



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Fair play – een vergeten beginsel

de Moor-van Vugt, A.

Publication date

2019

Document Version

Final published version

Published in

25 jaar Awb

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

de Moor-van Vugt, A. (2019). Fair play – een vergeten beginsel. In T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters, & R. Schlössels (Eds.), *25 jaar Awb: In eenheid en verscheidenheid* (pp. 393-403). Wolters Kluwer. <https://verenigingbestuursrecht.nl/wp-content/uploads/2019/02/Totale-bundel-25-jaar-Awb.pdf>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Adrienne de Moor-van Vugt*

37 | Fair play – een vergeten beginsel

@A_deMoorVanVugt – Het fair-playbeginsel is terug van weggeweest. Het vult een lacune bij dubbele boeteprocedures en de verdeling van schaarse rechten. Daarnaast biedt het een basis voor een informeel verschoningsrecht#fair-play-beginsel#schaarse-rechten#ne-bis-vexari#informeel-verschoningsrecht

1. Achtergrond en opzet

Het fair-playbeginsel is ontwikkeld in de jaren '50 van de vorige eeuw. Nicolai heeft de ontwikkeling ervan in kaart gebracht en vermeldt dat Boasson in 1911 een ongeschreven norm identificeerde, die hij de eis van plichtmatigheid noemde. Deze plichtmatigheid betekende dat het bestuur zich niet mocht laten leiden door 'luimen, antipathie, wrok, zucht tot bevoorrechtiging en eigenbelang'.¹ De eis van fair play die in 1952 door Wiarda werd geformuleerd, leek daar sterk op.²

Het arrest Hilversumse kleuterschool (ook wel bekend als Juffrouw Prak) wordt beschouwd als rechterlijk oordeel waarin de strekking van het beginsel voor het eerst verwoord werd.³ In deze zaak traineerde het college van B&W van Hilversum de beslissing op een verzoek om woonruimte in gebruik te nemen als bedrijfsruimte door geen advies uit te brengen aan de Kamer van Koophandel. Dit advies was een noodzakelijke stap op de weg naar een vrijstelling van woonruimteverbod. Vervolgens vorderde het college de ruimte snel als woonruimte. De Hoge Raad achtte het beletten dat degene om wiens rechten het gaat ten volle gebruik kon maken van de mogelijkheid om vrijstelling te krijgen onrechtmatig. De Hoge Raad noemde hierbij geen enkel beginsel van behoorlijk bestuur, maar de regel dat een burger een eerlijke kans moet krijgen om voor zijn belangen op te komen heeft sindsdien vaste voet aan de grond gekregen.⁴

Wiarda haalde dit arrest inderdaad aan toen hij in zijn VAR-preadvies onderzocht welke betekenis de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als rechterlijke toetsingsnorm hadden.⁵ Hij wees erop dat in dit arrest een beginsel naar voren kwam dat in de Engelse en Amerikaanse literatuur werd omschre-

* Prof. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt is staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

¹ P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1990, p.32.

² Nicolai 1990, p. 81.

³ Nicolai 1990, p. 514.

⁴ HR 28 juni 1951, ECLI:NL:HR:1951:33, NJ 1951, 528.

⁵ G.J. Wiarda, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur* (VAR-reeks XXIV), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1952, p. 55.

ven als *fair play*. ‘Het is het bestuursfatsoen, dat vooral bij de voorbereiding van de beschikking en bij de rechtsstrijd, welke daaruit kan ontstaan, een rol speelt’, aldus Wiarda.⁶ Hij sprak van de eisen van openheid, eerlijkheid en loyaliteit.⁷ Bezien we de literatuur, dan heeft het beginsel steeds een procedurele invulling gehad, waarbij van het bestuursorgaan wordt verwacht dat het open kaart speelt en geen procedurele trucs uithaalt om de burger van zijn rechten af te houden.⁸ In de rechtspraak werd het echter niet vaak uitdrukkelijk toegepast.⁹ Na de invoering van de Awb werd het beginsel overschaduwd en min of meer vervangen door het formele zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 en het verbod van vooringenomenheid van artikel 2:4 Awb.

Steeds vaker werd rechtstreeks getoetst aan de zorgvuldigheid en niet aan *fair play* in situaties waarin ‘bestuursfatsoen’ ontbrak.¹⁰ Een vergeten beginsel. Maar net als vergeten groenten is dit vergeten beginsel aan een revival bezig. Recent zagen we het bij voorbeeld terug in een uitspraak van de Afdeling over een dubbele boeteprocédure (waarover hierna meer).¹¹ Naar aanleiding daarvan rees bij mij de vraag welke rol het *fair-play*beginsel nog speelt in het bestuursrecht, en wat na 25 jaar Awb de meerwaarde zou kunnen zijn van toepassing van dit beginsel, met name naast het formele zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb. Ter beantwoording van die vraag heb ik een beperkte survey uitgevoerd.¹²

Het beginsel wordt in de eerste plaats nog steeds toegepast in de betekenis dat overheidsinstanties de burgers de mogelijkheid moeten geven hun procedurele kansen te benutten (paragraaf 2). In het verlengde daarvan wordt het toegepast als burgers de dupe zijn geworden van de procedurele aanpak van een overheidsinstantie (paragraaf 3). Op de derde plaats zien we het beginsel terug in zaken waarin een overheidsinstantie een procedurele truc heeft toegepast om een burger van zijn materiële rechten af te houden (paragraaf 4). Een bijzondere

⁶ Wiarda 1952, p. 69.

⁷ Wiarda 1952, p. 78.

⁸ Zie o.a. R.J.N. Schlössels, ‘Bestaat er nog een dienende overheid? Kritische opmerkingen vanuit het perspectief van de decentrale overheid’, *Gst.* 2010, 102. Zie ook de kronieken Beginselen van behoorlijk bestuur in het *NTB*.

⁹ Zie A.J.C. de Moor-van Vugt, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en buitenlandse equivalenten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 21.

¹⁰ Zie o.a. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 282 en 307.

¹¹ ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2796.

¹² Daarbij werd voor de jaren 2015-2017 bekeken in hoeverre het *fair-play*beginsel in de jurisprudentie aan bod kwam. Daarnaast is gekeken naar verwijzingen in de literatuur in die periode, met als gevolg dat soms oudere uitspraken in het onderzoek zijn betrokken. De survey is beperkt tot de Nederlandse bestuursrechtspraak. De uitkomsten zijn vervolgens gerubriceerd en in drie categorieën ingedeeld. Bij die indeling bleek dat op twee terreinen van bestuursrecht een toepassing aan het *fair-play*beginsel kon worden gegeven, die niet naadloos paste in de hoofdcategorieën. Deze zijn daarom apart besproken.

toepassing kent het beginsel in het belastingrecht, waar uit het beginsel een informeel verschoningsrecht wordt afgeleid (paragraaf 5). Tot slot zien we trekken van het beginsel bij de verdeling van schaarse rechten, hoewel het daar niet als zodanig wordt gebruikt (paragraaf 6). Deze bijdrage eindigt met een korte conclusie over de rol en betekenis van het beginsel na 25 jaar Awb.

2. Het benutten van procedurele kansen

Het is met name de Nationale ombudsman die het beginsel gebruikt in gevallen waarin hij van oordeel is dat overheidsinstanties burgers de mogelijkheid moeten geven hun procedurele kansen te benutten.¹³ Van de vele voorbeelden noem ik er een waarbij het mis ging: de zaak van de toeslagen kinderopvang.¹⁴ De Belastingdienst/Toeslagen beëindigde in 2014 het recht op de kinderopvangtoeslag in dat jaar van ongeveer 232 gezinnen. Zij zaten alle bij hetzelfde gastouderbureau. Volgens de ombudsman was geen sprake van fair play tijdens en na de beëindigingsprocedure, omdat de dienst de toeslag al beëindigde vóórdat hij de bewijsstukken en gegevens van betrokkenen had opgevraagd en had beoordeeld. Daarnaast kregen ouders die wel de opgevraagde stukken hadden verstrekt, maar volgens de dienst niet genoeg, niet alsnog de kans om nadere stukken of informatie te leveren. In veel gevallen gaf de dienst niet aan welke gegevens of bewijsstukken ontbraken of onvoldoende waren. Ook werden de ouders te laat gewezen op de mogelijkheid bezwaar in te dienen. Op deze manier was het voor de ouders onmogelijk om zich te weer te stellen tegen de beslissingen van de dienst.¹⁵

In de rechtspraak zien we dat vaak een beroep op fair play wordt gedaan, maar dit beroep wordt echter niet vaak gehonoreerd. Het overslaan van het horen voor het nemen van een beslissing op bezwaar om de beslistermijn te halen is niet in strijd met het fair-playbeginsel, aldus de Afdeling, omdat i.c. achteraf nog de gelegenheid was geboden om gehoord te worden en het besluit eventueel nog zou kunnen worden aangepast. Bovendien was niet gebleken dat betrokkene in zijn belangen was geschaad. Het gebrek mocht worden gepasseerd.¹⁶

De Tipgeverszaak is bekend, omdat de fiscus daarin gebruik maakt van een cd met lijsten van zwartsparenders, verkregen van een anonieme tipgever. Hier

¹³ Zie bijv. Nationale ombudsman 10 augustus 2016, nr. 2016/073, AB 2016/368, m.nt. P.J. Stolk.

¹⁴ Nationale Ombudsman, *Geen powerplay maar fair play, Onevenredig harde aanpak van 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag*, Rapportnr. 2017/095 (zie www.nationaleombudsman.nl).

¹⁵ Ander voorbeelden zijn Nationale ombudsman 1 september 2015, nr. 2015/128, AB 2015, 400, m.nt. P.J. Stolk (procederen in het Zweeds); Nationale ombudsman 12 april 2006, nr. 2006/146 en CRvB 27 juni 2012, ECLI:NL:2012:BX1183, AAe 2013, nr. 1, p. 49 e.v. (noot L.J.A. Damen, klachtbrief in het Engels).

¹⁶ ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2244.

speelt het beginsel een rol doordat de inspecteur weigerde de identiteit van de tipgever en de afspraken die waren gemaakt in de procedure bekend te maken. In de literatuur wordt deze houding bekritiseerd, omdat daarmee de rechter in zijn waarheidsvinding wordt belemmerd. Ook wordt de betrokkene mogelijk geschaad in zijn procesbelang, doordat hij niet kan achterhalen of de informatie rechtmatig is verkregen en ook niet in hoeverre deze informatie betrouwbaar is.¹⁷ Hier ligt een verband met het leerstuk van onrechtmatig verkregen bewijs: de justitiabele mag niet benadeeld worden als gevolg van onbetrouwbaar bewijs. Uiteindelijk heeft het Hof Den Bosch geoordeeld dat het bewijs moest worden uitgesloten, omdat de inspecteur niet transparant is geweest over zijn afwegingen over het gebruik van dit door de tipgever onrechtmatig verkregen materiaal. Hier ligt ook de link met het fair-playbeginsel, omdat door gebrek aan transparantie de justitiabele zich ook niet adequaat kon verweren.¹⁸

Een gemeente verzocht de aanvrager van een omgevingsvergunning het al lopende traject te stoppen en een nieuwe aanvraag te doen voor het gehele te bouwen project. Door dat niet te doen was hij aanzienlijk duurder uit qua leges voor de tweede fase. De rechtbank oordeelde dat de gemeente hem had moeten voorlichten over de leges, zodat hij een geïnformeerde keuze voor het nieuwe traject had kunnen maken. Daarmee handelde de gemeente in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel, in het bijzonder het beginsel van fair play, aldus de rechtbank.¹⁹

3. Benadeling door de procedurele aanpak van een overheidsinstantie

In deze categorie vallen zaken waarin de aanpak van de overheid onbedoeld nadelige gevolgen heeft voor de burger. Het gaat dan om een ongelukkige aanpak, om slordigheden of een ongelukkige samenloop van omstandigheden. In deze gevallen wordt het fair-playbeginsel wel aangehaald, maar het besluit vaak vernietigd wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel. Hierna volgen slechts enkele voorbeelden uit de rechtspraak.²⁰

De afwijzing van de aanvraag om een werkleeraanbod (WLA) en een uitkering op grond van de Wet Investeren in Jongeren (WIJ) was in strijd met het fair-playbeginsel. De afwijzing was erop gebaseerd dat de aanvrager niet was komen opdagen op twee afspraken, terwijl de uitkeringsambtenaar uit een hoorzitting wist dat er problemen waren met de postontvangst, en zij ook wist

¹⁷ Zie hierover C.M. Dijkstra, 'De betaalde tipgever: een fiscaal Fremdkörper', *WFR* 2016/151.

¹⁸ De uitgangspunten in abstracto voor tipgeverzaken zijn neergelegd in de Resolutie van de Staatssecretaris van Financiën van 24 oktober 1985, nr. 585-24843.

¹⁹ Rb. Haarlem 17 augustus 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BU6938. Zie ook ABRvS 31 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4040 over niet clusteren van samenhangende ruimtelijke procedures.

²⁰ Andere voorbeelden zijn: Rb. Den Haag 12 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1434, *TAR* 2015, 53; Rb. Den Haag 8 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10581.

dat zij hem die dag een uitnodiging voor een gesprek had gestuurd. Door dit niet te melden tijdens die hoorzitting en de aanvrager vervolgens af te rekenen op het missen van de afspraak, werd het beginsel geschonden.²¹

De subsidie voor het instandhouden van kudde van Kempische heideschape werd verleend onder de opschortende voorwaarde dat de Commissie de subsidieregeling niet zou aanmerken als staatssteun. Vervolgens werd de subsidie verlaagd, naar zeggen van de minister om niet met de staatssteunregels in botsing te komen. Ter zitting bij het CBB bleek echter dat de minister de regeling nooit had aangemeld bij de Commissie en zich daar gedurende de procedure schimmig over had uitgelaten. Bij navraag door het CBB bij de Commissie kwam deze nalatigheid uit, en ook dat de Commissie twijfel had over de verenigbaarheid van de regeling met het staatssteunregime. Omdat de minister geen open kaart had gespeeld, vernietigde het CBB de verlaagde subsidiebeschikkingen wegens strijd met het fair-playbeginsel.²²

De minister legde vier afzonderlijke Wav-boetes op vanwege gedurende twee maanden begane overtredingen (werken zonder tewerkstellingsvergunning). Het ging steeds om sloopwerkzaamheden aan de panden van de overtreder, verricht door dezelfde vreemdelingen. De overtreder had echter een sloopbedrijf ingehuurd. Pas na het constateren van alle overtredingen werd de overtreder geïnformeerd, waardoor zij tussentijds de overtredingen niet had kunnen beëindigen en kunnen voorkomen dat meer boetes werden opgelegd. In beroep was aangevoerd dat dit in strijd met het fair-playbeginsel was, maar de rechtbank vernietigt wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel.²³

In de inleiding werd al gerefereerd aan het geval van de Wav-boete. Deze werd opgelegd aan twee natuurlijke personen, die volgens de minister samen een doelvermogen vormden en daarom gelijkgesteld konden worden aan een rechtspersoon (artikel 5:1 lid 3 Awb jo. artikel 51 lid 3 WvSr). Na bezwaar werd de boete ingetrokken en vervangen door twee (in totaal hogere) boetes, per persoon één. In hoger beroep oordeelde de Afdeling het abusievelijk aanmerken van deze twee personen als doelvermogen en het intrekken van het besluit om vervolgens twee afzonderlijke boetes op te leggen als strijdig met het fair-playbeginsel. De minister had dit kunnen voorkomen door al meteen deugdelijk te onderzoeken of daadwerkelijk sprake was van een doelvermogen. Door dat onderzoek pas na het bezwaar te doen werden deze personen met een nieuwe procedure tot boeteoplegging belast. De Afdeling matigde de boete daarom

²¹ Rb. Roermond 21 maart 2012, ECLI:NL:RBROE:2012:BW0436.

²² CBB 29 december 2017, ECLI:NL:CBB:2017:412. Zie ook: Rb. Den Haag 24 juli 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ3776 (niet melden start inbreukprocedure wegens te hoge leges). De ABRvS heeft later uitgesproken dat de hoogte van de leges doorzichtig en billijk is. Zie uitspraak van 29 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN0203.

²³ Rb. Amsterdam 25 maart 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BH8927. Zie voor een vergelijkbare casus ABRvS 17 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG7202; ABRvS 10 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL7033.

met 50%. Hier zien we dat het fair-playbeginsel dient als een correctie in een geval waarin het ne-bis-in-idembeginsel geen oplossing biedt. Er is immers niet tweemaal beboet voor hetzelfde feit, omdat de eerste boete is ingetrokken. Er zijn wel twee procedures gevoerd; in het strafrecht brengt het beginsel ne-bis-vexari mee, dat iemand niet tweemaal mag worden vervolgd voor hetzelfde feit (met als gevolg dubbele bestraffing). Dit beginsel kennen we in het boeterecht niet, maar de toepassing van het fair-playbeginsel werkt in ieder geval mitigerend op het gevolg van de dubbele procedure.²⁴

4. Procedurele trucs

Burgers beschuldigen overheidsinstanties er wel eens van bewust procedurele complicaties op te werpen om te voorkomen dat zij een bepaald recht kunnen verwerven. Het in de inleiding besproken arrest Hilversumse kleuterschool is daar een sprekend voorbeeld van. Toch zijn er in de rechtspraak, anders dan van de vorige categorie, (gelukkig) niet veel voorbeelden van te vinden.

Een recent voorbeeld deed zich voor bij een aanvraag omgevingsvergunning eerste fase (afwijking bestemmingsplan) voor de uitbreiding van een varkensstal in Lage Mierde. Het college had de beslissing op de aanvraag al op de lange baan geschoven en kreeg dwangsommen wegens niet tijdig beslissen door de rechtbank opgelegd. Uiteindelijk werd de vergunning geweigerd op één enkele grond (strijd met de stalderingsregeling Verordening ruimte Noord-Brabant). Ter zitting gaf het college echter aan dat het zich het recht voorbehield om de beschikking eerste fase ook op andere gronden te weigeren. De rechtbank achtte deze tactiek in strijd met het fair-playbeginsel. Het college had in een keer alle weigeringsgronden moeten opnemen in het besluit.²⁵

Het frustreren van de mogelijkheid om met een woonboot een ligplaats in te nemen, achtte de rechtbank ook in strijd met fair play. Hier speelde een rol dat ten tijde van de aanvraag om een ligplaatsvergunning er géén verbod gold, omdat het college nog geen plaatsen had aangewezen waar een verbod gold. Toch wees het college de aanvraag af. Op verzoek van het college werd de bezwaarprocedure stilgelegd, omdat er beleidsontwikkelingen op dit terrein gaande waren. Het resultaat was dat het aanwijzingsbesluit er kwam en de afwijzing van de aanvraag in bezwaar kon worden gehandhaafd. De rechtbank zag op drie punten strijd met fair play: het onbevoegd nemen van het besluit en de onjuiste voorlichting; het niet tijdig nemen van een beslissing op bezwaar; én het in de tussengelegen tijd wijzigen van de toepasselijke regelgeving, in de wetenschap dat de aanvrager een ligplaats wilde én mocht innemen.²⁶ In lijn

²⁴ ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2796.

²⁵ Rb. Oost-Brabant 16 januari 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:297.

²⁶ Rb. Roermond 23 april 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BM2835, onder verwijzing naar ABRvS 30 maart 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AH6812, AB 1999, 310 en ABRvS 2 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009: BK5064.

hiermee achtte de rechtbank schending van het fair-playbeginsel mogelijk als het college, in de verwachting dat het bestemmingsplan ten nadele van betrokkenen zal worden gewijzigd, de beslissing om te gaan handhaven doelbewust en opzettelijk uitstelt tot na de inwerkingtreding van het bestemmingsplan. Dat was in de beoordeelde casus echter niet het geval.²⁷

Om het aanpassen van bestemmingsplannen binnen een periode van tien jaar te bevorderen, doet artikel 3.1 lid 4 Wro de bevoegdheid tot invordering van leges in verband met het bestemmingsplan vervallen na tien jaar. De gemeente Edam-Volendam had desondanks leges in rekening gebracht en een betaalverzoek gedaan. Dit laatste had volgens de rechtbank niet gemogen zonder expliciet aan te geven dat de leges niet invorderbaar waren. Door informatie hierover achterwege te laten had de gemeente gehandeld in strijd met het beginsel van fair play.²⁸

5. Het informele verschoningsrecht

In het fiscale recht is het de Hoge Raad geweest die het fair-playbeginsel nieuw leven heeft ingeblazen. In 2005 oordeelde hij dat de fiscus geen inzage mag vragen in rapporten en andere geschriften van adviseurs die niet onder het verschoningsrecht vallen (zoals due diligence rapporten van accountants), voor zover zij ten doel hebben de fiscale positie van de belastingplichtige te belichten of hem daarover te adviseren. Voor een goed begrip van dit arrest is het van belang te weten, dat wanneer een belastingplichtige geen gehoor geeft aan een informatieverzoek omkering van de bewijslast volgt. De inspecteur legt een aanslag op gebaseerd op een schatting, en de belastingplichtige moet wanneer hij daar bezwaar tegen heeft, bewijzen dat de aanslag niet klopt. Volgens de Hoge Raad staat het fair-playbeginsel er echter aan in de weg dat de fiscus de adviezen die een belastingplichtige zelf heeft ingewonnen gebruikt om de eigen bewijspositie te versterken.²⁹ Op deze regel, het zogenoemde *informeel verschoningsrecht* voor belastingadviseurs en accountants, is nadien nog vele malen een beroep gedaan.³⁰ Daarbij wordt soms een verband gelegd tussen het verkrijgen met schending van fair play en de rechtmatigheid van verkrijging van de door de inspecteur gebruikte bewijs. Fair play en het ‘zozeer indruist’ criterium vormen dan twee kanten van dezelfde medaille, doordat de inspecteur gebruik maakt van stukken die hij niet had mogen opvragen.³¹ Deze gedachtelijn stuit

²⁷ Rb. Oost-Brabant 26 juni 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:3111.

²⁸ Rb. Noord-Holland 24 juli 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6106.

²⁹ HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6468.

³⁰ Voor meer over het verschoningsrecht zie: A.M.E. Nuyens en P.C. Melse, ‘Fair play in het fiscale strafrecht’, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2017/2.

³¹ Rb. Gelderland 16 juni 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3226. Zie ook de hiervoor besproken Tipgeverzaak en HR 27 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:473, *BNB* 2015, 81, m.nt. F.J.P.M. Haas (waarin het beroep op fair play en de onrechtmatige verkrijging van

m.i. af op de omstandigheid dat de inspecteur de rapporten verkrijgt op grond van zijn bevoegdheid om inlichtingen te vragen (artikel 47 Awr) en de belastingplichtige zelf opdracht heeft gegeven voor die rapporten. Het gedrag van de inspecteur, noch het gedrag van de belastingplichtige is dus onrechtmatig. Toch is duidelijk dat er iets wringt in de redenering dat een belastingplichtige het slachtoffer kan worden van adviezen die hijzelf heeft ingewonnen. Wettelijke verschoningsrechten en het legal privilege zijn gebaseerd op het uitgangspunt dat dit niet mag. Bij gebrek aan een rechtsregel terzake speelt het fair-playbeginsel hier een uitstekende rol om deze lacune te dichten.

6. Verdeling schaarse rechten

Bij de verdeling van schaarse rechten zien we in het bestuursrecht geen verwijzingen naar het fair-playbeginsel. Sinds de conclusie van AG Widdershoven bij de zaak *Hommerson Vlaardingen* wordt aangenomen dat de normering op dit gebied wordt beheerst door het formele gelijkheidsbeginsel en het Unierechtelijke transparantiebeginsel. Voor zover geen Unierecht aan de orde is, vloeit de transparantieverplichting volgens Widdershoven ook voort uit het formele gelijkheidsbeginsel.³² In de kern gaat het erom dat bij de verdeling van schaarse rechten potentiële gegadigden op basis van gelijke kansen kunnen meedingen. Dit betekent op de eerste plaats dat de verdeelprocedure wordt geopend, dat wordt gezorgd voor een ‘passende mate van openbaarheid’ over de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Het betekent ook dat lopende de procedure de criteria voor deelname, verdeling of gunning niet mogen worden gewijzigd.³³ Timmermans merkt in zijn noot onder de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in deze zaak op dat het gebod van fair play raakvlakken heeft met de eis van passende openbaarheid. Onder verwijzing naar de literatuur stelt hij dat dit gebod meebrengt dat een bestuursorgaan de burger geen mogelijkheden mag onthouden om voor zijn belang op te komen en dat bestuursorganen open en eerlijk optreden en betrokkenen adequaat informeren.³⁴

Dit is interessant omdat op een specifiek terrein van verdeling van schaarse rechten, te weten het aanbestedingsrecht, het fair-playbeginsel mede ten grondslag wordt gelegd aan bepaalde, niet wettelijk geregelde procedurele eisen. Voor onderhandse aanbestedingsprocedures met meer gegadigden (die niet

het bewijs niet slaagde, omdat betrokkene zelf het materiaal aan de inspecteur had toegezonden).

³² Conclusie d.d. 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421. Zie ook het overzicht van de literatuur in par. 5 van de conclusie.

³³ Zie voor de laatste stand van zaken C.J. Wolswinkel, ‘Concurrerende verdelingsregimes? Schaarse vergunningen onder Unierecht en nationaal recht na *Vlaardingen en Appingedam*’, *SEW* 2018/110.

³⁴ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, *JB* 2017/1, m.nt. L.J.M. Timmermans.

vallen binnen de reikwijdte van de Aanbestedingswet) is inmiddels in de jurisprudentie geoordeeld dat aanbestedende diensten aan inschrijvers een effectieve mogelijkheid tot rechtsbescherming moeten bieden c.q. een redelijke *stand still* termijn in acht dienen te nemen voordat de opdracht definitief mag worden gegund. Doet de aanbestedende dienst dit niet, dan handelt zij in strijd met het fair-playbeginsel.³⁵ Ook het Hof van Justitie knoopt aan bij *fairness* in verschillende aanbestedingszaken.³⁶

Er zijn goede argumenten om bij de verdeling van schaarse rechten aan te knopen bij het fair-playbeginsel en niet bij het formele gelijkheidsbeginsel. Dit laatste beginsel dekt niet alle vereisten, bv. niet de kenbaarheid en helderheid van stukken, bepaalde publicatievereisten, het consequent hanteren van heldere selectiecriteria, en het tegengaan van willekeur. Hier moeten resp. het rechtszekerheidsbeginsel en het Unierechtelijke transparantiebeginsel te hulp komen. Het transparantiebeginsel is niet erkend als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur in Nederland.³⁷ Dit vormt de reden dat het formeel gelijkheidsbeginsel als basis wordt gebruikt. Dit beginsel is voor Nederland echter ook een nieuw beginsel in het kader van besluitvorming. Tot nu toe wordt het gelijkheidsbeginsel vooral gezien als een beginsel dat de materiële rechtspositie betreft en veel minder of niet als een beginsel dat de eerlijke procedure garandeert. Wel kennen we het aan het EVRM ontleende beginsel *equality of arms*, dat invulling geeft aan de eis van een eerlijk proces (*fair hearing*). Het fair-playbeginsel drukt echter precies uit wat moet gebeuren. *Fair play* vereist immers zoals we zagen, dat de overheid moet zorgen dat burgers hun procedurele kansen moeten kunnen benutten. Dit betekent dat zij open en eerlijk optreden en betrokkenen adequaat en tijdig informeren. Hiermee zijn de eisen van passende openbaarmaking gedekt. Daarnaast houdt het beginsel in dat burgers niet mogen worden benadeeld door een ongelukkige aanpak of procedurele trucs. Dit past bij het verbod om lopende de verdeelprocedure de procedurele regels voor deelname, verdeling of gunning, dan wel de gunningscriteria te veranderen.³⁸ Het past ook bij de eis dat na de gunningsbeslissing een *stand still* periode geldt, zodat partijen rechtsbescherming kunnen zoeken. Het voordeel

³⁵ Rb. Zeeland West-Brabant 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007, JAAN 2014/65, m.nt. M.G. Rauws (r.o. 4.5 en 4.9). De Commissie van Aanbestedingsexperts oordeelde zelfs dat het fair-playbeginsel ook van toepassing is bij particuliere aanbesteding. Zie uitspraak 9 oktober 2014, JAAN 2015/84, m.nt. M.W. Speksnijder.

³⁶ Zie bijv. de zaken HvJ EU 10 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:647 (Manova) en HvJ EU 29 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:191 (SAG ELV).

³⁷ R.J.G.M. Widdershoven, 'Een ervaring als staatsraad advocaat-generaal - op zoek naar een rechtsbeginsel', in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 87-102.

³⁸ A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten: een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 268, die het fair-playbeginsel desondanks afwijst als basis voor de verdeling van schaarse rechten.

van deze aanpak is dat we niet op zoek hoeven naar nieuwe beginselen en niet hoeven te onderbouwen waarom een uitgangspunt dat we willen hanteren geldt als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

7. Slot

Ondanks de beperktheid van deze survey kunnen we concluderen dat het fair-playbeginsel bezig is aan een come back. Net zoals de vergeten groenten weer in de supermarkt liggen, ligt het fair-playbeginsel weer in de gereedschapskist van de rechter. Daarbij wordt het toegepast in de betekenis die het volgens Wiarda al had, namelijk het laten zien van bestuursfatsoen, waarbij de overheid moet voldoen aan de eisen van openheid, eerlijkheid en royaliteit. Het beginsel vergt dat de burger wordt ondersteund of althans niet wordt tegengewerkt in zijn mogelijkheden om zijn procedurele kansen te benutten. Het vergt ook dat de overheid grootmoedig is als de burger ten gevolge van ongelukkig optreden van de kant van de overheid procedureel de dupe wordt én dat de overheid geen trucs uithaalt om de burger van zijn rechten af te houden.

Er zijn ook nieuwe toepassingen, en wel in gevallen waarin het geldende recht geen oplossing biedt voor gevallen waarin de burger procedureel in de verdrukking is gekomen. Het informele verschoningsrecht en het boeterecht zijn daarvan voorbeelden.

De Hoge Raad heeft op basis van dit beginsel het *informele verschoningsrecht* heeft geformuleerd. Dat is het recht van de belastingplichtige om geen inzage te hoeven geven in adviezen en rapporten van adviseurs die geen wettelijk verschoningsrecht hebben. Het leerstuk van onrechtmatig verkregen bewijs biedt hier geen oplossing, terwijl duidelijk is dat de fiscus de adviezen die een belastingplichtige zelf heeft ingewonnen niet zal mogen gebruiken om de eigen bewijspositie te versterken. Wettelijke verschoningsrechten en het legal privilege zijn gebaseerd op dit uitgangspunt.³⁹ Bij gebrek aan een rechtsregel speelt het beginsel van fair play hier een uitstekende rol om deze lacune te dichten.

Deze rol, van het dichten van een lacune, speelt het beginsel ook bij de dubbele boeteprocedure die werd besproken in paragraaf 3. Het werkt als een correctie in een geval waarin het ne-bis in-idembeginsel en het ne-bis-vexari-beginsel geen oplossing bieden. Dit laatste beginsel kennen we in het boeterecht niet, maar de toepassing van het fair-playbeginsel werkt mitigerend op het gevolg van de dubbele procedure.⁴⁰

Tot slot kunnen we constateren dat bij de verdeling van schaarse rechten het beginsel latent aanwezig is. Het Nederlandse recht biedt volgens kenners nog

³⁹ Ook in het mededingingsrecht wordt wel eens een beroep gedaan op dit informele verschoningsrecht, zoals door een ict-bedrijf dat bedrijven helpt documenten binnen hun databases op te sporen, die overtredingen van het mededingingsrecht kunnen aantonen. Zie Hof Den Haag 23 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA3041.

⁴⁰ ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2796.

te weinig basis om het transparantiebeginsel als algemeen beginsel van verdelingsrecht aan te nemen. Het waarborgen van procedurele kansen is nu vervat in het zogeheten formele gelijkheidsbeginsel. Dat beginsel is ook nieuw en schiet tekort om alle elementen van een eerlijke verdeelprocedure te omvatten. Het fair-playbeginsel kan zowel de eisen van passende openbaarmaking dekken, als de eis dat na de gunningsbeslissing een *stand still* periode geldt, en omvat het verbod om lopende de verdeelprocedure de procedurele regels voor deelname, verdeling of gunning, dan wel de gunningscriteria te veranderen.

Na in 25 jaar Awb onder de paraplu van artikel 3:2 verscholen te hebben gezeten, is het fair-playbeginsel terug als een rechtsnorm, die de basis kan bieden voor oplossingen bij het dichten van lastige lacunes in het procedurele recht.