevingsrechtelijke besluit en de burger had zienswijzen ingediend tegen het besluit. Het beroep is derhalve ontvankelijk. De wet bescherming Antarctica ziet echter niet toe op de bescherming van de belangen van de burger in kwestie.⁶⁷ Het besluit mocht daarom niet vernietigd worden op grond van het relativiteitsvereiste.

Uit voorgaande bespreking wordt duidelijk dat bestuur en burger inderdaad in voorkomende gevallen rekening moeten houden met elkaars positie en belangen. Voor het bestuur volgt deze verplichting uit de abbb. Het recht op inspraak van burgers kan zelfs worden opgerekt tot niet-belanghebbenden.⁶⁸ Het relativiteitsvereiste geeft mijns inziens uitdrukking aan het idee dat de burger in zekere zin rekening moet houden met het algemeen belang wat door het bestuur wordt behartigd. Naast het feit dat hij zelfstandig zijn eigen belangen naar voren moet brengen kan de burger geconfronteerd worden met het oordeel dat zijn belangen niet door de betreffende regeling worden beschermd. Betekent voorgaande nu dat er sprake is van een wederkerige rechtsbetrekking tussen bestuur en burger? Op basis van de hiervoor besproken aanknopingspunten die de wetgever in de memorie van toelichting heeft aangereikt kan dit mijns inziens nog niet gesteld worden. De abbb normeren het bestuuroptreden namelijk op eenzijdige wijze. Deze normen gelden namelijk

⁵⁹ HvJ EU 14 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:7.

⁶⁰ HvJ EU 14 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:7, nr. C-826 / 18, r.o. 36.

⁶¹ HvJ EU 14 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:7, nr. C-826 / 18, r.o. 52.

⁶² ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786, nr. 201908374/1/R3, r.o. 4.8.

⁶³ ABRvS 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953, nr. 202003081/1/R3, r.o. 4.6-4.8.

⁶⁴ ABRvS 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953, nr. 202003081/1/R3, r.o. 4.9.

⁶⁵ Zie artikel 8:69a Awb.

⁶⁶ ABRvS 29 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:3020.

⁶⁷ ABRvS 29 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:3020, r.o. 6.6.

⁶⁸ Zie artikel 3:15, lid 2, Awb.

niet op gelijke wijze voor de burger. Dat er van de burger verwacht mag worden dat hij zelfstandig zijn belangen naar voren brengt volgt uit de wet en is niet zozeer een gevolg van de wederkerigheid van de rechtsbetrekking. De relativiteitseis lijkt wel kenmerkend voor wederkerigheid. Deze eis is verbonden aan het doel van een wettelijke regeling of rechtsbeginsel. Er ontstaat daardoor een situatie waarbij zowel bestuur als burger over en weer plichten hebben.

2.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht hoe de verhouding bestuur – burger zich door de jaren heen heeft ontwikkeld. Vanuit de Trias-leer wordt de verhouding bestuur-burger gezien als een verticale relatie. Er is sprake van een overheid die zijn bevoegdheden aanwendt om eenzijdig over het lot van de burger te beslissen. De nadruk ligt op de legitimerende en instrumentele functie van het bestuursrecht. Het bestuur stelt eenzijdig de rechtspositie van de burger vast. De burger kan eventuele geschillen nog aanbrengen bij een onafhankelijke rechter.

Na de tweede wereldoorlog werd het nodig geacht om steeds meer taken bij de overheid te beleggen. Dit heeft een kettingreactie aan ontwikkelingen in de hand gewerkt wat de verhoudingen van de drie functies van het bestuursrecht heeft doen wijzigen. Het terugtreden van de wetgever en de uitdijing van de discretionaire bevoegdheden van het bestuur zwakte de legitimerende functie af en versterkte de instrumentele functie van het bestuursrecht. Omdat het bestuur aanzienlijk meer macht kreeg werd het nodig geacht om hiertegen waarborgen te ontwikkelen. In de rechtsspraak zijn in dit kader de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ontwikkeld waarmee het bestuursoptreden kon worden beteugeld. Met deze ontwikkeling is er meer nadruk komen te liggen op de waarborgfunctie van het bestuursrecht.

Met de invoering van de Awb zijn de belangrijkste ontwikkelingen gecodificeerd in een algemeen systeem van bestuursprocesrecht. De wetgever heeft in de memorie van toelichting aangegeven dat bestuur en burger tot op zekere hoogte rekening moeten houden met elkaars belangen. De rechtsbetrekking zou daarom wederkerig van aard zijn. Geconstateerd kan worden dat zowel het bestuur als burger inderdaad tot op zekere hoogte rekening dienen te houden met elkaars positie. Het bestuur zal de belangen en zienswijzen bij een besluit moeten afwegen. De plicht tot belangenafweging volgt uit de abbb. De burger heeft de plicht om zelfstandig zijn eigen belangen naar voren te brengen. Deze plicht volgt uit de wet en geeft mijns inziens onvoldoende indicatie dat er sprake is van wederkerigheid. Het relativiteitsvereiste daarentegen lijkt wel tot wederkerigheid in de relatie van bestuur en burger te leiden. Dit vereiste is gekoppeld aan het beschermingsbereik van een rechtsregel. De burger zal besef moeten hebben van het beschermingsbereik van een rechtsregel en kan geconfronteerd worden met het feit dat zijn belang niet tot vernietiging van het betreffende besluit kan leiden. Het is mijns inziens echter voor discussie vatbaar of dit nu ook betekent dat de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking wederkerig van aard is. De rechten en plichten zijn niet evenredig verdeeld tussen partijen en vloeien ook voort uit verschillende juridische grondslagen. Het besluit zelf is nog steeds eenzijdig van aard. Om vast te stellen of daadwerkelijk sprake is van een wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, is een verdergaande analyse nodig. In het volgende hoofdstuk zal dit aan de hand van de literatuuurdiscussie nader worden besproken

3. Wederkerigheid in het bestuursrecht

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk ga ik op zoek naar de betekenis van wederkerigheid in het bestuursrecht. Is wederkerigheid wel denkbaar binnen het bestuursrecht? Wat betekent wederkerigheid nu voor de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking en hoe manifesteert zich dat in de praktijk? Vanuit de literatuur kan op deze vragen geen eenduidig antwoord worden gevonden. Er bestaan daarvoor teveel uiteenlopende visie omtrent het wederkerigheidsthema. In dit hoofdstuk wordt uitgebreid stilgestaan bij de discussie in de literatuur. Na de bespreking volgt in de conclusie een recapitulatie van de belangrijkste besproken punten en sluit ik af met mijn zienswijze omtrent wederkerigheid in het bestuursrecht.

3.2 Het begrip: wederkerigheid

Wederkerigheid is een begrip dat al snel geassocieerd wordt met de privaatrechtelijke overeenkomst. Om meer inzicht te krijgen in het begrip wederkerigheid is het dan ook goed om de betekenis hiervan in het privaatrecht nader te bekijken. In artikel 6:261 lid 1 BW wordt de wederkerige overeenkomst als volgt aangeduid:

‘een overeenkomst is wederkerig, indien elk van beide partijen een verbintenis op zich neemt ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar verbindt.’⁶⁹

De wederkerige overeenkomst wordt dus opgemaakt uit verbintenissen die met elkaar samenhangen. Een verbintenis kent weliswaar geen definitie vanuit de wet maar er bestaat wel algemene consensus over de betekenis hiervan. Een verbintenis geeft uitdrukking aan een rechtsverhouding tussen minimaal twee partijen. Partijen hebben over en weer prestaties van elkaar tegoed die zij van elkaar kunnen vorderen. De prestaties vanuit een verbintenis hebben een vermogensrechtelijke karakter.⁷⁰

Met het aangaan van een wederkerige overeenkomst komt een privaatrechtelijke rechtsbetrekking tussen partijen tot stand. Belangrijk beginsel binnen het privaatrecht is de contractsvrijheid. Dit betekent dat partijen beginsel vrij zijn om naar eigen inzicht verbintenissen met elkaar aan te gaan. Hiermee wordt uitdrukking gegeven aan de autonomie van de burger die door middel van een wilsverklaring contracten kan sluiten en daarom tot zelf ontplooiing kan komen.⁷¹ Er is oftewel sprake van contractvrijheid en wilsautonomie. Partijen zijn verder binnen de privaatrechtelijke rechtsverhouding voor de wet in beginsel gelijk. Uitzondering hierop zijn de wettelijke regels omtrent de algemene voorwaarden waar de consument toch enigszins in bescherming wordt genomen tegen de professionele marktpartijen.⁷² Belangrijke norm in het privaatrecht is de redelijkheid en billijkheid ex. artikel 6:2 BW. Dit is een verplichting voor partijen om zich jegens elkaar conform de eisen van redelijkheid en billijkheid te gedragen. De betekenis wordt in het arrest Baris/Riezenkamp tot uitdrukking gebracht. In dit arrest wordt aangegeven dat partijen tot elkaar in een verhouding staan die beheerst wordt door de goede trouw waarbij partijen hun gedrag moeten afstemmen op de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij en hiertoe redelijke maatregelen nemen ter voorkoming van onjuist veronderstellingen ten aanzien van de wil van de andere partij.⁷³ Kortgezegd

⁶⁹ Zie artikel 6:261 lid 1 BW

⁷⁰ De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 7.

⁷¹ Hijma e.a. 2016, p. 14.

⁷² Hijma e.a. 2016, p. 15.

⁷³ HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (m. nt. L.E.H. Rutten)

dienen partijen rekening te houden met elkaars belangen, voor zover dit vanuit de redelijkheid en billijkheid verwacht mag worden.

3.3 Bestuursrecht en de privaatrechtelijke wederkerigheid

3.3.1 Publiekrechtelijke autonomie

Zoals in de inleiding al aangegeven heeft het idee van wederkerigheid in het bestuursrecht tot veel discussie geleid in de literatuur. Ik wijs hier op de bundel 'eenzijdig en wederkerig?'.⁷⁴ De schrijvers van deze bundel hebben getracht het wederkerigheidsconcept in een theoretisch kader te zetten om vandaar uit te bezien of dit 'nieuwe idee' wel aanvaardbaar is in het bestuursrecht.⁷⁵

Heldeweg is bijvoorbeeld van mening dat wederkerigheid een zekere gelijkwaardigheid tussen partijen veronderstelt. Partijen worden in een dergelijke verhouding gezien als autonome rechtssubjecten.⁷⁶ Het wederkerigheidsidee zou hiermee de deur openzetten om te denken in betrekkingen waar burgers enkel subjectieve rechten en aanspraken hebben ten opzichte van het bestuur waarbij partijen de zorgvuldigheid naar elkaar toe in acht moeten nemen.⁷⁷ Het gevaar dat op de loer ligt is dat wederkerigheid als grondslag voor rechtmatigheid wordt gehanteerd. Dit zou leiden tot uitholling van het wetmatigheidsbeginsel.⁷⁸

Heldeweg betoogt dat er in de verhouding bestuur-burger nooit sprake kan zijn van gelijkwaardigheid of horizontaliteit. Hij maakt hier onderscheid tussen de privaatrechtelijke autonomie en publiekrechtelijke autonomie. In het privaatrecht wordt de autonomie tot uitdrukking gebracht in een (wederkerige) obligatoire overeenkomst. Op basis van wilsautonomie en contractvrijheid is de burger in beginsel vrij om overeenkomsten te sluiten waardoor een rechtsverhouding in het leven wordt geroepen. In het bestuursrecht hebben overheid en burger niet diezelfde vrijheid en komt de rechtsverhouding op een andere wijze tot stand. Het bestuur zal over een bevoegdheidsgrondslag moeten beschikken die is afgegeven in het kader van de behartiging van een algemeen belang, alvorens publiekrechtelijke handelingen te mogen verrichten. Deze bevoegdheid moet terug te leiden zijn tot een wet in formele zin.⁷⁹ Dit maakt dat het bestuur volledig gebonden is aan het recht. Van privaatrechtelijke autonomie kan geen sprake zijn.

Interessant is de zienswijze van Heldeweg ten aanzien van de publiekrechtelijke autonomie. Dit begrip legt hij uit als de 'vrijheid' van het bestuur om bindende normen af te geven aan burgers.⁸⁰ Als ik het goed begrijp doelt hij hiermee op de verkregen bevoegdheid van het bestuur om een bepaald algemeen belang te behartigen.⁸¹ Van daadwerkelijke vrijheid is dan ook geen sprake. Het bestuur is hierbij gebonden aan de doelstelling van de bevoegdheid en de abbb. Wel zal het bestuur vaak over een zekere mate van discretionaire ruimte beschikken. Binnen deze ruimte zal het bestuur echter nog steeds het meest geschikte besluit moeten nemen rekening houdend met de doelgebondenheid van de bevoegdheid en de abbb. Deze beginselen normeren het bestuursoptreden en begrensd daarmee de publiekrechtelijke autonomie van het bestuur. Ook zal het bestuursoptreden niet in strijd mogen komen met de bestuursrechtelijke beginselen als wetmatigheid, het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur. Aan de kant van de burger is er binnen de bestuursrechtelijke

⁷⁴ E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak e.a. (red), *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer: Kluwer 1995.

⁷⁵ Tak 1995, p. 4-8.

⁷⁶ Heldeweg 1995, p. 122.

⁷⁷ Heldeweg 1995, p. 122-123.

⁷⁸ Heldeweg 1995, p. 123.

⁷⁹ Ten Berge 1998, p. 7-8.

⁸⁰ Heldeweg 1995, p. 124; Zie ook Simon 1995, p. 83-93.

⁸¹ Heldeweg 1995, p. 127-129.

rechtsbetrekking maar weinig autonomie te bespeuren. Van oudsher is de burger overgeleverd aan het recht en het bestuur die hier uitvoering aan geeft. De verwezenlijking van de publiekrechtelijke autonomie zal voor de burger zelfs een beperking van zijn vrijheid kunnen inhouden. Te denken valt aan bezwarende besluiten bijvoorbeeld in het kader van handhaving. Heldeweg leidt hieruit af dat er geenszins sprake is van vrijheid tussen partijen maar dat juist gesproken moet worden van wederzijdse onvrijheid.⁸² Toch speelt in mijn optiek de autonomie van de burger tot op zekere hoogte een rol binnen de publiekrechtelijke autonomie. Ik doel hiermee op het individuele belang van de burger die meegewogen moet worden bij de besluitvorming. Weliswaar kan het individuele belang nog steeds eenzijdig aan de kant geschoven worden ten gunste van het algemeen belang maar dit zal niet zondermeer het geval zijn. In voorkomende gevallen zal de burger zelfs gecompenseerd moeten worden in verband met het beginsel van *egalité devant les charges publiques*.

3.3.2 Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke verbintenissen

Een andere invalshoek om wederkerigheid te beschouwen is vanuit de privaatrechtelijke verbintenis. Dit begrip hangt in het privaatrecht samen met wederkerigheid. Simon vergelijkt daarom de privaatrechtelijke verbintenis met de publiekrechtelijke verbintenis om wederkerige rechtsbetrekking in het bestuursrecht te bespreken. Hij is van mening dat wederkerigheid van een verbintenis niet past binnen het bestuursrecht. Dit zou in strijd komen met het legaliteitsbeginsel.⁸³

Allereerst bespreekt Simon de privaatrechtelijke verbintenis. De rechtsgrond van de verbintenis kan in het privaatrecht gevonden worden in de privaatrechtelijke autonomie. Met de privaatrechtelijke autonomie doelt hij op het recht van eenieder tot zelfbeschikking en zelfontplooiing.⁸⁴ Door middel van een rechtshandeling, wat hij de rechtsbron noemt, kunnen de verbintenissen daadwerkelijk tot stand worden gebracht.⁸⁵ Denk hierbij aan het afsluiten van een overeenkomst. Simon stelt verder dat de vrijheid die binnen de privaatrechtelijke autonomie tot uitdrukking wordt gebracht een tweezijdig of beter gezegd, wederkerig karakter heeft. Het is zowel een recht als een plicht. Een burger heeft 'recht' op zijn autonomie maar dient tegelijkertijd de autonomie van anderen te respecteren. Zonder deze wederkerigheid is het niet mogelijk om de autonomie te verwezenlijken. Simon spreekt verder van wederkerigheidsplichten binnen de privaatrechtelijke rechtsbetrekking. Als voorbeelden noemt hij zorgvuldigheidsverplichtingen, het respecteren van eigendom, grondrechten en andere relevante belangen van de wederpartij.⁸⁶ Aanvullend merkt hij op dat de schending van dergelijke plichten nieuwe verbintenissen over en weer in het leven kunnen roepen.

Wanneer het verbintenissenbegrip nu in het publiekrecht wordt geplaatst dan wordt duidelijk dat er grote verschillen zijn tussen de privaatrechtelijke rechtsbetrekking en de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. De kern van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking wordt gevormd door het besluit en komt in beginsel eenzijdig tot stand. Interessant in dit kader is ook Beurskens visie ten aanzien van verbintenissen. Hij stelt dat de verwachte prestaties binnen de verhouding bestuur-burger niet tot verbintenissen over en weer leiden. De rechtsgrond om rekening te houden met de belangen van een burger kan gevonden worden in de wederkerigheid maar dit levert slechts één verbintenis op. De burger hoeft op zijn beurt geen rekening te houden met het algemeen belang.

⁸² Heldeweg 1995, p. 124.

⁸³ Simon 1995, p. 112-113.

⁸⁴ Simon 1995, p. 66.

⁸⁵ Simon 1995, p. 66.

⁸⁶ Simon 1995, p. 71.

Indien er toch sprake is van een burgerplicht dan zal dit uit de wet af te leiden zijn. Het aanleveren van gegevens bij het bestuur door de burger is een voorbeeld van een dergelijke rechtsplicht.⁸⁷

Een ander aspect van de privaatrechtelijke verbintenis is het vermogensrechtelijke karakter. In beginsel zal de privaatrechtelijke verbintenis ertoe strekken om tot een verrijking van de privaatrechtelijke autonomie te komen.⁸⁸ Dit levert een 'voor wat hoor wat' situatie op. Dit kan niet één op één worden gezegd voor de publiekrechtelijke verbintenis. Bij begunstigende besluiten zal aan de kant van de burger nog wel gesproken kunnen worden van een dergelijke verrijking. Te denken valt aan het afgeven van vergunningen omtrent schaarse rechten of een subsidiebesluit. De wederkerigheid zal hier echter volgens Simon tot ongewenste situaties kunnen leiden. Het bestuur neemt namelijk een monopolistische positie in ten opzichte van de burger. Indien wederkerigheid betekent dat het bestuur vrij is om de voorwaarden vast te stellen dan kan dit strijd opleveren met het zorgvuldigheidsbeginsel.⁸⁹

Als laatste kan de normering van de verbintenis worden genoemd. In het publiekrecht gebeurt dit in belangrijke mate aan de hand van de wet en de ongeschreven beginselen. Dit ongeschreven recht kan ingeroepen worden tegen het bestuur maar niet tegen de burger. Bij aanvaarding van de wederkerigheid in het bestuursrecht zou dit voor de burger kunnen betekenen dat ook hij aan ongeschreven 'gedragsnormen' gehouden kan worden die volgen uit de redelijkheid en billijkheid. Dit zou leiden tot uitholling van het legaliteitsbeginsel.⁹⁰

3.3.3 Privaatrechtelijke wederkerigheid: einde oefening?

Uit voorgaande bespreking wordt duidelijk dat de wederkerigheid zoals deze zich manifesteert in het privaatrecht niet goed inpasbaar lijkt in het bestuursrecht. De verhouding bestuur-burger wordt gekenmerkt door wederzijdse onvrijheid. Verder is de verhouding bestuur-burger ongelijkwaardig van aard. De eenzijdigheid van 'verbintenissen' is hier een indicatie van.

In mijn optiek kan echter niet zo stellig de conclusie worden getrokken dat wederkerigheid helemaal geen plek heeft in het bestuursrecht. Ik wijs op de publiekrechtelijke autonomie waarbinnen partijen tot op zekere hoogte rekening moeten houden met elkaars positie. Opvallend is dat ondanks het afwijzende standpunt ten aanzien van de wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking zowel Beurskens als Simon wederkerigheid in het bestuursrecht niet volledig afwijzen. Beurskens noemt in dit kader de wederkerige communicatie tussen bestuur en burger. Via communicatie kunnen bestuur en burger standpunten kenbaar maken om tot begrip voor elkaars positie te komen.⁹¹ Simon benoemt in dit kader de procedure die voorafgaat aan de vaststelling van begunstigende besluiten. De wetgever kan binnen de wettelijke regeling ruimte laten voor het bestuur om aanvullende voorwaarden te stellen. Wel merkt hij mijns inziens terecht op dat deze wederkerigheid zich op andere wijze manifesteert dan in het privaatrecht het geval zou zijn.⁹² Dit heeft in mijn optiek te maken met het feit dat de burger voor zijn eigen belangen opkomt terwijl het bestuur zijn handelen nog steeds moet laten leiden door wat in het algemeen belang het meest gewenst is.

Ik concludeer hieruit dat de wederkerigheid zoals dit zich in het privaatrecht manifesteert in belangrijke mate ongeschikt is voor het bestuursrecht. Het kan echter niet gesteld worden dat

⁸⁷ Beurskens 1995, p. 45-46.

⁸⁸ Simon 1995, p. 82.

⁸⁹ Simon 1995, p. 118-119.

⁹⁰ Simon 1995, p. 63.

⁹¹ Beurskens 1995, p. 47.

⁹² Simon 1995, p. 119.

wederkerigheid in zijn geheel geen rol speelt in het bestuursrecht. Hier zijn toch wel aanknopingspunten voor te vinden binnen het bestuursrecht.

3.4 Betekenis van wederkerigheid in het bestuursrecht

3.4.1 Wederkerigheid binnen de democratische rechtsstaat

Voorgaande beschouwing roept de vraag op of wederkerigheid een puur privaatrechtelijke begrip is. Gribnau is van mening dat dit niet het geval is. Hij heeft zich uitgebreid uitgelaten over de wederkerigheidsgedachte. Interessant is bijvoorbeeld zijn visie over algemene wederkerigheid binnen de democratische rechtsstaat. Hij benadrukt dat onze maatschappij en democratische rechtsstaat in essentie een samenwerkingsverband is waarbij het uitgangspunt is om wederzijds voordeel te bewerkstelligen voor al zijn leden.⁹³ Dit idee van een samenwerkingsverband kan mijns inziens gekoppeld worden aan de instrumentele functie van het bestuursrecht. Het bestuursrecht fungeert vanuit deze functie als een middel of instrument om een bepaald maatschappelijk doel te bereiken.

Van Male spreekt in het kader van de verhouding Staat - burger van een algemene betrekking. Het staatsburgerschap of het verblijf van een subject op het grondgebied van een staat kunnen als voorwaarden worden gezien voor het ontstaan van deze algemene betrekking.⁹⁴ Van Male noemt dit een onvoltooide betrekking die nog geconcretiseerd moet worden. Deze onvoltooide betrekking bestaat al reeds voordat het onderscheid wordt gemaakt tussen publiek- privaat- of strafrecht.

Belangrijke waarde binnen deze algemene betrekking is de wederkerigheid. De wederkerige verwachtingen die men heeft binnen de samenleving worden geordend en beheerst door tal van 'beginselen'.⁹⁵ Ter verwerkelijking van de democratische rechtsstaat voor de burger worden deze wederkerige verwachtingen omgezet naar regelgeving zodat de samenleving daadwerkelijk geordend en beheerst kan worden. Belangrijk hierbij is dat het recht in overeenstemming is met de beginselen van de democratische rechtsstaat.⁹⁶ Dit is nodig om tot een rechtvaardige samenleving te komen. Het ordenen van de samenleving door middel van regelgeving kan echter niet uitputtend in de wet worden geregeld. De beginselen vullen de wet aan waar nodig en mogelijk. Gribnau stelt in dit kader dan ook dat de burger in onze samenleving niet enkel gebonden is aan de wet maar ook de basisbeginselen van de democratische rechtsstaat.⁹⁷ Deze notie moet mijns inziens niet vanuit het oogpunt van de individuele rechtsbetrekking worden gezien. Dit zou namelijk betekenen dat de burger gehouden is aan dezelfde beginselen als het bestuur. Dit zou de deur open zetten om ongeschreven zorgvuldigheidsplichten aan te nemen voor burgers. Mijns inziens moet deze notie zo begrepen worden dat de burger zich conformeert aan het systeem van onze democratische rechtsstaat en dus ook aan de basisbeginselen die aan dit systeem ten grondslag liggen. Gribnau voegt dan ook terecht toe dat plichten in beginsel uit de wet moeten volgen om burgers te kunnen binden.

Ook Hirsch Ballin stelt dat wederkerigheid een fundamenteel aspect vormt binnen het rechtstaatidee. Hij wijst op het bestaan van een constitutionele relatie tussen de burgers en de Staat waarbij 'partijen' in zekere zin afhankelijk van elkaar zijn. Staatsrechtelijk gezien is deze afhankelijke relatie zichtbaar vanuit ons democratisch proces. De burgers kiezen de volksvertegenwoordiging die

⁹³ Gribnau 2011, p. 69.

⁹⁴ Van Male 1993, p. 14.

⁹⁵ Gribna 2011, p. 66.

⁹⁶ Gribnau 2011, p. 67.

⁹⁷ Gribnau 2011, p. 67.

op hun beurt betrokken zijn bij de vaststelling van formele wetgeving. De burgers kunnen vervolgens door het bestuur gebonden worden aan deze wetgeving. De afhankelijkheid van partijen is ook op bestuursrechtelijk niveau zichtbaar. Bij de uitvoering van deze wetgeving door het bestuur dient namelijk rekening gehouden te worden met de belangen van burgers die dit via inspraak en hoorwederhoor procedures in de rechtsbetrekking kunnen brengen. Dit is mijns inziens te verklaren vanuit de in het vorige hoofdstuk besproken terugtred van de wetgever en de daarmee gepaard gaande compensatie aan de hand van de beginselen van behoorlijk bestuur. De ruimere bevoegdheden van het bestuur vraagt om extra verantwoording naar de burger toe. De enkele politieke verantwoording op grond van doelmatigheid voldeed niet meer. Het werd bij ruimere bevoegdheden steeds belangrijker dat het bestuur bij zijn besluitvorming ook verantwoording aflegt aan de belanghebbenden bij het besluit. De plichten voor het bestuur die voortvloeien uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geven hier uitdrukking aan.

Deze opvattingen verklaren mijns inziens ook waarom de ‘privaatrechtelijke wederkerigheid’ niet in het bestuursrecht valt in te passen terwijl er toch wederkerige elementen vallen te bespeuren in het bestuursrecht. Verder kan opgemerkt worden dat het bestuursrecht naast de instrumentele functie ook een legitimatie en waarborgfunctie heeft. De eventuele wederkerigheid die uit de instrumentele functie van het bestuursrecht zal kunnen voortvloeien wordt beperkt door de bestuursrechtelijke beginselen die voortvloeien uit de legaliteit- en waarborgfunctie van het bestuursrecht. Zo zal een bestuursorgaan enkel mogen optreden wanneer het hiertoe de bevoegdheid heeft verkregen. Verder vormen de bestuursrechtelijke beginselen een beperking van de ruimte die het bestuur heeft om ten opzichte van de burger te handelen. Gesteld kan worden dat wederkerigheid in het bestuursrecht een minder verstrekkende betekenis heeft ten opzichte van wederkerigheid in het privaatrecht.

3.4.2 Wederkerigheid in bestuursrechtelijke context

3.4.2.1 Gebondenheid aan het recht

Maar wat betekent dit wederkerigheidsconcept nu concreet voor het bestuursrecht? Ik wijs hier allereerst op de visie van Hirsch Ballin. Hij stelt dat van oudsher het idee leefde dat het bestuur ten opzichte van de burger een ‘vrije’ rol had. Hij doelt hiermee op de discretionaire ruimte die het bestuur zou hebben om naar eigen inzicht invulling te geven aan zijn bevoegdheid. De enige vorm van waarborg voor de burger kon gevonden worden in de politieke verantwoording ten aanzien van doelmatigheid. Hirsch Ballin vat deze zienswijze samen als de verhouding waarin de ‘vrije’ overheid binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking de burger eenzijdig bindt.⁹⁸ Van een vrije overheid kan echter geen sprake zijn. Het handelen van het bestuur wordt namelijk bij discretionaire bevoegdheden nog nader genormeerd door de abbb. Hij stelt dat het karakteriseren van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als wederkerig vervolgens uiting geeft aan het idee dat het bestuur bij zijn besluitvorming volledig gebonden is aan het geschreven en ongeschreven recht. Hier bedoelt hij mee dat het recht voorafgaand aan de besluitvorming allerlei regels kent ten aanzien van de procedures en belangenafwegingen op weg naar de uiteindelijke besluitvorming.⁹⁹ Het feit dat het besluit zelf eenzijdig van aard is doet volgens Hirsch Ballin niet af aan de wederkerigheid van de verhouding bestuur – burger. De wederkerigheid is zichtbaar in het traject naar het besluit toe. Mijns inziens kan bij het proces van de belangenafweging inderdaad sprake zijn van wederkerige communicatie tussen bestuur en burger. Mijns inziens kan op basis van deze uitleg echter niet gesteld worden dat de rechtsbetrekking wederkerig van aard is. Het blijft namelijk onduidelijk wat deze vermeende wederkerigheid van de rechtsbetrekking betekent voor de bijdrage van de burger.

⁹⁸ Hirsch Ballin 1991, p. 262.

⁹⁹ Hirsch Ballin 1991, p. 262.

Inzicht in de bijdrage van de burger is nodig om een oordeel te kunnen geven over de wederkerigheid van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. In de volgende paragrafen wordt hier nader op ingegaan.

Van Male heeft een vergelijkbare visie. Hij stelt dat dit concept voornamelijk uitdrukking geeft aan het idee dat de verhouding bestuur – burger volledig genormeerd is door het recht en partijen hier over en weer aanspraken aan kunnen ontlenen.¹⁰⁰ Dit volgt uit de binding van het bestuur aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waardoor rekening gehouden moet worden met de belangen van de burger. Voor de tegenprestatie van de burger gaat Van Male in eerste instantie niet verder dan het voorbeeld met de aanvraag voor subsidie uit de memorie van toelichting.¹⁰¹ Hij constateert dat de burger een zekere zorgplicht richting het bestuur heeft. De vraag is alleen hoe ver deze zorgplicht gaat en of dit ook zonder wettelijke grondslag aangenomen mag worden. Ter illustratie verwijst Van Male naar een uitspraak van de Afdeling waar het weigeren van een ontheffing aanleiding was voor een geschil. In casu had Gedeputeerde Staten (hierna: GS) een ontheffing aan de Nederlandse Spoorwegen (hierna: N.S.) geweigerd omdat deze laatste had geweigerd om een onafhankelijk onderzoek in te stellen naar de schade die enkele derde belanghebbenden mogelijk zou lijden. GS was daardoor van oordeel dat zij in onvoldoende mate uitvoering konden geven aan de belangenafweging ex. artikel 3:4 Awb.¹⁰² De Afdeling rechtspraak ging niet mee in het oordeel van GS en bepaalde dat een derde belanghebbende zelf inzicht moet verschaffen in zijn te lijden schade. Wel was het zo dat de te lijden schade voor rekening kan komen van de direct belanghebbende, in casu de N.S. Hier zijn volgens Van Male enkele ongeschreven burgerplichten te ontwaren.¹⁰³ Allereerst zal degene die door ontheffingverlening schade lijdt deze schade zelf kenbaar maken. De houder van een schadeveroorzakende ontheffing kan verplicht worden om deze schade te vergoeden. De uitspraak maakt ook duidelijk dat de bijdrage van de ‘burger’ niet zover mag gaan dat het bestuur de kosten voor de vaststelling van feiten en omstandigheden in rekening mag brengen. Hier zal een wettelijke grondslag voor moeten bestaan.¹⁰⁴

Uit deze casus lijkt inderdaad sprake te zijn van wederkerigheid. De zogenaamde nadeelcompensatie die in voorkomende gevallen aan derden vergoed moeten worden volgt uit het égalité-beginsel. Dit beginsel houdt kort gezegd in dat burgers financieel gecompenseerd kunnen worden als zij door een rechtmatig genomen besluit onevenredig zwaar worden benadeeld.¹⁰⁵ De plicht om de schade te vergoeden volgt niet direct uit de wet. Of er daadwerkelijk sprake is van wederkerigheid tussen bestuur en burger kan mijns inziens betwist worden. Er is in deze situatie sprake van twee burgerpartijen en een bestuursorgaan. Er vindt een belangenafweging plaats waarbij wordt gestreefd om negatieve gevolgen van het besluit voor derde belanghebbenden zoveel mogelijk te mitigeren. De benadeelde derde-belanghebbende zal wel zijn eigen schade kenbaar moeten maken, maar heeft vervolgens niets te zeggen over de daadwerkelijke hoogte van de vergoeding. Dit wordt overgelaten aan het bestuur of de rechter.

3.4.2.2 Wederkerigheid en horizontaliteit

Door sommige schrijvers wordt wederkerigheid geassocieerd met horizontaliteit van bestuur. Wederkerigheid zou de deur open zetten voor onderhandelend bestuur waar partijen tot elkaar in

¹⁰⁰ Van Male 1993, p.10.

¹⁰¹ Kamerstukken II 1988-1989, 21221, nr. 3, p. 13.

¹⁰² ARRvS 29-10-1992, ECLI:NL:RVS:1992:AN2970, m.nt. R.M. van Male (*Onderdoorgang de Welle, NS/GS Friesland*).

¹⁰³ Van Male 1993, p.20.

¹⁰⁴ Van Male 1993, p. 20-21.

¹⁰⁵ Schlössels & Zijlstra 2019/1045.

een gelijkwaardige rechtsbetrekking staan.¹⁰⁶ Maar is het binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking wel mogelijk om van gelijkwaardigheid te spreken?

Van der Heijden is van mening dat dit mogelijk zou moeten zijn. Hij ziet wederkerigheid allereerst als synoniem voor tweezijdigheid. Hij benadrukt hierbij het verschil van de burger als rechtssubject bij eenzijdig bestuur en tweezijdig bestuur. Bij eenzijdig bestuur is de burger object van het besluit. Hier bedoelt hij mee dat de burger onderdeel uitmaakt van de 'materie' waarover wordt besloten.¹⁰⁷ Anders gezegd; er wordt over de burger besloten. Bij tweezijdig bestuursrecht ligt dit tot op zekere hoogte anders. De burger maakt onderdeel uit van het besluit maar heeft ook een zekere mate van invloed op de besluitvorming.¹⁰⁸ Deze invloed kan zeer minimaal zijn maar Van der Heijden stelt dat er altijd een bepaalde mate van invloed is. Hij duidt dit aan met een cijfermatige 'schaal' van 1 tot 100. Indien de verhouding 99/1 is, dan heeft de burger maar minimaal invloed. De verhouding is dan grotendeels verticaal.¹⁰⁹ Gedacht kan worden aan de situatie waarin het bestuur uitvoering geeft aan een gebonden bevoegdheid zoals bijvoorbeeld bij de aanvraag van een toeslag op een WW-uitkering. De burger doet de aanvraag en zal misschien enige gegevens moeten aanleveren indien het UWV dat nodig acht, maar heeft in beginsel vrij weinig invloed op de besluitvorming. In de zienswijze van Van der Heijden is horizontaal bestuur de situatie waarin een 50-50 verhouding tussen burger en bestuur wordt benaderd op zijn wederkerigheidsschaal.¹¹⁰ Of een dergelijke situatie daadwerkelijk voorkomt in de praktijk is maar zeer de vraag. Een voorbeeld van een op het oog horizontale verhouding kan gevonden worden in het subsidierecht. In een zaak uit 2016 heeft de CBB uitspraak gedaan over een geschil tussen Agentschap NL en Swedish match lighters B.V. In deze casus wordt aangegeven dat het Agentschap in zijn recht had gestaan om de subsidie af te wijzen maar in overleg toch wilde kijken of er een 'maatwerkoplossing' gevonden kon worden. Wat volgde was een onderhandeling over het percentage van de uit te keren subsidie. Uiteindelijk konden partijen het niet eens worden waardoor alsnog een afwijzing volgde vanuit het Agentschap. De onderhandeling is mijns inziens een duidelijke manifestatie van wederkerigheid met een horizontaal karakter.¹¹¹ Echter kan ook hier niet gesproken worden van horizontaal bestuur. Uiteindelijk beslist het Agentschap op eenzijdige wijze. Een horizontale verhouding is in mijn optiek dan ook niet mogelijk in het bestuursrecht.

3.4.2.3 Ongeschreven burgerplichten

De grootste discussiepunten rond het wederkerigheidsconcept lijken zich vooral te centreren rond het fenomeen van de ongeschreven burgerplichten. Uit de hiervoor besproken bijdragen van critici zoals Heldeweg en Schlössels, volgt dat gevreesd wordt dat het wederkerigheidsidee ongeschreven zorgvuldigheid- en redelijkheidnormen meebrengt.¹¹² Dit zou een onaanvaardbare relativering van het legaliteits- en/of wetmatigheidsbeginsel, het rechtzekerheidsbeginsel en het specialiteitsbeginsel opleveren.¹¹³

Aan de andere kant van de discussie wordt geconstateerd dat in het huidige bestuursrecht steeds vaker ongeschreven burgerplichten worden aangenomen. Zo wordt uit artikel 4:5 Awb een ongeschreven informatieplicht afgeleid.¹¹⁴ Op basis van dit artikel kan een bestuursorgaan een

¹⁰⁶ Schlössels 1998, p. 44-45; Heldeweg 1995, p. 122.

¹⁰⁷ Van der Heijden 2001, p. 91-92.

¹⁰⁸ Van der Heijden 2001, p. 91-92.

¹⁰⁹ Van der Heijden 2001, p. 92.

¹¹⁰ Van der Heijden 2001, p. 92 – 93.

¹¹¹ CBB 04-08-2016, ECLI:NL:CBB:2016:240, m. nt. L.J.A. Damen.

¹¹² R.J.N. Schlössels 1998, p. 44.

¹¹³ Heldeweg 1995, p. 123; Schlössels 1995, p. 157-158.

¹¹⁴ Nicolai 1996, p. 185.

aanvraag buiten behandeling laten wanneer geen of onvoldoende informatie wordt aangeleverd door de burger. Ook zou een burger een ongeschreven procedeerplicht hebben.¹¹⁵ Op grond van artikel 6:7 Awb dient een burger binnen een bepaalde termijn zijn bezwaar- of beroepschrift te hebben ingediend. Doet hij dit niet dan kan het bewaar- of beroep, op grond van artikel 6:6 sub a Awb, niet ontvankelijk worden verklaard. Een ander voorbeeld van wederkerigheid is terug te vinden bij situaties waar het bestuur kan afzien van het recht van burgers om gehoord te worden. Op grond van artikel 7:3 Awb kan een bestuursorgaan onder voorwaarden afzien van een hoorzitting. Er moest sprake zijn van kennelijke niet-ontvankelijkheid, kennelijke ongegrondheid van het bezwaar, de burger ziet zelf van het horen af of het bestuur komt de bezwaren volledig tegemoet. In de praktijk was er echter een werkwijze in gebruik genomen waarbij het bestuur de burger vraagt of zij gebruik wensen te maken van het recht om gehoord te worden. Bij geen reactie binnen de gestelde termijn werd aangenomen dat belanghebbende afstand deed van het recht om gehoord te worden. Deze zogenaamde 'antwoordkaartmethode' werd in de rechtsspraak echter onaanvaardbaar geacht. De wetgever hecht namelijk veel waarde aan het recht voor een belanghebbende om gehoord te worden en inperking van een dergelijk recht moest ook volgens vaste rechtspraak gekoppeld zijn aan een formeel wettelijk kader.¹¹⁶

Inmiddels heeft de wetgever de antwoordkaartmethode in artikel 7:3 sub d Awb gecodificeerd. De wetgever was van mening dat van een burger inderdaad verwacht mag worden dat gereageerd wordt op een verzoek of een burger gebruik wenst te maken van de mogelijkheid tot een hoorzitting.¹¹⁷ De wederkerigheid is zichtbaar in het feit dat de burger een recht heeft ten opzichte van het bestuur om gehoord te worden maar er wel een prestatie aan de kant van de burger tegenover gezet mag worden om dit recht te gelde te maken. Indien de burger wenst gehoord te worden dan zal redelijkerwijs verwacht mogen worden dat hij een reactie geeft op de vraag of hij gebruik wil maken van een hoorzitting. De burger dient rekening te houden met de algemene belangenbehartiger. Gesteld kan worden dat voor codificatie van het huidige artikel 7:3 sub d Awb er sprake was van wederkerigheid in de verhouding bestuur – burger. Het bestuur verwacht een tegenprestatie van de burger waar ingrijpende gevolgen aan verbonden worden zonder dat hier een wettelijke grondslag voor bestaat. Na codificatie is de wederkerigheid een stuk minder duidelijk omdat de bevoegdheid van het bestuur en de plichten voor de burger nu direct uit de wet volgen.

Verder kan Kloosterman genoemd worden. Hij constateert dat er vanuit de wet en de rechtsspraak met enige regelmaat impliciet door de rechter ongeschreven burgerplichten worden aangenomen. Gedacht kan worden aan een informatieplicht om een correcte aanvraag in te dienen voor een vergunning of uitkering.¹¹⁸ Het zal niet in alle gevallen direct uit wet- en regelgeving zijn op te maken wanneer nu exact sprake is van een correcte aanvraag. De burger heeft een zekere verantwoordelijkheid om hier zorg voor te dragen. Het niet correct aanleveren van deze gegevens heeft namelijk gevolgen voor de burger. De aanvraag kan niet in behandeling worden genomen of een vergunning kan achteraf als nog worden ingetrokken.

Verder wijst Kloosterman op een uitspraak van het College van Beroep (hierna: CBB) inzake een afgegeven gezondheidscertificaat. Het betrof een zaak waarin een vogelexporteur een gezondheidscertificaat had aangevraagd en verkregen. Op het certificaat ontbrak een verklaring waardoor de rechtzoekende partij schade heeft geleden. Het CBB heeft de schadevergoeding uiteindelijk gemitigeerd omdat gezien de ervaring van de exporteur verwacht mag worden dat hij het

¹¹⁵ Kloosterman 2005, p. 216.

¹¹⁶ ABRvS 3 maart 2004, *JB* 2004/175; CRvB 10 juni 2004, *JB* 2004/286.

¹¹⁷ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 16.

¹¹⁸ Kloosterman 2005, p. 214 -215.

certificaat op onvolledigheden zou controleren.¹¹⁹ De ervaring van de exporteur werd in dit geval dus meegewogen. De handelaar had niet blind mogen afgaan op de afgegeven verklaring. Hij draagt mede verantwoordelijkheid voor de juistheid van het certificaat.

3.4.2.4 Ongeschreven burgerlasten

De hiervoor besproken voorbeelden geven mijns inziens een indicatie dat wederkerigheid in het bestuursrecht voorkomt. Of deze voorbeelden ook getypeerd moeten worden als 'ongeschreven burgerplichten' is voor discussie vatbaar. Ik wijs op de zienswijze van Zijlstra ten aanzien van wederkerigheid. Hij wijst het concept niet direct van de hand maar ziet geen meerwaarde voor het bestuursrecht. Volgens Zijlstra houdt wederkerigheid namelijk niets meer in dan dat ook wel iets van de burger mag worden verwacht. Naar zijn idee stelt de wetgever in beginsel de regels vast die gelden binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking en wel zo concreet mogelijk. De wetgever kan echter niet alles van tevoren overzien en zal dus in voorkomende gevallen open normen stellen die nader geïnterpreteerd en toegepast moeten worden door het bestuur. Dit kan negatief uitvallen voor de burger waardoor, zoals Zijlstra het noemt, een burgerlast ontstaat. Belangrijk bij dergelijke burgerlasten is dat de burger weet wat van hem verwacht wordt en dit ook proportioneel is.¹²⁰ Als voorbeeld noemt Zijlstra artikel 4:5 Awb. Op grond van dit artikel dient een belanghebbende de noodzakelijk geachte informatie aan te leveren zodat het bestuur de aanvraag kan beoordelen. Wordt dit verzuimd dan kan het bestuur de aanvraag buiten behandeling laten. Het hiervoor besproken artikel 7:3 sub d Awb levert mijns inziens ook een dergelijke burgerlast op. Zo bezien kunnen de burgerlasten gezien worden als de consequentie van de uitvoering van een wettelijke bepaling. Bij ruimere bevoegdheden en (open) normen die nog nader geconcretiseerd moeten worden, zal de nadruk op wederkerigheid groter lijken. De consequenties die voortvloeien uit een belangenafweging zullen namelijk niet altijd logischerwijs uit de wettelijke bepalingen volgen.

Wat Zijlstra omtrent de burgerlasten aankaart is mijns inziens de essentie van wat wederkerigheid in het bestuursrecht kan betekenen. De burger is verantwoordelijk voor zijn aandeel binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Het is daarbij mogelijk dat vanuit de belangenafweging meer wordt verwacht van een burger dan op het eerste gezicht vanuit wet- en regelgeving volgt zoals het geval is bij de hiervoor besproken informatie- en vergewisplichten. Of zoals Zijlstra dit aanduidt, ongeschreven burgerlasten. Deze burgerlasten moeten mijns inziens wel terug te leiden zijn tot een wettelijk kader zoals bij artikel 4:5 Awb het geval is. Er kan in mijn optiek dan ook niet gesproken worden van ongeschreven burgerplichten. Wederkerigheid levert in ieder geval geen zelfstandige grondslag op in het bestuursrecht om burgers te kunnen binden.

3.5 Verkenning naar de bestuursrechtelijke wederkerigheid

Zoals in de inleiding al aangegeven is de wederkerigheidsnotie maar beperkt uit de verf gekomen. Vanuit de literatuur zijn er wel verschillende schrijvers geweest die getracht hebben het wederkerigheidsidee verder uit te werken. Deze bijdragen betreffen een verkenning naar de mogelijkheden van wederkerigheid in het bestuursrecht en lijken voornamelijk tot doel te hebben om de lezer tot nadenken te dwingen over het wederkerigheidsthema, evenals de rol die het kan spelen bij de verdere ontwikkeling van het bestuursrecht.

3.5.1 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur als wederzijdse verplichtingen

¹¹⁹ CBB 17-04-2003, ECLI:NL:CBB:2003:AF8080, r.o. 5.6, m.nt. J.H. van der Veen

¹²⁰ Zijlstra, *NTB* 2009/1, par. 4.2.1; zie ook Ten Berg 2007, p. 38.

Scheltema kan gezien worden als een voorstander van het wederkerigheidsidee. Hij is van mening dat een tekort aan wederkerigheid een belemmering vormt voor de verdere ontwikkeling van het bestuursrecht. Opvallend aan het huidige bestuursrecht is dat het bestuur op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan allerlei gedragsregels gehouden kan worden. Voor de burger geldt dit niet. Hij is eigenlijk vrij om te doen wat hij wil. Dit heeft als gevolg dat de burger in belangrijke mate kan vertrouwen op toezeggingen van het bestuur, terwijl dit andersom niet geldt. Scheltema geeft als voorbeeld een aannemer die bij een eerdere aanbesteding frauduleus heeft gehandeld maar door het bestuur niet uitgesloten mag worden bij toekomstige aanbestedingen.¹²¹ Hij ziet daarom graag een ontwikkeling naar de situatie waar de burger tot op zekere hoogte ook rekening moet houden met de belangen (lees: het algemene belang) van het bestuur. De burger dient verantwoordelijkheid te dragen voor zijn eigen gedragingen en toezeggingen die plaatsvinden binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Scheltema pleit daarom om in het kader van wederkerigheid te komen tot gedragsregels voor burgers. Naast een vertrouwensbeginsel denkt hij hierbij aan een zorgvuldigheidsbeginsel en een herijking van het gelijkheidsbeginsel.

Het rekening houden met het algemeen belang zoals Scheltema voorstaat komt ook sterk naar voren in de visie van Van der Heijden. Hij heeft met zijn dissertatie 'een filosofie van behoorlijk bestuur' getracht handvatten te verschaffen voor de werking van wederkerigheid en horizontaliteit in het bestuursrecht.¹²² Hij meent dat wederkerigheid of tweezijdigheid concreet in zou moeten houden dat de 'rechten' en 'plichten' van het bestuur ook de burger bindt. Dit betekent dat de burger bij de totstandkoming van een besluit acht zal moeten geven op de beginselen van behoorlijk bestuur en zich actief af moet vragen of zijn eigen belang niet conflicteert met andere belangen van bijvoorbeeld derde belanghebbenden. Een derde belanghebbenden zou bijvoorbeeld bezwaar kunnen aantekenen tegen een besluit omdat de 'burger' niet conform de beginselen van behoorlijk bestuur heeft gehandeld. Een rechter zou volgens Van der Heijden op basis daarvan het besluit moeten kunnen vernietigen.¹²³ Van der Heijden heeft het in dit kader over bezwaar en beroep. In zijn visie zal het dus voor het bestuur ook mogelijk zijn om de burger 'verantwoordelijk' te houden voor zijn handelen ten aanzien van de besluitvorming.

Mijns inziens voert een dergelijke vorm van wederkerigheid veel te ver en zal dit consequenties tot gevolg hebben die rechtsstatelijk gezien onaanvaardbaar zijn. Allereerst kan geconstateerd worden dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vanuit de rechtsspraak zijn ontwikkeld ter beteugeling van het bestuur die over steeds meer discretionaire beslis- en beleidsruimte kwam te beschikken. Niets duidt erop dat het handelen van burgers ook gebonden is aan deze beginselen. De normering van het gedrag van burgers aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zal in dat geval tot ongeschreven burgerplichten leiden. Het ontbreken van een wettelijke bepaling zal in strijd komen met verschillende rechtsstatelijke legaliteitsaspecten. Allereerst kan gewezen worden op het democratiebeginsel. Op basis hiervan dient een volksvertegenwoordiging in beslissende mate betrokken te zijn bij de vaststelling van een overheidsmaatregel.¹²⁴ Van democratische legitimatie is geen sprake nu de ongeschreven regels voortvloeien uit de wederkerigheidsgedachte en niet zozeer uit het politieke besluitvormingsproces. Daarnaast voorzie ik grote problemen ten aanzien van de rechtsgelijkheid. Er zijn namelijk geen duidelijk omschreven regels op basis waarvan geoordeeld kan worden waar een burger zich aan dient te houden. Ieder individueel bestuursorgaan zal nu zelf moeten gaan beoordelen wat in het kader van een zorgvuldig

¹²¹ Scheltema 2008, p. 211.

¹²² Van der Heijden 2001, p. 91-101.

¹²³ Van der Heijden 2001, p. 96-97.

¹²⁴ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 102.

besluit verwacht mag worden van de burger. Aanknopingspunten in de wet zijn er niet. Dit zal een zeer casuïstisch exercitie worden wat zowel in de primaire fase als ook de bezwaar- en beroepsfase tot grote verschillen in de toepassing van deze normen kan leiden. Tussen de bestuursrechtelijke rechtsgebieden zullen de verschillen mogelijk nog groter worden. Het wordt voor een burger in een dergelijke situatie steeds lastiger zo niet onmogelijk om op de hoogte te geraken van zijn rechtspositie. De rechtszekerheid is hier in ieder geval niet mee gediend. Mijns inziens moet dan ook geconstateerd worden dat het idee van Van der Heijden onaanvaardbaar is gezien de rechtsstatelijke eisen van legaliteit.

3.5.2 Wederkerigheid als grondslag voor beginselen van behoorlijk burgerschap

Een andere benadering om het handelen van burgers te normeren zijn de beginselen van behoorlijk burgerschap. Scheltema ziet bijvoorbeeld graag een zorgvuldigheidsbeginsel ter normering van het handelen van een burger. Dit zal erop neerkomen dat een burger zorgvuldig dient te handelen ten aanzien van het algemeen belang.¹²⁵ Een bedrijf zal bijvoorbeeld bij vergunningverlening rekening dienen te houden met het algemeen belang waarvoor het vergunningstelsel is ingesteld. Als voorbeeld noemt hij een bedrijf die ten koste van het milieu de grenzen van een milieuvergunning op zoekt om hier bedrijfsmatig van te kunnen profiteren. Het zorgvuldigheidsbeginsel zou als grondslag mogen dienen om dergelijke bedrijven aan strengere voorwaarden te kunnen houden.¹²⁶

In dit kader is ook een andere invulling van het gelijkheidsbeginsel gewenst. Scheltema pleit ervoor om het gedrag en de medewerking van de burger mee te kunnen wegen bij de besluitvorming. Per burger kan dan gedifferentieerd worden op basis van het gedrag en medewerking aan het besluit. Voor de medewerkende burger die zich 'zorgvuldig' aan de regels houdt zou dit kunnen betekenen dat hij gevrijwaard is van intensief toezicht en controle door het bestuursorgaan.¹²⁷ Voor de burger, die in de ogen van het bestuursorgaan onvoldoende medewerking verleent of zelfs fraudeert, zou dit moeten leiden tot strengere controlevoorschriften en/of uitsluiting van subsidies en opdrachten. Volgens Scheltema is dit doelmatiger en rechtvaardiger.¹²⁸

De invulling die Scheltema in het kader van de wederkerigheid voorstaat is interessant maar ik vraag mij af of dit wel aanvaardbaar is gezien het rechtszekerheidsbeginsel, de rechtsgelijkheid en het legaliteitsbeginsel. Het minder snel gunnen van opdrachten, uitvoeren van strengere controles en meer voorschriften kunnen heel ingrijpend zijn voor de burger.¹²⁹ Dit levert ongeschreven burgerplichten op waar mijns inziens in ieder geval een adequate grondslag voor moet bestaan. Mocht sprake zijn van een bedrijf dat niet in de geest van het algemeen belang handelt, dan is het aan het bestuur om over te gaan tot handhaving door de vergunning in te trekken dan wel te wijzigen. Ook zal de wetgever de gronden voor intrekking en wijziging van een besluit expliciet hebben moeten maken.¹³⁰ Daarnaast is het de vraag of het differentiëren tussen burgers zich wel verdraagt met het gelijkheidsbeginsel. Gesteld kan worden dat de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen in dat geval onderdeel vormen van de discretionaire bevoegdheden van het bestuur. Door alle bestuursorganen vanuit de wederkerigheidsgedachte deze extra beoordelingsbeleidsruimte te geven loopt men een groot risico dat differentiatie omslaat in discriminatie.

¹²⁵ Scheltema 2008, p. 212.

¹²⁶ Scheltema 2008, p. 212-213.

¹²⁷ Scheltema 2008, p. 217.

¹²⁸ Scheltema 2008, p. 213.

¹²⁹ Scheltema 2008, p. 212.

¹³⁰ Zie aanwijzing 5.21. van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Van een dergelijke vorm van wederkerigheid aan de hand van differentiatie wordt in het fiscaal recht overigens wel gebruikt. Ik wijs hierbij op het horizontaal toezicht van de Belastingdienst. De belastinginspecteur maakt bij dit toezicht afspraken met (grote) ondernemingen over de wijze waarop de fiscale aangifte wordt gedaan om zo vooraf en idealiter in één keer tot een juiste belastingaangifte te komen. In ruil hiervoor zegt de Belastingdienst toe achteraf minder intensief te controleren. Het is maar de vraag of een dergelijke handelswijze van de Belastingdienst in overeenstemming is met het gelijkheidsbeginsel en het wetmatigheidsbeginsel. In het volgende hoofdstuk zal ik hier nader op ingaan.

3.6 Conclusie

De wetgever heeft ten aanzien van de wederkerigheidsnotie maar weinig handvatten gegeven voor de bestuurspraktijk. Dit wordt zichtbaar in de literatuur door op het oog veel tegengestelde visies. De visies omtrent wederkerigheid bevatten ogenschijnlijk grote verschillen. Tegenstanders van het wederkerigheidsidee benaderen de discussie hoofdzakelijk vanuit staatsrechtelijk oogpunt. Zij constateren dat wederkerigheid zich maar moeilijk kan verenigen met de meest fundamentele beginselen van het staats- en bestuursrecht. Voorstanders daarentegen benaderen het wederkerigheidsidee meer vanuit de praktijk. Zij constateren dat er in voorkomende gevallen toch wel degelijk ongeschreven burgerplichten worden aangenomen wat het idee van wederkerigheid in hun optiek bevestigt. Opgemerkt moet worden dat ook voorstanders van het wederkerigheidsidee benoemen dat de staats- en bestuursrechtelijke beginselen nog steeds een belangrijke rol spelen terwijl tegenstanders van het wederkerigheidsidee ook erkennen dat er binnen het bestuursrecht wel enige wederkerige aspecten zijn terug te vinden, met name waar het gaat om de communicatie en de publiekrechtelijke autonomie binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Zo bezien zijn de verschillen in de literatuur ten aanzien van wederkerigheid mijns inziens minder groot dan wel wordt gesuggereerd.

Belangrijkste verschil van inzicht is mijns inziens te vinden in de betekenis van wederkerigheid. Critici van de bestuursrechtelijke wederkerigheidsnotie betogen dat wederkerigheid een puur privaatrechtelijk begrip is en daarom niet valt in te passen in het bestuursrecht. De privaatrechtelijke rechtsbetrekking verschilt daarvoor teveel met de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Ik ben het met hen eens dat begrippen zoals wilsautonomie, contractsvrijheid, verbintenissen en de normen van redelijkheid en billijkheid in beginsel geen plaats hebben in het bestuursrecht. Wederkerigheid is echter in mijn optiek ook geen puur privaatrechtelijk begrip. Ik sluit mij daarmee aan bij de zienswijzen van Gribnau en Hirsch Ballin dat wederkerigheid als fundamenteel aspect binnen onze democratische rechtsstaat moet worden gezien die de verschillende rechtsgebieden van privaat, publiek- en strafrecht overstijgt. Afhankelijk van de juridische context zal wederkerigheid daardoor een andere invulling krijgen.

De wederkerigheid is in mijn optiek verbonden aan de instrumentele functie van het bestuursrecht. Voor de effectiviteit van het bestuursrecht is het soms nodig om enige flexibiliteit in te bouwen. Dit gebeurt onder andere door het afgeven van discretionaire bevoegdheden zodat het bestuur in staat wordt gesteld om het algemeen belang zo goed mogelijk te kunnen behartigen. Voor die effectiviteit van het bestuursrecht is het nodig om iets van de burger te verwachten. De burger zal in voorkomende gevallen zijn belangen naar voren brengen die vervolgens meegewogen moeten worden bij het besluit door het bestuur. Kloosterman ziet dat er in het bestuursrecht daardoor steeds vaker ongeschreven burgerplichten worden aangenomen. In mijn optiek kan in navolging van Zijlstra beter gesproken worden van ongeschreven burgerlasten. Deze burgerlasten dienen mijns inziens nog steeds teruggelaid te kunnen worden tot een wettelijk kader. De antwoordkaartmethode is hier mijns inziens een mooi voorbeeld van. Een voorbeeld van een werkwijze waar wel degelijk

sprake was van wederkerigheid zonder wettelijke grondslag. Het bestuur had immers voor de codificering van artikel 7:3 sub d Awb geen bevoegdheid om een hoorzitting ten nadele van een burger achterwege te laten. De rechter bevestigde dat voor een dergelijke inperking van een fundamenteel recht een formeel wettelijke grondslag nodig is. Na codificatie was de werkwijze wel toegestaan. Dit laat in mijn optiek zien dat wederkerigheid in het bestuursrecht maar beperkt tot uitdrukking kan komen. De wederkerigheid wordt begrensd door de eisen van legaliteit en de waarborgen die worden gevormd door de abbb. Zoals in het eerste hoofdstuk aangekaart zal het leggen van nadruk op één van de bestuursrechtelijke functies er vaak voor zorgen dat een andere functie onder druk komt te staan. Hier dient continu balans in te worden gevonden. In het geval van de antwoordkaartmethode heeft de rechter feitelijk geoordeeld dat voor deze specifieke situatie meer waarde gehecht moest worden aan de legaliteitsfunctie.

De visie van Van der Heijden om de abbb als wederzijdse verplichten te zien is mijns inziens onaanvaardbaar. Het ontbreekt allereerst aan een formeel wettelijk kader. Maar belangrijker nog is dat de waarborgfunctie in een dergelijke situatie wordt uitgehold. De abbb zijn ontwikkeld ter beteugeling van het discretionaire bestuursoptreden. In de visie van Van der Heijden zal het juist een instrument van het bestuur worden om in te zetten tegen burgers. Dit levert een belangrijke machtsuitbreiding op van het bestuur en is in mijn optiek onwenselijk. Het probleem is, is dat het uiteindelijke besluit toch door het bestuur wordt genomen. Dergelijke wederkerige verplichtingen zijn in mijn optiek enkel mogelijk wanneer partijen gelijkwaardig zijn. Daar is in de verhouding bestuur – burger geen sprake van. Wel kan wederkerigheid een aanvullende werking hebben op het wettelijk kader. In mijn optiek is deze aanvullende werking van de wederkerigheid echter enkel aanvaardbaar binnen de grenzen van de staats- en bestuursrechtelijke beginselen zoals die van legaliteit, rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, wetmatigheid van bestuur en de abbb.

4. Wederkerigheid getoetst: horizontaal toezicht van de Belastingdienst

4.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk heb ik de betekenis van wederkerigheid in het bestuursrecht besproken. Ik heb geconcludeerd dat het bestuursrecht wel degelijk wederkerige elementen bevat en in sommige gevallen tot ongeschreven burgerlasten kan leiden. Verder heb ik geconcludeerd dat de werking van wederkerigheid wordt begrensd door de staats- en bestuursrechtelijke beginselen. Om deze conclusie te toetsen wordt in dit hoofdstuk het horizontaal toezicht van de Belastingdienst onder de loep genomen. Bij dit toezicht wordt een beroep gedaan op de wederkerigheid.

Met het horizontaal toezicht wordt een samenwerking bewerkstelligt tussen Belastingdienst en belastingplichtige die gebaseerd is op wederzijds vertrouwen.¹³¹ Uitgangspunt is om meer verantwoordelijkheid bij de burger neer te leggen waarbij door goed presteren van de burger de regeldruk verminderd kan worden.¹³² De vraag is of een dergelijke samenwerking wel aanvaardbaar is gezien het wetmatigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 wordt allereerst eerst ingegaan op de aanleiding en introductie van horizontaal toezicht. In paragraaf 3 wordt het handhavingsconvenant inhoudelijk besproken. In paragraaf 4 en 5 wordt het horizontaal toezicht getoetst aan het legaliteitsbeginsel respectievelijk het gelijkheidsbeginsel. Vervolgens zal in paragraaf 6 het horizontaal toezicht vanuit wederkerigheidsperspectief worden besproken. In paragraaf 7 wordt ten slotte afgesloten met enkele conclusies ten aanzien van de aanvaardbaarheid van het horizontaal toezicht

4.2 Aanleiding en introductie van het horizontaal toezicht

Begin 2004 is de Belastingdienst in opspraak gekomen in het kader van de aanpak van zogenaamde 'vrijplaatsen'. Bewoners van woonwagenkamp de Vinkenslag hadden in de jaren 90 afwijkende belastingtariefafspraken gemaakt met de Belastingdienst in strijd met de heersende fiscale wetgeving.¹³³ Deze afspraken zijn ingegeven door de moeilijkheden die spelen bij het innen van belasting bij dergelijke vrijplaatsen wat over het algemeen gekenmerkt wordt door ontbrekende administratie, bedreigingen en geweld. Ondersteuning van politie is hierbij vaak noodzakelijk waardoor handhaving van de fiscale wetgeving een kostbare exercitie wordt. Door de ontstane handhavingstekorten zijn er afwijkende afspraken gemaakt of werd er een gedoogbeleid gehanteerd onder het mom van een kosten-baten afweging. In een brief aan de Tweede Kamer heeft de toenmalige minister van financiën geconstateerd dat dergelijk gedoogbeleid niet meer geaccepteerd wordt vanuit de samenleving.¹³⁴ Dit vroeg om een herbezinning van de handhavingsstrategie door de Belastingdienst. Hiertoe heeft de minister van Financiën een pakket aan maatregelen voorgesteld. Onderdeel van het maatregelenpakket was onder meer de verkenning naar horizontaal toezicht. Het idee was dat er voor burgers die zich keurig aan de regels houden lichtere handhavingsregimes kunnen gelden zodat hierdoor meer handhavingscapaciteit vrijkomt om belastingfraudeurs op te sporen¹³⁵

In een brief aan de Tweede Kamer heeft toenmalig Staatssecretaris van Financiën J.G. Wijn het startschot gegeven voor het horizontaal toezicht van de Belastingdienst. Hij benadrukt dat een dergelijk toezicht aansluit bij de huidige maatschappelijke ontwikkelingen waarbij de overheid en

¹³¹ *Kamerstukken II*, 29 643, nr. 4, p.1.

¹³² *Kamerstukken II*, 29 643, nr. 4, p.1.

¹³³ *Kamerstukken II*, 29 643, nr. 2, p. 1.

¹³⁴ *Kamerstukken II*, 29 643, nr. 2, p. 4.

¹³⁵ *Kamerstukken II*, 29 643, nr. 2, p. 6.

burger in hun onderlinge verhouding steeds meer gelijkwaardig worden.¹³⁶ Bij horizontaal toezicht draait het om het scheppen van een relatie tussen ‘burger’ en Belastingdienst die gebaseerd is op wederzijds vertrouwen. Hierbij hoort open en transparante communicatie waarbij partijen over en weer duidelijk maken wat van elkaar verwacht mag en kan worden. Deze verwachtingen kunnen vervolgens worden vastgelegd in een overeenkomst. Ten aanzien van deze eerste aanzet tot horizontaal toezicht licht ik er hier drie categorieën ‘burgers’ uit, te weten de zeer grote ondernemingen, het midden- en kleinbedrijf en de particulier. Voor de zeer grote ondernemingen was het idee om individuele handhavingsconvenanten af te sluiten. Hier konden afspraken en wederzijdse verplichtingen in worden vastgelegd. Voor het midden- en kleinbedrijf wordt niet gekozen voor individuele handhavingsconvenanten gezien de grootte van de sector.¹³⁷ In plaats daarvan worden afspraken gemaakt met intermediairs en de brancheverenigingen om via die route de fiscale kwaliteit in het MKB te verhogen.¹³⁸ Voor de particulier is gekozen om met vooraf ingevulde aangiftes te gaan werken. Op de aangifte worden alle beschikbare gegevens zichtbaar waar de Belastingdienst over beschikt. Het is dan de verantwoordelijkheid van de particulier om te controleren of de gegevens kloppen en zorg te dragen voor een correct ingediende aangifte.¹³⁹

4.3 Het individuele handhavingsconvenant

4.3.1 Doel van het handhavingsconvenant

Het handhavingsconvenant is een instrument wat de inspecteur inzet ten behoeve van de uitoefening van zijn bevoegdheid om belasting te heffen. Doel van de inzet van een handhavingsconvenant is om te zorgen voor een correcte belastingaangifte die zo snel mogelijk wordt opgelegd door de Belastingdienst. Voordeel voor de belastingplichtige is dat in de actualiteit gewerkt kan worden. Bij het repressief toezicht van de Belastingdienst kan het nog weleens voorkomen dat 3 jaar na dato een grote hoeveelheid aan informatie wordt opgevraagd ter verantwoording van de fiscale afdrachten. Dit kan een grote last zijn voor organisaties en brengt behoorlijke risico's met zich mee in de vorm van naheffingen.¹⁴⁰ Voor de Belastingdienst is het doel van een handhavingsconvenant om een samenwerking te bewerkstelligen op grond van wederzijds vertrouwen, begrip en transparantie.¹⁴¹ Deze samenwerking moet ervoor zorgen dat er achteraf nog maar minimaal gecontroleerd hoeft te worden. Er is daardoor meer handhavingscapaciteit ten aanzien van mogelijke fraudeurs. Dit zou effectiever, efficiënter en rechtvaardiger zijn.

4.3.2 Inhoud van het handhavingsconvenant

Voordat partijen een convenant kunnen afsluiten zal eerst het nodige vooroverleg plaatsvinden met de Belastingdienst.¹⁴² Er zal een zogenaamd Tax Control Framework moeten worden ingericht (hierna: TCF). Dit is het geheel aan maatregelen, interne en externe controle procedures die zijn ingesteld om zicht te houden op de fiscale processen binnen het bedrijf of de organisatie.¹⁴³ Vanuit dit systeem zal het mogelijk moeten zijn voor een organisatie om tijdig en correct conform wet- en

¹³⁶ Kamerstukken II, 29 643, nr. 4, p. 1.

¹³⁷ Kamerstukken II, 29 643, nr. 4, p. 2-3.

¹³⁸ Oevering en Sialino-Keen 2008, *WFR* 2008/262, par. 7.

¹³⁹ Kamerstukken II, 29 643, nr. 4, p. 3..

¹⁴⁰ De gemeente Emmen heeft in 2011 een naheffing van anderhalf miljoen euro gekregen wegens onvolledige aangiften over de periode van 2006 tot en met 2009. Er was geen rittenadministratie voor de bedrijfsauto's aangelegd, zie <https://www.rtvdrenthe.nl/nieuws/55791/Naheffing-van-anderhalf-miljoen-voor-gemeente-Emmen>.

¹⁴¹ Leidraad toezicht GO, versie februari 2021, p. 10.

¹⁴² Leidraad toezicht GO, versie februari 2021, p 56-58.

¹⁴³ Oenema & Van der Enden 2013, *WFR* 2013/545, par. 2.1.

regelgeving de aangifte in te dienen. Wanneer na het voortraject blijkt dat partijen verder willen met het horizontaal toezicht dan kan het convenant ondertekend worden en is het 'horizontale samenwerkingsverband' tot stand gekomen. Kernwoorden binnen dit samenwerkingsverband zijn wederzijds vertrouwen, begrip en transparantie. In het convenant worden een viertal standaard afspraken gemaakt in het kader van de fiscale beheersing van het bedrijf en de wijze van controle door de Belastingdienst. Allereerst de afspraak om tot toezicht op maat te komen. De belastingplichtige dient zorg te dragen voor een systeem van fiscale beheersing binnen het bedrijf of organisatie. De Belastingdienst beoordeeld de kwaliteit van dit systeem en stemt de wijze en mate van controle hierop af. De tweede afspraak heeft betrekking op actuele afwikkeling van fiscale vorderingen. Dit betekent voor de belastingplichtige dat hij spoedig maar in ieder geval tijdig belastingschulden betaald. Voor de Belastingdienst geldt hetzelfde alleen dan voor belastingteruggave. De derde afspraak betreft het vooraf in overleg treden van de belastingplichtige met de Belastingdienst met betrekking tot inhoudelijke fiscale discussiepunten. De Belastingdienst zal zo snel mogelijk een eigen standpunt in moeten nemen ten aanzien van de voorgelegde 'casus'. De vierde en laatste afspraak heeft betrekking op het werken in de actualiteit door tijdige indiening en afwikkeling van belastingaangiftes.¹⁴⁴

4.4 Wederkerigheid bij horizontaal toezicht van de Belastingdienst

In het voorgaande hoofdstuk is geconstateerd dat wederkerigheid een belangrijke waarde vormt binnen een samenwerkingsverband en verbonden is aan de instrumentele functie van het bestuursrecht. In het bestuursrecht manifesteert de wederkerigheid zich voornamelijk in situaties waar er sprake is van beoordelings- en/of beleidsruimte. Binnen die ruimte vindt een belangenafweging plaats waarbij de input en medewerking van de burger in voorkomende gevallen onmisbaar is. De nadruk ligt hierbij vooral op de communicatie tussen partijen en de verwachtingen die zij van elkaar mogen hebben.

Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk al aangegeven wordt bij het horizontaal toezicht een beroep gedaan op wederkerigheid. Allereerst kan geconstateerd worden dat de inspecteur in het belastingrecht ruime bevoegdheden heeft ten aanzien van het opvragen van informatie in het kader van de belastingheffing.¹⁴⁵ De ruime discretionaire bevoegdheden zijn een indicatie van een rechtsgebied waar de instrumentele functie van het recht op de voorgrond staat. Flexibiliteit wordt nodig geacht om tot een doelmatig en effectief proces van belastingheffing te komen. Wederkerigheid wordt bij horizontaal toezicht ingezet als middel ten behoeve van de effectiviteit van het recht.

Belangrijk om te constateren is dat er voor het afsluiten van een handhavingsconvenant geen expliciete bevoegdheidsgrondslag bestaat. Er wordt daarmee een beroep gedaan op wederkerigheid als grondslag voor het afsluiten van een dergelijk convenant. Ook de geformuleerde uitgangspunten in het kader van de samenwerking op grond van het handhavingsconvenant duiden mijns inziens op wederkerigheid. Er wordt vastgelegd dat partijen met elkaar zullen omgaan op basis van wederzijds vertrouwen, begrip en transparantie. Het ontbreken van één van deze elementen kan reden zijn om de overeenkomst te schorsen of beëindigen. Criteria voor het beëindigen van de overeenkomst zijn dus niet terug te vinden in de wet maar moeten gezocht worden in de relatie en de afspraken die daarbinnen zijn vastgelegd middels het convenant.

¹⁴⁴ Huiskers-Stoop 2014, *MBB* 2014/11, p. 439-440.

¹⁴⁵ Zie artikel 47 AWR.

De afspraken die vervolgens worden gemaakt in een handhavingsconvenant hebben veel weg van de privaatrechtelijke wederkerige verbintenissen. Zo leidt de verbintenis om een TCF te implementeren tot de verbintenis om tot een minder stringent handhavingsregime door de Belastingdienst te komen. De verbintenis om zo snel mogelijk maar in ieder geval tijdig belastingaangifte te doen leidt tot de verbintenis aan de kant van de Belastingdienst om zo snel mogelijk een definitieve belastingaanslag te versturen. De verbintenis tot het pro-actief indienen van standpunten omtrent fiscale aspecten zal leiden tot de verbintenis van de Belastingdienst om hier met voortvarendheid op te reageren.

4.5 Het wetmatigheidsbeginsel

4.5.1 Functie van het wetmatigheidsbeginsel

Het bestuursrechtelijk legaliteitsbeginsel of beter gezegd het wetmatigheidsbeginsel heeft verschillende functies. Allereerst wordt er voor het bestuursoptreden een bevoegdheidsgrondslag vereist die is terug te leiden tot formele wetgeving. Met deze eis wordt uitdrukking gegeven aan het staatsrechtelijk beginsel van representatieve democratie.¹⁴⁶ De formele wet is tot stand gekomen met medewerking van de volksvertegenwoordiging. De burger heeft via zijn volksvertegenwoordiging akkoord gegeven voor het bestuursoptreden waaraan hij gebonden kan worden. Ten tweede houdt wetmatigheid van bestuur in dat het bestuursoptreden consistent wordt uitgevoerd. Dit betekent dat het bestuursoptreden in overeenstemming moet zijn met de wet.¹⁴⁷ Als laatste heeft het wetmatigheidsbeginsel als functie om duidelijkheid en rechtszekerheid te waarborgen. Dit maakt dat de burger zich op de hoogte moet kunnen stellen van zijn rechtspositie ten opzichte van het bestuur aan de hand van regelgeving.¹⁴⁸ Ook biedt de wet een wettelijk kader waaraan de rechter het bestuursoptreden kan toetsen.

4.5.2 Reikwijdte van het wetmatigheidsbeginsel

Over de reikwijdte van het wetmatigheidsbeginsel bestaat in de literatuur geen consensus. Er zijn opvattingen te vinden waarbij wordt betoogd dat voor al het bestuursoptreden een wettelijke grondslag is vereist.¹⁴⁹ Andere schrijvers leggen het wetmatigheidsbeginsel minder verstrekkend uit en stellen dat enkel een wettelijke grondslag nodig is wanneer sprake is van bestuursoptreden dat leidt tot eenzijdig opgelegde verplichtingen.¹⁵⁰ De discussie laat ik op deze plek verder rusten nu de bespreking van de vele visies vanuit de literatuur de omvang van deze scriptie zal overstijgen. Voor het toetsingskader van het wetmatigheidsbeginsel sluit ik mij aan bij de opvatting van Schlössels & Zijlstra. Zij zijn van mening dat bestuursoptreden een wettelijke grondslag dient te hebben wanneer dit *'ingrijpt in de rechten en vrijheden van particulieren'*.¹⁵¹ Zij zoeken hiermee aansluiting bij hetgeen de Hoge Raad heeft bepaald in het Methadonbrief-arrest. Hieruit volgt dat niet bindende regels ook een wettelijke grondslag vereisen wanneer deze regels leiden tot een inperking van de vrijheid van de burger in kwestie.¹⁵² Hier moet ook het begunstigend bestuur onder worden begrepen.¹⁵³ Deze opvatting lijkt ondersteund te worden door het feit dat de wetgever een bepaling in artikel 4:23 Awb

¹⁴⁶ Teunissen 1996, p. 103.

¹⁴⁷ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 21.

¹⁴⁸ Neerhof 2019, p. 793 (totale bundel 25 jaar Awb); Tak 2017, par. 10.1.

¹⁴⁹ Zie bijvoorbeeld Kortmann 2008, p. 51-52.

¹⁵⁰ Van Ommeren 1996, p. 397

¹⁵¹ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 100-101.

¹⁵² HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9460, overw. 3.3 (*Methadonbrief*).

¹⁵³ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 100-101; zie ook Schlössels 1998, p. 112-113.

heeft opgenomen op basis waarvan subsidie enkel op grond van een wettelijke grondslag verstrekt mag worden.

4.5.3 Toetsingskader

Het handhavingsconvenant is een instrument dat wordt ingezet ter uitvoering van het beleid van horizontaal toezicht. Voor het afsluiten van een dergelijk convenant bestaat geen wettelijke grondslag. Het convenant moet mijns inziens daarom gekwalificeerd worden als privaatrechtelijke bevoegdheidsovereenkomst.¹⁵⁴ Dit roept de vraag op of dergelijk bestuursoptreden wel aanvaardbaar is gezien het wetmatigheidsbeginsel. Anders gezegd, mag het bestuur een privaatrechtelijke bevoegdheid om te contracteren aanwenden ten behoeve van de behartiging van het algemeen belang?

In beginsel is dit wel mogelijk. Ik wijs hier allereerst op de twee-wegenleer van de Hoge Raad. Deze leer komt er kort gezegd op neer dat een bestuursorgaan in beginsel zowel de publiekrechtelijke als privaatrechtelijke weg mag bewandelen om het algemeen belang te behartigen. In verschillende arresten van de Hoge Raad die zover terug gaan als 1925 wordt deze leer bevestigd.¹⁵⁵ In de literatuur wordt dit tot eind jaren 80 als de heersende leer beschouwd.¹⁵⁶ Begin jaren 90 lijkt de Hoge Raad in het Windmill-arrest een andere route in te slaan. De Hoge Raad bevestigd nog steeds dat het aanwenden van privaatrechtelijke bevoegdheden ten behoeve van de behartiging van het algemeen belang in beginsel is toegestaan. Er wordt echter een belangrijke beperking aangebracht. Zo mag het bestuur enkel gebruik maken van privaatrechtelijke bevoegdheden indien geen sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling.¹⁵⁷

Bij de toetsing van een eventuele doorkruising van een publiekrechtelijke regeling moet allereerst gekeken worden naar inhoud en strekking van deze regeling. Ten tweede is van belang om te bezien wat het gebruik van het privaatrechtelijke instrument betekent voor de publiekrechtelijke rechtsbescherming van de burger. Ten derde mogen de afspraken geen conflict opleveren met het geschreven en ongeschreven publiekrecht. Als laatste moet beoordeeld worden of er geen publiekrechtelijke regeling beschikbaar is op basis waarvan een vergelijkbaar resultaat behaald kan worden.¹⁵⁸

De criteria om specifiek een bevoegdheidsovereenkomst af te mogen sluiten zijn recent door de Hoge Raad verder verduidelijkt: Een bevoegdheidsovereenkomst kan worden aangegaan indien de wet hiervoor de ruimte laat en de inspecteur over discretionaire ruimte beschikt.¹⁵⁹ Uit deze voorwaarde vloeit voort dat hetgeen vastgelegd wordt in de bevoegdheidsovereenkomst niet in strijd mag zijn met de wet. Dit criterium is ook al terug te vinden in het Windmill-arrest. Nieuw is dat de afspraken ook het doel moeten kunnen dienen waarvoor de bevoegdheid is afgegeven.¹⁶⁰

¹⁵⁴ P.J. Huisman, *De bevoegdheidsovereenkomst* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Bju 2012, p. 69-70.

¹⁵⁵ HR 16 april 1925, *NJ* 1925/649; HR 1 april 1926, *NJ* 1926/577.

¹⁵⁶ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 460.

¹⁵⁷ HR 26 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC0965, AB 1990/408, m.nt. G.P. Kleijn (Vlaardingen: Windmill, Windmill); Dit wordt in de literatuur ook wel aangeduid als de doorkruisingsleer, zie Schlössels & Zijlstra 2017, p. 463.

¹⁵⁸ HR 26 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC0965, r.o. 3.2, AB 1990/408, m.nt. G.P. Kleijn (Vlaardingen: Windmill, Windmill).

¹⁵⁹ HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483, r.o. 3.5.2, AB 2017/339, m. nt. F.J. van Ommeren en G.A. van der Veen.

¹⁶⁰ HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483, AB 2017/339, r.o. 3.5.3.

4.5.4 Het handhavingsconvenant getoetst

Met het handhavingsconvenant worden globaal gezien afspraken gemaakt ten aanzien van een tweetal thema's, te weten de informatievoorziening naar elkaar toe en de intensiteit van de controle door de Belastingdienst achteraf. Voor het gebruik van een privaatrechtelijke bevoegdhedenovereenkomst zijn de in de vorige paragraaf besproken criteria van belang. Allereerst zal bekeken moeten worden of de wet ruimte laat voor het aangaan van een bevoegdhedenovereenkomst. Gekeken moet worden of de belastinginspecteur ten aanzien van de belastingheffing over discretionaire bevoegdheden beschikt. Dit kan bevestigend worden beantwoord. Zoals hiervoor al kort benoemd dient de belastingplichtige op grond van artikel 47 AWR gegevens aan te leveren die van belang *kunnen* zijn in het kader van de belastingheffing. De inspecteur heeft de keuze om de in zijn ogen van belang zijnde gegevens op te vragen.¹⁶¹ Het woord 'keuze' wijst op beoordelingsruimte van de belastinginspecteur. Ook ten aanzien van handhaving bestaat er discretionaire ruimte. Op grond van artikel 64 AWR *kan* de belastinginspecteur namelijk in afwijking van de belastingwet beslissen ten aanzien van een belastingschuld of bestuurlijke boete. Het contracteren over de bevoegdheid lijkt in beginsel dus mogelijk.

De volgende vraag die beantwoord moet worden is of de afspraken wel toegestaan zijn gelet op de publiekrechtelijke kaders waar zowel het geschreven als ongeschreven publiekrecht onder moet worden begrepen. Voor wat betreft de afspraken dat partijen zo snel mogelijk belastingaangiftes indienen en belastingaanslagen opleggen en het financieel afwikkelen hiervan zal mijns inziens niet tot problemen leiden. Deze afspraken worden begrensd door de termijnen van de AWR. De afspraken vallen nog binnen de wettelijke kaders van het publiekrecht.

Voor de afspraak om tot een TCF te komen lijkt dit anders te liggen. Deze afspraak is niet onder een bevoegdheid te brengen. Gekeken moet worden of deze afspraak geen onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling tot gevolg heeft. Voor wat betreft inhoud en strekking van de afspraak kan gesteld worden dat dit niet tot problemen leidt. Het inrichten van een TCF heeft als doel om uiteindelijk eenvoudiger en vooraf tot een juiste belastingaangifte te komen. Ook de publiekrechtelijke rechtsbescherming komt niet in het gedrang. Een TCF die door de Belastingdienst als betrouwbaar wordt bestempeld zal enkel een verlaging van de controle intensiteit tot gevolg hebben. Voor zover een TCF als onvoldoende betrouwbaar wordt bestempeld zal de traditionele achteraf controle nog een belangrijke rol spelen. Als laatste kan gesteld worden dat er geen vergelijkbare publiekrechtelijke regeling voorhanden is. De afspraak om een TCF in te richten en daar het controle beleid op aan te passen levert mijns inziens dan ook geen onaanvaardbare doorkruising op.

De afspraak omtrent de proactieve informatieplicht leidt mijns inziens wel tot een overschrijding van de discretionaire bevoegdheid van de belastinginspecteur. Een dergelijke afspraak valt niet onder de bevoegdheid van artikel 47 AWR te brengen. In dit artikel wordt namelijk de term '*desgevraagd*' gebruikt. Een actieve informatieplicht lijkt hier niet in te passen.¹⁶² Ook hier zal weer gekeken moeten worden of er sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling. Voor wat betreft de strekking, inhoud en rechtsbescherming van de belastingplichtige geldt hetzelfde als bij de afspraak omtrent het TCF. De afspraak is gemaakt ten behoeve van het werken in de actualiteit om zo vooraf tot een juiste aangifte te komen. Worden partijen het niet eens dan is het nog steeds mogelijk om bezwaar- en beroep aan te tekenen door de belastingplichtige.¹⁶³ Wel lijkt

¹⁶¹ Zie artikel 47, lid 1, sub b, Awr.

¹⁶² Herreveld 2015, TFB 2015/02, par. 3.

¹⁶³ Belastingdienst 2021, Leidraad Toezicht Grote ondernemingen, p. 28.

deze afspraak te kunnen leiden tot situaties die niet in overeenstemming zijn met de wet. Ik wijs hier op de consequenties die Huiskers-Stoop in haar proefschrift verbindt aan het verwijtbaar overtreden van de proactieve informatieplicht.¹⁶⁴ Het gaat dan in het bijzonder om de situatie waarin de termijn voor het indienen van een navorderingsaanslag is verstreken.¹⁶⁵ In een dergelijke situatie zou het volgens Huiskers-Stoop mogelijk moeten zijn voor de Belastingdienst om alsnog op grond van wanprestatie een schadevergoeding op grond van artikel 6:74 BW te kunnen vorderen in verband met de te lage afdracht van belastingen. Voor belastingplichtigen die geen convenant hebben ondertekend geldt dit 'risico' niet. Een dergelijke privaatrechtelijke handeling is in mijn optiek in strijd met artikel 16 lid 3 AWR en levert daardoor een onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling op.

Geconcludeerd kan worden dat het afsluiten van een handhavingsconvenant in beginsel aanvaardbaar is ondanks het legaliteitsgebrek. De afspraken mogen echter niet zover gaan dat de belastingplichtige buiten de publiekrechtelijke kaders om gebonden kan worden. Voor de proactieve informatieplicht en in zekere zin ook de afspraak met betrekking tot het TCF betekent dit dat deze afspraken niet afdwingbaar zijn. De enige maatregel die de Belastingdienst kan nemen is het handhavingsconvenant te schorsen of op te zeggen.¹⁶⁶ Het 'verticale' toezicht zal in dat geval herleven.

4.6 Het gelijkheidsbeginsel

4.6.1 Wettelijk kader

Het gelijkheidsbeginsel is een belangrijk beginsel van de democratische rechtsstaat. Dit beginsel is gecodificeerd in artikel 1 van de Grondwet. Discriminatie op grond van levensovertuiging, godsdienst, ras en politieke gezindheid is verboden. In het bestuursrecht heeft het gelijkheidsbeginsel een plaats gekregen als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. In de literatuur wordt het gelijkheidsbeginsel vaak gedefinieerd aan de hand van de aristotelische benadering. Dit houdt kort gezegd in dat gelijke gevallen, gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen naar hun mate van ongelijkheid worden behandeld.¹⁶⁷ De toetsing aan het gelijkheidsbeginsel kan globaal in een tweetal fasen worden opgedeeld. Allereerst de vergelijkingstoets waarbij wordt gekeken of er sprake is van ongelijke behandeling van gelijke gevallen. De tweede fase van toetsing betreft de objectieve rechtvaardigingstoets. In deze fase moet beoordeeld worden of er voor de ongelijke behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Vanuit de rechtspraak kan geconstateerd worden dat bij deze toets vooral gekeken wordt of er sprake is van een consistente uitvoering van het beleid. Bij een vermeende ongelijke behandeling van gelijke gevallen zal het bestuur zijn handelen afdoende moeten kunnen motiveren.¹⁶⁸

Ten Berge plaatst het gelijkheidsbeginsel in het vereiste voor het bestuur om een consistente koers te varen. Dit beginsel kan afgeleid worden uit het staatsrechtelijke verbod van willekeur.¹⁶⁹ Hij noemt in dit kader een drietal elementen die van toepassing kunnen zijn bij de toetsing of het bestuur wel een consistente koers heeft gevaren.¹⁷⁰ Allereerst de inachtneming van de eigen beleidsregels voor

¹⁶⁴ Huiskers-Stoop 2015, p. 230-231.

¹⁶⁵ Zie artikel 16 lid 3 AWR.

¹⁶⁶ Leidraad Horizontaal Toezicht Fiscaal Dienstverleners 2021, p. 50.

¹⁶⁷ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 384; Gerards 2002, p. 9.

¹⁶⁸ ABRvS 14-09-2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU2637, m.nt. F.R. Vermeer; ABRvS 11-06-2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3618, m.nt. F.R. Vermeer (Winkelruiten H&M)

¹⁶⁹ Ten Berge 1998, p. 312.

¹⁷⁰ Ten Berge 1998, p. 312.

zover deze aanwezig zijn. Ten tweede kan bij de bevoegdheidsuitoefening sprake zijn van een bepaalde gedragslijn bij het bestuur. Hierbij kan gedacht worden aan interne afspraken. Dit kunnen beleidsregels zijn maar dat hoeft niet per definitie.¹⁷¹ De wijze waarop gebruik wordt gemaakt van handhavingsconvenanten kan hier ook onder worden gebracht. Als laatste kan het gelijkheidsbeginsel genoemd worden.¹⁷² Ieder van deze aspecten speelt een rol bij het gebruik van handhavingsconvenanten in het belastingrecht en is in mijn optiek daarom een geschikte meetlat om de handhavingsconvenanten langs te leggen.

4.6.2. Afbakening toetsing

In de beleidsregels van de Belastingdienst wordt onderscheidt gemaakt tussen het MKB, de MO's, GO's en ZGO's. Voor het MKB is het niet mogelijk om een handhavingsconvenant af te sluiten. In deze scriptie zal ik niet nader ingaan op dit gemaakte onderscheid in de beleidsregels. De analyse van het horizontaal toezicht in het licht van het gelijkheidsbeginsel zal enkel zien op de situatie tussen belastingplichtigen die in beginsel allen in aanmerking zouden komen om een handhavingsconvenant te ondertekenen. In het kader van het gelijkheidsbeginsel zal concreet gekeken worden naar de toelatingscriteria van het horizontaal toezicht, het verminderde toezicht dat daarmee gepaard gaat en het opleggen van boetes bij geconstateerde fouten.

4.6.3 Toetsing

4.6.3.1 Toelatingscriteria

Om voor horizontaal toezicht in aanmerking te komen zal een organisatie aan een zestal voorwaarden moeten voldoen. Kortgezegd komt het erop neer dat een organisatie verklaard bereid te zijn om volgens de kernwaarden van het horizontaal toezicht te werken. Daarnaast dient het een TCF op te stellen waar de Belastingdienst op kan vertrouwen. Er zal een fiscale strategie vastgesteld moeten worden, een fiscale risicoanalyse evenals de oprichting van een adequaat monitoring systeem zowel intern als extern.¹⁷³ In de leidraad horizontaal toezicht wordt aangegeven dat de inrichting van een TCF maatwerk is en iedere organisatie er daarom zelf een concrete invulling aan kan geven.¹⁷⁴ Nu het hebben van een adequaat TCF een voorwaarde is voor het aangaan van een handhavingsconvenant kan dit mijns inziens gaan schuren met het gelijkheidsbeginsel en het daarmee samenhangende verbod van willekeur. Dit kan zich voordoen in de situatie dat de belastinginspecteur van oordeel is dat het TCF van een organisatie niet aan de voorwaarden voldoet terwijl sprake is van een vergelijkbare fiscale situatie met andere belastingplichtigen die wel een handhavingsconvenant hebben ondertekend. De belastinginspecteur zal moeten kunnen motiveren dat een dergelijke onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Of dit altijd mogelijk is, is nog maar de vraag nu er geen concrete criteria zijn waaraan het handelen getoetst kan worden. Een vaste gedragslijn bij de belastinginspecteur zal dan ook moeilijk vast te stellen zijn. Dit kan de indruk wekken van willekeurig bestuursoptreden.

Ook moet opgemerkt worden dat tegen een dergelijk oordeel van de belastinginspecteur geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open staat. Het oordeel is immers niet aan te merken als een aanvraag in de zin van artikel 1:3 Awb. Het lijkt er dan ook op dat de belastinginspecteur bij het aangaan van handhavingsconvenanten volledig vrij is in zijn beoordeling. Dit is ongewenst in het

¹⁷¹ Ten Berge 1998, p. 313.

¹⁷² Ten Berge 1998, p. 313-316.

¹⁷³ Belastingdienst 2021, Leidraad Toezicht Grote ondernemingen, p. 56.

¹⁷⁴ Belastingdienst 2021, Leidraad Toezicht Grote ondernemingen, p. 88.

bestuursrecht waar het bestuuroptreden ten alle tijden in overeenstemming met de abbb moet plaatsvinden en dit ook getoetst moet kunnen worden.

4.6.3.2 Vooroverleg en het verminderde toezicht

Bij horizontaal toezicht gaan belastingplichtige en de belastinginspecteur voorafgaand aan de indiening van de belastingaangifte met elkaar in vooroverleg om vooraf de fiscale discussiepunten te bespreken. Het doel is om vooraf tot een aanvaardbare aangifte te komen. Controle achteraf zou in dat geval minder nodig zijn waardoor de Belastingdienst minder handhavingscapaciteit hoeft in te zetten. De vraag is of dit verminderde toezicht tot een ongelijke behandeling van gelijke gevallen leidt? Mijns inziens is dat niet het geval. Allereerst wijs ik op het uitgangspunt bij horizontaal toezicht dat een aangifte niet anders mag uitpakken onder horizontaal toezicht. Daarnaast zorgt het vooroverleg, waarbij fiscale standpunten over en weer zijn uitgewisseld, ervoor dat belastingplichtigen niet in dezelfde positie verkeren als belastingplichtigen die geen vooroverleg hebben gehad. Onder het convenant heeft de belastingplichtige namelijk al de nodige medewerking verleend aan de belastinginspecteur. Logischerwijs zal de belastinginspecteur een beter beeld hebben bij deze organisatie waardoor hij achteraf ook minder informatie zal hoeven uit te vragen ex. artikel 47 Awr.

Een risico wordt mijns inziens wel gevormd door het begrip ‘aanvaardbare aangifte’.¹⁷⁵ Indien er sprake is van een goed werkend TCF zal er niet veel aan de hand zijn. Maar indien dit niet het geval is, roept dit wel de vraag op of wel vastgesteld kan worden of er sprake is van een aanvaardbare aangifte. Oftewel, is de kans dat een onaanvaardbare aangifte door de mazen van de wet glipt niet groter onder het horizontaal toezicht? Mijns inziens valt dat risico wel mee. De Belastingdienst zal het toezicht afstemmen op de kwaliteit van het TCF. Indien uit steekproeven blijkt dat dit tot een onjuiste output van informatie leidt, dan zal dit ook onder horizontaal toezicht tot een intensievere controle leiden. Verder is ook van belang om de doorlooptijd van het convenant te noemen. Deze kent een duur van 3 jaar waarna een evaluatie plaatsvindt om te beoordelen of de TCF nog wel aan de voorwaarden voldoet. Geconstateerde fouten zullen dan alsnog gecorrigeerd kunnen worden. Het verminderde toezicht leidt mijns inziens dan ook niet tot ongelijke behandeling van gelijke gevallen.

4.6.3.3 Handhaving bij geconstateerde fouten

Een ander aspect wat interessant is om te belichten vanuit het gelijkheidsbeginsel is het wel of niet opleggen van een boete door de belastinginspecteur bij een geconstateerde fout. Hoe verhoudt de convenantsituatie zich dan tot het verticale toezicht? Voor het opleggen van een boete gelden dezelfde voorwaarden als die bij verticaal toezicht.¹⁷⁶ Uitgangspunt voor beide situaties is het responsief handhaven. Het responsief handhaven gaat uit van een benadering op basis van vertrouwen. Wanneer er signalen zijn dat dit vertrouwen wordt geschonden dan zal hier rekening mee worden gehouden bij de handhaving.¹⁷⁷ Opvallend is de instructie voor controlemedewerkers met betrekking tot het vaststellen van de strafmaat. Wanneer een belastingplichtige zijn medewerking pro-actief verleend aan de Belastingdienst om dergelijke fouten in de toekomst voor te zijn dan kan de strafmaat worden verlaagd.¹⁷⁸ In beginsel heeft dus ook de belastingplichtige zonder handhavingsconvenant de mogelijkheid om op basis van de mate van medewerking voor een lagere

¹⁷⁵ Op basis van interne afspraken is een aangifte aanvaardbaar wanneer de fiscale feiten volledig worden weergegeven en deze op aanvaardbare wijze zijn geïnterpreteerd. Verder dient de aangifte binnen een foutmarge van 5% te blijven, zie Belastingdienst juli 2020 – Handboek Controle, p. 45-52.

¹⁷⁶ Belastingdienst 2021, Leidraad Toezicht Grote ondernemingen, p. 28.

¹⁷⁷ Zie Belastingdienst juli 2020 - Handboek Controle, p. 11.

¹⁷⁸ Zie Belastingdienst juli 2020 - Handboek Controle, p. 182.

strafmaat in aanmerking te komen. Kijkend naar de convenantsituatie dan is het onder horizontaal toezicht standaard beleid om eerst het gesprek aan te gaan om de oorzaak te achterhalen. Vervolgens wordt gekeken hoe dergelijke fouten in de toekomst voorkomen kunnen worden. Ook hier wordt een beoordeling van de mate van verwijtbaarheid gedaan en kan er een boete worden opgelegd.¹⁷⁹

Dit roept dan vervolgens wel de vraag op of er nog wel sprake kan zijn van wederzijds vertrouwen en verminderd toezicht wanneer de belastinginspecteur besluit om een boete op te leggen. Valt in dat geval de grondslag niet weg onder het convenant? In voorkomende gevallen kan dit inderdaad aanleiding zijn om het convenant op te schorten of zelfs te beëindigen.¹⁸⁰ In mijn optiek kan in ieder geval gesteld worden dat er geen sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen wanneer binnen de kaders van het beleid en de interne controle instructies wordt gewerkt.

4.7 Conclusie

Met het horizontaal toezicht beleid wordt een beroep gedaan op de wederkerigheidsgedachte. Reden voor een herbezinning van het toezichtbeleid kan gevonden worden in de maatschappelijke ontwikkelingen waarbij aan de ene kant wordt geconstateerd dat handhaving belangrijk wordt gevonden. Situaties zoals bij de Vinkenslag-affaire worden niet langer geaccepteerd in de maatschappij. Aan de andere kant zorgt de beperkte handhavingcapaciteit van de Belastingdienst ervoor dat handhaving wordt bemoeilijkt. Horizontaal toezicht moet hier uitkomst bieden. Door afspraken te maken met medewerkende burgers ten aanzien van de fiscale huishouding om zo tot een systeem te komen waardoor controle achteraf tot een minimum beperkt kan worden. Hierdoor kan de Belastingdienst zijn handhavingcapaciteit inzetten op de mogelijke fraudeurs binnen de samenleving.

In dit hoofdstuk is bekeken of het gebruik van individuele handavingsconvenanten wel aanvaardbaar is gezien het wetmatigheid- en gelijkheidsbeginsel. Ten aanzien van het legaliteitsbeginsel kan gesteld worden dat de afspraken omtrent de inrichting van een TCF en de pro-actieve informatieplicht geen publiekrechtelijke grondslag heeft. Dit leidt niet direct tot de conclusie dat er strijd is met het wetmatigheidsbeginsel. Beoordeeld moet worden of er sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling. Voor het TCF en het verminderd toezicht laat de wet de ruimte om een dergelijke afspraak te maken. De belastinginspecteur beschikt immers over ruime controle bevoegdheden. Ten aanzien van de pro-actieve informatieplicht kan geconstateerd worden dat het wetmatigheidsbeginsel een beperking van privaatrechtelijke bevoegdheden kan opleveren. Het is mijns inziens niet mogelijk om op grond van wanprestatie ex artikel 6:74 BW belastinggelden te vorderen buiten de wettelijke termijnen om. Dit zal leiden tot een onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling.

De vraag die dan overblijft is of het gelijkheidsbeginsel niet in het geding is. In mijn optiek kan gesteld worden dat het horizontaal toezicht geen strijd oplevert met het gelijkheidsbeginsel. Zolang binnen de kaders van de beleidsregels en interne instructies wordt gewerkt zal ongelijke behandeling van gelijke gevallen niet aan de orde zijn. De werkwijze bij horizontaal toezicht zorgt er ook voor dat belastingplichtigen in een andere positie komen te verkeren ten opzichte van de belastinginspecteur. De belastinginspecteur beschikt over veel meer informatie door deze werkwijze waardoor achteraf ook minder informatie opgevraagd hoeft te worden. Verder zijn de criteria ten aanzien van de strafmaat bij handhaving zowel bij verticaal als horizontaal toezicht hetzelfde. Indien een

¹⁷⁹ Belastingdienst 2021, Leidraad Toezicht Grote ondernemingen, p. 28.

¹⁸⁰ Belastingdienst 2021, Leidraad Toezicht Grote ondernemingen, p. 65

belastinginspecteur besluit geen boete op te leggen omdat hij de goede relatie vanuit de horizontale samenwerking wil behouden dan zal er sprake zijn van overtreding van het gelijkheidsbeginsel. Maar zolang hij binnen de kaders van het horizontaal toezicht beleid en de interne controle instructies blijft is hier geen sprake van. Een punt van aandacht is wel de toelatingscriteria voor horizontaal toezicht. Het is voorstelbaar dat de belastinginspecteur onterecht besluit geen handhavingsconvenant te kunnen ondertekenen met een belastingplichtige. Er staat in dat geval geen rechtsbescherming open, waardoor de belastingplichtige met lege handen staat. Vanuit het gelijkheidsbeginsel is dit niet problematisch nu de werkwijze bij horizontaal toezicht niet tot wezenlijk andere uitkomsten zou moeten leiden.

Met deze bespreking zijn ook inzichten verkregen ten aanzien van de aard van de wederkerigheidsgedachte in het bestuursrecht. Het contracteren over de werkwijze ten aanzien van de belastingheffing waarbij over en weer verbintenissen worden aangegaan is een duidelijke manifestatie van wederkerigheid. De aanvaardbaarheid van horizontaal toezicht van de Belastingdienst bevestigt in mijn optiek dat wederkerigheid een rol kan spelen in het bestuursrecht. Dat een expliciete wettelijke grondslag ontbreekt voor het gebruik van handhavingsconvenanten is hier een indicatie van. In mijn optiek kan gesteld worden dat wederkerigheid als grondslag dient voor een dergelijk beleidsinstrument.

Ondanks deze wederkerige elementen blijft het horizontaal toezicht mijns inziens in belangrijke mate verticaal van aard. Ten aanzien van de afspraken moet opgemerkt worden dat het om standaard afspraken gaat die zijn vastgesteld door de Belastingdienst. Van contractsvrijheid is dan ook geen sprake. De Belastingdienst is de partij die eenzijdig bepaalt wat in de overeenkomst komt te staan. De belastingplichtige kan slechts tot instemming overgaan of hij onder de gestelde voorwaarden wil participeren in de samenwerking om tot horizontaal toezicht te komen. De notie dat horizontaal toezicht tot meer gelijkwaardigheid in de relatie tussen Belastingdienst en belastingplichtige leidt, zoals in de parlementaire stukken wordt gesuggereerd, moet mijns inziens dan ook sterk gerelativeerd worden. Verder kunnen mijns inziens uit de toetsing van het horizontaal toezichtbeleid een aantal conclusies getrokken worden ten aanzien van wederkerigheid. Allereerst kan geconstateerd worden dat de grondslag voor het gebruik van het handhavingsconvenant volgt uit de wederkerigheid en niet zozeer een wettelijke bepaling. Vervolgens kan geconcludeerd worden dat een dergelijk gebruik van een wederkerig instrument niet per definitie onaanvaardbaar is in het bestuursrecht. Wel wordt het gebruik van het handhavingsconvenant begrensd door in dit geval het gelijkheidsbeginsel en wetmatigheidsbeginsel.

5. Eindconclusie

In deze scriptie heb ik onderzocht of er in het bestuursrecht gesproken kan worden van een wederkerige rechtsbetrekking. Hiertoe heb ik allereerst de ontwikkelingen beschreven die volgens de wetgever uit 1994 aanleiding gaven om de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking te bestempelen als wederkerig. De wetgever benadrukte dat de rol van het bestuur gewijzigd was ten opzichte van de klassieke Trias-politica leer. Vanuit de Trias-leer was het bestuur een overheidsorgaan die enkel uitvoering geeft aan de op democratische wijze tot stand gekomen wetgeving. De verhouding bestuur-burger was eenzijdig en verticaal van aard. Het bestuur stelde de rechtspositie van de burger vast waarbij de individuele belangen van de burger ondergeschikt waren aan de juiste uitvoering van de wet.

Bij de opbouw van het land na de tweede wereldoorlog is hier geleidelijk verandering in gekomen. De explosieve groei van de economie heeft geleid tot verschillende ontwikkelingen. Het takenpakket van het bestuur werd aanzienlijk uitgebreid. Het bleek voor de wetgever echter steeds lastiger zo niet onmogelijk om al deze taken in concrete normen uit te werken met als gevolg dat er in steeds meer gevallen kaderwetgeving werd afgegeven. Het bestuur kreeg hierdoor steeds meer discretionaire bevoegdheden. Doordat de rechter steeds minder goed in staat was om het bestuursoptreden te toetsen aan wetgeving zijn vervolgens de beginselen van behoorlijk bestuur ontwikkeld. Aan de hand van deze beginselen kon het bestuursoptreden door de rechter toch in zekere mate gecontroleerd worden. De verhouding tussen bestuur en burger is hierdoor enigszins gewijzigd. Het bestuur moet gezien de abbb meer dan voorheen rekening houden met de belangen van de burger. De wederkerigheid was volgens de wetgever zichtbaar in het feit dat partijen rekenschap moesten houden met elkaars positie. Voor de burger betekende dit in ieder geval dat verwacht mag worden dat hij zelfstandig voor zijn eigen belangen opkomt. Met de invoering van de Awb zijn deze ontwikkelingen gecodificeerd in een wettelijk kader van algemeen bestuursprocesrecht.

Het idee van wederkerigheid in het bestuursrecht heeft in de literatuur tot veel discussie geleid. Tegenstanders wijzen erop dat wederkerigheid geen plaats zou moeten hebben in het bestuursrecht. Wederkerigheid zou zich namelijk slecht verhouden met de staats- en bestuursrechtelijke beginselen. Zij stellen dat wederkerigheid de beginselen van legaliteit, wetmatigheid en specialiteit uithollen. Het zou namelijk de deur open zetten voor het bestuur om burgers te binden zonder wettelijke grondslag. Het specialiteitsbeginsel wordt uitgehold wanneer ongeschreven gedragsnormen voor burgers impliciet worden afgeleid uit een bevoegdheid van het bestuur. Mijns inziens zijn dit terechte zorgen maar is het oordeel dat wederkerigheid daarom geen enkele rol kan spelen in het bestuursrecht te kort door de bocht. In mijn optiek is wederkerigheid een algemeen begrip binnen onze gehele democratische rechtsstaat. Afhankelijk van de rechtsdiscipline zal de werking van wederkerigheid ook groter of kleiner kunnen zijn. Specifiek aan het bestuursrecht is het belang en samenhang van de legitimerende, instrumentele en waarborgfunctie waar in moet worden voorzien. Met een beroep op wederkerigheid wordt door het bestuur getracht om tot een meer doelmatig en effectievere wijze van algemene belangenbehartiging te komen. Wederkerigheid is mijns inziens daarom gelinkt aan de instrumentele functie van het bestuursrecht. Wanneer er veel nadruk ligt op deze functie van het bestuursrecht dan zal wederkerigheid een grotere rol kunnen spelen. Hiervan is sprake wanneer er in meer of mindere mate sprake is van beleid- of beslissingsruimte.

Vanuit de bestuursrechtelijke context betekent dit dat wederkerigheid vooral een rol speelt bij wettelijke bevoegdheden van het bestuur waar enige mate van beleid- of beslissingsruimte bestaat. Bestuur en burger hebben over en weer verantwoordelijkheden naar elkaar toe. Opgemerkt moet worden dat deze verantwoordelijkheden niet gelijk zijn verdeeld tussen burger en bestuur. Deze verantwoordelijkheden zullen vaak direct uit de wet voortvloeien. Bij discretionaire bevoegdheden

lijkt dit echter niet altijd het geval te zijn. Het bestuur zal door middel van beleidsregels nadere regels stellen. Vervolgens zal er in voorkomende gevallen in het individuele geval een belangenafweging moeten plaatsvinden. Deze belangenafweging kan tot negatieve gevolgen leiden die ogenschijnlijk niet direct uit de wettelijke norm voortvloeien. De ingebrachte belangen kunnen in voorkomende gevallen van invloed zijn op de uiteindelijke beslissing van een bestuursorgaan. Het bestuur is daarmee binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in zekere zin afhankelijk van hetgeen de burger inbrengt in de rechtsbetrekking. Andersom mag ook van de burger een zekere zelfstandigheid verwacht worden dat hij deze belangen inbrengt. Dit betekent dat de bijdrage van de burger niet voor iedere stap die gezet wordt expliciet uit de wet hoeft voort te vloeien. Mijns inziens kan dit echter enkel leiden tot ongeschreven burgerlasten die alsnog terug te leiden zijn tot een wettelijk kader. Waar in het privaatrecht bij overtreding van een wederkerigheidsplicht of verbintenis dit secundaire verbintenissen in het leven kan roepen is dit in het bestuursrecht mijns inziens dus niet mogelijk. Ook wordt de werking van wederkerigheid begrensd door de staats- en bestuursrechtelijke beginselen van legaliteit, rechtsgelijkheid en de abbb.

Om inzicht te verkrijgen in de aanvaardbaarheid van wederkerigheid is het horizontaal toezicht van de Belastingdienst getoetst aan het wetmatigheid- en gelijkheidsbeginsel. Ten aanzien van het wetmatigheidsbeginsel is duidelijk geworden dat de bevoegdhedenovereenkomst niet dezelfde status heeft als de wederkerige overeenkomst vanuit het privaatrecht. Toch zijn er wel degelijk wederkerige elementen te ontwaren. Zo worden er afspraken gemaakt over het omgaan met elkaar, het vooraf overleggen van fiscale standpunten en het verminderen van het toezicht achteraf. Een ander wederkerig element is zichtbaar vanuit het vooroverleg. Hier kunnen ook zaken besproken worden die een belastingplichtige heeft gemist. Dit kan financieel zowel positief als negatief uitpakken. De belastinginspecteur wijst de belastingplichtige zowel op tekortkomingen als op gemiste belastingvoordelen. De wet schrijft niet voor dat partijen op een dergelijke wijze met elkaar omgaan. Bij de toetsing aan het wetmatigheidsbeginsel is vervolgens te zien dat de wederkerigheid ook beperkt wordt. Het is in dat kader niet mogelijk om het handavingsconvenant als grondslag te gebruiken om een burger buiten de wettelijke termijnen om te binden. Dit levert een onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling op.

Met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel is geconstateerd dat de toelatingscriteria voor horizontaal toezicht kunnen leiden tot ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Hier staat voor de burger geen rechtsbescherming open. Dit is in mijn optiek ongewenst. Desalniettemin levert dit mijns inziens nog geen strijd met het gelijkheidsbeginsel op. Dit is te verklaren doordat het horizontaal toezicht niet tot wezenlijk andere resultaten zou moeten leiden ten opzichte van de verticale toezicht situatie.

Maar kan gezien voorgaande bespreking nu gesproken worden van een wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking? Het feit dat er binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking elementen van wederkerigheid zijn te ontwaren betekent mijns inziens nog niet dat de betrekking als zodanig als wederkerig bestempeld kan worden. Het bestuursrecht vormt de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking waarbinnen een balans gevonden moet worden tussen de legitimerende, instrumentele- en waarborgfunctie van het recht. Door de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als wederkerig te bestempelen wordt de indruk gewekt dat aan wederkerigheid binnen het bestuursrecht een zelfstandige betekenis toekomt. Wederkerigheid zou daardoor eenzelfde karakter krijgen als in het privaatrecht waarbij uitgegaan wordt van gelijkwaardige partijen. Hier zou uit kunnen voortvloeien dat de abbb ook ingeroepen kunnen worden tegen de burger, zoals Van der Heijden suggereerde. Dit strookt in mijn optiek niet met de systematiek van het bestuursrecht en holt de legitimerende functie en waarborgfunctie van het bestuursrecht op onaanvaardbare wijze uit.

Literatuurlijst

Allewijn 2011

D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil. De bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu uitgevers 2011.

Asser/Sieburgh 2016/6

C.H. Sieburgh, Asser 6-I nr. 6, '*De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*', Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Belastingdienst juli 2020, Handboek Controle

Belastingdienst juli 2020, 'Handboek Controle', www.belastingdienst.nl

Belastingdienst september 2021, Leidraad

Belastingdienst september 2021, 'Leidraad Horizontaal Toezicht Fiscaal Dienstverleners',

Belastingdienst december 2021, Leidraad

Belastingdienst december 2021, 'Leidraad Toezicht Grote Ondernemingen', www.belastingdienst.nl.
www.belastingdienst.nl.

Beurskens 1995

W.J.J. Beurskens, 'Wederkerige rechtsbetrekking: Koekoeksei', in: Van der Linden & Tak 1995, p. 23-60.

Damen e.a. 2018

L.J.A. Damen, C.N.J. Kortmann & R.F.B. van Zutphen, 'Is de burger triple A: alert, argwanend, assertief, of raakt hij lost in translation?', in: *Vertrouwen in de overheid. Preadviezen* (Vereniging voor bestuursrecht, VAR-reeks 160), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018.

De Jong, Krans & Wissink 2014

G.T. de Jong, H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen*, nr. 4. Studiereeks burgerlijk recht, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

De Poorter en De Graaf 2011

J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011.

Gerards 2002

J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 2002.

Gribnau 1998

J.L.M. Gribnau, *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht. Rechtstheoretische beschouwingen over navordering, toezegging en fiscale vaststellingsovereenkomst* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1998.

Gribnau 2011

J.L.M. Gribnau, 'Wederkerigheid, samenleving en rechtsorde', in: Foqué e.a. (red.) *Liber Amicorum*, Gent: Larcier 2011.

Heldeweg 1995

M.A. Heldeweg, 'Publiekrechtelijke autonomie', in: Van der Linden & Tak 1995, p. 121-151.

Herreveld 2015, TFB 2015/02

F.R. Herreveld, 'Over legaliteit en convenanten', *TFB* 2015/02.

Hijma e.a. 2016

J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst* (Studiereeks burgerlijk recht, nr. 3), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Hirsch Ballin 1989

E.M.H. Hirsch Ballin, *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

Hirsch Ballin 1991

E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtsstaat & beleid: Een keuze uit het werk van mr. E.M.H. Hirsch Ballin*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1991.

Huiskers-Stoop MBB 2014/11

E.A.M. Huiskers-Stoop, 'De juridische kwalificatie van het individueel convenant horizontaal toezicht en de betekenis daarvan voor de toepassing in de rechtspraak', *MBB* 2014/11.

Huiskers-Stoop 2015

E.A.M. Huiskers-Stoop, *De effectiviteit van horizontaal belastingtoezicht. Een fiscaal-juridische en empirische analyse*, (diss. Rotterdam), Ridderkerk: Ridderprint B.V. 2015.

Huisman 2012

P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Bju 2012.

Huisman & van Ommeren NTB 2018/7

P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in het sociaal domein, *NTB* 2018/7.

Kloosterman 2005

D.R. Kloosterman, 'Ongeschreven burgerplichten', in: Herwijer e.a. (red.), *Alles in één keer goed. Juridische kwaliteit van bestuurlijke besluitvorming*, Deventer: Kluwer 2005.

Koopmans 1970

T. Koopmans, *De rol van de wetgever*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970.

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, 6^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2008.

Kwakkelstein, Van Dam, Van Ravenzwaaij 2012

Tobias Kwakkelstein, Aart van Dam & Adriaan van Ravenzwaaij (red), *Van verzorgingsstaat naar waarborgstaat*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012.

Laemers e.a. 2007

M.T.A.E.B. Laemers, L.E. de Groot-van Leeuwen & R. Fredriks, *Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Neerhof 2019

R. Neerhof, 'Schaduwwerking van het legaliteitsbeginsel en beginselen van behoorlijk bestuur op normalisatie', in: T. Barkhuysen e.a. (red.) *25 jaar Awb, in eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Nicolai 1990

P. Nicolai, 'Beginnelsen van behoorlijk bestuur' (diss. UVA), Deventer: Kluwer 1990.

Nicolai 1996

P. Nicolai, 'De stiekeme citoyen', in: R.L. Vucsan (red.), *De Awb-mens: boeman of underdog?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 179-197.

Oenema & Van der Enden WFR 2013/545

M.E. Oenema en mr. E.M.E. van der Enden, 'De kracht van het convenant', *WFR* 2013/545.

Oevering en Sialino-Keen WFR 2008/262

J.R.R. Oevering & Mevr. D. Sialino-Keen, 'Verslag 24e Fiscale Conferentie "Horizontalisering"', *WFR* 2008/262.

Peters SteR (nr.41) 2018/2.2

J.A.F. Peters, 'In het nu... wat worden zal', *SteR (nr. 41)* 2018/2.2.

Scheltema 1989

M. Scheltema, 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

Scheltema 2008

M. Scheltema, 'De wederkerige rechtsbetrekking: een essentieel leerstuk voor het bestuursrecht', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 207-217.

Scheltema NJB 2015/814

M. Scheltema, 'Rechtseenheid of rechtsstaat als doelstelling van de Awb?', *NJB* 2015/814.

Schlössels 1995

R.J.N. Schlössels, 'Wederkerigheid en specialiteit in het bestuurrecht', in: Van der Linden & Tak 1995, p.153-190.

Schlössels 1998

R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 1998.

Schlössels Gst. 2010/102

R.J.N. Schlössels, 'Bestaat er nog een dienende overheid? Kritische opmerkingen vanuit het perspectief van de decentrale overheid', *Gst.* 2010/102.

Schlössels & Zijlstra 2010 (HSB) / 1.1.2.1.23

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, 'Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat (HSB)', par. 1.1.2.1.23.

Schlössels & Zijlstra 2017, deel 1.

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, 'Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat', deel I: Onderwijseditie, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schlössels & Zijlstra 2019/1045

R.J.N. Schlössels & Zijlstra, 'Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Band 2 (HSB)', 2019/1045.

Simon 1995

H.J. Simon, 'Autonomie en 'verbintenis' in het publiekrecht', in: Van der Linden & Tak 1995, p. 61-119.

Tak 1995

A.Q.C. Tak, 'Inleiding', in: Van der Linden & Tak 1995, p. 1-8.

Tak 2017 / 10.1

A.Q.C. Tak, *Democratie in relatie tot Recht en Politiek*, par. 10.1, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Ten Berge 1998

J.B.J.M. ten Berge, *Besturen door de Overheid*. (Nederlands algemeen bestuursrecht, deel 1), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Ten Berge 2007

J.B.J.M. ten Berge, *Burgerplichten jegens de overheid. Tussen normaal en abnormaal*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007

Teunissen 1996

J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kled van de staat. Beschouwingen over de tweewegenleer* (diss. Maastricht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Teunissen, Gemeentestem (GST) 2009/47

J.M.H.F. Teunissen, 'Publiek domein en de legaliteitseis', *Gemeentestem (GST) 2009/47*, afl. 7317, p. 231-245.

Van den Berge 2016

L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht* (diss. UU), Den Haag: Boom Juridisch 2016.

Van der Heijden 2001

G.M.A. van der Heijden, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en de maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. UVA), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Van der Linden & Tak 1995

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.

Van Doorn & Schuyt 1982

J.A.A. van Doorn & C.J.M. Schuyt, *De stagnerende verzorgingsstaat*, Meppel / Amsterdam: Boom 1982 (derde druk).

Van Male 1988

R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving. Beroep tegen door bestuursorganen vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en toetsing daarvan aan ongeschreven recht in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. UvT), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Van Male 1993

R.M. van Male, *Onvoltooid recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

Van Ommeren 1996

F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd; de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. VU Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Van Ommeren *Regelmaat* 2008/3

F.J. van Ommeren, Bestuurswetgeving en haar alternatieven: een verkenning van beleidsregels, algemene voorwaarden van de overheid en normalisatienormen als prototypen, *Regelmaat* afl. 2008/3, p. 74-87.

Voermans AA 2009/58

W.J.M. Voermans, 'De Tachtigers in het recht: het Meerenberg arrest', AA 2009/58, afl. 9, p. 597-600.

Zijlstra NTB 2009/1

S.E. Zijlstra, 'Burgerplichten en burgerlasten in het bestuursrecht', NTB 2009/1.

Parlementaire documenten

Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3

Kamerstukken II, 2004/05, 29 643, nr. 2.

Kamerstukken II, 2004/05, 29 643, nr. 4.

Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 3.

Jurisprudentielijst

HvJ EU 14 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:7.

HR 16 april 1925, NJ 1925/649.

HR 1 april 1926, NJ 1926/577.

HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (m. nt. L.E.H. Rutten)

HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9460, overw. 3.3 (*Methadonbrief*).

HR 26 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC0965, AB 1990/408, m.nt. G.P. Kleijn (Vlaardingen: Windmill, Windmill)

HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483, r.o. 3.5.2, AB 2017/339, m. nt. F.J. van Ommeren en G.A. van der Veen.

ARRvS 29-10-1992, ECLI:NL:RVS:1992:AN2970, m.nt. R.M. van Male (Onderdoorgang de Welle, NS / GS Friesland).

ABRvS 3 maart 2004, JB 2004/175.

ABRvS 14-09-2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU2637, m.nt. F.R. Vermeer;

ABRvS 11-06-2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3618, m.nt. F.R. Vermeer (Winkelruiten H&M)

ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786, nr. 201908374/1/R3.

ABRvS 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953, nr. 202003081/1/R3.

ABRvS 29 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:3020.

CRvB 10 juni 2004, JB 2004/286.

CBB 17-04-2003, ECLI:NL:CBB:2003:AF8080, r.o. 5.6, m.nt. J.H. van der Veen.

CBB 04-08-2016, ECLI:NL:CBB:2016:240, m.nt. L.J.A. Damen.