

Bijlage 2 bij de conclusie Staatsraad Advocaat-Generaal P.J. Wattel van 15 maart 2019 in zaak nr. 201802496/2/A1 - hoger beroep van het algemeen bestuur van de bestuurscommissie, stadsdeel Zuid, Amsterdam, tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam, 19 februari 2018, zaaknrs. AMS 18/217 en AMS 17/7215 in het geding tussen:

[partij], te Amsterdam,

en

het algemeen bestuur van de bestuurscommissie,
stadsdeel Zuid, Amsterdam (thans: het college van
burgemeester en wethouders van Amsterdam)

1. Het vertrouwensbeginsel en toerekening aan rechtspersonen in het privaatrecht

Inleiding

1.1. Het vertrouwensbeginsel en handelingstoerekeningsmechanismen spelen in het privaatrecht diverse voor het omgevingsrecht mogelijk leerzame rollen. Ik ga hieronder in op de vertrouwensleer als beginsel van vermogensrecht, op toerekening van onrechtmatig handelen - waaronder het niet-nakomen van een onbevoegdlijk gedane toezegging - aan (publiekrechtelijke) rechtspersonen, en op toerekenbare schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid bij rechtshandelingen.

1.2. Daarbij ware in het oog te houden dat het perspectief in het burgerlijke recht anders is dan in het omgevingsrecht. In het burgerlijke recht heerst niet zozeer het algemene belang of de noodzaak tot afweging van belangen van derden, laat staan enige beginselplicht tot handhaving, als wel de contractvrijheid. Een overeenkomst strekt in beginsel alleen de contracterende partijen tot wet. Derden-belangen worden wel beschermd (artikel 3:36 BW), maar anders dan bij vergunningen en handhaving in het omgevingsrecht, zijn bij civielrechtelijke rechtshandelingen zoals met name overeenkomsten niet structureel ook derde-belangen en het algemene belang betrokken.

Goede trouw, wil en verklaring

1.3. Men kan civielrechtelijk niet al te naïef door het leven gaan. Artikel 3:11 BW bepaalt:

“Goede trouw van een persoon, vereist voor enig rechtsgevolg, ontbreekt niet alleen, indien hij de feiten of het recht, waarop zijn goede trouw betrekking moet hebben, kende, maar ook indien hij ze in de gegeven omstandigheden behoorde te kennen. Onmogelijkheid van onderzoek belet niet dat degene die goede reden tot twijfel had, aangemerkt wordt als iemand die de feiten of het recht behoorde te kennen.”

1.4. In beginsel is voor de *totstandkoming* van een rechtshandeling beslissend hetgeen de handelende persoon bedoelt/wil (wilsleer). Artikel 3:33 BW luidt:

“Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.”

Maar als een verklaring of gedraging objectief anders begrepen kan worden dan overeenkomstig de subjectieve bedoeling van de verklarende of zich gedragende persoon, is niet meer beslissend hetgeen die persoon bedoelde/wilde, maar hetgeen zijn wederpartij redelijkerwijs mocht begrijpen (vertrouwensleer). Artikel 3:35 BW bepaalt:

“Tegen hem die eens anders verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil.”

Dit neemt niet weg dat op de vertrouwende persoon een onderzoeksplicht kan rusten en dat verzuim van onderzoek in de weg kan staan aan honorering van diens vertrouwen; zie het geciteerde artikel 3:11 BW. Zoals gezegd: men kan niet al te naïef (of gehaaid) zijn.

1.5. Ook bij de *uitleg* van gerichte eenzijdige rechtshandelingen past de eerste kamer van de Hoge Raad de wils/vertrouwensleer van de artikelen 3:33 en 3:35 BW rechtstreeks toe en is de maatstaf dus niet de meest voor de hand liggende lezing, maar het gerechtvaardigde vertrouwen van de adressaat. Zij overwoog op 24 februari 2017:¹

“3.3.1 Onderdeel 1.1 is gericht tegen het oordeel van het hof (...) dat bij de uitleg van de brief van Parking c.s. aan Bolwerk (...) beslissend gewicht dient te worden toegekend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de woorden van de brief.

3.3.2 Tussen partijen is in geschil of Parking c.s. zich met de aan Bolwerk gerichte brief (...) hebben beroepen op de in (...) de overeenkomst vervatte ontbindende voorwaarde (het financieringsvoorbehoud). De vraag hoe deze brief moet worden uitgelegd, dient te worden beantwoord aan de hand van de wilsvertrouwensleer, zoals neergelegd in de art. 3:33 en 3:35 BW. Daarbij zijn alle omstandigheden van het geval van belang en komt geen beslissend gewicht toe aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de in de brief gebruikte bewoordingen, ook niet als uitgangspunt.”

Hij herhaalde dit in zijn arrest van 1 juni 2018² in een geval van een eveneens eenzijdige (telefonische) opzegging van een vennootschap onder firma door de advocaat van een van beide vennoten jegens de andere vennoot:

“3.3.2 Tussen partijen is in geschil of de vof op 9 november 2011 door opzegging is geëindigd als gevolg van een telefonische uitlating van [eiser 2] (...). Deze telefonische uitlating moet (...) worden uitgelegd aan de hand van de art. 3:33 BW en 3:35 BW. Daarbij zijn alle omstandigheden van het geval van belang. (Vgl. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:315, rov. 3.3.2).

3.3.3. Uit de motivering van zijn uitleg van de telefonische uitlating (...) blijkt niet dat het hof de (...) door [eiseres 1] gestelde omstandigheden in zijn oordeel heeft betrokken. Het oordeel (...) vormt geen begrijpelijke weerlegging van de (...) stelling van [eisers] dat (...) [verweerder] en zijn advocaat de telefonische uitlating van [eiser 2] niet als een opzegging hebben begrepen. (...).

¹ HR 24 februari 2017, nr. 16/00901, na conclusie Valk, ECLI:NL:HR:2017:315, *RvdW* 2017/309, *JWB* 2017/88, *NJB* 2017/569, *RCR* 2017/39.

² HR 1 juni 2018, nr. 17/00271, na conclusie Wesseling-van Gent, ECLI:NL:HR:2018:819, *NJ* 2018/261, *JIN* 2018/132 m.nt. A.M. Dumoulin-Siemens, *JOR* 2018/203 m.nt. C. Spierings, *Ondernemingsrecht* 2019/29 m.nt. Chr. M. Stokkermans.

Als het hof van oordeel was dat aan de hiervoor bedoelde omstandigheden geen betekenis toekomt voor (...) de vraag of [eiseres 1] de vof op 9 november 2011 bij monde van [eiser 2] heeft opgezegd, is dat onjuist. Als het hof de bedoelde omstandigheden wel heeft meegewogen, is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd.”

Bij meerzijdige rechtshandelingen, zoals overeenkomsten, wordt in beginsel de *Haviltex*³-maatstaf aangelegd, dus een wederkerige of interactieve toepassing van de wilsvertrouwensleer: hoe mochten de partijen elkaar redelijkerwijs over en weer begrijpen, gegeven de omstandigheden? Niet iedereen vindt het subtiele onderscheid in benadering tussen eenzijdige rechtshandelingen (wil/trouwensleer) en meerzijdige rechtshandelingen (*Haviltex*-maatstaf) nodig.⁴ Aangezien toezeggingen door de overheid eenzijdig zijn, ligt het voor de hand bij de rechtsvergelijking tussen het bestuursrecht, met name het omgevingsrecht, en het privaatrecht, vooral te kijken naar de wils/trouwensleer, al zal de *Haviltex*-maatstaf denkkelijk vrijwel steeds tot dezelfde uitkomst leiden.

Toerekening van (onrechtmatige) uitlatingen aan (publiekrechtelijke) rechtspersonen; nakoming of schadevergoeding; de scheiding der machten

1.6. De vraag of een onrechtmatige daad kan worden toegerekend aan een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoon werd tot 1979 beantwoord aan de hand van de orgaanleer. In de zaak *Het Noorden/Noord-Hollandsche*,⁵ overwoog de eerste kamer van de Hoge Raad dat het enkele feit dat de handelende persoon vertegenwoordigingsbevoegd is, de rechtspersoon nog niet aansprakelijk doet zijn. Onrechtmatig handelen werd alleen toegerekend aan een rechtspersoon als de handelende persoon een orgaan van de rechtspersoon was en binnen de formele kring van zijn bevoegdheid handelde. Dat lijkt op de (tot aan uw *Paardenbakuitspraak*⁶) in het omgevingsrecht vigerende nogal enge toerekeningsleer (onbevoegd is onbevoegd).

1.7. De Hoge Raad heeft deze leer in 1979 verlaten in de zaak *Kleuterschool Babbel*.⁷ Een wethouder had publiekelijk de verantwoordelijkheid voor het instorten van het dak van kleuterschool Babbel aan de aannemer gegeven; die was volgens hem dan ook aansprakelijk. Later bleek de schuld niet bij de aannemer te liggen, maar die had wel reputatieschade geleden. Hij vorderde schadevergoeding van de gemeente. De Hoge Raad achtte de gemeente aansprakelijk voor gedragingen van een wethouder voor zover die gedragingen in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de gemeente hebben te gelden, ook al zou de wethouder geen orgaan van de gemeente zijn. Aangezien de wethouder zich had uitgelaten in zijn functie als wethouder van onderwijs, konden zijn uitlatingen als uitlatingen van de gemeente worden aangemerkt, aldus de Hoge Raad. Niet langer is dus beslissend of de handelende

³ Zie de klassieker van het overeenkomstenrecht HR 13 maart 1981 (*Haviltex*), ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner.

⁴ H.N. Schelhaas en W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2016, Paris: Zutphen 2016, p. 18-19.

⁵ HR 10 juni 1955, ECLI:NL:PHR:1955:AG2012 (*Het Noorden/Noord-Hollandsche*), *NJ* 1955/552, m.nt. L.E.H. Rutten. Zie ook HR 25 februari 1916, ECLI:NL:HR:1916:AG1774, *NJ* 1916/497, HR 6 januari 1921, ECLI:NL:HR:1921:224 (*Staat/Baeck*), *NJ* 1921/310.

⁶ ABRvS 19 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1946, *AB* 2017/425, m.nt. T.N. Sanders en *JM* 2017/124, m.nt. E.J.H. Plambeck.

⁷ HR 6 april 1979, nr. 11.364, na conclusie Van Oosten, ECLI:NL:PHR:1979:AH8595, *NJ* 1980/34 (*Kleuterschool Babbel*), m.nt. C.J.H. Brunner.

persoon een orgaan van de rechtspersoon is, noch of hij binnen zijn bevoegdheid heeft gehandeld, maar of zijn gedraging in het maatschappelijk verkeer wordt beschouwd als gedraging van de rechtspersoon. Het *Kleuterschool Babbel*-criterium is nadien in talloze arresten toegepast, zowel bij publiekrechtelijke als privaatrechtelijke rechtspersonen.⁸ Beslissend voor de vraag of het om een gedraging van een gemeente gaat is dus of de uitlating van de wethouder in het maatschappelijke verkeer wordt beschouwd als uitlating van het college, niet of hij al dan niet bevoegd was het college te binden.

1.8. De overheid kan ook onrechtmatig handelen door onjuiste inlichtingen of toezeggingen over toekomstige besluiten die (dus) anders blijken te luiden dan meegedeeld. De zaak *Staat/Bolsius*⁹ betrof de, naar later bleek onjuiste, toezegging van ambtenaren van het gewestelijk arbeidsbureau (GAB) aan de werkzoekende Frank Bolsius dat zijn verhuiskosten vergoed zouden worden als hij werk elders zou aanvaarden. De directeur van het GAB wees echter na zijn verhuizing zijn aanvraag af. Bolsius eiste schadevergoeding, maar hem werd door de Staat de formele rechtskracht van de afwijzende beschikking tegengeworpen. De Hoge Raad overwoog dat Bolsius niet alleen tegen die beschikking beroep kon instellen bij de bestuursrechter, maar, uitgaande van de rechtsgeldigheid van die beschikking (waardoor beroep geen zin zou hebben), ook bij de burgerlijke rechter vergoeding kon vorderen wegens aan die beschikking voorafgaand en daarvan los staand, jegens hem onrechtmatig handelen waarvoor de overheid aansprakelijk is, namelijk van de schade als gevolg van handelen in het vertrouwen dat zijn verhuiskosten zouden worden vergoed. De Hoge Raad zag geen gevaar voor tegenstrijdige rechterlijke beslissingen, nu de mogelijkheid dat de bestuursrechter het door onjuiste mededelingen gewekte vertrouwen onvoldoende acht voor vernietiging van de afwijzende beschikking de burgerlijke rechter niet belet om te oordelen dat het doen van die onjuiste mededelingen onzorgvuldig was en verplicht tot het vergoeden van de daardoor veroorzaakte schade.

1.9. De zaak *Felix/Aruba*¹⁰ betrof stilzwijgende toestemming van de luchthavenmeester jegens Felix om een oud gebouw op een luchthaven te verbouwen om vluchten van kleine vliegtuigen af te handelen, die echter gevolgd werd door een ministerieel besluit dat de vluchtafhandeling alleen nog door een andere partij - niet door Felix - zou mogen plaatsvinden. Felix eiste van Aruba vergoeding van geleden verlies en gederfde winst. Aruba stelde aan Felix niets toegezegd te hebben en achtte

⁸ Zie bijvoorbeeld: HR 20 juni 1980, nr. 11.558, na conclusie Franx, ECLI:NL:PHR:1980:AC6927, *NJ* 1980/622, m.nt. C.J.H. Brunner (PLEM/PSP); HR 3 november 1982, nr. 21.218, ECLI:NL:HR:1982:AC6941, *NJ* 1983/510, m.nt. Maeijer en Van Veen. HR 18 november 1994, nr. 15.521, na conclusie Hartkamp, ECLI:NL:HR:1994:ZC1544, *NJ* 1995/170, m.nt. Maeijer (Benzol/Securicor); HR 2 februari 1990, nr. 74.41, na conclusie Van Soest, ECLI:NL:PHR:1990:AB7889, *NJ* 1990/384 (Garage Cordia Aruba/Het Land Aruba); HR 27 november 2009, nr. 07.11104, na conclusie Timmerman, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *NJ* 2014/201, m.nt. C.E. du Perron; *JOR* 2010/43, m.nt. K. Fruelink (VEB/World Online); HR 25 juni 2010, nr. 08/03917, na conclusie Wuisman, ECLI:NL:HR:2010:BL5420, *NJ* 2010/371 (Gelderland/Vitesse); HR 23 november 2012, nr. 03.296, na conclusie Timmerman, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, *NJ* 2013/302, m.nt. P. van Schilfgaarde (Spaanse Villa); HR 5 september 2014, nr. 13.03314, na conclusie Wesseling-van Gent, ECLI:NL:HR:2014:2628, *JOR* 2014/296, m.nt. M.J.Kroeze (Hezemans Air).

⁹ HR 2 februari 1990, nr. 13.763, na conclusie Mok, ECLI:NL:PHR:1990:AB7898, *NJ* 1993/635, m.nt. G.P. Kleijn (Staat/Bolsius).

¹⁰ HR 27 november 1992, nr. 8.030, na conclusie Hartkamp, ECLI:NL:HR:1992:ZB1223, *NJ* 1993/287, m.nt. P. van Schilfgaarde (Felix/Aruba).

stilzwijgende toestemming van de luchthavenmeester niet relevant omdat die niet bevoegd was om dergelijke toezeggingen te doen. De Hoge Raad oordeelde dat bij onderhandelingen over een bepaalde materie tussen een overheidsfunctionaris en een derde die in de onjuiste veronderstelling verkeert dat die functionaris op dat punt bevoegd is de overheid te binden, zich omstandigheden kunnen voordoen waaronder die onjuiste veronderstelling voor rekening van de overheid moet komen. Daarbij valt niet alleen te denken aan het geval waarin de onjuiste veronderstelling is gewekt door een gedraging van het wel bevoegde orgaan, maar ook aan factoren als de positie van de handelende functionaris binnen de overheidsorganisatie, diens gedragingen, de omstandigheid dat die organisatie of de verdeling van bevoegdheden over de verschillende overheidsorganen door onduidelijkheid, onoverzichtelijkheid of ontoegankelijkheid van de desbetreffende regelingen voor buitenstaanders ondoorzichtig zijn, en mogelijke nalatigheid van de overheid om de derde tijdig op de onbevoegdheid van die functionaris te wijzen. Een vergelijkbaar oordeel volgde in de zaak *Den Dulk-Curaçao*:¹¹

“Gelet op de omstandigheid dat grondzaken tot de portefeuille van deze gedeputeerde behoorden, mocht Den Dulk ervan uitgaan dat de gedeputeerde Salsbach bevoegd was om het besluit van het Bestuurscollege uit te voeren, voor zover deze uitvoering erin bestond hem van de inhoud van het besluit in kennis te stellen, hetgeen meebrengt dat (...) Den Dulk aan dat besluit rechten kan ontlenuen.”

1.10. Dit lijkt mij in essentie hetzelfde toerekeningsmechanisme als dat van Kleuterschool Babbel (zie 1.7), zij het aangepast aan ondoorzichtige bevoegdhedenverdeling binnen de overheid en in de context van bescherming tegen onbevoegdheid die anders in de weg zou staan aan de totstandkoming van een rechtshandeling (toerekening van *schijn* van bevoegdheid tot een rechtshandeling), terwijl het in *Kleuterschool Babbel* ging om vereenzelviging van de feitelijk handelende persoon met een rechtspersoon (toerekening van onbevoegdelijke *gedragingen*). Wat daarvan zij, er volgt uit dat een voor de burger onduidelijke of ondoorzichtige bevoegdheidsverdeling geenszins uitsluitend voor risico van die burger komt, maar minstens deels (voorbij een redelijke onderzoeksplicht van de burger) voor risico van de overheid die die ondoorzichtigheid heeft gecreëerd of heeft laten ontstaan of niet wegneemt waar dat wel op haar weg ligt. Aldus voorkomt de Hoge Raad ook dat het ‘toedoen’-criterium bij onbevoegde vertegenwoordiging ver opgerekt moet worden om de *fidens* te beschermen (zie 1.14 e.v. hieronder).

1.11. De optimale remedie bij ongerechtvaardigd niet-nakomen van toezeggingen is alsnog nakoming (bescherming tegen niet-kenbare onbevoegdheid), maar als die in strijd komt met een wettelijke bevoegdheidsverdeling die terug te voeren is op de scheiding der machten, is de Hoge Raad daarin uiterst terughoudend. Dan wijkt hij uit – als dat subsidiair gevorderd is – naar de *second best* van schadevergoeding wegens het op het verkeerde been zetten van burgers die ervan uit mochten gaan dat de desbetreffende overheidsfunctionaris bevoegd was toezeggingen te doen. De zaak *Gelderland/Vitesse II*¹² betref een reddingsplan van private financiers voor de noodlijdende voetbalclub Vitesse waarover meer malen met gedeputeerden van de

¹¹ HR 10 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1055, AB 1993/586, NJ 1996/3 (Den Dulk-Curaçao).

¹² HR 24 juni 2016, nr. 14.06313, na conclusie Wuisman, ECLI:NL:HR:2016:76, JOR 2016/295, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Gelderland/Vitesse II).

Provincie Gelderland werd overlegd. Vitesse c.s. meenden dat de Provincie bij monde van die gedeputeerden huurprijscompensatie had toegezegd en dat die toezegging niet was nagekomen. Vitesse c.s. eisten primair nakoming en stelden subsidiair dat de Provincie onrechtmatig had gehandeld doordat de gedeputeerden hen op het verkeerde been hadden gezet door niet te melden dat hun toezegging niet bond als de Staten niet zouden instemmen. Volgens de Provincie was slechts een inspanning toegezegd en waren de gedeputeerden niet bevoegd de Provincie te binden. Het hof had de vordering tot nakoming afgewezen, maar de subsidiaire schadevergoedingsvordering toegewezen omdat:

“de Provincie, althans de gedeputeerden, in de gegeven omstandigheden Vitesse c.s. op het verkeerde been hebben gezet door na te laten de strekking van het handelen van de gedeputeerden en hun bevoegdheid daartoe te verduidelijken toen dat mogelijk en nodig was, met als gevolg dat Vitesse c.s. financiële verplichtingen van zeer aanzienlijke omvang op zich hebben genomen, in het vertrouwen dat ook de Provincie een omvangrijke financiële inspanning zou verrichten.”

1.12. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand: geen honorering van het onbevoegdlijk gewekte vertrouwen, maar wel schadevergoeding wegens onrechtmatig schijn wekken. Ook de daarop volgende schadestaatprocedure kwam bij de Hoge Raad terecht. Die liep onbevredigend af voor Vitesse c.s., maar daar gaat het hier niet om. Vitesse c.s. wilden opnieuw hun primaire vordering op basis van niet-nakoming aan de orde stellen, maar dat kan niet in een schadestaatprocedure. De Hoge Raad ging desondanks in op het hypothetische geval dat de schadestaatrechter alsnog de vordering tot nakoming had kunnen beoordelen. Die vordering had alsdan volgens de Hoge Raad alleen maar afgewezen kunnen worden omdat uit de Provinciewet voortvloeit dat de gedeputeerden zonder delegatie of goedkeuring achteraf door Provinciale Staten niet bevoegd zijn de Provincie door de gedane toezegging te binden. Net als in het stelsel van de Gemeentewet, waarin groot gewicht toekomt aan de bevoegdheidsverdeling tussen B&W en de gemeenteraad,¹³ komt in het stelsel van de Provinciewet groot gewicht toe aan de bevoegdheidsverdeling tussen gedeputeerden en Provinciale Staten, aldus de Hoge Raad. In het stelsel van de Gemeentewet heeft de Raad een autonome positie en in het stelsel van de Provinciewet hebben Provinciale Staten die. Daarom moet grote terughoudendheid worden betracht bij het gebonden achten van een gemeente of een provincie zonder instemming van het wettelijk bevoegde orgaan. Van belang achtte de Hoge Raad ook dat (de vertegenwoordigers van) Vitesse c.s. hooggekwalificeerde professionals waren van wie mag worden verwacht dat zij de wettelijke bevoegdheidsverdeling tussen gedeputeerden en Provinciale Staten zouden kennen en dat Vitesse c.s. wisten dat het niet een provinciale taak is om betaald voetbal te financieren. De schadestaatrechter zou dus slechts hebben kunnen oordelen dat de door gedeputeerden gewekte schijn dat zij zelfstandig bevoegd waren om de provincie te binden, niet in die zin voor risico van de provincie komt dat de provincie aan de door gedeputeerden gedane toezeggingen, in weerwil van hun onbevoegdheid zou zijn gebonden. Maar de provincie was dus in beginsel wel verplicht tot vergoeding van de schade als gevolg van de onbevoegdlijk gedane toezegging, al liep dat in concreto op niet veel uit voor Vitesse c.s.

¹³ De Hoge Raad verwees naar zijn arrest inzake *Hof van Twente*, HR 26 juni 2015, nr. 14.01465, [ECLI:NL:HR:2015:1737](https://www.eclinet.nl/HR/2015/1737), AB 2015/448, m.nt. F.J. Van Ommeren.

1.13. Uit deze rechtspraak blijkt onder meer dat de burgerlijke rechter (i) bevoegdheidsschijn in beginsel niet toerekent overheen *trias politica* grenzen; (ii) de toerekening stuurt op een gesubjectieerde aankomstleer (wat mocht een redelijke adressaat van de overheidsuitlating begrijpen, mede gegeven diens eventuele bijzondere deskundigheid of professionaliteit in het zakenverkeer?), en (iii) desgevorderd schadevergoeding toekent als zwaardere belangen (in dit geval het algemene belang bij bescherming van het mandaat van democratisch gekozen volksvertegenwoordigers tegen zichzelf overschattende gedeputeerden) dan het belang van de *fidens* zich verzetten tegen nakoming.

Toerekenbare schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid

1.14. Al in 1926 aanvaardde de Hoge Raad dat een pseudo-vertegenwoordigde (de achterman) onder omstandigheden kan worden gebonden aan handelingen van een pseudo-vertegenwoordiger (de tussenpersoon) ondanks het ontbreken van een toereikende volmacht. In *Vas Dias/Salters*¹⁴ overwoog hij dat de achterman door de tussenpersoon kan worden verbonden als de achterman zijn wil daartoe heeft geopenbaard, hetzij rechtstreeks, hetzij doordat dit uit zijn gedragingen kan worden afgeleid in verband met de eisen van het maatschappelijk verkeer en het daardoor bij de wederpartij gewekte vertrouwen. In die zaak achtte hij Vas Dias overigens niet gebonden aan de rechtshandelingen die zijn architect in zijn naam jegens Salters had ondernomen, nu Salters de bevoegdheid van de architect uitsluitend had aangenomen op grond van hetgeen de architect had gezegd, dus niet op grond van gedragingen van Vas Dias.

1.15. Het vertrouwen van de wederpartij dat de tussenpersoon bevoegd is, moet dus zijn gebaseerd op een uitlating of gedraging van de achterman zelf (het *toedoen*-vereiste). Dit beginsel is gecodificeerd in artikel 3:61, tweede lid, BW:

“Is een rechtshandeling in naam van een ander verricht, dan kan tegen de wederpartij, indien zij op grond van een verklaring of gedraging van die ander heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend, op de onjuistheid van deze veronderstelling geen beroep worden gedaan.”

Deze bepaling stelt dus drie voorwaarden voor bescherming van de op bevoegdheid vertrouwende wederpartij: (i) hij veronderstelde dat een toereikende volmacht was verleend; (ii) hij mocht dit in de gegeven omstandigheden ook veronderstellen; (iii) hij heeft die toereikende machtiging aangenomen op basis van een verklaring of gedraging van de pseudo-vertegenwoordigde.

1.16. Artikel 3:61, tweede lid, BW wordt door de Hoge Raad ruim uitgelegd. Niet altijd is een toedoen van de achterman vereist. Toerekenbare schijn van machtiging kan ook worden gewekt door een niet-doen van de achterman als hij in de gegeven omstandigheden iets kon en had moeten doen om het ontstaan van die schijn te

¹⁴ HR 6 mei 1926, na conclusie Noyon, ECLI:NL:HR:1926:BG9432, *NJ* 1926/721 (Vas Dias/Salters) en HR 18 juni 1926, *NJ* 1926/1021, m.nt. E.M. Meijers (Altena/Van der Horst).

voorkomen.¹⁵ U vergelijkte dezelfde benadering bij toerekening van onrechtmatig toezeggen in de zaak *Vitesse II* (zie 1.14 hierboven).

1.17. Uit de zaak *ING/Bera Holding*¹⁶ blijkt verder dat toerekening van schijn van volmachtverlening ook mogelijk is als de wederpartij daarop heeft vertrouwd op grond van feiten en omstandigheden die niet zozeer door *toedoen*, maar voor *risico* van de achterman komen en waaruit naar verkeersopvattingen vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid. Er bestaat dus naast de door *toedoen* toerekenbare schijn van bevoegdheid ook een op basis van *verkeersrisico* toerekenbare schijn van bevoegdheid. In de zaak *Tamacht/Hodenus*¹⁷ verduidelijkte de Hoge Raad dat dit risicobeginsel niet kan worden toegepast als het jegens de wederpartij gewekte vertrouwen uitsluitend is gebaseerd op verklaringen of gedragingen van de onbevoegd handelende persoon, hetgeen strookt met het eerder genoemde oerarrest *Vas Dias/Salters*. Er moet ook blijken van feiten of omstandigheden die de achterman betreffen en die rechtvaardigen dat deze in zijn verhouding tot de wederpartij het risico van de onbevoegde vertegenwoordiging draagt. Tamacht werd in dit geval gebonden geacht aan de verkoop van zijn vastgoedportefeuille aan Hodenus door tussenkomst van de daartoe niet-bevoegde mr. W. omdat mr. W. beschikte over alle voor de verkoop en levering relevante documenten en Tamacht zelf door verstrekking van die documenten aan mr. W. had bijgedragen aan het bij Hodenus gewekte vertrouwen dat mr. W. bevoegd was om namens Tamacht te handelen. Dat Tamacht die documenten met een ander doel aan mr. W. had verstrekt, deed daaraan niet af. Ook dit lijkt mij een illustratie dat meer gewicht aan de vertrouwensleer/aankomstleer wordt gegeven (hoe mocht Hodenus de situatie *begrijpen?*) dan aan de wilsleer/uitzendleer (welke was Tamacht's *bedoeling* toen hij mr. W. van de documenten voorzag?).

1.18. Toerekenbare schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan niet alleen ontstaan door toerekenbare schijn van volmacht maar ook door aanstelling in een functie. De Hoge Raad maakt daartussen geen principiële onderscheid. Aanstelling van een persoon in een bepaalde functie kan immers de schijn wekken dat zij een toereikende volmacht heeft om rechtshandelingen te verrichten die naar verkeersopvattingen uit de vervulling van die functie voortvloeien. De zaak *Hartman/Bakker*¹⁸ betrof de vraag of een vervoerder er van uit mocht gaan dat een uitvoerder in dienstbetrekking bij een bouwbedrijf bevoegd was om namens dat bouwbedrijf afvoer van vervuilde grond te contracteren. De Hoge Raad achtte van

¹⁵ HR 1 maart 1968, *NJ* 1968/246 (Molukse Evangelische Kerk/Clijnk). Zie ook HR 12 januari 2001, na conclusie Van Oosten, ECLI, *NJ* 2001/157, m.nt. G.J. Scholten (Kuijpers/Wijnveen).

¹⁶ HR 19 februari 2010, nr. 08.02127, na conclusie Langemeijer, ECLI:NL:HR:2010:BK7671, *NJ* 2010/115, [JOR 2010/178](#) m.nt. J.W.A. Biemans (ING/Bera Holding). Zie ook HR 2 december 2011, nr. 10.02158, ECLI:NL:PHR:2011:BT7490, [JOR 2012/100](#), m.nt. B.A. Schuijling (*Erven Van Manen/Hoof Graafland-Van Heek c.s.*).

¹⁷ HR 3 februari 2017, nr. 15.05174, na conclusie Langemeijer, ECLI:NL:HR:2017:142, *NJ* 2017/78 (Tamacht/Hodenus). Zie ook HR 3 februari 2017, nr. 15.03855, ECLI:NL:HR:2017:143, *JOR* 2017/150, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Aventura) en HR 14 juli 2017, nr. 16.02749, ECLI:NL:HR:2017:1356, *NJB* 2017/1654 (Gesplitste appartementen).

¹⁸ HR 9 oktober 1998, nr. 16.6668, ECLI:NL:HR:1998:ZC2734, *NJ* 1999/581, m.nt. P. van Schilfgaarde (Hartman/Bakker). Vgl. ook HR 23 oktober 1998, nr. 16.682, na conclusie Bakels, ECLI:NL:HR:1998:ZC2751, *NJ* 1999/582, m.nt. P. van Schilfgaarde; *JOR* 1999/113, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Nacap/Kurstjens).

belang of de vervoerder in de gegeven omstandigheden mocht veronderstellen dat aan de functie van uitvoerder een toereikende volmacht zou zijn verbonden om die overeenkomsten aan te gaan die naar verkeersopvattingen uit de vervulling van zo'n functie voortvloeien.

1.19. Ook een officiële functie van een persoon kan aldus bepalen of de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid aan de achterman kan worden toegerekend. In de zaak *Kuyt/MEAS*¹⁹ overwoog de Hoge Raad dat de debiteur aan wie een executerende deurwaarder een regeling aanbiedt, in het algemeen erop mag vertrouwen dat een deurwaarder bevoegd is een dergelijke regeling te treffen. Dit lijkt mij – afgezien van overwegingen van algemeen belang en het publiekrechtelijke karakter van de functie van wethouder – te leiden naar toerekenbare schijn van bevoegdheid van een wethouder met een bepaalde portefeuille om het *college* te vertegenwoordigen op het terrein van die portefeuille (wat dus iets anders is dan spreken namens de *raad*; zie *Vitesse II* en *Hof van Twente* in 1.12 hierboven). Er was weliswaar een 'toedoen' (inschakelen van een deurwaarder), maar het arrest zit erg dicht bij de risico-toerekening die in *ING/Bera Holding* (zie 1.17) expliciet werd en die *mutatis mutandis* (in aansprakelijkheidsverband) ook werd toegepast in *Felix/Aruba* en *Den Dolk/Curaçao* (zie 1.9).

1.20. Vertegenwoordigingsbevoegdheid hangt bij rechtspersonen in de regel af van toestemming of goedkeuring van een orgaan van de rechtspersoon.²⁰ Bij ontbreken van die toestemming of goedkeuring was lange tijd de lijn in de rechtspraak dat de schijn van bevoegdheid slechts aan de rechtspersoon kon worden toegerekend als zij was veroorzaakt door gedragingen van een orgaan dat statutair of reglementair die bevoegdheid kon doen ontstaan.²¹ In recentere arresten wordt daaraan echter steeds minder vastgehouden. In de zaak *Frank Liberty*²² overwoog de Hoge Raad al dat de goede trouw kan meebrengen dat een rechtspersoon zich niet kan beroepen op ontbreken van de vereiste goedkeuring als de persoon met overwegende beslissingsmacht in het tot goedkeuring bevoegde orgaan de schijn heeft gewekt dat de vereiste toestemming was gegeven. In de zaak *WGO/Koma*²³ overwoog hij dat de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat een publiekrechtelijke rechtspersoon gebonden is aan een huurovereenkomst die zonder goedkeuring van het algemeen bestuur is aangegaan als de schijn van goedkeuring is gewekt door gedragingen van de bestuursvoorzitter die tevens de wettelijke vertegenwoordiger van de rechtspersoon is op wiens weg het lag om het goedkeuringsbesluit aan de wederpartij te doen blijken.

¹⁹ HR 24 april 1992, nr. 14.632, na conclusie Hartkamp, ECLI:NL:HR:1992:ZC0584, *NJ* 1993/190, m.nt. H.J. Snijders (*Kuyt/MEAS*).

²⁰ Dit geldt niet voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur van de in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen (N.V., B.V., stichting en vereniging). Die bevoegdheid volgt rechtstreeks uit de wet; zie de artikelen 2:45, 2:130, 2:240 en 2:292 BW.

²¹ HR 2 maart 1956, na conclusie Loeff, ECLI:NL:HR:1956:17, *NJ* 1956/151 (*Gennep/Continental Components*). Zie ook HR 24 juni 1949, ECLI:NL:HR:1949:124, *NJ* 1949/750 (*Fokker/Spanje*); HR 5 november 1965, na conclusie Van Oosten, ECLI:NL:PHR:1965:AB3856, *NJ* 1966/181, m.nt. G.J. Scholten (*Katz/De Vijf*).

²² HR 4 januari 1976, nr. 4.723, ECLI:NL:PHR:1976:AC5806, na conclusie Rimmelink, *NJ* 1977/336, m.nt. B. Wachter (*Frank Liberty*).

²³ HR 27 januari 1984, nr. 12.182 en 12.183, na conclusie Biegman-Hartogh, ECLI:NL:PHR:1984:AG4746, *NJ* 1984/545, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*WGO/Koma*).

1.21. Aan Fruytier²⁴ ontleen ik de volgende opsomming van wegingsfactoren bij de civielrechtelijke beoordeling of de achterman vastzit aan onbevoegde vertegenwoordiging:

(a) de hoedanigheid van de partijen: professionele partijen zijn sneller gebonden dan niet-professionele (natuurlijke) personen;

(b) de aard van de tussenpersoon: de achterman is sneller gebonden aan handelingen van advocaten, notarissen, makelaars etc. vanwege hun belangrijke rol in het rechtsverkeer;

(c) de inhoud van de rechtshandeling: als de rechtshandeling past bij de aard en maatschappelijk functie van de tussenpersoon, is de achterman eerder gebonden;²⁵

(d) de organisatie van de achterman/rechtspersoon: naarmate die organisatie voor derden ondoorzichtiger of gebrekkiger is, wordt eerder gebondenheid aangenomen;²⁶

(e) de functie van de tussenpersoon binnen de organisatie: bij bepaalde functionarissen ligt het meer voor de hand te veronderstellen dat zij bepaalde rechtshandelingen mogen verrichten;²⁷

(f) de frequentie van de gedragingen van de tussenpersoon: hoe vaker de tussenpersoon bepaalde rechtshandelingen onbevoegdlijk verricht, des te meer aanleiding bestaat er voor ingrijpen door de achterman;²⁸

(g) de kennis die de wederpartij heeft of behoort te hebben over de wil van de achterman: de achterman is minder snel gebonden als de tussenpersoon voorbehouden heeft gemaakt of als de achterman zijn bezwaren kenbaar heeft gemaakt.²⁹

1.22. Katan³⁰ ziet rechtvaardiging voor toerekening van *kennis* (wat niet hetzelfde is als *bevoegdheid*) binnen een rechtspersoon in de volgende overwegingen (i) beheersing van risico's (dat informatie niet op de goede plek binnen de organisatie terecht komt): het risico hoort te liggen bij degene die het scheidt, omdat het door hem beter te beheersen is dan door de wederpartij die denkt dat de rechtspersoon op de hoogte is; (ii) voorkomen moet worden dat de rechtspersoon een onwetende functionaris naar voren kan schuiven om te ontkomen aan de rechtsgevolgen van het hebben van bepaalde kennis. Katan meent wel dat juist in gevallen van opgewekt vertrouwen een *Haviltex*-achtige beoordeling (alle feiten en omstandigheden; zie 1.5 hierboven) moet plaatsvinden om te bepalen of de wederpartij op aanwezigheid van kennis bij de

²⁴ P.A. Fruytier, 'Schijn van vertegenwoordiging: naar een andere invulling van het risicobeginsel', *MvV* 2017/9.

²⁵ Bijvoorbeeld HR 24 april 1992, nr. 14.632, na conclusie Hartkamp, ECLI:NLHR:1992:ZC0584, *NJ* 1993/190, m.nt. H.J. Snijders (Kuyt/Meas); de deurwaarder mocht worden verondersteld bevoegd te zijn een regeling te treffen in het kader van de executie van een ontruimingsvonnis.

²⁶ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:473, *JIN* 2018/73 m.nt. Dumoulin-Siemens. De ondoorzichtigheid van de organisatie speelde ook een rol in HR 11 maart 2011, nr. 09.03425, na conclusie Spier, ECLI:NL:HR:2011:BN9967, *NJ* 2012/388 m.nt. L.C.A. Verstappen (Zundert/Kort-Goedhart) en HR 27 november 1992, nr. 8.030, na conclusie Hartkamp, ECLI:NL:HR:1992:ZB1223, *NJ* 1993/287 m.nt. P. van Schilfgaarde (Felix/Aruba).

²⁷ Zo wordt een bestuurder in het algemeen geacht de rechtspersoon te kunnen binden.

²⁸ Bijvoorbeeld HR 19 februari 2010, nr. 08.02127, na conclusie Langemeijer, ECLI:NL:HR:2010:BK7671, *NJ* 2010/115 (ING/Bera).

²⁹ Bijvoorbeeld HR 14 juli 2017, nr. 16.02749, ECLI:NL:HR:2017:1356, *NJB* 2017/1654 (Gesplitste appartementen) waarin eisers voldoende kenbaar hadden gemaakt zich niet te kunnen in de rechtshandeling.

³⁰ B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming & Recht, deel 98, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 514.

rechtspersoon mocht vertrouwen. Zij wijst ook op³¹ het Duitsrechtelijke concept van de 'Wissensvertreter': de kennis van een functionaris van een rechtspersoon wordt zonder meer toegerekend aan de rechtspersoon als (i) de functionaris voldoende betrokken is bij het aspect van de rechtshandeling waarvoor de kennis relevant is en (ii) het objectief tot de taak van de functionaris behoort om maatregelen te nemen naar aanleiding van die kennis. In 'vertrouwens'gevallen wordt daarbij meegewogen de indruk die de wederpartij had en mocht hebben van de taken van die functionaris. Zij wijst ten slotte ook op de Duitsrechtelijke *Organisationspflicht*:³² de rechtspersoon moet zijn organisatie op orde hebben zodanig dat kennis adequaat wordt opgeslagen, doorgegeven en geraadpleegd. Hij kan zich niet van de domme houden als hij zijn zaken niet op orde had. Deze inzichten kunnen, *mutatis mutandis*, ook toegepast worden bij (wellicht ook voor een overheidsorgaan zelf) ondoorzichtige bevoegdheidsverdeling en -toekenning aan ambtenaren die gezien hun functie of portefeuille, de indruk kunnen wekken ergens over te gaan. In elk geval kan een overheidsorgaan verantwoordelijk worden gehouden voor het voor de burger ontoegankelijk maken van de bevoegde persoon/college/gremium, het inadequaat mandateren van ambtenaren/ambtsdragers tot wie burgers wél kunnen doordringen en het niet goed opslaan/doorgeven/gebruiken van bij hem bekende informatie, zoals in het thans door u te berechten geval, het memo van bouwinspecteur Bos.

2. Het vertrouwensbeginsel in het belastingrecht

Algemene opmerkingen

2.1. Anders dan de Afdeling, de CRvB en het CBb, onderscheidt de derde kamer van de Hoge Raad slechts twee soorten mogelijk vertrouwenwekkende uitlatingen/gedragingen van de heffende overheid: voorlichting (inlichtingen) en standpuntbepalingen (toezeggingen). Inlichtingen binden de belastingadministratie niet, behoudens uitzonderingen zoals met name het geval van dispositieschade (i.e. *ander* nadeel dan de alsnog te betalen wettelijk verschuldigde belasting). Toezeggingen binden de fiscus wel, eveneens behoudens uitzonderingen zoals met name onjuiste of onvolledige gegevensverstrekking door de belastingplichtige of een zodanige strijd met juiste wetstoepassing dat de belastingplichtige redelijkerwijs niet op nakoming mag rekenen. Inlichtingen binden het bestuur in beginsel niet omdat zowel de belastingplichtigen als de belastingadministratie er belang bij hebben dat de laatste haar voorlichtende taak onbelemmerd en zo ruim mogelijk kan vervullen.³³ Toezeggingen binden in beginsel wel omdat het beginsel dat de wet moet worden toegepast (het belastingrecht is dwingend recht; vrijwel alle bevoegdheidsuitoefening is gebonden) bij een belangenafweging in een individueel geval moet wijken voor het beginsel dat de belastingadministratie welbewust door haar gewekte verwachtingen in een concreet geval honoreert. Er zijn zelden rechtstreeks derde-belanghebbenden betrokken bij de aanslagregeling of bezwaarafdoening in individuele gevallen. De wet behoudt zijn verbindende kracht, maar blijft in een concreet geval van een andersluidende toezegging in zoverre buiten toepassing.

³¹ Katan 2017, p. 516.

³² Katan 2017, p. 518.

³³ Onder meer HR 9 maart 1988, na conclusie Van Soest, ECLI:NL:HR:1988:ZC3780, *BNB* 1988/148 m.nt. P. den Boer

2.2. Onder (individuele of algemene) *inlichtingen* vallen onder meer toelichtingen bij aangifteformulieren, de informatie op de website van de desbetreffende belastingdienst, publieksfolders, individuele inlichtingen verstrekt door de belastingtelefoon, aan het loket, in correspondentie of in persoon ten kantore van de Belastingdienst of tijdens een boekenonderzoek, en alle andere uitlatingen die passen in de voorlichtende en informerende taak van de heffende overheid. *Toezeggingen* zijn met name gepubliceerde beleidsregels (die kunnen zelfs 'recht' in de zin van art. 79 Wet RO zijn en schending ervan daardoor grond voor cassatie), akkoordverklaringen, expliciete toezeggingen, impliciete standpuntbepalingen (zoals een boekenonderzoek zonder aanmerkingen en zonder correcties), *advance rulings*, *advance pricing agreements* en vaststellingsovereenkomsten. Een vaststellingsovereenkomst is wel anders dan alle andere genoemde verschijnselen, nu een vaststellingsovereenkomst ook de belastingplichtige bindt, óók (zie art. 7:900(1) BW) als zij – uit latere rechtspraak – mocht blijken niet te stroken met correcte uitleg van de belastingwet, terwijl bij de andere toezeggingen het de belastingplichtige vrijstaat om zich op strikte toepassing van de wet te beroepen als hij denkt dat dat gunstiger zal zijn dan de toezegging van de fiscus.

2.3. De belastingkamer van de Hoge Raad eist niet steeds een concrete en ondubbelzinnige toezegging van een bevoegde persoon, zoals reeds volgt uit het bestaan van de categorie impliciete toezeggingen: ook stilzitten kan onder omstandigheden een toerekenbare schijn van bewuste standpuntbepaling meebrengen (zie 2.12 e.v. hieronder). Niet het bestuurlijke perspectief is doorslaggevend, maar de vraag hoe de belastingplichtige/inhoudingsplichtige redelijkerwijs de uitlating c.q. de situatie mocht opvatten (zie 2.8 hieronder). Ook inlichtingen, hoewel geen welbewuste standpuntbepaling van een beslissingsbevoegde persoon, kunnen onder omstandigheden rechtens te honoreren vertrouwen wekken.

Toezeggingen 1: gepubliceerde beleidsregels

2.4. Ambtenaren van de Belastingdienst moeten bij de uitvoering van de belastingwetgeving door of namens de staatssecretaris gegeven beleidsregels in acht nemen. Sinds de 'doorbraakarresten'³⁴ uit 1978 staat vast dat behoorlijk bekend gemaakte beleidsregels in beginsel bij belastingplichtigen rechtens te honoreren vertrouwen wekken dat de fiscus zal handelen conform die beleidsregels, ook als de belastingwet strikt genomen anders luidt. Strikte toepassing van de belastingwet kan in die mate in strijd komen met één of meer beginselen van behoorlijk bestuur, met name het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel,³⁵ dat die toepassing achterwege moet blijven. Op onherroepelijk vaststaande aanslagen wordt echter niet teruggekomen.³⁶

2.5. De Hoge Raad eiste niet, anders dan later de Awb, dat beleidsregels bij besluit zijn vastgesteld. Ook een persbericht van de staatssecretaris van financiën of een

³⁴ HR 12 april 1978, na conclusie Van Soest, nrs. 18.452, ECLI:NL:PHR:1978:AX3264, 18.464, ECLI:NL:PHR:1978:AC2432 en 18.495, ECLI:NL:PHR:1978:AM4447, *BNB* 1978/135, 1978/136 en 1978/137 m.nt. C.P. Tuk.

³⁵ Zie het een jaar later volgende arrest HR 6 juni 1979, ECLI:NL:HR:1979:AM4573, *BNB* 1979/211 m.nt. J.P. Scheltens.

³⁶ HR 10 november 2006, nr. 42.745, ECLI:NL:HR:2006:AZ1839, *BNB* 2007/159, m.nt. R.H. Happé.

uitlating zijnerzijds als toekomstig uitvoerder tijdens de parlementaire behandeling van een belastingwet kunnen een in de uitvoering te respecteren beleidsregel inhouden.³⁷

Toezeggingen 2: expliciet individueel

2.6. Expliciete individuele toezeggingen zijn met name de akkoordverklaring, de *advance ruling* en de *advance pricing agreement*. Ook de vaststellingsovereenkomst valt hieronder, maar dat is, zoals opgemerkt, een bijzonder geval in verband met de wederkerige binding. Dat deze uitlatingen de fiscus binden is van eminent belang voor belastingplichtigen, maar name voor (grote) bedrijven die (enorme) investeringen, vestiging, fusies of reorganisaties overwegen. In internationale verhoudingen kan men er zelfs vanuit gaan dat als de fiscale zekerheid vooraf er niet komt, de vestiging, de investering of de fusie niet doorgaat.

2.7. De belastingkamer heeft in het standaardarrest HR *BNB* 1979/311³⁸ een toezegging omschreven als een uitlating van de inspecteur waaraan een belastingplichtige het vertrouwen heeft mogen ontlenen dat de inspecteur, na kennisneming van alle daartoe vereiste bijzonderheden van het geval, aan de door de inspecteur in acht te nemen regels, voor zover over de toepasselijkheid of de toepassing daarvan vragen zijn gerezen, in het geval van die belastingplichtige een bepaalde toepassing zal geven. Uit het arrest volgt dat de inspecteur aan zijn toezegging is gebonden als (i) hij een bepaalde wetstoepassing in het vooruitzicht heeft gesteld na kennisneming van alle relevante feiten en omstandigheden van het geval, (ii) de belastingplichtige hem de voor de toezegging relevante en juiste gegevens heeft verschaft en (iii) de toezegging niet zozeer in strijd is met correcte wetstoepassing dat in redelijkheid niet op nakoming gerekend kon worden.³⁹ Is aan deze voorwaarden voldaan, dan geeft bij de daarop volgende afweging van het fiscale legaliteitsbeginsel ten opzichte van het vertrouwensbeginsel dat laatste de doorslag.

2.8. Voor gebondenheid aan een toezegging wordt geen dispositievereiste gesteld.⁴⁰ Dat is anders bij inlichtingen (zie 2.16 hieronder). Niet altijd zal meteen duidelijk zijn of het gaat om een toezegging of een (individuele) inlichting, en dan is beslissend of de uitlating door de belastingplichtige, gelet op alle omstandigheden van

³⁷ HR 5 februari 1997, nr. 31.312, ECLI:NL:HR:1997:AA3248, *BNB* 1997/160 m.nt. R.H. Happé; HR 21 januari 1998, nr. 33.026, ECLI:NL:HR:1998:BI6502, *BNB* 1998/115, m.nt. R.H. Happé; HR 18 maart 1998, nr. 31.532, ECLI:NL:HR:1998:AA2485, *BNB* 1998/267 m.nt. R.H. Happé.

³⁸ HR 26 september 1979, nr. 19.250, ECLI:NL:HR:1979:AM4918, *BNB* 1979/311 m.nt. J.P. Scheltens.

³⁹ De CRvB stelt, zoals te verwachten viel, dezelfde niet-kenbaarheidseis van strijd met de wet. Zie bijvoorbeeld CRvB 22 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4424, r.o. 5.4: "Volgens vaste rechtspraak (...) moet sprake zijn van ondubbelzinnige en ongeclausuleerde toezeggingen van de kant van het Uvv, wil een beroep op het vertrouwensbeginsel voor honorering in aanmerking kunnen komen. De toelichting van de arbeidsdeskundige op het principe van het meenemen van een eventuele uitkering naar Brazilië is niet als een dergelijke toezegging aan te merken. Dit temeer nu de mededeling van de arbeidsdeskundige evident onjuist was, aangezien de voorlopige toepassing van het Verdrag tussen Nederland en Brazilië al per 1 januari 2012 was beëindigd. Voor zover hierdoor enige verwarring is ontstaan bij appellant, is deze voldoende gecompenseerd doordat het Uvv heeft afgezien van de terugvordering van de betaalde voorschotten."

⁴⁰ HR 4 juni 1986, nr. 22.945, na conclusie Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1986:AW8004, *BNB* 1986/248, m.nt. P. den Boer.

het geval, redelijkerwijs als een toezegging (welbewuste standpuntbepaling in zijn geval) kon worden opgevat.⁴¹ Wat de fiscus mogelijk *bedoelde* (uitzendleer) is dus minder relevant; het gaat erom hoe zijn uitlating objectief redelijkerwijs opgevat kon worden door de belastingplichtige (aankomstleer).⁴² De inspecteur heeft een verantwoordelijkheid om aan te geven hoe zijn uitlatingen door de belastingplichtige moeten worden begrepen.⁴³

2.9. Vertrouwen gewekt door een toezegging kan worden beëindigd door opzegging door de inspecteur. De opzegging geldt alleen voor de toekomst, dus alleen voor belastingschulden die na de opzegging ontstaan. Soms is een overgangsregeling vereist.⁴⁴

2.10. Een akkoordverklaring wordt door de Hoge Raad vrijwel hetzelfde omschreven als een toezegging in het algemeen, nl. als een ondubbelzinnige uitlating van de inspecteur waarmee deze onmiskenbaar beoogt zich aan een bepaalde zienswijze van de belastingplichtige te binden met geen ander voorbehoud dan verandering van omstandigheden.⁴⁵ Een akkoordverklaring is dus een toezegging waarbij belastingplichtige niet alleen de feiten, maar ook de te verwachten wetstoepassing heeft geformuleerd (het gaat dan bijvoorbeeld om toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling of aftrekbaarheid van rentebetalingen). Bij een toezegging zegt de fiscus een bepaalde wetstoepassing toe naar aanleiding van feitelijke informatie verstrekt door de belastingplichtige ('als de feiten zijn zoals door u weergegeven, dan pas ik de wet als volgt toe ...'); bij de daardoor omsloten categorie van de akkoordverklaring stemt de fiscus in met de wetstoepassing zoals de belastingplichtige die naar voren brengt ('als de feiten zijn zoals door u weergegeven, ben ik akkoord met uw standpunt dat de wet [aldus] moet worden uitgelegd').⁴⁶

2.11. Ook een *advance ruling* is een toezegging. De Staatsecretaris van Financiën heeft de *ruling* gedefinieerd als 'een de belastingdienst bindende toezegging vooraf (binnen de wet, jurisprudentie en resoluties) over de toepassing van het Nederlandse belastingrecht in internationaal-concernverband dan wel in grensoverschrijdende situaties'.⁴⁷

Toezeggingen 3: impliciet individueel

2.12. Een belangrijk verschil met het omgevingsrecht lijkt mij dat akkoordverklaringen en andere toezeggingen en vaststellingsovereenkomsten in het

⁴¹ HR 27 juni 1984, nr. 22.555, ECLI:NL:HR:1984:AW8572,, *BNB* 1984/240 m.nt. P. den Boer. Zie ook HR 7 december 2001, nr. 36.494, ECLI:NL:HR:2001:AD6781, *BNB* 2002/44, en HR 23 maart 2007, nr. 40.664, ECLI:NL:HR:2007:BA1262, *BNB* 2007/169 m.nt. W.J.N.M. Snoijink.

⁴² HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO4365.

⁴³ HR 13 april 2007, nr. 41.511, ECLI:NL:HR:2007:BA2803, *BNB* 2008/280, *FED* 2008/8.

⁴⁴ HR 28 februari 2003, nr. 37.122, na conclusie Van Kalmthout, ECLI:NL:HR2003:AE6422, *BNB* 2004/59 m.nt. G. Slot.

⁴⁵ HR 16 september 1981, nr. 20.220, na conclusie Van Soest, ECLI:NL:PHR:1981:AW9809, *BNB* 1981/308, m.nt. J.P. Scheltens.

⁴⁶ Hof Arnhem 29 juli 2009, nrs. 07/00240 en 07/00241, V-N 2009/51.13.

⁴⁷ Zie de Notitie 'Hoofdpijnen van het rulingbeleid' van 17 februari 1995, nr. DB 95/761M, V-N 1995, p. 848 e.v. die als bijlage B is gevoegd bij de Brief van de staatssecretaris van 17 februari 1995, nr. DB 95/761M.

belastingrecht schriftelijk plegen te zijn, waardoor bewijsproblemen veelal worden voorkomen (het gaat vaker om de *uitleg* van wat er nu is toegezegd). Maar er zijn ook niet schriftelijke en zelfs stilzwijgende toezeggingen, met name stilzwijgende akkoordverklaringen. Ook indien - aan de inspecteur toerekenbaar - de *indruk* wordt gewekt dat de fiscus weloverwogen een bepaald standpunt jegens de belastingplichtige heeft ingenomen, is de fiscus in beginsel gebonden. Bij dergelijke impliciete toezeggingen kan worden gedacht aan de afhandeling van een belastingcontrole zonder op- of aanmerkingen, afdoening van een bezwaarschrift op een bepaald punt op een bepaalde wijze, of jarenlange bekendheid met een afwijkend standpunt van de belanghebbende zonder een (afwijzende) reactie van de fiscus. Onvoldoende voor een toerekenbare impliciete toezegging is het enkele zwijgen van de fiscus (zoals het enkele niet-corrigeren van een aangifte waarvan de belastingplichtige geen reden heeft om aan te nemen dat die voor controle zou zijn geselecteerd).⁴⁸ Net als voor de expliciete toezegging geldt ook voor de impliciete variant dat vertrouwen erop niet gerechtvaardigd is als (i) de (schijn van) toezegging zozeer strijdt met een juiste wetstoepassing dat de belastingplichtige redelijkerwijs niet kon denken dat dat de bedoeling zou zijn⁴⁹ of (ii) de belastingplichtige onvolledige of onjuiste informatie heeft verstrekt⁵⁰ (bijvoorbeeld niet alle boeken of niet de goede heeft verstrekt bij de boekencontrole die eindigde in 'geen aanmerkingen').

2.13. Een door de fiscus jarenlang gevolgde gedragslijn staat in beginsel niet in de weg aan een ander standpunt in latere jaren, eventueel met een overgangstermijn. Uitgangspunt is dat elk belastingjaar en elke aanslag op zichzelf moet worden beoordeeld⁵¹ - in dezelfde zin ook de CRvB ter zake van 'herhaalbeschikkingen'⁵² - maar onder bepaalde omstandigheden kan aan een jarenlang bij de aanslagregeling gevolgde gedragslijn wel rechtens te honoreren vertrouwen worden ontleend. Beslissend is of de inspecteur bij de belastingplichtige de indruk heeft gewekt dat hij welbewust een standpunt heeft ingenomen, niet of hij dat ook daadwerkelijk heeft ingenomen: het gaat om de indruk die de gedragingen van de inspecteur bij de belastingplichtige redelijkerwijs hebben kunnen wekken (aankomstleer). De indruk van een welbewust standpunt is doorgaans niet gewettigd als de gedragslijn geen of relatief geringe fiscale gevolgen heeft gehad. De fiscus hoeft immers niet op elke slak zout te leggen. Omstandigheden die wél de indruk van bewuste instemming kunnen rechtvaardigen, zijn de vaststelling van een aanslag conform een aangifte waarin de belastingplichtige de voor die aanslag relevante aangelegenheid uitdrukkelijk en gemotiveerd aan de orde heeft gesteld, de vaststelling van een aanslag na raadpleging van opgevraagde bewijsstukken, gehouden besprekingen of gevoerde correspondentie, of conform eerder

⁴⁸ HR 22 juli 1994, nr. 29.632, ECLI:NL:1994:B14632, *BNB* 1994/296, m.nt. J. Brunt.

⁴⁹ HR 14 februari 1990, nr. 26.402, ECLI:NL:HR:1990:ZC4233, *BNB* 1990/219, noot J.P. Scheltens.

⁵⁰ HR 5 oktober 2007, nr. 41.492, ECLI:NL:HR:2007:BB4736, *BNB* 2007/323, FED 2008/64, m.nt. Bollen-Vandenboorn.

⁵¹ HR 20 december 1972, nr. 16.959, ECLI:NL:HR:1972:AX4805, *BNB* 1973/27.

⁵² Zie bijvoorbeeld CRvB 19 september 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2837, r.o. 3.4: "Aan de omstandigheid dat aan appellante eerder een GPK is verstrekt kan zij niet het gerechtvaardigde vertrouwen ontleenen dat deze nu ook zou worden verstrekt." En CRvB 12 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1759, r.o. 4.9: "Het beroep van appellante op het vertrouwensbeginsel slaagt niet. Zoals vaker overwogen (...) houdt een eerdere toekenning over een afgesloten periode in het verleden geen uitdrukkelijke, ondubbelzinnige en onvoorwaardelijke toezegging in dat in de toekomst opnieuw bijstand wordt toegekend. Iedere aanvraag wordt immers opnieuw beoordeeld."

verstrekke, voor de toen op te leggen aanslag relevante inlichtingen, of de tegemoetkoming aan een bezwaar over dezelfde zich nog steeds onveranderd voordoende aangelegenheid.⁵³

2.14. Ook bij de afhandeling van een boekenonderzoek of andere controle kan bij de belastingplichtige in rechte te beschermen vertrouwen ontstaan dat zijn handelwijze is goedgekeurd. Uiteraard is ook daarvoor vereist dat aan de inspecteur toerekenbare gedragingen bij de belastingplichtige de indruk van een weloverwogen standpuntbepaling hebben kunnen wekken, met name als de belastingplichtige mocht aannemen dat een bepaalde aangelegenheid door de controleur op haar fiscale merites is beoordeeld, zoals wanneer die aangelegenheid van zodanig belang is dat zij niet aan de aandacht van de boekenonderzoeker kan zijn ontsnapt (en indien toch, dan is dat kennelijk een incompetentie waarmee de belastingplichtige geen rekening hoeft te houden) en bovendien de fiscale gevolgen belangrijk genoeg zijn om kritische opmerkingen te maken, zo niet na te heffen of na te vorderen. Als de inspecteur naar aanleiding van het controlerapport niettemin geen opmerkingen maakt en niet naheft/vordert, wekt hij in beginsel het gerechtvaardigde vertrouwen dat hij welbewust akkoord gaat met de wijze waarop de belastingplichtige de aangelegenheid heeft behandeld.⁵⁴

2.15. Soms kan de belastingplichtige zich op gerechtvaardigd vertrouwen beroepen gewekt door stilzwijgen van de inspecteur, namelijk als deze al lang bekend is met het (onjuiste) standpunt van de belastingplichtige en daarop niet afwijzend heeft gereageerd. In HR BNB 1993/115⁵⁵ oordeelde de Hoge Raad dat de inspecteur, die al vijf jaar bekend was met een tot naheffing aanleiding gevend feit en het standpunt van de belanghebbende daaromtrent, zijn bevoegdheid tot naheffen verwerkt als zijn stilzwijgen bij de belastingplichtige de indruk heeft kunnen wekken van een bewuste standpuntbepaling.

Inlichtingen; dispositieschade vereist

2.16. Inlichtingen zijn informatie van de fiscus over de inhoud van wettelijke en andere in acht te nemen regels, die niet ziet op de bijzondere omstandigheden van een individueel geval en geen individuele standpuntbepaling inhoudt. Inlichtingen kunnen worden onderscheiden in algemene voorlichting (bijvoorbeeld op de website van de belastingdienst, in folders en brochures, in bijlagen bij aangiftebiljetten en in handleidingen voor ondernemers) en voorlichting aan individuele belastingplichtigen (bijvoorbeeld via de belastingtelefoon). De Hoge Raad behandelt beide vormen hetzelfde. In het standaardarrest HR *BNB* 1979/311⁵⁶ oordeelde hij dat de fiscus niet gebonden wordt door alle uitlatingen die bij een belastingplichtige mogelijk verwachtingen wekken over een door hem te volgen gedragslijn. Met name bij reacties op verzoeken van

⁵³ HR 13 december 1989, nr. 25.077, na conclusie Verburg, ECLI:NL:HR:1989:ZC4179, *BNB* 1990/119, m.nt. J.P. Scheltens.

⁵⁴ HR 18 december 1991, nr. 27.127, na conclusie Van Soest, ECLI:NL:HR:1991:BH8148, *BNB* 1992/182, m.nt. A.L.C. Simons.

⁵⁵ HR 10 februari 1993, nr. 28.965, ECLI:NL:HR:1993:ZC5258, *BNB* 1993/115, m.nt. J.W. Zwemmer.

⁵⁶ HR 26 september 1979, nr. 19.250, ECLI:NL:HR:1979:AM4918, *BNB* 1979/311, m.nt. J.P. Scheltens. Zie ook HR 9 maart 1988, nr. 24.199, na conclusie Van Soest, ECLI:NL:HR:1988:ZC3780, *BNB* 1988/148, m.nt. P. den Boer, en HR 3 januari 1990, nr. 26.325, ECLI:NL:HR:1990:ZC4191, *BNB* 1990/148, m.nt. J.P. Scheltens.

belastingplichtigen om inlichtingen over de inhoud van door de fiscus toe te passen algemene regels noopt het belang van belastingplichtigen dat de fiscus zijn voorlichtende taak onbelemmerd kan vervullen ertoe te aanvaarden dat het risico van onjuiste inlichtingen in beginsel voor rekening van de belastingplichtige blijft.

2.17. Dat is anders als (i) de inlichtingen niet zo duidelijk in strijd zijn met een juiste wetstoepassing dat de belastingplichtige die onjuistheid redelijkerwijs had kunnen en moeten beseffen, en (cumulatief) (ii) de belastingplichtige, in vertrouwen afgaande op de onjuiste inlichtingen, een handeling heeft verricht of nagelaten waardoor hij niet alleen de wettelijk verschuldigde belasting moet betalen, maar daarenboven schade lijdt (dispositievereiste). Financieringskosten (renteschade) worden niet gezien als dispositieschade, want anders is er altijd dispositieschade. Ik merk op dat het mij niet logisch voorkomt om vertrouwen (dat in belastingzaken als gevolg van het gebonden karakter van dat rechtsgebied vrijwel steeds *contra legem* is) ontleend aan inlichtingen te honoreren omdat dispositieschade is geleden. Logischer is het dan mijns inziens om die schade te vergoeden. De omvang van die dispositieschade hoeft immers geen verband te houden met het belastingbedrag dat door de honorering van het vertrouwen niet betaald hoeft te worden, waardoor honorering van het vertrouwen in een enigszins willekeurig karakter kan staan tot het geleden nadeel. Concrete schadevergoeding is veel nauwkeuriger, maar ook véél bewerklijker, dus uit praktisch oogpunt heeft de belastingrechter er wel verstandig aan gedaan om er maar van uit te gaan dat voldoende verband bestaat tussen het belastingbedrag en de dispositieschade. Feitelijk kan men echter niet zeggen dat een belastingplichtige € 5.000 schade lijdt als hij in vertrouwen op een onjuiste inlichting die vermeend bespaarde € 5.000 verjubeld heeft aan een mondaine vakantie en daardoor moet lenen om alsnog de wettelijk wel degelijk verschuldigde € 5.000 te betalen. Financieringskosten telden immers niet mee als los van de wettelijk verschuldigde belasting staand nadeel en de verjubelde € 5.000 is niet verloren, maar omgezet in onvergetelijke ervaringen en herinneringen, een besparing op de normale vakantiekosten en een aantrekkelijke *teint*. Ik neem aan dat de belastingrechter (en de fiscus) niet verstrikt wilde raken in discussies over de waarde daarvan.

2.18. Een voorbeeld van rechtens te honoreren vertrouwen op een inlichting biedt de zaak HR *BNB* 2000/330:⁵⁷ een campinghouder (waarom gaat het bij geschonden vertrouwen zowel in het omgevingsrecht als in het belastingrecht zo vaak over campinghouders?), belastingplichtig voor de verontreinigingsheffing oppervlaktewateren, had in verband met wijziging van zijn bedrijfsvoering het bevoegde waterschap inlichtingen gevraagd over de door hem toe te passen afvalwatercoëfficiënt. In de antwoordbrief was een onjuiste coëfficiënt vermeld. De Hoge Raad liet het oordeel van het Hof in stand dat de campinghouder die onjuistheid niet had onderkend en ook niet had hoeven te onderkennen en dat aannemelijk was dat hij, afgaande op de verstrekte inlichting, een met de correcte coëfficiënt corresponderende verhoging van de kampeertarieven voor 1995 achterwege had gelaten, terwijl de in 1997 opgelegde aanslag niet meer kon worden doorberekend aan de toenmalige kampeerders, waardoor de belanghebbende bij handhaving van de aanslag dispositieschade zou lijden. Niet gepoogd werd om die schade te kwantificeren in verhouding tot de op basis van de correcte coëfficiënt verschuldigde verontreinigingsheffing. *Dat* dispositienadeel (niet-doorberekenbaarheid van een alsnog te betalen aanslag) aannemelijk was, was voldoende (zie 2.17 hierboven). In dit geval is het overigens wel aannemelijk dat de

⁵⁷ HR 14 juni 2000, nr. 35.275, ECLI:NL:HR:2000:AA6205, *BNB* 2000/330, m.nt. R.H. Happé.

dispositieschade ongeveer gelijk loopt met het deel van de heffing waarvan het waterschap moest afzien.

Toerekening

2.19. Ook in het belastingrecht geldt uiteraard dat om vertrouwen te kunnen wekken, de vertrouwenwekkende handeling moet kunnen worden toegerekend aan de bevoegde inspecteur/ontvanger. De inspecteur en ontvanger zijn sinds 2003 landelijk bevoegd, waardoor meer inspecteurs tot aanslagoplegging bevoegd kunnen zijn.⁵⁸

2.20. In het belastingrecht speelt de vraag naar toerekenbaarheid van gewekt vertrouwen een betrekkelijk geringe rol. Meestal zijn de vertrouwenwekkende gedragingen of uitlatingen afkomstig van een ambtenaar die bevoegd is namens de inspecteur of de ontvanger te handelen. Worden door een belastingambtenaar die handelt krachtens mandaat mondelinge toezeggingen gedaan, bijvoorbeeld bij een boekencontrole, dan binden die toezeggingen de inspecteur. De fiscus beroept zich overigens ook zelden op onbevoegdheid van zijn ambtenaren. Het zijn eerder belastingplichtigen die, na het opvragen van mandaatregisters, wel eens pogen om onder de verschuldigdheid van belasting uit te komen door zich op onbevoegdheid van een ambtenaar te beroepen.

2.21. Maar ook in het belastingrecht kan het voorkomen dat vertrouwenwekkende uitlatingen worden gedaan door een ambtenaar die geen inspecteur of ontvanger vertegenwoordigt en evenmin gemandateerd is of zelfs niet eens bij de belastingdienst werkt. Een voorbeeld biedt het Kinderzitjesarrest HR BNB 1994/145,⁵⁹ over de toerekenbaarheid van uitlatingen over de heffing van motorrijtuigenbelasting door politieambtenaren tijdens een verkeerscontrole. Die uitlatingen konden volgens de belastingkamer bij de belanghebbende het in rechte te beschermen vertrouwen wekken dat hij had voldaan aan een bepaalde verplichting ex de Wet motorrijtuigenbelasting 1966 omdat politieambtenaren ook zijn belast met de handhaving van die wet.

2.22. Kortmann⁶⁰ veronderstelt dat de belastingdienst, gezien diens ruime gebondenheid aan toezeggingen en zelfs inlichtingen *contra legem*, kennelijk wordt gezien als weinig gevoelig voor corruptie en vriendjespolitiek, maar die veronderstelling lijkt uit te gaan van de onjuiste vooronderstelling dat een belastingplichtige op nakoming van een onjuiste toezegging zou kunnen rekenen als hij weet of moet vermoeden dat die toezegging uit corruptie of vriendjespolitiek voortvloeit. Dat geval staat mijns inziens gelijk met het geval waarin de belastingplichtige onjuiste gegevens heeft verstrekt of een toezegging zodanig kenbaar in strijd met correcte wetstoepassing is dat redelijkerwijs niet op nakoming kan worden gerekend.

⁵⁸ HR 14 juni 2013, nr. 12/02697, na conclusie IJzerman, ECLI:NL:HR:2013:BZ4198, *FED* 2013/98, m.nt. E. Poelmann, *BNB* 2013/185, m.nt. J.W. Zwemmer. De werkzaamheden van de inspecteur worden sinds de inwerkingtreding van de nieuwe Uitvoeringsregeling Belastingdienst in 2003 georganiseerd door zogenoemde ressorteerbepalingen die aangeven onder welke inspecteur een belastingplichtige ressorteert. De ressorteerbepalingen zien echter niet op de bevoegdheid.

⁵⁹ HR 23 maart 1994, nr. 28.925, na conclusie van Soest, ECLI:NL:HR:1994:ZC5629, *BNB* 1994/145 (Kinderzitjesarrest). Zie ook HR 5 januari 2000, nr. 34 689, ECLI:NL:HR:2000:AA4064, *BNB* 2000/81.

⁶⁰ C.N.J. Kortmann, 'Het vertrouwensdilemma', in: *Vertrouwen in de overheid*, VAR-reeks 160, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Conclusie

2.23. In het belastingrecht, waarin de belangen van derden zelden enige rol spelen anders dan samenvallende met het algemene belang van binnenkomst van de wettelijk verschuldigde belasting, wordt vertrouwen op de overheid vergaand gehonoreerd: niet alleen indien ontleend aan toezeggingen, maar ook indien ontleend aan de toerekenbare schijn van een toezegging en zelfs indien ontleend aan inlichtingen als de belastingplichtige in vertrouwen op die niet makkelijk als onjuist kenbare inlichting iets heeft gedaan of nagelaten dat hem los van de wettelijk verschuldigde belasting in een nadeliger positie brengt dan als het vertrouwen niet gewekt zou zijn. Aan een belangenafweging komt de belastingrechter sinds de doorbraakarresten (1978-1979) niet (meer) toe, nu derde-belangen geen rol spelen en het af te wegen algemene belang alleen het belang is 'dat de wet moet worden toegepast.' Dat legaliteitsbeginsel heeft het bij de doorbraakarresten in 1978 en 1979 principieel afgelegd tegen het algemene beginsel van behoorlijke bestuur dat de heffende overheid door haar gewekte gerechtvaardigde verwachtingen behoort te honoreren. Bevoegdheidskwesaties doen zich zelden voor, nu de meeste ambtenaren die bij de heffing en de invordering betrokken zijn, bevoegd zijn namens de inspecteur of de ontvanger op te treden dan wel voldoende gemandateerd zijn.

2.24. In onderdeel 1.34 van de conclusie waarbij deze bijlage gaat, citeerde ik al Van Kreveld's verklaring voor het verschil tussen de belastingkamer van de Hoge Raad enerzijds en de Afdeling en het CBb anderzijds wat betreft het (niet-) *contra legem* karakter van hun vertrouwensrechtspraak. Kortmann⁶¹ geeft een vergelijkbare verklaring in het algemeen (dus niet alleen voor het verschil bij *contra legem* vertrouwensberoepen) voor het verschil tussen die rechters, gebaseerd op de kenmerken van de door hen bestreken rechtsgebieden (ik neem niet alle voetnoten op):

"Als het algemeen belang of derdenbelangen zich verzetten tegen nakoming van de toezegging, dan delft de gerechtvaardigd vertrouwende burger het onderspit. Het is nu zinvol te differentiëren, omdat de invloed van het algemeen belang en derdenbelangen naar de aard van de zaak nogal verschilt. Ten eerste is relevant of deze belangen worden beschermd door een wettelijke regeling. Als de inspecteur een toezegging doet na afweging van alle relevante omstandigheden van het geval, dan moet aan het vertrouwensbeginsel doorslaggevende betekenis worden toegekend, tenzij de belastingplichtige de fiscus onjuist of onvolledig informeerde of de gedane toezegging zo duidelijk in strijd is met een juiste wetstoepassing, dat de belastingplichtige op nakoming van die toezegging in redelijkheid niet mag rekenen. (...). Als de lagere rechtspraak deze lijn inderdaad consequent toepast, dan lijkt het vertrouwensdilemma in fiscale zaken beperkt. In feite kunnen alleen omstandigheden aan de zijde van de belastingplichtige afbreuk doen aan de binding van de toezegging. Het algemene belang, dat tot uitdrukking komt in het legaliteitsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het financiële belang van de schatkist, moet zonder meer wijken voor het vertrouwensbeginsel. Men zou verwachten dat deze lijn doorgetrokken kan worden naar de rechtspraak van de andere hoogste bestuursrechters over financiële besluiten in tweepartijenverhoudingen. Maar dat is niet het geval. Waar de Centrale Raad van Beroep en de belastingkamer van de Hoge Raad redelijk op één lijn lijken te zitten,⁶² zijn de Afdeling en het CBB strenger. Als het subsidies betreft bijvoorbeeld, kan de wet in de weg staan aan honorering van

⁶¹ C.N.J. Kortmann, 'Het vertrouwensdilemma', t.a.p., p. 139-141.

⁶² Voetnoot in origineel: "De *contra legem* werking van abbb is volgens de Centrale Raad weliswaar een uitzondering, maar die uitzondering doet zich juist voor als sprake is van

gerechtvaardigd vertrouwen, ook als de toezegging niet evident in strijd met de wet was.⁶³ Een beroep op louter het algemeen belang en belangen van derden (dus zonder wettelijke verankering) is echter bij geen van de bestuursrechters een grond om financiële toezeggingen te schenden. Dat komt vermoedelijk, omdat het bij financiële besluiten doorgaans gaat om gebonden besluitvorming, zodat er eenvoudigweg geen ruimte is voor een belangenafweging naast de afweging of contra legem moet worden beslist.

In het ordeningsrecht liggen de kaarten anders. Vaak laat de wet beleids- en beoordelingsvrijheid aan het bestuursorgaan, dat alle betrokken belangen moet afwegen. Dat laatste is immers de essentie van het ordeningsrecht: het afbakenen van de vrijheid van burgers onderling. Aan het vertrouwensbeginsel komt nu aanzienlijk minder gewicht toe. Bij de verlening van vergunningen is die binding nog relatief sterk, zolang de aanvrager aan de voorwaarden voor vergunningverlening voldoet. Vergunningverlening contra legem is echter niet mogelijk,⁶⁴ terwijl ook zwaarwegende belangen (zoals veiligheid en gezondheid) en gewijzigde omstandigheden in de weg kunnen staan aan inlossing van de toezegging.⁶⁵ In de handhavingssfeer kan een gedoogtoezegging de belangenafweging doen uitvallen in het voordeel van de gedaagde,⁶⁶ maar vormen gewijzigde omstandigheden, zoals nieuw beleid of een handhavingverzoek, al snel voldoende reden om van de toezegging terug te komen.⁶⁷ De zwakste werking van het vertrouwensbeginsel ziet men bij planologische besluiten.⁶⁸ De overheidsbelofte is daarbij niet meer dan een relevante omstandigheid, die de bevoegdheid van het bestuursorgaan

gerechtvaardigd vertrouwen op een bindende toezegging. Zie Van Kreveld (*AB-klassiek* 2016), par. 5.6 en Van Meegen (*JBplus* 2001) en de overzichtconclusie van Mok (*AB* 1983/121)."

⁶³ Voetnoot in origineel: "In ABRvS 18 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9838, *AB* 2006/187 m.nt. N. Verheij overweegt de Afdeling principieel, dat hoewel sprake was van een rechtens bindende toezegging, deze in geen geval kan leiden tot subsidieverstrekking in strijd met de subsidieregeling. Een witte raaf is ABRvS 1 maart 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV2962, *AB* 2006/188 met een lezenswaardige noot van Verheij."

⁶⁴ Voetnoot in origineel: "ABRvS 12 september 1996, *JB* 1996/243 m.nt. Heldeweg (Loonbedrijf Benthuisen), ABRvS 11 februari 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO3352 (kampeerterreinvergunning), ABRvS 26 oktober 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU4988, *JB* 2006/8 (keuringscertificaat scheepvaart), ABRvS 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6535, *AB* 2012/130 m.nt. R. Ortlep (bouwvergunning) en ABRvS 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:891, *AB* 2014/183 m.nt. L.J.A. Damen (ligplaatsvergunning)."

⁶⁵ Voetnoot in origineel: "ABRvS 1 februari 2000, *AB* 2000/111 (intrekking erkenning). ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2054 (intrekking omgevingsvergunning LPG). In deze gevallen was wel voorzien in nadeelcompensatie. (...). In ABRvS 6 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1888, *AB* 2017/120 m.nt. L.J.A. Damen (parkeerplaats Rotterdam) had het college geen gewijzigde omstandigheden gesteld en sneefde de weigering, ondanks bezwaar van derden tegen de parkeerplaatsen."

⁶⁶ Voetnoot in origineel: "ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:358, *AB* 2015/154 m.nt. C.N.J. Kortmann (handhaving hooiruif). Een vaststellingsovereenkomst is zelfs een zwaarwegend belang in ABRvS 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2499, *AB* 2017/121 m.nt. L.J.A. Damen (opslag Hapert)."

⁶⁷ Voetnoot in origineel: "Bijv. ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4425, *AB* 2013/46 m.nt. M.K.G. Tjepkema en F.R. Vermeer (recreatiewoning Noordwijk); ABRvS 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2004, *AB* 2016/22 (tuinhuis Meerssen); ABRvS 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3683, *AB* 2016/415 m.nt. M.K.G. Tjepkema (arbeidsmigranten Veghel), ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1330, *AB* 2017/119 m.nt. L.J.A. Damen (Dakgoot Medemblik)."

⁶⁸ Voetnoot in origineel: "Hierover is veel geschreven. Zie reeds Hennekens (*Gst.* 1995) en recenter Van Buuren (2014), Hennekens (*TBR* 2015), Kortmann en Swagemakers (*BR* 2016), Doornhof (*Gst.* 2016) en Van Zundert (*Gst.* 2017)."

(vaak: de gemeenteraad) onverlet laat om zelf te beoordelen welke bestemming hij in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening acht.⁶⁹”

⁶⁹ Voetnoot in origineel: “Bij afwezigheid van belangen van derden komt aan het vertrouwensbeginsel vaak sterkere werking toe. Een bekend voorbeeld is: ABRvS 8 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ9924, AB 2004/458, m.nt. C.N.J. Kortmann (Tracébesluit HSL-Zuid V).”

3. Het vertrouwensbeginsel en gedragstoerekening aan rechtspersonen in het straf(proces)recht⁷⁰

Vertrouwen ter zake van niet-vervolgen

3.1 In 1983 heeft ook de strafkamer van de Hoge Raad het vertrouwensbeginsel expliciet als strafprocesrechtelijk beginsel erkend. Zij overwoog dat de beginselen van een behoorlijke procesorde meebrengen:⁷¹

“... dat de voor het justitiële beleid verantwoordelijke organen niet handelen naar willekeur, maar in gebondenheid jegens verdachte aan toezeggingen, welke bij laatstgenoemde gerechtvaardigde verwachtingen hebben opgewekt.”

3.2. Vervolgning in strijd met gepubliceerde vervolgingsrichtlijnen leidt dan ook tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie,⁷² evenals vervolging in strijd met een toezegging door of bevoegdelijk namens het openbaar ministerie (OM) gedaan dat in een concreet geval niet zal worden vervolgd.⁷³ Ook in het strafrecht geldt dat een concrete en ondubbelzinnige toezegging geen gerechtvaardigd vertrouwen wekt als de verdachte moest beseffen dat de toezegging op een vergissing berustte.⁷⁴ Niet-honorering van mogelijk kortstondig gewekt vertrouwen kan gerechtvaardigd worden als het OM snel na een onjuiste toezegging uitlegt dat en waardoor het om een vergissing gaat.⁷⁵ Ook aan de ‘voeging ad informandum’ van (vermoede) strafbare feiten bij een dagvaarding waarin die feiten niet worden tenlastegelegd, kan de verdachte het gerechtvaardigde vertrouwen ontnemen dat die feiten niet meer zullen worden vervolgd als aannemelijk is dat de strafrechter op die voeging acht heeft geslagen bij zijn beoordeling van de wel tenlastegelegde feiten.⁷⁶

3.3 Ook in het strafprocesrecht kunnen belangen van derden, met name die van slachtoffers, meebrengen dat gerechtvaardigde verwachtingen wekkende en bevoegdelijk gedane toezeggingen (die niet vallen onder de vervolgingsuitsluitende

⁷⁰ Zie voor het vertrouwensbeginsel in het strafprocesrecht (wordt een handelen of nalaten (verder) vervolgd of niet en zo ja, onder welke modaliteit?)

G.J.M. Corstens/M.J. Borgers/T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, Onderdeel III.3, beginselen van behoorlijk strafprocesrecht. Zie voor het materiële vertrouwensbeginsel (al dan niet verontschuldgbare rechtsdwaling op basis van uitlatingen van een al dan niet voldoende gezaghebbende persoon) nader J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, onderdeel V.7.3.2.

⁷¹ HR 13 september 1983, nr. 1364, na conclusie R Emmelink, ECLI:NL:PHR:1983:AC3175, *NJ* 1984/151 m.nt. P.J.P. Tak.

⁷² Bijvoorbeeld HR 22 februari 2000, nr. 112611, na conclusie Machielse, ECLI:NL:HR:2000:AA4894, *NJ* 2000/557, m.nt. T.M. Schalken, en HR 26 april 2011, nr. 09/01099, na conclusie Vegter, ECLI:NL:HR:2011:BO4015, *NJ* 2012/ 63 m.nt. B.F. Keulen.

⁷³ HR 22 december 2015, nr. 14/05473, na conclusie Aben, ECLI:NL:HR:2015:3639, *NJ* 2017/455 m.nt. N. Rozemond.

⁷⁴ HR 27 maart 2012, nr. 10/05043, na conclusie Silvis, ECLI:NL:HR:2012:BV6661, *NJ* 2012/221.

⁷⁵ Zie de vorige voetnoot.

⁷⁶ Zie bijvoorbeeld HR 26 juni 1984, nr. 77181, na conclusie Leijten, ECLI:NL:PHR:1984:AC8466, *NJ* 1985/41 en HR 1 april 1997, nr. 104254, na conclusie Machielse, ECLI:NL:HR:1997:ZD0678, *NJ* 1998/287, m.nt T.M. Schalken.

werking van artikel 255, eerste lid, Wetboek van Strafvordering (Sv.)) toch niet nagekomen hoeven worden, met name niet na een geslaagd beklag bij het Hof tegen niet-vervolgving (artikel 12 Sv.).

3.4 En ook in het strafprocesrecht speelt de vraag of de toezegger bevoegd was namens het OM te spreken een grote rol. Onbevoegdlijk gedane toezeggingen binden het OM niet.⁷⁷ Het *Brigadier*-arrest leert dat de mededeling door een brigadier van gemeentepolitie aan de verdachte dat de officier de zaak 'niet hard kon maken', weliswaar na overleg met de officier van justitie maar zonder diens toestemming of medeweten, het OM niet bindt omdat die mededeling noch door de officier, noch in diens opdracht was gedaan, noch anderszins aan de officier kon worden toegerekend.⁷⁸ De verdachte in deze zaak was zelf opperwachtmeester van Rijkspolitie, zodat deze wellicht om die reden moest of had kunnen weten dat zo'n mededeling van een brigadier van politie niet als bindend OM-sepot opgevat kan worden. Een brigadier van politie opereert nog onder gezag van het OM, dus te minder kan vertrouwd worden op mededelingen van (ambtenaren van) overheidsorganen die buiten de opsporing en vervolging van strafbare feiten staan,⁷⁹ zoals de gemeentelijke overheid die een bestuurlijke gedoogbeschikking afgeeft aan een *coffeeshop* waar tamelijk grootschalig hasj aan (buitenlandse) gebruikers wordt verstrekt, zulks tot relatieve tevredenheid van die gemeente, omdat zij daarmee van de overlast elders in de gemeente af is.⁸⁰

3.5 Omdat het openbaar ministerie bij uitsluiting bevoegd is tot vervolgen en ook als enige bevoegd is om te beslissen om *niet* te vervolgen (opportunitiebeginsel), is de strafkamer van de Hoge Raad zeer terughoudend in het toerekenen van niet door of namens het OM geschapen verwachtingen omtrent de vervolgingsbeslissing, zelfs als de verwachting dat niet vervolgd zal worden mede gewekt is door handelen of nalaten door het driehoeksoverleg (politie, burgemeester en OM) waarin het OM zitting heeft. In beginsel houdt zij vervolging in strijd met gewekte verwachtingen alleen tegen in geval van door of namens het OM gewekte gerechtvaardigde verwachtingen en in geval van 'aperte onevenredigheid', i.e. als 'geen redelijk handelend lid van het Openbaar Ministerie heeft kunnen oordelen dat met (voortzetting van) de vervolging enig door strafrechtelijke handhaving beschermd belang gediend kan zijn'. Haar *Checkpoint-II*-arrest⁸¹ (2016) betrof een om openbare-orde-redenen door het driehoeksoverleg gedoogde *coffeeshop* in Terneuzen wiens eigenaar/exploitant erop vertrouwde niet vervolgd te zullen worden omdat ook het OM in het driehoeksoverleg zit. Het Hof achtte dat vertrouwen gerechtvaardigd en had het gehonoreerd door het OM niet-ontvankelijk te verklaren. De strafkamer van de Hoge Raad overwoog echter:

⁷⁷ Zie bijvoorbeeld het (eerste) Checkpoint-arrest HR 2 juli 2013, nr. 12/01359, na conclusie Machielse, ECLI:NL:HR:2013:7, *NJ* 2013/563 m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen.

⁷⁸ HR 13 september 1988, nr. 2170, na conclusie Remmelink, ECLI:NL:PHR:1988:AC3188, *NJ* 1989/403.

⁷⁹ HR 17 december 1985, nr. 1609E, na conclusie Remmelink, ECLI:NL:PHR:1985:AD5845, *NJ* 1986/591 m.nt. Th.W. van Veen; HR 22 maart 1988, nr. 82812, na conclusie Leijten, ECLI:NL:PHR:1988:AD0236, *NJ* 1989/161; HR 9 april 2002, nr. 02469/00, na conclusie Fokkens, ECLI:NL:HR:2002:AD8737, *NJ* 2002/535 m.nt. Y. Buruma, *AB* 2002/178 m.nt. G.T.J.M. Jurgens, *JM* 2002/81 m.nt. Koopmans.

⁸⁰ HR 26 april 2016, nr. 14/05256, ECLI:NL:HR:2016:742, *NJ* 2016/388 m.nt. B.F. Keulen, *NBStraf* 2016/145 m.nt. J.A. Rendering (Checkpoint II)

⁸¹ Zie de vorige voetnoot.

“3.2. (...) dat in art. 167, eerste lid, Sv aan het Openbaar Ministerie de bevoegdheid is toegekend zelfstandig te beslissen of (...) vervolging moet plaatsvinden. De beslissing van het Openbaar Ministerie om tot vervolging over te gaan leent zich slechts in zeer beperkte mate voor een inhoudelijke rechterlijke toetsing in die zin dat slechts in uitzonderlijke gevallen plaats is voor een niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie in de vervolging op de grond dat (...) vervolging onverenigbaar is met beginselen van een goede procesorde (vgl. HR 6 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4280, NJ 2013/109). Zo'n uitzonderlijk geval doet zich voor wanneer de vervolging wordt ingesteld of voortgezet nadat door het Openbaar Ministerie gedane, of aan het Openbaar Ministerie toe te rekenen, uitlatingen (of daarmee gelijk te stellen gedragingen) bij de verdachte het gerechtvaardigde vertrouwen hebben gewekt dat hij niet (verder) zal worden vervolgd. Aan uitlatingen of gedragingen van functionarissen aan wie geen bevoegdheden in verband met de vervolgingsbeslissing zijn toegekend, kan zulk gerechtvaardigd vertrouwen dat (verdere) vervolging achterwege zal blijven evenwel in de regel niet worden ontleend (vgl. HR 8 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5002). Een uitzonderlijk geval als zojuist bedoeld doet zich ook voor wanneer de vervolging wordt ingesteld of voortgezet terwijl geen redelijk handelend lid van het Openbaar Ministerie heeft kunnen oordelen dat met (voortzetting van) de vervolging enig door strafrechtelijke handhaving beschermd belang gediend kan zijn. In het geval van een zodanige, aperte onevenredigheid van de vervolgingsbeslissing is de (verdere) vervolging onverenigbaar met het verbod van willekeur ((...) het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging). Aan het oordeel dat het Openbaar Ministerie om deze reden in de vervolging van een verdachte niet-ontvankelijk moet worden verklaard dienen zware motiveringseisen te worden gesteld. (Vgl. HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:7, NJ 2013/563.)

3.3. (...).

3.4. De niet-ontvankelijkverklaring door het Hof van het Openbaar Ministerie in de vervolging ter zake van het onder 1 tenlastegelegde berust in de kern op het oordeel dat de verdachte en de medeverdachten “het gerechtvaardigd vertrouwen mochten koesteren” dat de gedoogvoorwaarden, zoals opgenomen in de door de burgemeester op 15 november 2005 afgegeven gedoogverklaring, niet werden overtreden en dat het Openbaar Ministerie wat betreft het opzettelijk verkopen, afleveren en/of verstrekken van hennep en/of hasjesj dan ook niet tot vervolging zou overgaan. Dit oordeel is niet begrijpelijk, reeds omdat het Hof niet heeft vastgesteld dat dit vertrouwen is gewekt door uitlatingen of daarmee gelijk te stellen gedragingen van het Openbaar Ministerie, dan wel door uitlatingen of daarmee gelijk te stellen gedragingen die aan het Openbaar Ministerie moeten worden toegerekend. (...).”

3.6. De strafkamer betracht aldus een vergelijkbare terughoudendheid bij de beperking van het vervolgingsmonopolie en de opportuniteitsbeoordeling van het OM op grond van vertrouwenwekkende, maar niet door of namens het OM gedane toezeggingen als zowel u als de civiele kamer van de Hoge Raad doen bij het beperken van de bevoegdheden van de gemeenteraad of van provinciale staten op grond van door een ambtenaar, wethouder, gedeputeerde of college onbevoegdlijk gewekt vertrouwen, zulks in verband met de scheiding der machten (zie onderdeel C.2 van bijlage 1 en onderdeel 1.7 hierboven). Op deze strenge leer bestaat wel kritiek, onder meer van Knigge⁸² en van Reijntjes.⁸³

3.7 Dit neemt niet weg dat het OM wordt gebonden door toezeggingen van ambtenaren die het OM (plegen te) vertegenwoordigen zoals parketmedewerkers⁸⁴ of

⁸² G. Knigge, ‘Van vervolging en willekeur’, *RM Themis* 2016/5, p. 225-226.

⁸³ J.M. Reijntjes, ‘Beperkt vertrouwen’, *Strafblad* 2017/1.

⁸⁴ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 6 september 2002, nr. 23.794.02, ECLI:NL:GHAMS:2002:AL6697, *NBSTRAF* 2002/285.

van ambtenaren die tot het OM in een mandaatsverhouding (plegen te) staan zoals politiefunctionarissen voor zover die toezeggingen doen waarvan de verdachte mag aannemen dat zij binnen het mandaat vallen, óók al is dat in werkelijkheid niet zo.⁸⁵ Ook hier dringen dus de verkeersopvattingen in zekere mate door (aankomstleer in plaats van uitzendleer). Uiteraard geldt ook hier dat hetgeen de burger mag aannemen, mede afhangt van zijn specifieke kennis en professionaliteit. De gemiddelde ondernemer hoeft volgens de voorzieningenrechter niet te weten dat de advocaat-generaal en niet de officier van justitie over de tenuitvoerlegging van zijn straf ging.⁸⁶

Vertrouwen ter zake van niet-strafbaarheid

3.8. Ook materieelstrafrechtelijk kan vertrouwen gewekt worden, dat dan geen betrekking heeft op de verwachting dat niet vervolgd zal worden, maar op de (onjuiste) overtuiging dat een bepaald handelen of nalaten niet strafbaar is (rechtsdwaling). U vergelijkte het verschil tussen vertrouwen dat geen vergunning nodig is (rechtsdwaling) en vertrouwen dat ondanks vergunningsplicht niet gehandhaafd zal worden (gedogen; vergelijk sepot). In het *Motorpapierenarrest*⁸⁷ (1949) heeft de Hoge Raad erkend dat strafbaarheid kan zijn uitgesloten als de overtreder heeft vertrouwd op mededelingen van een persoon die voldoende gezag heeft om uit te mogen gaan van de juistheid van diens mededelingen over (niet-)strafbaarheid. De zaak betrof de nieuwe eigenaar van een motor die een opperwachtmeester van politie vroeg of zijn motorpapieren aan alle eisen voldeden om met de motor de weg op te gaan. De opperwachtmeester antwoordde na inzage in de papieren bevestigend, maar ten onrechte: er was destijds ook nog een nationaliteitsbewijs vereist. Het Hof ontsloeg de motorrijder van alle rechtsvervolging en de Hoge Raad accordeerde dat op grond van 'een verontschuldigbare onbewustheid van het verboden zijn der handeling.' Uit latere rechtspraak⁸⁸ volgt dat beslissend is of het advies over (niet-)strafbaarheid van een handelen of nalaten

'werd verstrekt door een persoon of instantie, aan wie zodanig gezag valt toe te kennen dat de verdachte in redelijkheid op de deugdelijkheid van het advies mocht vertrouwen'.

Dit criterium voor honorering van materieelrechtelijk vertrouwen lijkt op het civielrechtelijke functionele toerekeningscriterium in de boven (1.9 en 1.17 t/m 1.20) weergegeven rechtspraak van de eerste kamer van de Hoge Raad, en ook op uw toerekeningscriterium in de Paardenbakzaak (zie onderdelen 1.11 en 1.14 van bijlage 1 bij deze conclusie) , inhoudende dat de betrokkene 'op goede gronden mocht veronderstellen' dat zijn zegsmannen, die verklaarden dat geen vergunning was vereist, 'de opvatting van het bevoegde orgaan vertolkte(n).'

3.9. Dicht bij het bestuursrecht ligt de strafrechtspraak over strafbaar handelen zonder geldige vergunning. De houder van een vergunning mag in het algemeen

⁸⁵ Zie bijvoorbeeld HR 19 september 1988, nr. 83585, na conclusie Leijten, ECLI:NL:PHR:1988:AD0424, *NJ* 1989/379 (Parkeerwachter); HR 5 oktober 2010, nr. 09/00519, na conclusie Vellinga, ECLI:NL:HR:2010:BN2302, *NJ* 2010/549.

⁸⁶ V.zr. 's-Gravenhage 29 april 2004, ECLI:NL:RBSGR:2004:A08663, *NJF* 2004/382.

⁸⁷ HR 22 november 1949, na conclusie Langemeijer, ECLI:NL:HR:1949:1, *NJ* 1950/180 m.nt. B.V.A. Röling.

⁸⁸ HR 13 december 1960, ECLI:NL:HR:1960:161, *NJ* 1961/416 m.nt. W.P.J. Pompe; HR 9 oktober 1990, nr. 86296, ECLI:NL:HR:1990:ZC8596, *NJ* 1991/131; HR 4 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4664, *NJ* 2007/144 m.nt. T.M. Schalken.

vertrouwen dat hem die vergunning volgens de wettelijke voorschriften is verstrekt en dat hij gerechtigd is er gebruik van te maken, ook als achteraf zou blijken dat zij in strijd luidt met een wettelijk voorschrift en daarom ten onrechte is verleend, tenzij, aldus de Hoge Raad:⁸⁹

“de verlening van de vergunning een ook voor de verdachte zo onmiskenbare wetsschending opleverde dat hij had moeten begrijpen dat B en W hem deze niet hadden mogen verlenen.”

De verdachte in dit geval was zelf wethouder en kon mede daarom niet met vrucht aanvoeren dat hij verontschuldigbaar had gedwaald omtrent het (straf)recht. Deze rechtspraak strookt met de vaste rechtspraak van de belastingkamer dat een belastingplichtige niet kan vertrouwen op een toezegging die zozeer strijdt met correcte wetstoepassing dat niet op nakoming kan worden gerekend (zie 2.7 hierboven).

Functioneel daderschap en daderschap van rechtspersonen

3.10 Het meest recente overzichtsarrest van de strafkamer van de Hoge Raad inzake toerekening van (verboden) gedragingen aan een rechtspersoon is het Drijfmestarrest⁹⁰ uit 2003, waarin zij onder meer als volgt overwoog:

“3.3. Blijkens de wetsgeschiedenis kan een rechtspersoon (in de zin van art. 51 Sr) worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend. Ook in de rechtspraak is die toerekening erkend als grondslag voor het daderschap van de rechtspersoon (vgl. onder meer HR 23 februari 1993, NJ 1993, 605 en HR 13 november 2001, NJ 2002, 219).

3.4. (...). Een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening is (...) of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Een dergelijke gedraging kan in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon.

Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon zal sprake kunnen zijn indien zich een of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:

- het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon,
- de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon,
- de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf,
- de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging. Daarbij verdient opmerking dat laatstbedoelde criteria - die zijn ontwikkeld in HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 en (...) worden aangeduid als "ijzerdraadcriteria" - weliswaar zijn ontwikkeld met het oog op het functionele daderschap van een natuurlijke persoon (dus met het oog op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een natuurlijk persoon voor een gedraging van een andere natuurlijke persoon), maar dat zij in voorkomende gevallen tevens kunnen fungeren als maatstaven voor de toerekening van een gedraging van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon (vgl. HR 14 januari 1992, NJ 1992, 413).”

⁸⁹ HR 13 november 1984, nr. 77461, na conclusie Leijten, ECLI:NL:HR:1984:AC3274, NJ 1985/294 (Kamperen in Domburg).

⁹⁰ HR 21 oktober 2003, na conclusie Wortel, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328 m.nt. P. Mevis, JM 2004/72 m.nt. Koopmans.

3.11 Ik meen dat deze toerekeningscriteria even zeer geschikt zijn als oriëntatiepunten bij de beoordeling van de vraag of de schijn van bevoegdheid van een toezeggende ambtenaar of wethouder toegerekend kan worden aan het college; of een toezegging is gedaan 'in de sfeer van' het bestuursorgaan. Ik merk op dat deze redelijke 'functionele' toerekening strookt met de boven (onderdeel 2) beschreven redelijke en mede functionele toerekening van onrechtmatige daden (*Kleuterschool Babel; Vitesse II*) en onbevoegde vertegenwoordiging (*ING/Bera Holding, Tamacht/Hodenus, Hartman/Bakker*) en met de wil/vertrouwensleer (zie 1.2 e.v. hierboven) in het burgerlijke recht. Het gaat er vooral om, hoe iets in het maatschappelijk verkeer overkomt bij redelijke mensen. Ik herhaal dat in het omgevingsrecht na toerekening altijd nog een belangenafweging volgt, die veelal zal nopen tot niet-honorering van gerechtvaardigd vertrouwen (maar dan aanleiding kan geven tot schadevergoeding).

4. Het vertrouwensbeginsel in het EU-recht⁹¹

4.1. Het vertrouwensbeginsel wordt ook door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) erkend als een algemeen beginsel van EU-recht op basis van de rechtsbeginselen en –tradities die de rechtsorden van de lidstaten gemeen hebben, voor het eerst in 1973.⁹² In de zaak *Töpfer*⁹³ (1978) overwoog hij dat het vertrouwensbeginsel deel uitmaakt van de Europese rechtsorde en dat schending ervan moet worden beschouwd als schending van het E(E)G-Verdrag. Het beginsel is dus, net als de andere algemene beginselen van EU-recht, primair EU-recht, dat door de lidstaten niet gewijzigd kan worden anders dan door wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) of van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU). Te betwijfelen valt overigens of de rechter zich zo'n algemeen rechtsbeginsel zou laten afnemen, zelfs als dat bij verdrag zou gebeuren. De instellingen van de Europese Unie moeten het beginsel in acht nemen, evenals de lidstaten wanneer zij uitvoering geven aan EU-recht. Beroep op het EU-vertrouwensbeginsel wordt vooral gedaan in landbouw(subsidie)zaken, staatssteunzaken en fiscale en douanezaken. Het Hof stelt strenge toepassingsvoorwaarden, vooral om te vermijden dat lidstaten door onbevoegde vertrouwenwekkende mededelingen de eenvormige toepassing en voorrang van het EU-recht frustreren. Een beroep op het vertrouwensbeginsel slaagt EU-rechtelijk dan ook zelden. Met name in omzetbelasting- en douanezaken, waar nationaal (implementatie)recht en (direct werkend) EU-recht (verordeningen en *self executing* richtlijnbevestigingen) zo harmonieus mogelijk naast elkaar moeten worden toegepast, treedt met regelmaat spanning aan de dag tussen de nationaalrechtelijke vertrouwensleer (zeker in Nederland) en de beperktere EU-rechtelijke vertrouwensleer.

⁹¹ Zie daarover in het algemeen Prechal/Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Ars Aequi Libri 2017, hoofdstuk IV, onderdeel 5.2, N.A. de Vos, *Europeanisering van het vertrouwensbeginsel* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, J.E. van den Brink, W. den Ouden, R.J.G.M. Widdershoven & Sacha Prechal, 'General principles of EU law', in: J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (ed.), *Europeanisation of public law*, Groningen: Europa Law Publishing 2015, en Xavier Groussot, *General Principles of Community Law*, Europa Law Publishing, 2006, Section 4.3.

⁹² HvJ EU 5 juni 1973, C-81/72, ECLI:EU:C:1973:60 (Commissie/Raad), over de pensioenen van Europese ambtenaren. Het bestaan van het algemene rechtsbeginsel is nadien velen malen bevestigd, bijvoorbeeld in HvJ EU 21 september 1983, C-205-215/82, ECLI:EU:C:1983:233 (Deutsche Milchkontor e.a).

⁹³ HvJ EU 3 mei 1978, C-112/77, ECLI:EU:C:1978:94 (Töpfer).

4.2. EU-rechtelijk relevant vertrouwen kan gewekt worden door met name EU-regelgeving, EU-beschikkingen, EU-aanbevelingen en andere EU *soft law*⁹⁴ en toezeggingen van de bevoegde EU-autoriteit.⁹⁵ Een toezegging is EU-rechtelijk in beginsel pas een rechtens vertrouwen wekkende toezegging als zij afkomstig is van de bevoegde autoriteit, aan de betrokken particulier is gericht, en specifiek en precies is,⁹⁶ maar ook nauwkeurige, onvoorwaardelijke, onderling overeenstemmende en van bevoegde en betrouwbare bronnen afkomstige *inlichtingen* worden aangemerkt als toezeggingen, ongeacht hun vorm.⁹⁷ Onder bijzondere, vertrouwenwekkende omstandigheden kan ook het langdurig niet-uitoefenen van een voor een burger of bedrijf bezwarende bevoegdheid door de Commissie gerechtvaardigd vertrouwen wekken dat die bevoegdheid (in dat geval: die tot het verbieden van aangemelde staatssteun) niet zal worden uitgeoefend.⁹⁸

4.3. Alleen de EU-autoriteit die bevoegd is om het desbetreffende besluit of andere maatregel te nemen, kan gerechtvaardigd vertrouwen wekken dat een besluit of maatregel met een bepaalde inhoud zal worden genomen.⁹⁹ Toerekenbare schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid of een ander mechanisme van toerekening van onbevoegd gedane uitlatingen aan de bevoegde autoriteit wordt door het Hof in beginsel niet erkend. Dit betekent met name – en dat is ook de bedoeling van die gestrengheid – dat een nationale autoriteit geen gerechtvaardigd vertrouwen kan wekken ter zake van (niet-)toepassing van bevoegdheden van/door een Europese instelling. Vooral bij de terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun is deze regel van belang. Verzekeringen door nationale autoriteiten dat de steun EU-rechtelijk toelaatbaar is, staan niet in de weg aan oplegging van een terugvorderingsbeschikking door de Commissie als de steun volgens de als enige bevoegde Commissie *niet* verenigbaar is met de interne markt.¹⁰⁰ Ook een mededeling in de Nederlandse Staatscourant kan dus geen gerechtvaardigd vertrouwen wekken,¹⁰¹ anders zou de exclusief bevoegde Commissie wel kunnen inpakken. Ook in intern EU-verband wordt de hand gehouden aan de bevoegdheidsregel: de opwekking van vertrouwen door een onbevoegde functionaris van een Europese instelling kan niet worden toegerekend aan die instelling,¹⁰² en ook EU-instellingen onderling kunnen elkaar niet binden met onbevoegdelijke uitlatingen (vergelijk de strenge nationaalrechtelijke bewaking van de grenzen van de *trias politica*

⁹⁴ Bijvoorbeeld HvJ EU 5 juni 1973, C-81/72, ECLI:EU:C:1973:60 (Commissie v. Raad); HvJ EU 30 januari 1974, C-148/73, ECLI:EU:C:1974:7 (Louwage); GvEA 7 november 2007, T-374/04, ECLI:EU:T:2007:332 (Duitsland/Commissie).

⁹⁵ Bijvoorbeeld HvJ EU 5 oktober 1988, C-129/87, ECLI:EU:C:1988:473 (Decker-Fingruth); GvEA 16 maart 2005, T-283/02, ECLI:EU:T:2005:101 (EnBW Kernkraft/ Commissie).

⁹⁶ GvEA 31 maart 1998, T-129/96, ECLI:EU:T:1998:69 (Preussag Stahl); GvEA 23 oktober 2002, T-346-348/99, ECLI:EU:T:2002:259 (Territorio Histórico de Álava/Commissie).

⁹⁷ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 17 maart 2011, C-221/09, ECLI:EU:C:2011:153 (AJD Tuna) en HvJ EU 17 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:833, zaak C-167/17 (Klohn).

⁹⁸ HvJ EU 24 november 1987, C-223/85, ECLI:EU:C:1987:502 (RSV/Verolme).

⁹⁹ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 17 maart 2011, C-221/09, ECLI:EU:C:2011:153 (AJD Tuna), waarin de beweerdelijk gedane toezeggingen hoe dan ook niet waren gedaan door de Commissie, zodat een beroep op het vertrouwensbeginsel reeds daarom niet kon slagen.

¹⁰⁰ HvJ EU 20 maart 1997, C-24/95, ECLI:EU:C:1997:1630 (Alcan Deutschland).

¹⁰¹ GvEA 14 januari 2004, T-109/01, ECLI:EU:T:2004:4 (Fleuren Compost).

¹⁰² HvJ EU 11 maart 1997, C-357/95 P, ECLI:EU:C:1997:144 (ENU); GvEA 6 april 1995, T-141/89, ECLI:EU:T:1995:62 (Tréfileurope).

door de burgerlijke rechter en van het vervolgingsmonopolie van het OM door de strafrechter, zoals in de onderdelen 1 en 3 hierboven beschreven)

4.4. Het HvJ gebruikt bij de vraag of relevant vertrouwen is gewekt als maatstaf hetgeen een 'behoedzame, professionele marktdeelnemer' kon weten c.q. moest begrijpen, denkelijk omdat het vertrouwensbeginsel vaak wordt ingeroepen in economische zaken. De Vos¹⁰³ concludeert op basis van 's Hof's jurisprudentie dat de behoedzame, professionele marktdeelnemer:

- (a) een hoog bewustzijnsniveau ter zake van de reële marktsituatie heeft;
- (b) zich bewust is van de regels die de relevante marktsector reguleren;
- (c) het beleid en de acties van de commissie in de gaten houdt.

Deze maatstaf stelt hoge eisen aan gerechtvaardigheid van vertrouwen. Vaste rechtspraak is dat marktdeelnemers er niet op kunnen vertrouwen dat een bestaande situatie onveranderd blijft als die door EU-instellingen op basis van hen toekomstige discretionaire bevoegdheid kan worden gewijzigd.¹⁰⁴ Een beroep op vertrouwen gewekt door bestaande regelgeving kan worden afgewezen als de behoedzame, professionele marktdeelnemer de komst van de nieuwe regelgeving had kunnen of moeten voorzien.¹⁰⁵ Ik merk op dat ook de belastingkamer van de Hoge Raad leert dat de belastingplichtige niet erop kan vertrouwen dat belastingwetgeving en belastingtarieven onveranderd zullen blijven.¹⁰⁶ Het Hof stelt ook hoge eisen aan de deskundigheid van de marktdeelnemer. Een beroep op het vertrouwensbeginsel wordt afgewezen als de marktdeelnemer de onjuistheid van mededelingen van bevoegde autoriteiten had moeten ontdekken; hij wordt daarbij geacht nogal geverseerd te zijn in het doorgronden van EU-regels.¹⁰⁷ Dat is bepaald strenger dan de Nederlandse belastingrechter, die een beroep op een toezegging van de inspecteur in een dergelijk geval pas afwijst als de toezegging zozeer in strijd is met een correcte wetstoepassing dat de belastingplichtige redelijkerwijs niet op nakoming kon rekenen. Het HvJ daarentegen gaat er in beginsel van uit dat ieder de (Europese) wet kent en acht het niet onredelijk om van professionele marktdeelnemers te verlangen dat zij zich zo nodig met hulp van deskundigen vergewissen van de juistheid van informatie.¹⁰⁸ Van belang is uiteraard de

¹⁰³ N.A. de Vos, *Europeanisering van het vertrouwensbeginsel* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 112-113.

¹⁰⁴ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 14 februari 1990, C-350/88, ECLI:EU:C:1990:71 (Delacre).

¹⁰⁵ HvJ EU 11 maart 1987, C-265/85, ECLI:EU:C:1987:121 (Van den Bergh en Jurgens en Van Dijk Food Productions); HvJ EU 15 april 1997, C-22/94, ECLI:EU:C:1997:187 (Irish Farmers Association); HvJ EU 15 juli 2004, C-37/02 en C-38/02, ECLI:EU:C:2004:443 (Di Leonardo Adrian); GvEA 15 november 2007, T-310/06, ECLI:EU:T:2007:343 (Hongarije/Commissie).

¹⁰⁶ Zie bijvoorbeeld het WIR-weekend-arrest (ter vermindering van aankondigingseffecten jukt minister-president Lubbers dat op korte termijn geen ingrijpende wijzigingen te verwachten zijn, en de volgende dag wordt de WIR op nul gesteld en daarmee feitelijk afgeschaft), HR 21 april 1993, nr. 28 726, *LJN* ZC5336, *BNB* 1993/205, m.nt. P.J. Wattel, *FED* 1993/436, m.nt. Stevens, V-N 1993/1534, en het arrest over minister-president Rutte's geruststelling, vlak voordat de overdrachtsbelasting van 6% werd verlaagd naar 2%, dat potentiële huizenkopers vooral gewoon een huis moesten kopen als ze dat van plan waren: HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7857, na conclusie Wattel, *BNB* 2013/216 m.nt. P.J. van Amersfoort, V-N 2013/30.18.

¹⁰⁷ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 2 juli 2015, C-684/13, ECLI:EU:C:2015:439 (Demmer), *AB* 2016/377 m.nt. J.E. van den Brink.

¹⁰⁸ Bijvoorbeeld HvJ 20 september 1990, C-5/89, ECLI:EU:C:1990:320 (BUG Alutechnik); HvJ EU 12 juli 1989, C-161/88, ECLI:EU:C:1989:312 (Binder); HvJ EU 20 juni 1991, C-365/89, ECLI:EU:C:1991:266 (Cargill); HvJ EU 20 maart 1997, C-24/95, ECLI:EU:C:1997:1630 (Alcan

goede trouw van de betrokkene, die met name een rol speelt bij terugvordering van ten onrechte verstrekte Europese subsidies. Goede trouw wordt in dat verband alleen aangenomen als de gesubsidieerde er oprecht van overtuigd was dat hij voor subsidie in aanmerking kwam, ook al was dat reglementair niet zo (zie C-684/13, *Demmer*, geciteerd in 4.8 hieronder). De gesubsidieerde is uiteraard niet te goeder trouw als hij onjuiste gegevens heeft verstrekt, de subsidievoorwaarden niet heeft nageleefd of kennelijk EU-regels heeft geschonden.¹⁰⁹

4.5. Disponeren is op zichzelf geen vereiste voor EU-rechtelijke honorering van een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen, maar bij de belangenafweging weegt wel mee of de betrokkene zijn handelen of nalaten al dan niet heeft afgestemd op de desbetreffende toezegging of op de bestendigheid van (beleids)regelgeving of van een beschikking.¹¹⁰

4.6. Het Hof wijst toepassing van het EU-rechtelijke vertrouwensbeginsel *contra legem* af. In de *Maizena*-zaak¹¹¹ overwoog hij dat een met het EU-recht strijdige praktijk van een lidstaat nooit tot een door het EU-recht beschermde rechtspositie kan leiden, ook niet wanneer de Commissie heeft nagelaten om die lidstaat tot correcte toepassing van het EU-recht te bewegen. In de zaak *Krücken*¹¹² overwoog hij dat een kennelijke schending van een duidelijke en ondubbelzinnige bepaling van Unierecht geen te honoreren vertrouwen wekt. Op het vertrouwensbeginsel kan dus niet met vrucht beroep worden gedaan door een burger of bedrijf die/dat handelt in strijd met EU-recht, ook niet als door de bevoegde EU-autoriteit precieze en specifieke standpunten zijn ingenomen.¹¹³ Het Hof wil uiteraard voorkomen dat lidstaten bewust een nationaal beleid in strijd met EU-recht voeren dat de uniforme toepassing van het Unierecht of de financiële belangen van de Unie in gevaar brengt.¹¹⁴ Ik citeer een recente bevestiging van de vaste rechtspraak:¹¹⁵

“47 (...), wenst de verwijzende rechter (...) te vernemen of het vertrouwensbeginsel aldus moet worden uitgelegd dat een nationale rechtsregel (...), die voorzag in de overdracht van de steun voor vervroegde uittreding via vererving en die door de Commissie is goedgekeurd op grond dat hij in overeenstemming was met verordening nr. 1257/1999, een gewettigd vertrouwen heeft gewekt bij de erfgenamen van de landbouwers die deze steun hebben ontvangen (...).

Deutschland); GvEA 12 september 2007, T-348/03, ECLI:EU:T:2007:256 (Friesland Foods); HvJ EU 2 juli 2015, C-684/13, ECLI:EU:C:2015:439 (Demmer); HvJ EU 10 december 2015, C-427/14, ECLI:EU:C:2015:803 (Veloserviss SIA).

¹⁰⁹ HvJ EU 12 december 1985, C-67/84, ECLI:EU:C:1985:506 (Sieradria/Commissie); GvEA 15 september 1988, T-142/97, ECLI:EU:T:1998:210 (Branco/Commissie); GvEA 16 september 1999, T-182/96, ECLI:EU:T:1999:171 (Partex/Commissie), HvJ EU 23 januari 2019, C-387/17 (Fallimento Traghetti del Mediterraneo).

¹¹⁰ Bijvoorbeeld HvJ EU 4 mei 2006, C-508/03, ECLI:EU:C:2006:287 (Commissie/Verenigd Koninkrijk).

¹¹¹ HvJ EU 15 december 1982, C-5/82, ECLI:EU:C:1982:439 (Maizena).

¹¹² HvJ EU 26 april 1988, C-316/86, ECLI:EU:C:1988:201 (Krücken). Zie ook HvJ EU 20 juni 2013, C-568/11, ECLI:EU:C:2013:407 (Agroferm).

¹¹³ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 20 juni 1985, C-228/84, ECLI:EU:C:1985:271 (Pauvert v. Europese rekenkamer).

¹¹⁴ Zie bijvoorbeeld ook HvJ EU 16 maart 2006, C-94/05, ECLI:EU:C:2006:185 (Emsland-Stärke).

¹¹⁵ HvJ EU 7 augustus 2018, C-120/17, ECLI:EU:C:2018:638 (Administratī vā rajona tiesa, FEOGA)

48 In dit verband volgt uit vaste rechtspraak dat wanneer de lidstaten maatregelen nemen ter uitvoering van het Unierecht, zij gehouden zijn om de algemene beginselen van dit recht, waaronder met name het vertrouwensbeginsel, in acht te nemen (zie in die zin arresten van 14 september 2006, Elmeka, C-181/04–C-183/04, EU:C:2006:563, punt 31, en 26 mei 2016, Județul Neamț en Județul Bacău, C-260/14 en C-261/14, EU:C:2016:360, punt 54).

49 (...).

50 Voorts kan iedere justitiabele bij wie een nationale administratieve autoriteit met door haar gedane precieze toezeggingen gegronde verwachtingen heeft gewekt, zich op dat beginsel beroepen (arresten van 9 juli 2015, Salomie en Oltean, C-183/14, EU:C:2015:454, punt 44, en 14 juni 2017, Santogal M-Comércio e Reparação de Automóveis, C-26/16, EU:C:2017:453, punt 76).

51 In dit verband moet worden nagegaan of de handelingen van de administratieve instantie in kwestie bij de betrokken marktdeelnemer een redelijk vertrouwen hebben gewekt en, zo ja, of dat vertrouwen gewettigd is (zie arresten van 14 september 2006, Elmeka, C-181/04–C-183/04, EU:C:2006:563, punt 32, en 9 juli 2015, Salomie en Oltean, C-183/14, EU:C:2015:454, punt 45).

52 Volgens de rechtspraak van het Hof kan het vertrouwensbeginsel evenwel niet tegen een duidelijke Unierechtelijke bepaling worden aangevoerd, en kan een met het Unierecht strijdige gedraging van een met de toepassing ervan belaste nationale instantie voor een justitiabele geen grond opleveren om erop te vertrouwen dat hij een behandeling kan genieten die strijdig is met het recht van de Unie (arresten van 1 april 1993, Lageder e.a., C-31/91–C-44/91, EU:C:1993:132, punt 35; 20 juni 2013, Agroferm, C-568/11, EU:C:2013:407, punt 52, en 20 december 2017, Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse, C-516/16, EU:C:2017:1011, punt 69)."

4.7. Ook al is vertrouwen door de *bevoegde* instantie gewekt en op zichzelf gerechtvaardigd, toch kan, net als in het nationale omgevingsrecht, een dwingend algemeen belang of zwaarwegend derde-belang in de weg staan aan honorering van het gewekte vertrouwen, zodat de aangevochten handeling niet wordt vernietigd, maar in een dergelijk geval kan, net als in het nationale omgevingsrecht, schade worden vergoed. Het Hof zal een schadevergoedingsvordering tegen de EU echter enkel toewijzen bij een manifeste onevenredigheid van de gevolgen van de voorrang van het algemene EU-belang voor de betrokken particulier.¹¹⁶ Een héél zuinig *égalité*beginseltje dus. Bepaald niet elke schending van het vertrouwensbeginsel door een EU-instelling leidt tot aansprakelijkheid van de EU als andere belangen zich verzetten tegen honorering van het onzorgvuldig gewekte vertrouwen.

4.8. Leidt het ongeschreven vertrouwensbeginsel in het EU-recht aldus niet snel tot honorering van vertrouwen, zeker niet *contra legem*, na codificatie van het beginsel kan dat anders liggen, afhankelijk uiteraard van de wijze van codificatie. Het vertrouwensbeginsel is op specifieke deelterreinen in Uniewetgeving opgenomen, met name op het terrein van douanerechten¹¹⁷ en landbouwsubsidies.¹¹⁸ Dat laatste is overigens ook in Nederland het geval, in art. 4:49(1)(b) Awb. Uit de zaak C-684/13, *Demmer*,¹¹⁹ volgt dat het Hof een resultaat *contra legem* (wel) accepteert als het secundaire EU-recht zelf afziet van terugbetaling van landbouwsubsidies die ten

¹¹⁶ N.A. de Vos, Europeanisering van het vertrouwensbeginsel (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 123.

¹¹⁷ Artikel 119 EU-Verordening 952/2013 (Uniedouanewetboek)

¹¹⁸ Artikel 7 lid 3 EU-Uitvoeringsverordening 809/2014.

¹¹⁹ HvJ EU 2 juli 2015, C-684/13, ECLI:EU:C:2015:439 (*Demmer*), AB 2016/377 m.nt. J.E. van den Brink.

onrechte zijn toegekend door een fout van de bevoegde autoriteit of van een andere autoriteit, mits die fout redelijkerwijs niet door de landbouwer kon worden ontdekt. Dat laatste nam het Hof aan onder meer omdat de nationale landbouwsubsidie-autoriteit systematisch een onjuist beleid voerde (hetgeen in de genoemde *Maizena*-zaak dus nog onvoldoende was voor een beroep op het *ongeschreven vertrouwensbeginsel*). Het Hof overwoog dat de vertrouwensuitzondering op de terugbetaalplicht strikt moet worden uitgelegd en dat Demmer in beginsel de strijd met de verordening had kunnen ontdekken omdat zijn grond niet tot zijn bedrijf behoorde c.q. geen landbouwgrond was, maar hij overwoog ook:

“87 Bij deze beoordeling [of de fout redelijkerwijs ontdekt had kunnen worden; PJW] staat het niettemin aan de verwijzende rechter om rekening te houden met alle omstandigheden van het hoofdgeding en met name met de vraag of in Denemarken (...) een administratieve praktijk gold waarbij oppervlakten als in het hoofdgeding systematisch als subsidiabel werden erkend. Dan kan van Demmer namelijk niet worden verwacht dat hij de (...) fout had kunnen ontdekken (zie in die zin arrest Vonk Noordegraaf, C-105/13, EU:C:2014:1126, punt 50).

88 Een redelijkerwijs door de betrokken landbouwer ontdekbare fout kan evenwel niet worden uitgesloten alleen maar omdat de bevoegde autoriteiten de steun voor de oppervlakten in het hoofdgeding hebben betaald. (...)”

4.9. Van den Brink (noot in AB 2016/377) signaleert overigens dat het HvJ wellicht ook bij de toepassing van het algemene vertrouwensbeginsel ruimer is gaan denken, nu hij in de *ESF* en *SOMVAO*-arresten¹²⁰ qua formulering afwijkt van de genoemde eerdere arresten *Krücken*, *Maizena* en *Agroferm* en bij de beoordeling van een beroep op het vertrouwensbeginsel ook rekening houdt met het gedrag van de nationale overheid. Dit suggereert dat ook het HvJ EU, ook bij de toepassing van het algemene beginsel van EU-recht dat gerechtvaardigde verwachtingen moeten worden gehonoreerd, voorzichtig beoordelingsgewicht aan het verschuiven is van de stappen 1 en 2 (toezegging? Bevoegdheid?) naar stap 3 (belangenafweging) en van het bestuurlijke perspectief (is de activiteit subsidiabel?) naar het ondernemersperspectief (kon de ondernemer redelijkerwijs ontdekken dat de activiteit niet subsidiabel was?).

4.10. Ik merk op dat ook u meent dat vertrouwen eerder gerechtvaardigd is als - weliswaar onbevoegdlijk gedane - uitlatingen stroken met systematisch beleid: uw voorzitter oordeelde dat een gemeente werd gebonden door de mededeling van een ambtenaar van Bouw- en Woningtoezicht dat geen bouwvergunningsplicht bestond, gezien 'de bestaande praktijk'.¹²¹

4.11. Ondanks de uit het bovenstaande blijkende terughoudendheid en gestrengheid (een iegelijk moet in beginsel de Europese wet kennen), komt het geregeld voor dat vertrouwen op uitlatingen van de Commissie gehonoreerd wordt, nl. als de Commissie gelijk moet krijgen, zoals bij uitlatingen die het vertrouwen kunnen wekken dat bepaalde nationale maatregelen géén staatssteun zijn. Een recent voorbeeld is de zaak T-207/10,

¹²⁰ HvJ EU 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 t/m C-385/06, ECLI:EU:C:2008:165 (ESF), AB 2008/207 m.nt. W. den Ouden, en HvJ EU 18 december 2014, C-599/13, ECLI:EU:C:2014:2462 (Somvao), AB 2015/225, m.nt. J.E. van den Brink en W. den Ouden.

¹²¹ Vz. ARRvS 20 januari 1986, *Gst.* 1986/6836.4; zie ook Vz. ARRvS 16 oktober 1991, ECLI:NL:RVS:1991:AH3844, AB 1992/625, m.nt. P.J.J. van Buuren.

Deutsche Telekom,¹²² waarin Deutsche Telekom handhaving door de Commissie eiste, met name dat de Commissie een temporeel verder teruggaande terugvorderingsopdracht zou geven aan de Spaanse Staat ter zake van onrechtmatige fiscale steun aan haar Spaanse concurrenten, met name Telefónica. De Commissie had de gevolgen van haar verbods- en terugvorderingsbeschikking beperkt tot de periode ná de aankondiging van haar formele onderzoeksprocedure omdat de begunstigde Spaanse ondernemingen er volgens haar op basis van eerdere gedetailleerde antwoorden van de Commissie op vragen vanuit het Europese parlement op mochten vertrouwen dat tot de aankondiging van de onderzoeksprocedure de staatssteun niet verboden was. Het EU-gerecht onderschreef de opvatting van de Commissie dat het door die antwoorden gewekte vertrouwen van de begunstigde Spaanse ondernemingen gehonoreerd moest worden, hoezeer ook buitenlandse concurrenten mogelijk door de Spaanse belastingmaatregel ook vóór de aankondigingsdatum al benadeeld waren.

4.12. De conclusie is dat men wat betreft honorering van gerechtvaardigd vertrouwen of, als dat na belangenafweging niet mogelijk is, schadevergoeding, toch nog heel wat beter af is bij de omgevingsrechter, hoezeer hij de vertrouwende burger mogelijk wel eens in de kou laat staan, dan bij de Europese rechter.

4.13. Een tweede conclusie is dat, zoals zo vaak bij het Unierecht, er een tweedeling ontstaat tussen zaken tussen overheid en burger waarin (mede) Unierecht aan de orde is en zaken waarin dat niet zo is. Op het vlak van honorering van gerechtvaardigd vertrouwen kan het belastingrecht treffend tot illustratie dienen: de belastingrechter gaat internrechtelijk vrij ver in het honoreren van zulk vertrouwen, per definitie veelal *contra legem*. Maar als hij douanerechten of omzetbelastingheffing beoordeelt die mede uitvoering van EU-recht inhoudt, zou hij dat niet of veel minder vergaand mogen doen omdat anders de effectieve en eenvormige werking van EU-recht in gevaar zou komen. Dat geeft het EU-recht geen goede naam (maar daar staat tegenover dat het Nederlandse bestuursrecht geen goede naam heeft voor wat betreft de strenge leer van de formele rechtskracht, waar vele buitenlanden en ook de EU-rechter wat verbaasd naar kijken). Hetzelfde effect ziet men overigens soms ook andersom (bijdragende aan een goede naam voor het EU-recht), bijvoorbeeld bij de toepassing van het EU-rechtelijke administratieve verdedigingsbeginsel:¹²³ dat geldt in Nederland niet als zodanig en wordt dus ook niet toegepast in belastingzaken waarin geen EU-recht aan de orde is, terwijl het wel toegepast moet worden in douanezaken en omzetbelastingzaken. Ik spreek slechts de hoop uit dat de Nederlandse rechter zich bij de beoordeling van gerechtvaardigd vertrouwen van de burger niet te veel zal aantrekken van mogelijk Unierechtelijke beperkingen als honorering concreet niet of nauwelijks frustrerend effect heeft op EU-wetgeving, - beleid of -budget, dus als het alleen maar gaat om het gegeven dat de zaak 'binnen de werkingssfeer' van het EU-recht ligt (zoals bij een emigrant die zich tegen een Nederlandse emigratieheffing verzet met een beroep op de vrijheid van personenverkeer) en niet om rechtstreekse uitvoering van EU-beleid, zoals bij de verdeling van schaarse EU-subsidies waaraan allerlei EU-voorwaarden zijn verbonden.

¹²² Gerecht EU 18 november 2018, zaak T-207/10, *Deutsche Telekom*, ECLI:EU:T:2018:786, Highlights & Insights 2019/2.4.

¹²³ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 18 december 2008, zaak C- 349/07, ECLI:EU:C:2008:746 (Sopropé – Organizações de Calçado Lda v. Fazenda Pública).

