

## STAATS- EN BESTUURSRECHT

## BESTUURS(PROCES)RECHT

AAK20229587

Bert Marseille

## Jurisprudentie

*Intrekking aanwijzingsbesluit Stints*

Op 20 september 2018 werd Nederland opgeschrikt door een zeer ernstig ongeluk met een Stint op een spoorwegovergang in Oss, waarbij vier kinderen om het leven kwamen. De Stint mocht als verkeerdeelnemer de weg op vanaf 14 november 2011, toen de minister van Infrastructuur en Waterstaat de aanvraag van Stintum Holding B.V. om de Stint aan te wijzen als een ‘bijzondere bromfiets zonder kentekenverplichting’ toewees. Het ongeluk was aanleiding voor de minister om de aanwijzing voor de Stint te schorsen (dat gebeurde op 1 oktober 2018) en vervolgens in te trekken (dat gebeurde op 5 februari 2019). Die besluiten leidden tot tal van procedures, die uitmondten in een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 22 december 2021 (ECLI:NL:RVS:2021:2899). Die uitspraak werd gewezen op het hoger beroep van de minister tegen de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland, waarin een deel van de beroepen die waren ingesteld tegen het intrekkingbesluit, gegrond waren verklaard. Gek genoeg is de uitspraak van de rechtbank niet op [rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl) gepubliceerd en valt in de uitspraak van de Afdeling eigenlijk niet te lezen waarom (onder meer) Stintum Holding B.V. en de Brancheorganisatie kinderopvang zich tegen het intrekkingbesluit van de minister keerden, maar uit de overwegingen van de Afdeling blijkt dat een belangrijke grief was dat het intrekkingbesluit geen beslissing bevatte over de schade als gevolg van het feit dat in 2011 toestemming was gegeven om de Stint aan het verkeer te laten deelnemen.

Kern van de uitspraak van de Afdeling is het oordeel dat de minister in 2011 nooit had mogen beslissen dat de Stint de weg op mocht. De reden: de technische keuring van de Stint die ten grondslag lag aan dat besluit was volstrekt onder de maat. Dat betekent niet alleen dat het aanwijzingsbesluit uit 2011 begin 2019 terecht is ingetrokken, maar ook dat het intrekkingbesluit ten onrechte geen beslissing bevat over de schade van de fabrikant en de gebruikers.

In overweging 22 van de uitspraak is te lezen waarom de minister in het bestreden besluit niets over schadevergoeding heeft beslist en waarom de Afdeling vindt dat dat wel had moeten. De minister stelt dat in dit geval het meest voor de hand lag om de beslissing over de aanspraak op schadevergoeding door te schuiven naar een aparte procedure en dat zij ook de vrijheid had dat te doen. De minister wijst ter onderbouwing van haar standpunt naar

een uitspraak van de Afdeling van 21 februari 2007 (ECLI:NL:RVS:2007:AZ9047). Daaruit zou blijken dat als in een besluit de belangen van individuele benadeelden het afleggen tegen een algemeen belang (hier: het belang van de verkeersveiligheid), het betreffende bestuursorgaan voor de compensatie van de nadelige gevolgen in beginsel mag verwijzen naar een nadeelcompensatieregeling (hier: de Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Waterstaat 2019). De bewoordingen waarin de Afdeling duidelijk maakt dat zij anders oordeelt, zijn te mooi om niet *in extenso* te citeren:

‘Aan de voorwaarden die gelden voor het doorschuiven van het schadeaspect naar een separate regeling is in dit geval niet voldaan. De minister heeft het intrekkingbesluit genomen omdat [...] met de Stint de veiligheid op de weg niet voldoende is verzekerd en weggebruikers en passagiers onvoldoende worden beschermd. Met dit op zichzelf rechtmatige besluit wordt teruggekomen op het aanwijzingsbesluit. Daarbij is van belang dat is komen vast te staan dat het aanwijzingsbesluit onrechtmatig was. De rechtbank heeft in dat kader terecht overwogen dat het aanwijzingsbesluit, zowel naar de huidige inzichten als naar de inzichten zoals die ten tijde van de aanwijzing bestonden, niet genomen had mogen worden, onder meer omdat de technische keuring van het (type) voertuig in 2011 volstrekt onder de maat is geweest. Dat bij de aanwijzing fouten zijn gemaakt, is door de minister ook erkend [...]. In een dergelijk geval, waarin de intrekking een rectificatie betreft van eerder door de minister gemaakte fouten, mag de als gevolg hiervan geleden schade door de gebruikers van de Stint [...] niet voor hun rekening worden gelaten. Zij mochten er [...] immers op vertrouwen dat zij [...] veilig aan het verkeer konden deelnemen. [...] Met een verwijzing naar de nadeelcompensatieregeling staat onvoldoende vast dat de gebruikers van de Stint [...] hun schade op adequate wijze vergoed krijgen. Op basis van deze regeling wordt immers onevenredig nadeel vergoed, terwijl de genoemde gebruikers schade hebben geleden ten gevolge van onrechtmatige besluitvorming. In zo'n geval is het doorverwijzen van het schadeaspect naar een separate procedure, zonder dat de belanghebbenden de garantie hebben dat hun schade (deels) vergoed zal worden, niet aangewezen.’

De consequentie daarvan is dat het intrekkingbesluit wordt vernietigd en dat de minister een nieuw intrekkingbesluit moet nemen, waarin wel een beslissing over de schade is opgenomen.

Van belang bij dit alles is dat onder de term ‘Stint’ twee verschillende voertuigen vallen, die op essentiële onderdelen van elkaar afwijken. Allereerst is er de ‘lichte’ Stint, met een elektromotor van 800 watt. Het aanwijzingsbesluit van 2011 en het intrekkingbesluit van 2019 gaan over die Stint en dat geldt ook voor de overwegingen over de schadevergoeding die hiervoor zijn geciteerd. Er is echter ook een zwaardere Stint, met een elektromotor van 1200 watt. Voor deze Stint is nooit toestemming gegeven om aan het wegverkeer deel te nemen. Het aanwijzingsbesluit heeft geen betrekking op dit voertuig en het intrekkingbesluit evenmin. Gebruikers van die Stint zijn dus ook geen belanghebbende bij het intrekkingbesluit en kunnen daar ook niet tegen in beroep bij de bestuursrechter.

De Afdeling neemt de procedure over het intrekkingbesluit over de lichte Stint te baat om de minister op te roepen in gesprek te gaan met de gebruikers van de zwaardere Stint over de schade die zij hebben geleden. De reden is dat het voor de gebruikers van de zwaardere Stint

niet duidelijk was dat die helemaal niet de weg op had gemogen. Ook hun schade is, in ieder geval deels, aan het handelen van de minister toe te rekenen. De Afdeling ziet geen mogelijkheid om in het kader van deze procedure de minister te veroordelen tot het betalen van schadevergoeding voor deze groep gebruikers. Ten overvloede overweegt ze wel

‘dat het vanuit maatschappelijk oogpunt niet gewenst is dat gebruikers van verschillende typen Stints verschillende procedurele wegen moeten bewandelen om hun schade vergoed te krijgen. Zij roept de minister daarom op ook met deze groep gebruikers [die van de zwaardere Stints] in overleg te treden en tot een zo integraal mogelijke regeling te komen.’

### ‘Fraudelijst’ inkomstenbelasting

Op 10 december 2021 ([ECLI:NL:HR:2021:1748](#)) deed de Hoge Raad uitspraak in een zaak waarin de conclusie van advocaat-generaal Niessen van 17 juni 2021 ([ECLI:NL:PHR:2021:617](#)) het nieuws had gehaald. De reden was dat de Belastingdienst bij de selectie van aangiften inkomstenbelasting ten behoeve van nader onderzoek, een aantal jaren onder meer als criteria ‘dubbele nationaliteit’ en ‘nationaliteit als zodanig’ had gehanteerd. Selectie kan ertoe leiden dat een aanslag wordt verhoogd, terwijl bij een niet-geselecteerde aangifte de aanslag conform de aangifte plaatsvindt. De vraag was wat de consequentie zou moeten zijn van deze wijze van selectie van aanslagen voor controle. Advocaat-generaal Niessen stelt dat de registraties persoonsgegevens zijn in de zin van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) en dat alle vormen van verwerking van die gegevens in strijd zijn met het recht op privacy, tenzij sprake is van een uitzondering op grond van een specifieke wettelijke regeling. De Algemene wet inzake rijksbelastingen kent niet zo’n regeling. Deze selectie was derhalve onrechtmatig en de gegevens die waren verkregen uit onderzoek op grond van de selectie, hadden niet mogen worden gebruikt bij het vaststellen van de aanslag, met uitzondering van gevallen van zeer ernstige belastingfraude.

De Hoge Raad is in zijn oordeel een stuk terughoudender dan de advocaat-generaal in diens conclusie (waarbij zij vermeldt dat de Hoge Raad zijn oordeel in een overweging ten overvloede geeft, nu de klacht niet bij het hof naar voren was gebracht, wat weer het gevolg was van het feit dat de handelwijze van de Belastingdienst nog niet bekend was toen de procedure daar liep). De Hoge Raad overweegt dat het niet onrechtmatig is dat de inspecteur onderzoek doet naar aangiften van eerdere jaren, als een belastingplichtige in zijn aangifte een aftrekpost opvoert en bij de aanslagregeling wordt geconstateerd dat hij geen recht heeft op die aftrek. De Hoge Raad vervolgt:

‘Dat kan anders zijn indien de controle van de aangifte voortvloeit uit een risicoselectie [...] op basis van een criterium dat jegens de belastingplichtige leidt tot een schending van een grondrecht zoals een schending van het verbod op discriminatie naar afkomst, geaardheid of geloofsovertuiging. Indien de rechter tot de bevinding komt dat zo’n uitzonderlijke situatie aan de orde is, is het niet uitgesloten dat hij daaraan de slotsom verbindt dat de controle van de aangifte van

de belastingplichtige heeft plaatsgevonden op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik van hetgeen bij die controle aan het licht is gekomen onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. In dat uitzonderlijke geval komt aan de inspecteur niet de bevoegdheid toe om de aangifte van de belastingplichtige te corrigeren naar aanleiding van die bij de controle aan het licht gekomen punten.’

Van zo’n zeer uitzonderlijke situatie is volgens de Hoge Raad geen sprake als de Belastingdienst in strijd met de AVG handelt. Als door verwerking van persoonsgegevens in strijd met AVG de persoonlijke levenssfeer is geschaad, kan dat niet leiden tot een verlaging van een aanslag.

### Literatuur

#### *Preadviezen voor de Jonge VAR*

Het onderwerp van de Jonge VAR was in 2021 ‘Publieke taken en privaatrecht’. Daarover werden twee preadviezen geschreven. Joanne de Bruijn schreef een preadvies met als titel ‘Ombudsman en ontstatelijking’, Veerle van Waarde een preadvies met als titel ‘Revolverend overheids-geld in het privaatrecht’. De preadviezen verschijnen in de loop van 2022 in druk, maar zijn voor leden nu al te vinden op de website van de VAR ([verenigingbestuursrecht.nl](#)). In het eerste nummer van het *NTB* van 2022 verschenen besprekingen van de preadviezen, door respectievelijk Niels Jak (*NTB* 2022/2) en Jelle Roelfsema (*NTB* 2022/4), naschriften van Joanne de Bruijn en Veerle van Waarde (respectievelijk *NTB* 2022/3 en *NTB* 2022/5) en een verslag van de bijeenkomst van 17 december 2021, waar de preadviezen werden besproken, van de hand van Luuk den Hertog en Marc Wever (*NTB* 2022/6).

Het preadvies van De Bruijn gaat over de reikwijdte van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman. Haar stelling is dat die te beperkt is, omdat organisaties die wel een overheidstaak uitoefenen maar geen besluiten nemen in de zin van artikel 1:3 Awb, erbuiten vallen. De Bruijn noemt als voorbeeld de reclassering. Die organisatie speelt een sleutelrol bij de besluitvorming over strafoplegging en begeleiding van en nazorg voor personen die strafbare feiten hebben gepleegd. Dat de reclassering een overheidstaak uitvoert, is evident, maar toch valt haar handelen strikt genomen buiten de bevoegdheid van de Nationale ombudsman. Hoe gaat die daar in de praktijk mee om, zou de bevoegdheidslacune moeten worden verholpen en zo ja, hoe?

De oorzaak van het probleem is gelegen in de koppeling van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman aan het bestuursorgaanbegrip. Op grond van artikel 9:1 Awb is de ombudsman bevoegd ter zake van *gedragingen* van *bestuursorganen*. Die bevoegdheid dekt een groot deel van het overheidshandelen, maar niet geheel en al. Voor zover overheidshandelen plaatsvindt door krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen, zoals bijvoorbeeld gemeenten en het UWV, is er geen probleem. Alle gedragingen van die overheidsorganisaties kunnen worden toegerekend aan een bestuursorgaan, zoals de burgemeester

van een gemeente of de raad van bestuur van het UWV. Maar als het overheidshandelen plaatsvindt door privaatrechtelijke rechtspersonen of natuurlijke personen, kan zich wel een probleem voordoen. Die personen zijn alleen bestuursorgaan voor zover ze ‘openbaar gezag’ uitoefenen, wat in de praktijk gelijk staat aan de bevoegdheid besluiten te nemen in de zin van artikel 1:3 Awb. Een voorbeeld is de Stichting Nederlands Fonds voor Podiumkunsten, die subsidies toekent voor podiumkunsten.

Een vergelijking tussen het Fonds voor Podiumkunsten en de reclassering illustreert het probleem voor de Nationale ombudsman. Omdat het fonds bevoegd is besluiten te nemen is het bestuursorgaan, en is de ombudsman bevoegd klachten te behandelen over gedragingen van het fonds die verband houden met diens hoedanigheid als bestuursorgaan. Omdat de reclassering niet de bevoegdheid heeft om besluiten te nemen en daarom geen bestuursorgaan is, is de ombudsman niet bevoegd te oordelen over gedragingen van die organisatie.

Dat de vraag of een persoon of organisatie die een overheidstaak uitoefent, bevoegd is besluiten te nemen, bepalend is voor de bevoegdheid van de Nationale ombudsman, is welbeschouwd absurd, juist omdat diens activiteit helemaal niet ziet op besluiten, maar op gedragingen. De conclusie: voor zover de overheidstaak wordt uitgevoerd door (organen) van rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld, werkt het systeem perfect, maar *niet* voor zover de overheidstaak wordt uitgevoerd door privaatrechtelijke rechtspersonen, want daar zorgt de koppeling van de bevoegdheid van de ombudsman aan het bestuursorgaanbegrip ervoor dat alleen als privaatrechtelijke rechtspersonen die (mede) een overheidstaak uitvoeren bevoegd zijn besluiten te nemen, de ombudsman mag oordelen over de gedragingen van die rechtspersonen bij de uitoefening van hun overheidstaak. Zijn ze niet bevoegd besluiten te nemen, dan staat de Nationale ombudsman buitenspel.

Uit het preadvies blijkt dat (a) het vroeger beter was, (b) de Nationale ombudsman zelf al lang pleit voor een verruiming van diens bevoegdheid, (c) de Nationale ombudsman zich in de praktijk niet altijd iets aantrekt van de formeel knellende bevoegdheidsbeperking, en (d) een wijziging van artikel 9:1 Awb de koninklijke weg zou zijn om tot een zinniger bevoegdheidsafbakening te komen.

Wat betreft (a): voordat de reikwijdte van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman werd gekoppeld aan het bestuursorgaanbegrip, was hij bevoegd te oordelen over gedragingen van private partijen die werkzaam zijn onder ministeriële verantwoordelijkheid, ongeacht of zij ‘openbaar gezag’ hadden (preadvies, p. 18). Ter toelichting op (b): De Bruijn laat prachtig zien dat de ombudsman in tal van jaarverslagen aan de orde stelt dat sprake is van een weeffout in de afbakening van zijn bevoegdheid. Tot een verruiming van diens bevoegdheid heeft dat nog niet geleid. Over (c): rapporten van de Nationale ombudsman gaan bij tijd en wijle over gedragingen van organisaties die wel een deel van de overheidstaak verrichten maar geen bestuursorgaan zijn. Een mooi voorbeeld van hoe

de ombudsman verantwoordt dat hij de klacht over zo’n organisatie toch in behandeling neemt, biedt de volgende zinsnede:

‘De Nationale ombudsman legt het begrip openbaar gezag in artikel 1:1 lid 1 onder b van de Awb [...] zodanig uit dat gedragingen van Stichting Reclassering Nederland in het kader van de uitoefening van haar wettelijke taak onder zijn bevoegdheid vallen’ (preadvies, p. 23).

De ombudsman zegt het niet met zo veel woorden, maar duidelijk is dat, omdat uit de omschrijving van die taak blijkt dat het een overheidstaak is, de Nationale ombudsman zich bevoegd acht. Ten slotte over (d): De Bruijn komt niet met een tekstvoorstel – dat hebben we wat mij betreft nog van haar tegoed.

Het preadvies van Van Waarde gaat, zoals al uit de titel blijkt, over revolverende fondsen. Via dat soort fondsen stelt de overheid geld beschikbaar, ter financiering, in de vorm van leningen, garanties en deelnemingen, van maatschappelijk relevante projecten van ondernemingen of burgers (preadvies, p. 4). Uit de jurisprudentie van de bestuursrechter blijkt dat deze fondsen geen bestuursorganen zijn. Dat heeft onder meer als consequentie dat tegen beslissingen van die fondsen geen rechtsbescherming bij de bestuursrechter openstaat en dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet van toepassing zijn op het handelen van revolverende fondsen. In de literatuur is er bij herhaling voor gepleit dat dit soort activiteiten in een publiekrechtelijk kader zou moeten plaatsvinden, maar Van Waarde – heel origineel – kiest voor een net iets andere invalshoek. Zij behandelt in haar preadvies de vraag hoe het zit met de normen die in het privaatrecht gelden voor het handelen van de revolverende fondsen. Zijn die vergelijkbaar met de eisen van de rechtsstaat?

Het antwoord van Van Waarde op die vraag is kort maar goed: deels. Ze kijkt naar vijf rechtsstatelijke eisen, te weten die van legaliteit, wetmatigheid van bestuur, machtsverdeling, grondrechten en rechterlijke controle. Over de eisen van *legaliteit* en *wetmatigheid van bestuur* stelt ze dat, ook al hoeft het verstrekken van financiering door revolverende fondsen niet te worden gebaseerd op een wettelijke grondslag, het handelen wel wordt genormeerd door de statuten en reglementen van het fonds, die ook openbaar gemaakt moeten worden. Echter, als een onderneming vindt dat het fonds niet handelt volgens haar statuten en reglementen, kan die onderneming daarop niet rechtstreeks een beroep doen. Dat beperkt de mogelijkheid van ondernemingen die worden geconfronteerd met een negatief financieringsbesluit van een fonds om daar met succes tegen op te komen. Met de eis van *machtsverdeling* zit het wel goed. De bevoegdheden tot het verstrekken van financiering kunnen over meerdere organen van een revolverend fonds in de vorm van een nv of bv worden verdeeld. Ook als een fonds een stichting is (die in theorie toekan met één orgaan), blijkt in de praktijk dat de beslissingsmacht over meerdere organen van die stichting is verdeeld. Over de *grondrechten*, met name het gelijkheidsbeginsel, zegt Van Waarde dat er goede argumenten zijn om te stellen dat die door revolverende fondsen in acht moeten

worden genomen, maar dat er in de praktijk wel hinderen kunnen zijn om dat zo nodig bij de civiele rechter af te dwingen. Dat hangt samen met de laatste eis, die van *rechterlijke controle*. Een eerste probleem daarbij betreft de klachtregelingen van de revolverende fondsen. Dat die er zijn, is op zich uiteraard positief, maar ze bevatten soms bepalingen die de toegang tot de procedure bij de civiele rechter belemmeren of beletten. Dat kan een onderneming die het niet eens is met de uitkomst van een klachtprocedure tegen een financieringsbeslissing van een fonds en door wil naar de rechter, voor verrassingen plaatsen. Ook los daarvan is het de vraag hoe groot de kans is op succes bij de civiele rechter. Van Waarde schrijft daarover:

'Bij een negatief financieringsbesluit van een revolverend fonds zullen de onderhandelingen tussen het fonds en een onderneming stuk lopen in de precontractuele fase, waarbij een geslaagd beroep op het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen in de praktijk knap lastig blijkt te zijn' (preadvies, p. 50).

De bevindingen van haar onderzoek zijn voor Van Waarde aanleiding voor een aantal suggesties over de wijze waarop – zonder inschakeling van de wetgever of bestuursrechter – binnen de privaatrechtelijke context toch meer recht kan worden gedaan aan de eisen van de rechtsstaat. Haar suggesties richten zich op de volksvertegenwoordiging, de civiele rechter en het revolverende fonds zelf.

#### *Reflectierapporten rechtbanken en Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State*

##### *Het reflectierapport van de rechtbanken*

Begin oktober 2021 publiceerde de 'Werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken' het rapport *Recht vinden bij de rechtbank. Lessen uit de toeslagenaffaire* (te raadplegen op [rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl); zie voor een samenvattende beschouwing van de auteurs zelf: A. Bazuin e.a., 'Recht vinden bij de rechtbank', *NJB* 2021/2723, voor een beschouwing over het rapport: Y.E. Schuurmans, 'Procesrechtelijke lessen uit de Toeslagenaffaire', *NJB* 2021/2724). (Voor de transparantie: over het rapport van de rechtbanken schreef ik in oktober 2021 een blog voor *Nederland Rechtsstaat* onder de titel '[Raad van State wordt de wacht aangezegd: bestuursrechters blikken terug en vooruit na toeslagenaffaire](#)', waaruit ik ten behoeve van deze tekst heb geput.) Het rapport bevat een reconstructie van toeslagenjurisprudentie van de rechtbanken en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Daarnaast wordt de blik op de toekomst gericht: hoe moeten de bestuursrechters van de rechtbanken verder?

In het kader van haar reconstructie stelt het rapport dat de kern van het probleem in de opstelling van de Afdeling in kinderopvangtoeslagzaken niet lag in de beoordeling van de terugvorderingsbeslissing van de Belastingdienst/Toeslagen, maar in de beoordeling van de daaraan voorafgaande herzieningsbeslissing. Tot 2019 was de lijn van de jurisprudentie van de Afdeling dat de Belastingdienst bij geen van beide beleidsvrijheid had. Slaagde iemand die kinderopvangtoeslagen had ontvangen er niet in de

verschuldigde eigen bijdrage in zijn geheel te verantwoorden, dan bestond op grond van de Wet op de kinderopvang (Wko) – aldus de Afdeling – geen aanspraak op enige toeslag (de zogeheten 'alles-of-niets'-benadering) en was de Belastingdienst verplicht de toeslag op nihil te stellen en, op grond van artikel 26 Awir, de volledige toeslag terug te vorderen. De werkgroep vindt het, gezien de inhoud van de Wko Awir, niet verbazend dat de Afdeling tot oktober 2019 geen beleidsvrijheid in artikel 26 Awir las, maar wel dat de Afdeling consequent stelde dat de Belastingdienst geen beleidsvrijheid had bij de beslissing over het herzien van de toeslag.

Het rapport is een rijke bron van informatie over hoe rechtbanken toeslagenzaken hebben beoordeeld en hoe de Afdeling rechtbankuitspraken heeft getoetst. De meeste rechtbanken hebben zich snel gevoegd naar de harde lijn van de Afdelingsjurisprudentie. Rotterdam was een uitzondering. Die rechtbank vormde jurisprudentie waarmee zij de Belastingdienst probeerde te dwingen tot een minder strenge interpretatie van de Wko. Hoe die tot stand kwam, blijkt uit twee korte beschouwingen van rechters die daar nauw bij betrokken waren. Een van hen schrijft:

'Aan team 3 waren de kinderopvangtoeslagzaken toebedeeld hoewel het team, net zoals ik, geen of weinig ervaring had met dit type zaken. Binnen het team werd een clubje geformeerd dat zich met deze toeslagzaken zou gaan bezighouden. Ik maakte deel uit van dit clubje. We zijn in de materie gedoken. Die bleek een stuk lastiger en weerbarstiger dan ik had gedacht. Ingewikkelde regelgeving, gebrekkige toelichting in folders, een vergaande mate van automatisering en een Belastingdienst die pas kort voor of op zitting met een inhoudelijk standpunt kwam. Desondanks kregen we als clubje geleidelijk aan meer zicht op het rechtsgebied en wat er zoal speelde. Goedwillende ouders bleken de dupe te zijn van gastouderbureaus die hun zaakjes niet op orde hadden en kleine onvolkomenheden bleken reusachtige gevolgen te hebben. De 'alles-of-niets'-benadering van de Raad van State knelde steeds meer en voelde onrechtvaardig aan. We zijn toen op zoek gegaan naar (nieuwe) juridische argumenten en invalshoeken om de Belastingdienst en de Raad van State op andere gedachten te brengen.'

De in de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 juli 2013 ([ECLI:NL:RBROT:2013:5353](#)) vervatte oproep aan de Afdeling om niet langer haar goedkeuring te hechten aan de door de Belastingdienst gehanteerde 'alles-of-niets'-benadering had geen effect. Dezelfde Rotterdams rechter: 'In oktober 2014 viel de langverwachte uitspraak op de mat. Na lezing overheersten teleurstelling en ontgoocheling bij ons, want het leek alsof de Raad van State ons niet had gehoord.' Na oktober 2014 hebben de rechtbanken nauwelijks nog uitspraken gedaan waarin werd afgeweken van de vaste jurisprudentie van de Afdeling.

Waarom hebben de rechtbanken zich gevoegd naar de uiterst strenge toeslagenjurisprudentie van de Afdeling? Twee argumenten worden blijkens het rapport veelvuldig genoemd. Het eerste is dat het geen zin zou hebben een rechtzoekende blij te maken met een dode mus, in de vorm van een voor hem gunstige rechtbankuitspraak waarvan zeker is dat die vernietigd wordt als er hoger beroep tegen wordt ingesteld. Het tweede argument is dat de rechts-eenheid eist dat in gelijke gevallen dezelfde uitspraken worden gedaan.

Geen van beide argumenten vindt de werkgroep overtuigend. Het dode-mus-argument niet, omdat in de toeslagenzaken bleek dat de Belastingdienst veelvuldig geen hoger beroep instelde tegen rechtbankuitspraken waarin zij geen gelijk had gekregen en omdat uit gesprekken die de werkgroep met rechtzoekenden voerde, bleek dat het voor hun rechtsgevoel wel degelijk uitmaakte als de rechtbank hun beroep gegrond verklaarde, ook al werd die uitspraak later door de Afdeling vernietigd. Ook het rechtseenheidargument vindt de werkgroep niet overtuigend. De samenvatting aan het begin van het rapport is daar het meest duidelijk over. Als de belangen voor burgers groot zijn en een negatieve uitspraak een grote impact op hun leven zal hebben, zouden rechters van de rechtbanken meer gewicht moeten toekennen aan de rechtsbescherming van het individu dan aan het belang van de rechtseenheid, ook als dat zou betekenen dat de uitspraak van de rechter afwijkt van vaste jurisprudentie van de hoogste rechter.

#### *Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak*

Ook in het reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, dat half november verscheen onder de titel *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken*, wordt teruggekeken en vooruitgeblikt. Bijzonder aan de reflectie van de Afdeling is dat die een inventarisatie bevat van 25 terreinen waarvan betrokkenen bij procedures bij de Afdeling bestuursrechtspraak hebben gemeld dat sprake is van knellende regelgeving en strenge uitvoeringspraktijken. Een van de deelrapporten die in het kader van de reflectie is geschreven bevat daarvan een uitvoerige analyse, die een prachtig aangrijpingspunt biedt voor discussie over de wenselijkheid van versoepelingen in regelgeving en/of jurisprudentie. Overigens is opvallend dat 16 van de 25 terreinen het vreemdelingenrecht betreffen.

Terugblikkend constateert de Afdeling dat men te lang akkoord is gegaan met de ‘alles-of-niets’-benadering van de Belastingdienst/Toeslagen in zaken waarin ouders de ontvangen toeslagen deels konden verantwoorden. In het gedeelte van het rapport waarin wordt geanalyseerd waarom de Afdeling pas in oktober 2019 haar jurisprudentie wijzigde, worden daarvoor vijf redenen genoemd. Een *eerste* reden is het belang dat wordt gehecht aan vaste lijnen in de rechtspraak. In de discussies over de wenselijkheid van wijziging van de jurisprudentie had het belang van consistentie van rechtspraak lang de overhand. Een *tweede* reden is dat men de impact van de hoge terugvorderingen onderschatte. De Afdeling had – mede door het feit dat niet de bestuursrechter maar de civiele rechter over invordering gaat – geen zicht op de (dwang)invorderingen door de Belastingdienst/Toeslagen en de enorme impact daarvan op de bestaanszekerheid van ouders. Een *derde* reden is dat de Afdeling in de bij haar gevoerde procedures een onjuist beeld kreeg van hoe de terug- en invordering in de praktijk in z'n werk ging. Door uitlatingen van de Belastingdienst ter zitting kregen staatsraden de indruk dat die zich op dat punt soepel opstelde, terwijl dat in de praktijk heel vaak niet het geval was. Een *vierde*

reden is dat in relatief veel zaken (ongeveer 10% van de zaken over nihilstellingen) een schikking tussen partijen werd bereikt. Het rapport schrijft daarover: ‘Hoewel de schikkingen hebben bijgedragen aan een rechtvaardige oplossing van individuele geschillen, moet worden aangenomen dat die praktijk de Afdeling bestuursrechtspraak heeft afgehouden van een meer structurele oplossing.’ Een *vijfde* reden is dat signalen van buiten (zoals die van de rechtbank Rotterdam, de Nationale ombudsman en Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid) lange tijd werden genegeerd.

Voor de toekomst noemt het rapport drie zaken waar in het bijzonder aandacht aan zou moeten worden besteed. Het *eerste* punt betreft een kritischer opstelling met betrekking tot de juistheid en compleetheid van de informatie van de overheid. Met name in procedures waar de verhouding tussen partijen onevenwichtig is, moet de rechter zich actief opstellen, onder meer op het punt van onderzoek naar de relevante feiten. Het *tweede* punt gaat over tegenspraak. Dat betreft tal van zaken die van invloed zijn op de behandeling van de zaken, van het debat in raadkamer tot de inzet van de *amicus curiae*, van wijze waarop staatsraden en ondersteuning met elkaar samenwerken tot de inzet van advocaten-generaal, en van intensivering van de samenwerking met de rechtbanken tot de dialoog met de rechtswetenschap. Een *derde* punt betreft de ‘lijnen’ in de rechtspraak. De Afdeling neemt zich blijkens haar reflectierapport voor om minder snel dan in het verleden voor een vaste lijn in de rechtspraak te kiezen. Zo lang duidelijk zicht ontbreekt op alle relevante vragen die verband houden met een bepaalde categorie zaken, zou moeten worden gekozen voor een zogeheten ‘zaak-voor-zaak’-benadering. Bovendien moeten lijnen in de rechtspraak geen belemmering vormen voor een rechtvaardige uitkomst in het individuele geval (zie hierover: L. van den Berge, ‘Bestuursrecht na de toeslagenaffaire: hoe nu verder? Over het rechtskarakter van het bestuursrecht’, AA 2021, afl. 11, p. 987-995 (AA20210987)).

#### *Andere literatuur:*

- J.E. van den Brink & R. Ortlep, ‘Hoe leidt de kinderopvangtoeslagaffaire naar een maatschappelijk relevante en kritische rechtswetenschap?’, AA 2022, afl. 1, p. 58-63 (AA20220058);
- G.M. Kuipers, ‘Beschadigd vertrouwen herstellen. Handvatten voor de schadevergoedingspraktijk’, NJB 2021/3471;
- L.M. Nijenhuis, ‘Klimaatjurisprudentie in 4 Europese landen in 12 maanden tijd: wat leert een vergelijking met Urgenda?’, JBplus 2021, afl. 4;
- T. Nijmeijer & J. Wolswinkel, ‘De ordening van schaarse ruimte’, NTB 2021/310;
- R. Ortlep & M. van Zanten, ‘De Purmerend-zaak: de leer van de formele rechtskracht in ketenbesluitvorming’, JBplus 2021, afl. 4;
- M. Scheltema, ‘Herijking hersteloperatie toeslagouders’, NTB 2022/1. ◀