

AAN Ministerie van Financiën
t.a.v. mw. mr. M.S. B.
Postbus 20201
2500 EE Den Haag

VAN mr.dr. T.N. Sanders
mr. dr. S.A.L. van de Sande
Advocaten
TELEFOON +31 88 2535919
FAX +31 88 2535934

BEZOEKADRES Vlaszak 67
4811 GX BREDA
POSTADRES Postbus 4714
4803 ES BREDA
Nederland
INTERNET www.akd.nl

DATUM 5 februari 2021
ONDERWERP Advisering KOT - nietigheid besluitvorming
UW KENMERK n.n.b.
ONS KENMERK 1000301 ts/svds

Geachte mevrouw B

Het Ministerie van Financiën heeft AKD op 18 januari 2021 gevraagd om als onafhankelijk expert advies uit te brengen over een aantal rechtsvragen die zijn opgeworpen door het Tweede Kamerlid Omtzigt in het Algemeen Overleg van 15 december 2020.¹ Onder meer is ons gevraagd of het mogelijk is dat besluiten nietig zijn, of de besluiten van Belastingdienst/Toeslagen met betrekking tot het recht op kinderopvangtoeslag in sommige gevallen nietig (kunnen) zijn en welke praktische gevolgen de nietigheid van besluiten van Belastingdienst/Toeslagen zou (kunnen) hebben. In deze brief geven wij ons advies.

Inhoudsopgave

1. Samenvatting bevindingen AKD	p. 2
2. Onderzoeksvragen en onderzoeksopzet	p. 7
3. Uitgangspunten advisering	p. 9
4. De bevindingen van de landsadvocaat, de vaktechnisch coördinator en de AP	p. 12
5. Deelvraag 1: kan een besluit nietig zijn en zijn de besluiten dat in dit geval?	p. 14
6. Deelvraag 3 en 4: wat zijn de gevolgen van nietigheid in dit geval?	p. 25
7. Deelvraag 2: is het door B/T niet zelf intrekken van de besluiten onrechtmatig?	p. 29
8. Deelvraag 5: als het niet intrekken van de besluiten onrechtmatig is, volgt daaruit al een recht op compensatie?	p. 39
9. Deelvraag 6: zijn de getroffen herstelregelingen een adequaat instrument in geval van nietigheid?	p. 40
10. Hoofdvraag: werpen het conceptadvies van de landsadvocaat, het memo van de vaktechnisch coördinator en het rapport van de AP een ander licht op de herstelregelingen?	p. 43
11. Conclusies en afronding	p. 45

¹ Kamerstukken II 2020/2021, 31066, nr. 769, p. 34-37, p. 59-60 en p. 70.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 2 van 46

1. Samenvatting bevindingen AKD

- 1.1. Nietigheid naar Nederlands recht houdt in dat iets nooit heeft bestaan. Nietigheid van besluiten is hypothetisch mogelijk in het bestuursrecht. Het wordt echter zelden tot nooit toegepast in de rechtspraak. Dat komt omdat nietigheid niet goed past in het systeem van het bestuursrecht. In het bestuursrecht is nadrukkelijk gekozen voor de figuur van vernietiging van een besluit door de bestuursrechter (met terugwerkende kracht). Het voordeel daarvan is dat voor iedereen duidelijk is dat een besluit onrechtmatig is. Bij de figuur van nietigheid daarentegen, stelt niemand (noch het bestuur, noch de bestuursrechter) vast dat een besluit onrechtmatig/nietig is. Het is gewoon zo (of niet). Dat geeft veel onduidelijkheid voor zowel burger als overheid. Want welk besluit geldt dan? En welk besluit niet? Daarom wordt nietigheid slechts toegepast in zeer uitzonderlijke gevallen. Er wordt dan ook een (zeer) hoge drempel door bestuursrechters opgeworpen voor nietigheid. In de kern is nietigheid gereserveerd voor situaties waarin een bestuursorgaan evident nooit bevoegd was om een besluit te nemen. Zoals wanneer een niet bestaande bevoegdheid wordt uitgeoefend. Of als er een niet bestaande belasting wordt ingevorderd door een overheid.
- 1.2. In het geval van de besluitvorming van Belastingdienst/Toeslagen met betrekking tot de kinderopvangtoeslag wordt die drempel naar ons oordeel niet gehaald. Hoe onrechtmatig bepaalde besluitvorming naar huidige inzichten ook is, Belastingdienst/Toeslagen was op zich bevoegd om de besluiten te nemen en de (voorschotten) kinderopvangtoeslag te herzien en terug te vorderen. Dat veel besluiten van Belastingdienst/Toeslagen met de kennis van nu onrechtmatig en/of onbehoorlijk zijn, leidt niet tot de conclusie dat die besluiten nietig zijn (laat staan 'in algemene zin' nietig moeten worden geacht).
- 1.3. Terzijde wijzen wij erop dat als de besluiten van Belastingdienst/Toeslagen wel nietig zouden zijn, die nietigheid de afwikkeling van de hersteloperatie niet zou versnellen. Sterker nog, nietigheid zou allerlei nieuwe, complexere, problemen creëren. Zo zouden bijvoorbeeld alle betalingen over en weer moeten worden teruggedraaid, waarna opnieuw een besluit/besluiten zou(den) moeten worden genomen door Belastingdienst/Toeslagen op de oorspronkelijke aanvraag van de vraagouder. Nietigheid van besluiten zou het herstellen van het gedane onrecht naar ons oordeel niet versnellen, maar alleen vertragen.
- 1.4. Voor wat betreft uw hoofdvraag zijn wij van oordeel dat alleen het rapport van de Autoriteit Persoonsgegevens een ander licht werpt op de wijzigingen van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen die op 1 juli 2020 in werking zijn getreden. De conclusies in het conceptadvies van de landsadvocaat en het memo van de vaktechnisch coördinator werpen geen ander licht op de zaak. Zij bevatten geen andere inzichten dan al volgden uit de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 8 maart 2017 (inzake de 'zachte stop') en 23 oktober 2019 (inzake de noodzaak tot een belangenafweging). Met deze uitspraken was de commissie-Donner bekend en deze uitspraken zijn dan ook meegewogen bij de advisering over en de vaststelling van de herstelregelingen. De herstelregelingen in artikel 49 e.v. Awir voorzien echter niet in een vergoeding voor eventuele schade die direct of indirect is veroorzaakt door de verwerking van persoonsgegevens in strijd met de Wbp en AVG als is vastgesteld door de Autoriteit persoonsgegevens in haar voornoemde rapport.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 3 van 46

- 1.5. Hierna geven wij een samenvatting van onze bevindingen voor wat betreft de afzonderlijke deelvragen.

Deelvragen over nietigheid

"1. Leidt de informatie [uit het conceptadvies van de landsadvocaat, het memo van de vaktechnisch coördinator en het rapport van de AP] in algemene zin tot de conclusie dat bij besluiten die onder de hersteloperatie vallen, sprake is van besluiten die zodanig in strijd met geschreven en/of het ongeschreven recht zijn genomen dat deze van rechtswege als "nietig" moeten worden beschouwd?"

- 1.6. Wij beantwoorden deelvraag 1 ontkennend. In theorie kan een besluit nietig zijn. De informatie uit het conceptadvies van de landsadvocaat, het memo van de vaktechnisch coördinator en het rapport van de AP leidt echter niet tot de conclusie dat de besluiten van Belastingdienst/Toeslagen die onder de hersteloperatie vallen in algemene zin nietig zijn. Dit wordt niet anders als wij de adviezen van de commissie-Donner en het rapport van de Parlementaire Onderzoekingscommissie Kinderopvangtoeslag bij de beantwoording betrekken. In alle genoemde stukken worden procedurele en inhoudelijke gebreken in de besluitvorming van Belastingdienst/Toeslagen vastgesteld. Deze gebreken kunnen op zichzelf genomen leiden tot de vernietiging van een besluit door de bestuursrechter omdat dit besluit is voorbereid en/of genomen in strijd met het geschreven en/of ongeschreven recht. Deze gebreken brengen echter niet mee dat de genomen besluiten van meet af aan zo onrechtmatig waren dat zij nooit rechtsgevolg hebben gehad.

"3. Indien het antwoord op vraag 1 geheel of gedeeltelijk bevestigend luidt, wat zijn de gevolgen van een eventuele "nietigheid" van besluiten uit het verleden? Wat betekent nietigheid in het systeem van de toeslagenbesluitvorming? Als de hoogte van de toeslag nooit is vastgesteld omdat het besluit dat daartoe dient nietig is, is er dan ooit een definitieve aanspraak op de toeslag geweest?"

- 1.7. Als de genomen besluiten nietig zouden zijn – wat zij dus niet zijn (zie deelvraag 1) – zou hiervan het gevolg zijn dat die besluiten en hun rechtsgevolgen nooit hebben bestaan. De vraagouders zouden dan nooit een definitieve aanspraak op kinderopvangtoeslag hebben gehad. Dit zou betekenen dat de desbetreffende vraagouder tijdelijk recht heeft op de volledige uitbetaling van het oorspronkelijk toegekende voorschot. Tegelijkertijd zou Belastingdienst/Toeslagen (opnieuw) moeten beslissen op de aanvraag van de vraagouder om kinderopvangtoeslag. Nietigheid zou verder betekenen dat alle betalingen die over en weer zijn verricht buiten het kader van het oorspronkelijke voorschot onverschuldigd hebben plaatsgevonden en ongedaan moeten worden gemaakt. Nadat de Belastingdienst/Toeslagen het recht op kinderopvangtoeslag (opnieuw) heeft vastgesteld, ontstaan opnieuw betalingsverplichtingen.

- 1.8. Het aannemen van de nietigheid van de genomen besluiten draagt dan ook niet bij aan een snelle en eenduidige oplossing maar zou het herstel naar ons oordeel aanzienlijk compliceren en vertragen.

"4. Als het antwoord op het laatste onderdeel van vraag 3 nee is, wat betekent dat dan voor de terugvordering en de rechtmatigheid daarvan? Op welke wijze dient B/T deze nietigheid te

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 4 van 46

herstellen? Betekent dit dan dat de belanghebbenden uit dien hoofde al recht hebben op (financiële) ongedaanmaking van de toeslaggevolgen van deze besluiten en op schadevergoeding?"

- 1.9. Als de genomen besluiten (met uitzondering van de beschikking tot toekenning van een voorschot) nietig zouden zijn – wat zij dus niet zijn (zie deelvraag 1) – zou hiervan het gevolg zijn dat de genomen terugvorderingsbesluiten en hun rechtsgevolgen nooit hebben bestaan. Hiervan uitgaande zou de terugvordering – door middel van een aanmaning, dwangbevel en verdere executoriale maatregelen – een onrechtmatige daad zijn, omdat een niet bestaande schuld werd ingevorderd. In principe brengt het leerstuk van de onverschuldigde betaling dan mee dat terugbetaalde bedragen moeten worden geretourneerd aan de ouders. Dit kan tijdelijk zijn, omdat Belastingdienst/Toeslagen opnieuw zal moeten beslissen op de aanvraag en, afhankelijk van de beslissing op de aanvraag, opnieuw zal moeten beslissen over terugvordering. Als opnieuw een terugvorderingsbeschikking wordt genomen, moeten de ouders de retour ontvangende bedragen opnieuw overmaken aan Belastingdienst/Toeslagen.

Deelvragen over handhaven onrechtmatige besluitvorming

"2. Leidt de informatie uit [conceptadvies van de landsadvocaat, het memo van de vaktechnisch coördinator en het rapport van de AP] in algemene zin tot de conclusie dat het handhaven van de besluiten bedoeld onder vraag 1, ook als deze inmiddels onherroepelijk vaststaan, als een onrechtmatige overheidsdaad moet worden beschouwd?"

- 1.10. Het handhaven (het laten voortbestaan) van een besluit is op zich een feitelijke gedraging, meer in het bijzonder een nalaten. Een uitdrukkelijke beslissing van Belastingdienst/Toeslagen over de vraag of het besluit gehandhaafd moet worden, is echter een bestuursrechtelijk besluit. De Hoge Raad heeft als civiele rechter daarom geoordeeld dat in zo een geval de bestuursrechter zich moet buigen over de vraag of het handhaven van dat besluit al dan niet onrechtmatig is. De bestuursrechter hanteert de leer van de formele rechtskracht. Het leerstuk houdt in dat een bestuursrechtelijk besluit rechtens onaantastbaar wordt als er geen gewone rechtsmiddelen meer tegen open staan. Dit besluit wordt dan geacht 'formele rechtskracht' te hebben verkregen. Daaronder worden een tweetal gevolgen verstaan. Ten eerste is het besluit onaantastbaar. De *rechtsgeldigheid* daarvan staat daarmee vast ('het besluit mag worden uitgevoerd'). Ten tweede moet uitgegaan worden van de *rechtmatigheid* van dat besluit ('het besluit, zowel qua inhoud als qua wijze van totstandkoming, is rechtmatig'). Het leerstuk geldt voor alle appellabele besluiten. De mate van onrechtmatigheid van een besluit is naar de huidige stand van de rechtspraak irrelevant voor de werking van de formele rechtskracht. Of een besluit 'een beetje' onrechtmatig is of dat het besluit 'heel erg' onrechtmatig is, maakt dus geen verschil. In beide gevallen dekt de formele rechtskracht de (gevolgen van de) besluiten en moeten zij voor rechtmatig worden gehouden. Dit geldt ook voor de kinderopvangtoeslagbesluiten, zo blijkt ook uit de rechtspraak van de civiele rechter. Dit betekent dat het handhaven van de kinderopvangtoeslagbesluiten niet in algemene zin als een onrechtmatige overheidsdaad kan worden beschouwd. Dat kan onder omstandigheden anders worden als een vraagouder specifiek verzoekt om terug te komen op een besluit waaraan formele rechtskracht toekomt.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 5 van 46

"5. Als het antwoord op vraag 2 bevestigend luidt, betekent dit dan dat de belanghebbenden uit dien hoofde al recht hebben op (financiële) ongedaanmaking van de toeslaggevolgen van deze besluiten en op schadevergoeding?"

- 1.11. Nu wij hebben vastgesteld dat het handhaven van de onaantastbare kinderopvangtoeslagbesluiten op zichzelf niet onrechtmatig is, constateren wij dat deze vraag geen beantwoording behoeft.

Algemene vragen (incl. hoofdvraag)

"6. Als het antwoord op vraag 1 en/of vraag 2 bevestigend luidt, vormen de per 1 juli 2020 getroffen wettelijke herstelregelingen, die ook zijn gericht op ongedaanmaking en herstel van de gevolgen, in zijn geheel en per onderdeel gezien een juridische adequaat instrument om tegemoet te komen aan de nietigheid van de besluiten of de onrechtmatige overheidsdaad?"

- 1.12. Het antwoord op de deelvragen 1 en 2 luidt niet bevestigend, zodat deelvraag 6 strikt genomen geen beantwoording behoeft. Ten overvloede beantwoorden wij deze deelvraag wel gedeeltelijk. De herstelregelingen gaan ervan uit dat de besluiten van Belastingdienst/Toeslagen in stand blijven en niet worden herzien. Als deze besluiten evenwel nietig zouden zijn, dan bestaan deze besluiten en hun rechtsgevolgen niet. Enerzijds betekent dit dat de genomen beschikkingen geen onevenredig nadelige gevolgen kunnen hebben gehad (die beschikkingen hadden immers geen rechtsgevolg). Dit betekent dat sommige herstelregelingen niet langer van toepassing zijn. Anderzijds moet Belastingdienst/Toeslagen bij nietige besluitvorming opnieuw beslissen op de aanvragen en in voorkomend geval opnieuw kinderopvangtoeslag toekennen tot een hoger bedrag. Dit leidt ofwel tot dubbele compensatie, als de kinderopvangtoeslag bovenop de compensatie/tegemoetkoming komt, ofwel tot het achterwege blijven van compensatie, als de kinderopvangtoeslag in mindering strekt op de compensatie/tegemoetkoming. Hoe dan ook zouden de herstelregelingen dus aanpassing behoeven, als de besluiten nietig zouden zijn.

"Werpt de informatie uit [conceptadvies van de landsadvocaat, het memo van de vaktechnisch coördinator en het rapport van de AP] vanuit juridisch oogpunt een ander licht op de constateringen in de rapporten "Omzien in verwondering" van de Adviescommissie Uitvoering Toeslagen en de wijzigingen in de Awir die op 1 juli jl. van kracht zijn geworden?"

- 1.13. De conclusies in het conceptadvies van de landsadvocaat en het memo van de vaktechnisch coördinator werpen geen ander licht op de zaak. Zij bevatten geen andere inzichten dan al volgden uit de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 8 maart 2017 (inzake de 'zachte stop') en 23 oktober 2019 (inzake de noodzaak tot een belangenafweging). Met deze uitspraken was de commissie-Donner bekend en deze uitspraken zijn dan ook meegewogen bij de vaststelling van de herstelregelingen.
- 1.14. Het rapport van de Autoriteit Persoonsgegevens bevat inzichten die niet bekend waren bij de commissie-Donner. Deze inzichten zijn ook niet meegewogen bij de vaststelling van de herstelregelingen. Het rapport werpt naar ons oordeel dan ook een ander licht op de zaak. Hierin concludeert de Autoriteit Persoonsgegevens dat Belastingdienst/Toeslagen heeft gehandeld in strijd met de Wet bescherming

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 6 van 46

persoonsgegevens en de Algemene Verordening Gegevensbescherming door bepaalde persoonsgegevens (nationaliteit) van vraagouders te verwerken. Mogelijk is dat vraagouders hierdoor schade hebben geleden. Dergelijke schade kan zich op een aantal manieren manifesteren: direct als gevolg van de gegevensverwerking en/of indirect over de band van een besluit van Belastingdienst/Toeslagen dat is voorbereid met behulp van deze gegevensverwerking. Wij stellen vast dat de herstelregelingen op dit moment niet voorzien in een (forfaitaire) vergoeding voor de eventueel door vraagouders geleden schade die direct of indirect is veroorzaakt door de verwerking van persoonsgegevens in strijd met de Wet bescherming persoonsgegevens en/of de Algemene Verordening Gegevensbescherming. Los van de vermogensschade die door het besluit zelf is veroorzaakt, kan worden gedacht aan immateriële schade. Of hiervan daadwerkelijk sprake is en tot welk bedrag, lichten wij toe in paragraaf 10 van dit advies.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 7 van 46

2. Onderzoeksvragen en onderzoeksopzet

2.1. U heeft ons bij brief van 18 januari 2021 een hoofdonderzoeksvraag voorgelegd en een drietal documenten integraal (zonder weglakkingen) ter beschikking gesteld. De toegezonden documenten betreffen:

- Het conceptadvies van de landsadvocaat uit 2009 inzake terugvorderingen bij de zaak 'de Appelbloesem';
- Het memo 'Advies CAF dossier Hawai' uit 2017 van de vaktechnisch coördinator Toeslagen mw. Palmén (hierna: 'de vaktechnisch coördinator');
- Het rapport van de Autoriteit persoonsgegevens (hierna: 'de AP') inzake gebruik van nationaliteit door de Belastingdienst/Toeslagen;

2.2. De aan ons gestelde hoofdonderzoeksvraag luidt, samengevat, als volgt:

"Werpt de informatie [uit het conceptadvies van de landsadvocaat, het memo van de vaktechnisch coördinator en het rapport van de AP] vanuit juridisch oogpunt een ander licht op de constatering in de rapporten "Omzien in verwondering" van de Adviescommissie Uitvoering Toeslagen en de wijzigingen in de Awir die op 1 juli jl. van kracht is geworden?"

2.3. De achtergrond van deze vraagstelling is, zo begrijpen wij, dat in de Tweede Kamer de vraag leeft of de huidige opzet van de hersteloperatie (artikel 49 e.v. van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen, hierna: 'de Awir') anders vormgegeven had moeten worden. De Adviescommissie Uitvoering Toeslagen (hierna: 'de commissie-Donner') had bij haar advisering hierover immers niet de beschikking over het conceptadvies van de landsadvocaat uit 2009, het memo van de vaktechnisch coördinator uit 2017 en het rapport van de AP uit 2020. Deze documenten waren naar het oordeel van de Parlementaire Onderzoekingscommissie Kinderopvangtoeslag (hierna: de 'POK') van groot belang bij de beoordeling van de onbehoorlijkheid en onrechtmatigheid van het handelen van Belastingdienst/Toeslagen (hierna: 'B/T').

2.4. De vraag is of deze documenten – in samenhang met de inhoud van de rapporten van de commissie-Donner en de POK – moeten leiden tot de conclusie dat sprake is van een zodanige mate van onrechtmatigheid dat de besluitvorming van B/T ertoe strekkende kinderopvangtoeslag (hier: 'KOT') te herzien ten nadele van de vraagouders (en de daaropvolgende terugvordering) in de zaken die onder de herstelregelingen van art. 49 e.v. Awir (hierna: 'de herstelregelingen') vallen, moet worden geacht 'nietig' te zijn. Dit zou betekenen dat deze besluitvorming - achteraf gezien - moet worden geacht nooit te hebben bestaan. Het gevolg daarvan zou dan wellicht zijn, zo begrijpen wij de opmerkingen van Kamerlid Omtzigt hierover, dat de vraagouders recht zouden hebben op de oorspronkelijke aangevraagde en bevoorschotte KOT. Dat zou dan in theorie tot een snellere afhandeling van de zaken kunnen leiden, zo is de gedachte.

2.5. In het verlengde hiervan is ons de vraag gesteld of het onverkort vasthouden aan onherroepelijke besluitvorming, die weliswaar onaantastbaar is maar ook onrechtmatig, op zichzelf als een onrechtmatige overheidsdaad moet worden gezien. De gedachte achter deze vraag is dat de besluiten tot herziening en terugvordering zodanig onrechtmatig zouden kunnen zijn dat B/T (lees: de Staat der Nederlanden) reeds

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 8 van 46

daarom aansprakelijk is voor de gevolgen van die besluiten en uit dien hoofde direct tot uitkering van de schade kan overgaan. In dat geval, zo is de gedachte, hoeft dan niet nog een ander besluitvormingstraject omtrent de compensatie van nadeel althans schadevergoeding te worden doorlopen.

- 2.6. Afhankelijk van ons antwoord op deze twee deelvragen, heeft u nog een aantal aanvullende vragen gesteld over de juridische gevolgen van het aannemen van nietigheid of een onrechtmatige daad, alsmede de vraag of de herstelregelingen aanpassing behoeven gelet op de informatie uit het conceptadvies van de landsadvocaat, het memo van de vaktechnisch coördinator en het rapport van de AP.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 9 van 46

3. Uitgangspunten advisering

- 3.1. Er is al veel geschreven over de Kinderopvangtoeslag ('KOT'). Omwille van de efficiëntie en snelheid zullen wij bij onze advisering voortborduren op de volgende rapporten:
- Omzien in Verwondering: Interim-advies van de Adviescommissie uitvoering toeslagen d.d. 14 november 2019 (hierna: '**Omzien in Verwondering 1**');
 - Omzien in Verwondering 2: Eindadvies van de Adviescommissie uitvoering toeslagen d.d. 12 maart 2020 (hierna: '**Omzien in Verwondering 2**');
 - Ongekend Onrecht, Eindverslag Parlementaire Onderzoekingscommissie Kinderopvangtoeslag d.d. 17 december 2020 (hierna: '**Ongekend Onrecht**').
- 3.2. Voor wat betreft de feiten baseren wij ons op het in Omzien in Verwondering 1 weergegeven feitenrelaas (hoofdstuk 2) en de aanvullingen daarop in Omzien in Verwondering 2 (hoofdstuk 3). Nu in deze rapporten het wettelijke kader al uitvoerig is weergegeven (inclusief de werking van het toeslagenstelsel) zullen wij daar niet afzonderlijk bij stilstaan in dit onderzoeksrapport.
- 3.3. Hetzelfde geldt voor de inhoud, strekking en gevolgen van de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de '**Afdeling**') van vóór 23 oktober 2019. Daarbij baseren wij ons op de samenvatting in bijlage 2 van Ongekend Onrecht, mede gelet op het feit dat die samenvatting recent door de voorzitter van de Afdeling is onderschreven in zijn reactie daarop.²

Wij beantwoorden de vragen op basis van het voorbeeld van één (evident) onrechtmatig besluit

- 3.4. In het KOT-dossier is sprake van een groot aantal verschillende besluiten dat – in meer of mindere mate, op verschillende gronden – (on)rechtmatig is. In grote lijnen kan onderscheid worden gemaakt tussen:
- (i) de besluiten waarbij B/T institutioneel vooringenomen heeft gehandeld (hierna ook wel: de '**CAF-besluiten**');
 - (ii) de besluiten waarbij B/T heeft geweigerd om een betalingsregeling te treffen wegens de ontorechte kwalificatie 'Opzet/Grove schuld' (hierna ook wel: de '**O/GS-besluiten**') en
 - (iii) de (overige) besluiten waarbij de toepassing van het stelsel – naar de huidige inzichten – onevenredige gevolgen had (ook wel: de '**Hardheid van het stelsel-besluiten**').
- 3.5. Binnen deze drie categorieën is er ook nog eens sprake van een groot aantal verschillende soorten besluiten. Te denken valt onder meer aan voor de vraagouder positieve besluiten (zoals de toekenning van

² B.J. van Ettekooven, Tussen wet en recht, NJB 2020/101, afl. 2: "*Van het rapport maakt onderdeel uit een analyse van de rechtspraak van de AbRvS. Deze nagenoeg complete en neutrale analyse heeft vooral betrekking op de zogenoemde 'alles-of-niets'-lijn in de rechtspraak.*"

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 10 van 46

een voorschot, ook wel: 'bevoorschotting'), maar ook voor de vraagouder negatieve besluiten zoals de opschorting, stopzetting, beëindiging, herziening van het voorschot (tot nihil), de definitieve vaststelling van de KOT (op nihil), maar ook de terugvordering en/of de weigering van een betalingsregeling.

- 3.6. Elk van deze besluiten kan rechtmatig zijn of onrechtmatig omdat het besluit is voorbereid en/of genomen in strijd met het geschreven bestuursrecht (waaronder de Awir, de Awb en de Wko) of het ongeschreven bestuursrecht (waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur). In verband met de conclusie van de AP dat B/T nationaliteitsgegevens heeft verwerkt in strijd met de Wbp en de AVG kan aan een besluit ook een onrechtmatige en/of onbehoorlijke verwerking van persoonsgegevens zijn voorafgegaan.
- 3.7. Voor elk van deze besluiten geldt, tot slot, dat dit in een ander stadium van zijn bestaan kan verkeren. Het is mogelijk dat besluiten nog vatbaar zijn voor bezwaar en (hoger) beroep of op dit moment in behandeling zijn in bezwaar of (hoger) beroep. Besluiten kunnen ook in rechte onaantastbaar zijn omdat er geen gewoon rechtsmiddel meer tegen openstaat, bijvoorbeeld omdat een vraagouder geen bezwaar of (hoger) beroep heeft ingesteld. Aan dergelijke besluiten komt formele rechtskracht toe (zie deelvraag 2). Er is ook een categorie besluiten waarbij de bestuursrechter reeds – in voor de betrokken ouder positieve of negatieve zin - een onherroepelijk oordeel heeft geveld over de rechtmatigheid daarvan. Deze rechterlijke uitspraken hebben dan 'kracht van gewijsde' én 'gezag van gewijsde'.³
- 3.8. Kortom: het KOT-dossier omvat een enorme brij aan besluiten die allemaal net anders zijn en die allemaal onder een verschillend regime zullen vallen. Om uw vragen te kunnen beantwoorden (zeker in de hiervoor beschikbare tijdspanne) kiezen wij er dan ook voor om één bepaald soort besluit uit te lichten en om aan de hand daarvan uw vragen te beantwoorden. Dat is naar onze inschatting voldoende voor de beantwoording van de gestelde deelvragen en komt de leesbaarheid van dit advies ten goede.
- 3.9. Wij zullen als uitgangspunt voor onze advisering nemen een besluit van B/T waarbij het voorschot kinderopvangtoeslag in een CAF-zaak – zonder voorafgaand onderzoek – is herzien en vastgesteld op nihil. De betrokken vraagouder heeft aantoonbaar 99% van de kosten van kinderopvang gemaakt. De herziening heeft enkel en alleen plaatsgevonden op basis van de geregistreerde dubbele nationaliteit van de vraagouder. Het gaat om een volstrekt hypothetisch voorbeeld; wij hebben geen aanwijzingen dat een dergelijk besluit daadwerkelijk (veelvuldig) is genomen door B/T. Hierbij gaan wij ervan uit dat tegen dit besluit geen bezwaar of beroep is ingesteld (lees: dat de bestuursrechter geen oordeel heeft geveld over de rechtmatigheid van dit besluit).
- 3.10. Naar onze inschatting is zo'n type besluit evident in strijd met een aantal rechtsnormen (denk onder meer

³ Onder kracht van gewijsde wordt verstaan een onaantastbare rechterlijke uitspraak, dat wil zeggen een uitspraak waar geen gewone rechtsmiddelen meer tegen openstaan. Onder gezag van gewijsde wordt verstaan de bindende werking die een uitspraak met kracht van gewijsde heeft tussen de partijen die het geschil betreft. Zie artikel 236 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering: "*Bestissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en zijn verval in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, hebben in een ander geding tussen dezelfde partijen bindende kracht.*" De figuur bestaat ook in het bestuursrecht, zie o.m. artikel 10:37 Awb.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 11 van 46

aan art. 1 Grondwet (het recht om niet gediscrimineerd te worden⁴), art. 3:2 Awb (het zorgvuldigheidsbeginsel) en art. 3:4 Awb (onevenredigheid) naast de relevante bepalingen uit de Awir en de Wko). Daarnaast raakt dit soort besluit aan de kern van ons rechtsgevoel zodat het ook daarom een goed voorbeeld is. De gemiddelde burger kan hiervoor geen enkel begrip opbrengen en zal hierbij een 'het kan toch niet zo zijn' gevoel krijgen.

- 3.11. Dat maakt dit besluit bij uitstek geschikt om te toetsen of het mogelijk is om besluiten als 'nietig' te beschouwen en om te toetsen of het mogelijk is dat het in stand houden van een dergelijk evident onrechtmatig besluit een onrechtmatige overheidsdaad zou kunnen zijn. Immers, als er een besluit zou zijn dat daarvoor in aanmerking zou komen, dan zou het wel dit besluit zijn: een besluit dat inhoudelijk zodanig onrechtmatig is dat direct vastgesteld kan worden dat dit nooit genomen had mogen worden.

⁴ Dit (grond)recht is tevens neergelegd in verschillende (eenieder verbindende bepalingen uit) mensenrechtenverdragen.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 12 van 46

4. De bevindingen van de landsadvocaat, de vaktechnisch coördinator en de AP

- 4.1. In deze paragraaf geven wij – ten behoeve van de beantwoording van de gestelde deelvragen - een korte omschrijving van de kern van de bevindingen van de landsadvocaat in zijn conceptadvies uit 2009, de vaktechnisch coördinator in haar memo uit 2017 en de AP in haar rapport uit 2020.

Het conceptadvies van de landsadvocaat

- 4.2. In het conceptadvies van de landsadvocaat van 18 december 2009 wordt antwoord gegeven op de vraag of er een recht op kinderopvangtoeslag bestaat indien vraagouders geen eigen bijdrage betalen voor de opvang. De strekking van het advies is, kort samengevat, dat de omstandigheid dat vraagouders zelf niet bijdragen aan de kosten voor kinderopvang omdat de gastouderopvang genoeg neemt met de kinderopvangtoeslag als vergoeding voor de kinderopvang, zonder meer aanleiding kan vormen om tot een vermindering van de kinderopvangtoeslag over te gaan. Hoe groot de vermindering mag zijn, is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval en is onder meer afhankelijk van de beantwoording van de vraag in hoeverre de gastouderopvang ook na een eventuele vermindering van de kinderopvangtoeslag nog steeds geen enkele eigen bijdrage van de vraagouders ontvangen. In ieder afzonderlijk geval dient dus een beoordeling van de concrete omstandigheden plaats te vinden. Uit die beoordeling zal vervolgens mogelijk kunnen volgen dat in het geheel geen recht bestaat op kinderopvangtoeslag. Het voorgaande laat onverlet dat de landsadvocaat zich kan voorstellen en ook pleitbaar acht dat B/T in de praktijk overgaat tot herziening van de kinderopvangtoeslag en deze vooralsnog op nihil stelt indien is gebleken dat vraagouders niet de uit hun vastgestelde kinderopvangtoeslag voortvloeiende eigen bijdrage voldoen, waarna de vraagouders in de gelegenheid worden gesteld aan te tonen dat er (wel) kosten voor kinderopvang op hen drukken. De onjuiste toekenning van kinderopvangtoeslag is immers, naar mag worden aangenomen, te wijten aan de door de vraagouders ingediende aanvraag, die onjuist moet worden geacht, aldus de landsadvocaat.

Het advies van de vaktechnisch coördinator toeslagen

- 4.3. In het memo 'Advies CAF dossier Hawai' geeft de vaktechnisch coördinator toeslagen een samenvatting van de uitspraak van de Afdeling van 8 maart 2017.⁵ De vaktechnisch coördinator concludeert dat onjuiste rechtsgronden voor de stopzetting van het voorschot worden gebruikt, dat er onzorgvuldig- en onrechtmatigheden zijn in het proces en dat diverse rechtsbeginselen worden geschonden. Naar aanleiding van een klacht van de advocaat van de betrokken vraagouders adviseert de coördinator het volgende:

"Mijn advies is de klacht gegrond te verklaren en een vorm van compensatie aan te bieden. Dit kan door middel van een VSO waarin wordt afgezien van verdere bezwaar en beroepsprocedures.

Daarnaast adviseer ik met klem de processen van BT te heroverwegen en een coördinatie aan te brengen. Het MT is verantwoordelijk voor het gehele proces, ook op inhoud. Hoe is het mogelijk

⁵ AbRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:589.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 13 van 46

geweest onderzoek in te stellen zonder werkinstructies en behandelkaders? Hoe is het mogelijk geweest de toeslag voor 300 burgers op deze wijze stop te zetten (onjuiste rechtsgrond, geen acht slaan op de rechtsbescherming, inbreuk op de vereiste zorgvuldigheid, inbreuk op het motiveringsvereiste en de bewijslastverdeling. Hoe is het mogelijk geweest dat bezwaren 2 jaar zijn blijven liggen? Hoe is het MT tot de conclusie gekomen dat HB wenselijk was ondanks het afbreukrisico? Hoe heeft het MT akkoord kunnen geven op het niveau van de beantwoording?

- 4.4. Het memo gaat vervolgens in op een klacht van het GOB en het onderzoek van de NO.

Het rapport van de AP

- 4.5. In het rapport 'Belastingdienst/Toeslagen - De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag' van 16 juli 2020 heeft de AP de rechtmatigheid van verschillende verwerkingen van de nationaliteit van aanvragers van KOT beoordeeld. De AP constateert drie typen onrechtmatige verwerkingen. De eerste overtreding ziet op de verwerking (vanaf 2014 tot en met 2020) van eventuele dubbele nationaliteiten van Nederlandse aanvragers. De tweede overtreding ziet op het gebruik van de nationaliteit van aanvragers (vanaf maart 2016 tot oktober 2018) voor een indicator in een systeem dat automatisch risicovolle aanvragen selecteert waarop personele capaciteit wordt ingezet, het zogenaamde risico-classificatiemodel. De derde overtreding ziet op het gebruik van de nationaliteit van de aanvrager (vanaf 2013 tot juni 2019) in het kader van de opsporing van georganiseerde fraude. De laatste twee typen verwerkingen zijn volgens de AP discriminerend en daarmee onbehoorlijk. Deze verwerkingen maken onderscheid op grond van nationaliteit, zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Bij het onderscheid naar nationaliteit bestaat geen redelijke en proportionele verhouding tussen het onderscheid en het daarmee beoogde doel. Daarom merkt de AP deze laatste twee verwerkingen tevens aan als discriminerend en bijgevolg als onbehoorlijk. Dit betekent dat B/T en daarmee de minister als verwerkingsverantwoordelijke tot 25 mei 2018 de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en na 25 mei 2018 de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) heeft overtreden.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 14 van 46

5. Deelvraag 1: kan een besluit nietig zijn en zijn de besluiten dat in dit geval?

- 5.1. De eerste deelvraag luidt of de informatie uit het conceptadvies van de landsadvocaat, het memo van de vaktechnisch coördinator en het rapport van de AP in algemene zin tot de conclusie leidt dat bij besluiten die onder de hersteloperatie vallen, sprake is van besluiten die zodanig in strijd met geschreven en/of het ongeschreven recht zijn genomen dat deze van rechtswege als 'nietig' moeten worden beschouwd.

Welke besluiten vallen onder de hersteloperatie?

- 5.2. Als eerste is relevant welke besluiten onder de hersteloperatie vallen. Hierbij gaat het – kort gezegd – om besluiten waaraan institutioneel vooringenomen handelen van B/T ten grondslag ligt, besluiten waarbij B/T geen persoonlijke betalingsregeling heeft toegekend vanwege de onterechte kwalificatie O/GS en (overige) besluiten die getuigen van de hardheid van de toepassing die tot de uitspraken van de Afdeling van 23 oktober 2019 werd gegeven aan het wettelijke systeem (zie ook randnummer 3.4 van dit advies). Voor de gevolgen van deze besluiten voorzien art. 49 tot en met 49c van de Awir, in voorkomend geval in samenhang met het bepaalde in het Besluit Compensatieregeling CAF 11 en vergelijkbare (CAF-)zaken (hierna: 'het **Besluit compensatieregeling**'), in de toekenning van een hardheidstegemoetkoming, een bijzondere tegemoetkoming, compensatie en/of een O/GS-tegemoetkoming.
- 5.3. Het uitgangspunt van de hersteloperatie is dat de genomen besluiten in stand blijven en dat compensatie wordt toegekend voor de (al dan niet onevenredig) nadelige gevolgen hiervan. Wel kan een vraagouder die is benadeeld door de hardheid van (de toepassing van) het systeem in voorkomend geval een beroep doen op herziening van de beschikking tot vaststelling of terugvordering van de KOT (art. 5a Uitvoeringsregeling Awir en par. 3.1 van het Verzamelbesluit Toeslagen). Als hij hierop geen beroep kan doen, komt hij in aanmerking voor de hardheidstegemoetkoming van art. 49 Awir. Het stelsel van de hersteloperatie komt derhalve erop neer dat de nadruk ligt op het herstellen van de onrechtvaardige gevolgen van het handelen van B/T en niet zozeer op het ongedaan maken van de (rechtsgevolgen van de) besluiten. Anders gezegd: de hersteloperatie is er niet op gericht om alsnog KOT uit te keren voor de betreffende berekeningsjaren.

De nietigheid van rechtshandelingen in het privaatrecht

- 5.4. Als tweede is relevant onder welke omstandigheden een besluit van rechtswege als nietig wordt gezien.
- 5.5. Het concept van de nietigheid van rechtshandelingen is bekend in het privaatrecht. Op grond van art. 3:39 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: 'het **BW**) zijn rechtshandelingen die niet in de voorgeschreven vorm zijn verricht, nietig, tenzij uit de wet anders voortvloeit. Het gaat hierbij om wijzen van wilsuiting. Nu de wilsverklaring van B/T in de wettelijk voorgeschreven vorm heeft plaatsgevonden, is dit artikel verder niet relevant. Wel van belang zou art. 3:40 lid 1 BW kunnen zijn. Hieruit volgt dat een rechtshandeling nietig is als zij door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde. In art. 3:40 lid 2 BW is bepaald dat strijd met een dwingende wetsbepaling in principe leidt tot nietigheid van de rechtshandeling.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 15 van 46

- 5.6. Op basis van de rapporten van de commissie-Donner en de POK kan worden vastgesteld dat B/T op meerdere manieren in strijd heeft gehandeld met 'dwingende wetsbepalingen'. Uit deze rapporten blijkt dat het handelen van B/T in strijd was met meerdere bepalingen uit de Awir en de Awb (waaronder art. 3:2 Awb). Dezelfde conclusie volgt uit het memo van de vaktechnisch coördinator en het conceptadvies van de landsadvocaat. Het rapport van AP voegt hieraan toe dat B/T heeft gehandeld in strijd met dwingende bepalingen uit de Wbp en de AVG. Niet ondenkbaar is bovendien dat sommige besluiten van B/T tevens zijn genomen in strijd met de goede zeden en/of de openbare orde, vooral vanwege de ongeoorloofde strekking hiervan (in de zin van de motieven van B/T die hieraan ten grondslag liggen).⁶
- 5.7. Dit betekent echter niet zonder meer dat de genomen besluiten nietig zijn. De nietigheidsbepaling van art. 3:40 BW is namelijk privaatrechtelijk van aard en ziet dus primair op de nietigheid van privaatrechtelijke rechtshandelingen. Dit betekent dat de nietigheidsregeling uit het Burgerlijk Wetboek niet *rechtstreeks* van toepassing is op besluiten. Een besluit van B/T is namelijk bestuursrechtelijk van aard en houdt een eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling van een bestuursorgaan in (vgl. art. 1:3 lid 1 Awb). De Awb, de Awir en de Wko bevatten ook geen gelijksoortige of vergelijkbare bepalingen voor het bestuursrecht, die meebrengen dat een besluit van B/T van rechtswege als nietig moet worden aangemerkt.

Vindt art. 3:40 BW toepassing in het bestuursrecht?

- 5.8. Wel volgt uit art. 3:59 BW dat de bepalingen van Titel 2 van Boek 3 BW – waartoe het genoemde art. 3:40 BW behoort – *overeenkomstige* toepassing vinden buiten het vermogensrecht, voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Destijds heeft de wetgever in eerste instantie gedacht aan de toepasselijkheid van de bepalingen van Titel 3.2 BW op het gebied van het personen- en familierecht, maar toepassing op het terrein van het bestuursrecht heeft de wetgever niet uitgesloten geacht.⁷ Hierbij stonden echter vooral andere artikelen dan art. 3:40 BW en andere rechtshandelingen dan besluiten op de voorgrond.⁸
- 5.9. In de literatuur wordt – door zowel Snijders als Scheltema – Titel 3.2 BW niet van overeenkomstige toepassing geacht op de nietigheid en vernietigbaarheid van besluiten.⁹ Wij delen deze opvatting.
- 5.10. Een besluit is een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan die een publiekrechtelijke rechtshandeling inhoudt (art. 1:3 lid 1 Awb). Zo'n rechtshandeling is een – op rechtsgevolg gerichte - beslissing van een bestuursorgaan, dat de bevoegdheid tot het nemen van die beslissing ontleent aan het bestuursrecht. Een beslissing heeft een rechtsgevolg indien zij erop is gericht een bevoegdheid, recht of verplichting voor een of meer anderen te doen ontstaan of teniet te doen, dan wel de juridische status van een persoon of een

⁶ Vgl. HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, rov. 4.4.

⁷ Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1009 en p. 1015-1017.

⁸ Vgl. W. Snijders, in: *Bestuursrecht en nieuw BW*, p. 59-64.

⁹ M. Scheltema, 'De betekenis van het Nieuw BW voor de codificatie van het bestuursrecht; de schakelbepalingen van Boek 3 BW', in: *Liber amicorum NBW*, Quint: Gouda 1991, p. 57, en W. Snijders, 'Wederzijdse beïnvloeding van privaatrecht en bestuursrecht (NBW en Awb)', WPNR 1992/6074, p. 1000-1001. Zie evenwel CRvB 19 april 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ3023.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 16 van 46

zaak vast te stellen.¹⁰ Dat is vaste rechtspraak. Het gaat om een handeling die ertoe strekt de rechtspositie van de burger – ten voordele of ten nadele van de burger - te beïnvloeden.

- 5.11. In art. 16 Awir is bepaald dat B/T een voorschot verleent tot het bedrag waarop de KOT vermoedelijk zal worden vastgesteld. Hierin is ook bepaald dat B/T een voorschot kan herzien en dat een herziening kan leiden tot een terugvordering. De vaststelling van de tegemoetkoming vindt later plaats en kan ook worden herzien (zie art. 19 e.v. Awir). Deze handelingen (verlening voorschot, herziening voorschot, terugvordering, vaststelling tegemoetkoming, herziening tegemoetkoming) zijn steeds op rechtsgevolg gericht en zijn dus een besluit, omdat het recht op (een voorschot op) een tegemoetkoming ontstaat, verandert of verdwijnt naar aanleiding van deze handelingen. Dit neemt niet weg dat B/T ook andere handelingen heeft verricht die geen besluiten zijn (de zogenoemde 'zachte stop', de verwerking van nationaliteit etc.).
- 5.12. Welke rechtsbescherming openstaat tegen besluiten, volgt uit de Awb. Als de ouder zich niet kan verenigen met een herzieningsbesluit, dan moet hij daartegen eerst bezwaar maken bij B/T. Tegen de beslissing op bezwaar van B/T kan hij beroep instellen bij de rechtbank en tegen de uitspraak van de rechtbank kan hoger beroep worden ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak.¹¹ Van deze mogelijkheden is ook veelvuldig gebruikgemaakt. In bezwaar, beroep en hoger beroep hebben de ouders een beroep kunnen doen op de normschendingen die door de commissie-Donner en de POK zijn vastgesteld. De Awb en het ongeschreven bestuursrecht voorzien verder in de mogelijkheid van intrekking en herziening van onherroepelijke besluiten door B/T zelf (zie daarover in het kader van deelvraag 2).
- 5.13. Met het stelsel van rechtsbescherming dat is neergelegd en vormgegeven in de Awb verdraagt zich slecht dat een besluit nietig kan zijn. Binnen het systeem van de Awb wordt ervan uitgegaan dat binnen zes weken na de bekendmaking van een besluit of uitspraak bezwaar, beroep of hoger beroep wordt ingesteld.¹² In de hierop volgende bestuursrechtelijke procedures ligt het op de weg van B/T dan wel de bestuursrechter om de onrechtmatigheid van genomen besluiten vast te stellen aan de hand van de normen waarop de ouder een beroep doet (al dan niet onder aanvulling van rechtsgronden (art. 8:69 lid 2 Awb) en al dan niet ambtshalve toetsend aan bepalingen van openbare orde). Als de bestuursrechter vaststelt dat B/T heeft gehandeld in strijd met het geschreven of ongeschreven bestuursrecht, leidt dat tot de vernietiging van de beslissing op bezwaar en eventueel tot de daarop volgende herroeping van het eerste besluit.¹³
- 5.14. Met deze opzet van de rechtsbescherming, waarin het bestuursorgaan dan wel de bestuursrechter bindend vaststelt of een besluit onrechtmatig is, is de nietigheid van besluiten niet verenigbaar. Wij menen dan ook dat de uitzondering van art. 3:59 BW, die inhoudt dat de nietigheidsbepaling van art. 3:40 BW geen toepassing vindt buiten het vermogensrecht als de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking

¹⁰ Zie bijvoorbeeld AbRvS 13 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3828 en AbRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2787.

¹¹ Zie de artikelen 7:1, 8:1 en 8:104 Awb.

¹² Art. 6:7, 6:8 en 6:24 Awb. Vgl. CRvB 4 december 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:ZB7330 en CRvB 6 augustus 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1299. Zie ook de bijzondere regels van art. 35 en art. 36 Awir.

¹³ Zie art. 8:72 lid 1 Awb voor de vernietiging en art. 8:72 lid 3

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 17 van 46

zich daartegen verzet, van toepassing is.¹⁴ De aard van de rechtshandeling, te weten een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb waarbij een bestuursorgaan – dat hiertoe bevoegd is - een rechtsgevolg tot stand brengt (althans dat beoogt) en waartegen rechtsbescherming openstaat volgens de regels van de Awb, en van de rechtsbetrekking die wordt beheerst door het bestuursrecht, staat hieraan in de weg.¹⁵

Het verschil tussen nietigheid en vernietigbaarheid

- 5.15. Bij het voorgaande is van belang dat de vernietiging van een besluit door de bestuursrechter vernietiging van de rechtsgevolgen van dat besluit meebrengt (art. 8:72 Awb). De vernietiging heeft tot gevolg dat het besluit geacht moet worden – in juridische zin – nooit te hebben bestaan. Hierover werd het volgende opgemerkt in de geschiedenis van de totstandkoming van de Awb:¹⁶

“De vernietiging heeft tot gevolg, dat het besluit geacht moet worden in juridische zin nooit te hebben bestaan en dat de daaraan verbonden rechtsgevolgen met terugwerkende kracht ongedaan worden gemaakt. Vernietiging werkt dus ex tunc. De feitelijke gevolgen van een besluit worden uit hun aard niet door een vernietigingsbesluit geraakt. In dit verband zij gewezen op het standaardarrest van de Hoge Raad inzake het Woerdense parochiehuus (HR 28 februari 1975, NJ 1975, nr. 423, m.nt. W.F. Prins). Wel komen door de vernietiging de feitelijke gevolgen van een besluit in een ander juridisch licht te staan. Hetgeen met vergunning was gebouwd, blijkt bij voorbeeld achteraf zonder vergunning te zijn gebouwd. Het bestuur zal in die situatie verplicht kunnen zijn — maar dat behoeft niet altijd zo te zijn de feitelijke gevolgen van het vernietigde besluit ongedaan te maken. Indien er deugdelijke gronden zijn om dat niet te doen, zal het nadeel onder omstandigheden op een andere wijze, bij voorbeeld door het aanbieden en betalen van een schadevergoeding in geld of natura, dienen te worden gecompenseerd. Uitsluitend de rechtsgevolgen van het vernietigende besluit worden derhalve rechtstreeks door de vernietiging getroffen”.

- 5.16. Als een rechtshandeling daarentegen nietig is, worden de rechtsgevolgen niet ongedaan gemaakt maar zijn zij überhaupt nooit ingetreden. Aan nietige rechtshandelingen onthoudt de wet het rechtsgevolg. Qua gevolgen bestaat er geen onderscheid tussen een vernietigd besluit en een nietig besluit.¹⁷ Evenals een vernietigd besluit wordt een nietig besluit geacht nooit te hebben bestaan. Het verschil is dat vernietiging pas plaatsvindt wanneer deze wordt uitgesproken. Van nietigheid is al sprake vanaf het moment dat het nietige besluit werd genomen. De nietigheid treedt automatisch ('van rechtswege') in, onafhankelijk van

¹⁴ Zie ook R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2011, p. 224 e.v. met verdere literatuurverwijzingen.

¹⁵ HR 16 november 2001, NJ 2002/44 (Holtrop/Smith of Nulliteiten) maakt dat niet anders, omdat hierin de overheid geen partij was en tegen een ontslagvergunning op grond van art. 6 BBA geen beroep kon worden ingesteld bij de bestuursrechter.

¹⁶ Parl. Gesch. Awb II, p. 470.

¹⁷ Zie R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2011, 4.4.1.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 18 van 46

een latere vaststelling hiervan en onafhankelijk van de wil van de betrokkenen.¹⁸

- 5.17. Het laatstgenoemde kenmerk van nietigheid strookt niet met de Awb. Een besluit heeft immers rechtsgevolg vanaf het moment van zijn inwerkingtreding en dat wordt pas anders nadat het bestuursorgaan of de bestuursrechter hieraan een einde maakt. Hierbij laat de Awb de keuze aan de belanghebbende om rechtsmiddelen aan te wenden tegen een besluit en de onrechtmatigheid van dat besluit bindend te laten vaststellen door de bestuursrechter. In de tussentijd heeft een besluit (tenzij de werking daarvan wordt opgeschort op grond van de wet of door de voorzieningenrechter) rechtsgevolg.¹⁹ De uitspraak van de bestuursrechter is – anders dan bij nietigheid - constitutief voor het vervallen van dat rechtsgevolg.
- 5.18. Het systeem van de Awb biedt dus rechtszekerheid doordat de uitspraak van de bestuursrechter uitsluitend geeft over de vraag of een besluit en zijn rechtsgevolgen nog bestaan. Dit is een duidelijk voordeel van de vernietigbaarheid van besluiten ten opzichte van de nietigheid hiervan. Als men ervan zou uitgaan dat een besluit van rechtswege nietig zou kunnen zijn, rijst de vraag waaruit dat zou moeten blijken, wie dat zou moeten vaststellen en hoe en wanneer dat zou moeten gebeuren. Strikt genomen is hiervoor immers geen enkele vaststelling nodig, omdat al uit de wet volgt dat het beoogde rechtsgevolg van een besluit ontbreekt en dat de belanghebbende daaraan niet gebonden is. Als een besluit nietig is en daartegen beroep wordt ingesteld, zijn er geen rechtsgevolgen om ongedaan te maken (al gebeurt dat soms wel).²⁰

Rechtspraak over de nietigheid van besluiten

- 5.19. Wij zijn niet bekend met uitspraken van de hoogste bestuursrechters waarin een besluit nietig wordt geacht op basis van een analoge toepassing van de privaatrechtelijke nietigheidsbepalingen. Aan de andere kant zijn wij ook niet bekend met uitspraken van de hoogste bestuursrechters waarin het concept 'nietigheid' voor het bestuursrecht principieel wordt verworpen of de mogelijkheid dat een besluit nietig is stellig wordt ontkend. In de rechtspraak lijkt de mogelijkheid te worden opengelaten dat een besluit in bijzondere gevallen nietig kan zijn. Hierbij past meteen de kanttekening dat de praktische betekenis van het concept nagenoeg nihil is. Een geslaagd beroep op nietigheid zijn wij in recente jaren niet tegengekomen.
- 5.20. In de rechtspraak wordt – terecht – uiterst terughoudend omgegaan met het honoreren van een beroep op nietigheid van appellabele besluiten.²¹ Als vertrekpunt kan de uitspraak van de Hoge Raad van 26 maart 1952 dienen.²² In deze uitspraak werd het volgende overwogen:

¹⁸ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/607.

¹⁹ Bezwaar en beroep schorsen niet de werking van het besluit waartegen het is gericht (art. 6:16 Awb). De voorzieningenrechter kan een besluit wel schorsen (art. 8:81 Awb). Zie art. 37a Awir voor de schorsende werking van het hoger beroep.

²⁰ Vgl. AbRvS 7 februari 1997, AB 1997/154.

²¹ Zie hierover uitgebreid R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2011, p. 213 e.v.

²² HR 26 maart 1952, NJ 1952/425.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 19 van 46

"dat immers, waar de wet het rechtsmiddel aanwijst, dat tegen een beschikking als de onderhavige kan worden aangevoerd en de vormen en termijnen bepaalt, die bij het aanwenden van dat rechtsmiddel moeten worden in acht genomen, hiermede niet verenigbaar is dat zodanige beschikking, zolang zij bestaat, op grond van strijd met de wet als van rechtswege nietig zou worden aangemerkt en haar uit dien hoofde rechtsgevolg zou worden ontzegd."

- 5.21. Deze redenering gaat ook op wat betreft de huidige Awb. Naarmate de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in de loop van de jaren is uitgebreid, is de bereidheid om een besluit als nietig te beschouwen (nog) verder afgenomen. Naar huidig recht moet worden aangenomen dat een besluit slechts in zeer bijzondere gevallen nietig kan zijn.²³ De Afdeling overwoog in 2018 als volgt:²⁴

"Anders dan het college aanvoert, is het enkele feit dat een besluit is genomen door een daartoe niet bevoegd bestuursorgaan onvoldoende grond voor het oordeel dat een dergelijk besluit van rechtswege nietig zou zijn. Onbevoegd genomen besluiten zijn weliswaar als regel vatbaar voor vernietiging door de rechter, maar kunnen indien zij niet tijdig in beroep bestreden worden, in rechte onaantastbaar worden. Uit het oogpunt van rechtszekerheid is een besluit slechts van rechtswege nietig indien de fatale gebrekkigheid zo evident is dat deze ook de betrokken burgers redelijkerwijs duidelijk had moeten zijn."

- 5.22. Uit de rechtspraak van de Afdeling volgt dus dat zelfs onbevoegd genomen besluiten niet (als hoofdregel) nietig zijn,²⁵ en dat dit slechts anders kan zijn indien het bevoegdheidsgebrek zo evident is dat dit voor eenieder duidelijk had moeten zijn.²⁶ Deze lijn geldt ook voor inhoudelijke gebreken die aan besluiten kleven.²⁷ Het uitgangspunt is dat men gebreken in bezwaar en beroep aan de orde moet stellen, zoals blijkt uit een uitspraak van de Afdeling uit 2014:²⁸

"Zoals de Afdeling heeft overwogen (onder meer in de uitspraak van 20 juli 2005, zaak nr. 200500817/1), kan van nietigheid van rechtswege slechts in zeer bijzondere gevallen worden uitgegaan. Een zodanig geval doet zich hier niet voor. De door [appellant] gestelde gebreken (...) had hij in het kader van de bezwaar- en beroepsprocedure aan de orde kunnen stellen. Dit heeft hij niet, althans niet binnen de daarvoor in de Algemene wet bestuursrecht gestelde termijn gedaan. Het betoog faalt."

²³ Zie reeds AbRvS 18 november 1999, JB 2000/9 en AbRvS 20 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT9718, waarin nog wordt gesproken over bedrog als grond voor nietigheid. Zie ook AbRvS 13 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK9001.

²⁴ AbRvS 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3344.

²⁵ AbRvS 26 juni 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE4636.

²⁶ Zie ook AbRvS 2 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU5355 en AbRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:191.

²⁷ Vgl. AbRvS 13 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK9001 en AbRvS 27 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL0747.

²⁸ AbRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1343. Zie ook AbRvS 13 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK9001.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 20 van 46

- 5.23. De Centrale Raad van Beroep ('CRvB') vaart een vergelijkbare koers, zoals bijvoorbeeld blijkt uit een uitspraak uit 2016:²⁹

"Aan hetgeen onder 4.2 is overwogen doet evenmin af dat het besluit van 22 december 2014 onbevoegdlijk is genomen. Vooropgesteld wordt dat aan het college van een op te heffen gemeente geen bevoegdheid toekomt om een ambtenaar van de nieuw ingestelde gemeente te benoemen. Zo'n rechtstreekse benoeming in de nieuwe gemeente, zoals hier heeft plaatsgevonden, is in strijd met het stelsel van de Wet arhi (...). Echter, een besluit is niet nietig of non-existent om de enkele reden dat het onbevoegdlijk is genomen. Zo'n besluit heeft het daarmee beoogde rechtsgevolg indien het niet is geschorst, herroepen of vernietigd (...). Van omstandigheden die dit anders kunnen maken, is in dit geval niet gebleken."

- 5.24. Ook de CRvB gaat dus ervan uit dat een besluit moet worden vernietigd, herroepen of ingetrokken op een bezwaar of (hoger) beroep van de belanghebbende indien daaraan een gebrek kleeft.

- 5.25. In het fiscale bestuursrecht geldt hetzelfde uitgangspunt. In dit kader wijzen wij op een conclusie van A-G Groeneveld uit 2002, waarin de A-G het volgende opmerkt:³⁰

"Nietigheid van aanslagen is mijns inziens slechts in zeer uitzonderlijke gevallen mogelijk, bijvoorbeeld ingeval een aanslag wordt opgelegd in een niet-bestaande belasting.³¹ Behoudens dergelijke rariteiten komt de nietigheid van belastingaanslagen mij strijdig met het leerstuk van de formele rechtskracht voor. (17) Het belastingrechtelijke systeem van rechtsbescherming houdt in dat besluiten krachtens wetsduiding vatbaar zijn voor bezwaar en beroep. Indien een belastingplichtige verzuimt tegen een aanslag bezwaar te maken, verkrijgt deze formele rechtskracht, hetgeen betekent dat de aanslag zijn rechtsgevolgen behoudt. (18) Het aanvaarden van de mogelijkheid van nietigheid van aanslagen maakt een inbreuk op dit gesloten systeem van rechtsmiddelen".

- 5.26. Stellig is ook A-G IJzerman in een conclusie uit 2018:³²

"Indien een op zichzelf daartoe bevoegde belastingambtenaar een (overduidelijk) te hoge aanslag oplegt, dient een belanghebbende tijdig bezwaar (en beroep) in te stellen, teneinde te komen tot vernietiging van de aanslag. Het (fiscale) bestuursrecht kent niet de figuur van de van rechtswege nietige aanslag of een van rechtswege nietige beschikking."

- 5.27. In zijn hierop volgende arrest vernietigt de Hoge Raad een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-

²⁹ CRvB 15 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3443. Zie ook CRvB 11 oktober 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3481, CRvB 13 januari 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AS3577, CRvB 11 november 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR5663, CRvB 25 mei 2002, ECLI:NL:CRVB:2002:AZ1709 en de uitspraken waarnaar wordt verwezen in al deze uitspraken.

³⁰ Conclusie A-G Groeneveld van 22 november 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE3264.

³¹ Zie ook de voorbeelden die A-G IJzerman noemt in zijn conclusie van 27 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:469, sub 5.7.

³² Conclusie A-G IJzerman van 27 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:469.

DATUM 5 februari 2021
 ONS KENMERK 1000301 ts/svds
 PAGINA 21 van 46

Leeuwarden. Dit hof had geoordeeld dat aan het bestaan van een ambtshalve genomen beschikking moest worden voorbijgegaan op de grond dat deze beschikking ongeldig was en daarom als non-existent moest worden beschouwd omdat de betrokken belastingambtenaar daarbij een dividendbelastingteruggave van € 19.500.000,00 had gefingeerd.³³ Het oordeel van de Hoge Raad luidt als volgt:³⁴

"Een ambtshalve genomen beschikking houdende teruggaaf van dividendbelasting is een beslissing die valt binnen de grenzen van een mandaat zoals dat blijkt uit de feitelijke vaststellingen van het Hof aan [G] was verleend. Dit is niet anders indien wordt aangevoerd dat de uitoefening van de gemandateerde bevoegdheid frauduleus is. Het oordeel van het Hof dat in deze procedure over de navorderingsaanslag aan het bestaan van die beschikking moet worden voorbijgegaan is derhalve onjuist. Het middel slaagt."

- 5.28. Zelfs de frauduleuze uitoefening van een (gemandateerde) bevoegdheid maakt een besluit dus niet nietig.
- 5.29. De hiervoor besproken rechtspraak rechtvaardigt de conclusie dat het leerstuk van de nietigheid op zich bestaat in het bestuursrecht. In zeer bijzondere gevallen (in de woorden van A-G Groeneveld: 'rariteiten') kan een besluit nietig zijn. Een dergelijk geval is aan de orde indien de gebreken die aan een besluit kleven zo evident zijn dat deze gebreken voor eenieder duidelijk hadden moeten zijn. Op basis van dit criterium onderzoeken wij hierna of de gebreken die aan de besluiten van B/T kleven zo evident zijn dat zij deze besluiten nietig maken.

Beoordeling – zijn de besluiten van B/T nietig?

- 5.30. In het kader van onze advisering gaan wij, zoals gezegd, uit van het volgende hypothetische besluit van B/T (zie randnummer 3.9):

"het voorschot kinderopvangtoeslag in een CAF-zaak is – zonder voorafgaand onderzoek – herzien en vastgesteld op nihil. De betrokken vraagouder heeft aantoonbaar 99% van de kosten van kinderopvang gemaakt. De herziening heeft enkel en alleen plaatsgevonden op basis van de dubbele nationaliteit van de vraagouder."

- 5.31. Hierin komen de elementen institutionele vooringenomenheid, de hardheid van de toepassing van het stelsel en handelen in strijd met de Wbp/AVG aan de orde. Dit betekent dat deze besluitvorming tot stand kan zijn gekomen onder meer in strijd met de Awir, de Wko, de Awb, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het verbod van discriminatie.
- 5.32. Naar onze mening zijn dergelijke gebreken, die kleven aan de inhoudelijke kant van de besluitvorming, niet van dien aard dat zij de nietigheid van de besluitvorming meebrengen. Het gaat namelijk om inhoudelijke gebreken die niet zo evident zijn dat voor eenieder – de betrokken ouder, B/T en de bestuursrechter –

³³ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5324.

³⁴ HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:193. Zie over nietigheid ook HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0194.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 22 van 46

aanstonds duidelijk was dat aan deze besluiten zodanige gebreken kleven dat zij meebrengen dat de rechtsgevolgen van deze besluiten in het geheel niet zijn ingetreden. Het bestaan van deze gebreken betekent dat de besluiten inhoudelijk onrechtmatig zijn, maar niet dat de genomen besluiten geen werking hebben vanaf het moment waarop zij zijn genomen. Een oordeel over de inhoud is aan de bestuursrechter.

- 5.33. Van onbevoegd genomen besluiten of de uitoefening van niet bestaande bevoegdheden is geen sprake omdat de besluiten van B/T zijn genomen door het bestuursorgaan dat daartoe wettelijk bevoegd is. Van een nietig besluit kan wellicht sprake zijn als een voorschot KOT wordt teruggevorderd door iemand die niet werkzaam is bij B/T (onbevoegd genomen besluit) of op de grond dat een kinderopvangbelasting wordt opgelegd ter hoogte van het voorschot (niet bestaande bevoegdheid), maar dergelijke situaties zijn hier niet aan de orde. De wettelijke bevoegdheid tot herziening, vaststelling en terugvordering bestond en is uitgeoefend door het juiste bestuursorgaan. Van nietigheid kan daarom geen sprake zijn.
- 5.34. De inhoudelijke onrechtmatigheid van de genomen besluiten moet dan ook worden vastgesteld door de bestuursrechter, voordat de rechtsgevolgen van deze besluiten ongedaan kunnen worden gemaakt door middel van een vernietiging. Hierbij is van belang dat elk van de genoemde gebreken aanleiding kan geven voor de vernietiging van de besluiten. Daarbij is niet van belang dat de Afdeling de hardheid van de toepassing van het stelsel tot 23 oktober 2019 heeft geaccepteerd. Het 'omgaan' van de Afdeling brengt immers niet mee dat de genomen besluiten – van meet af aan – geen rechtsgevolg hebben gehad. Aan de gevolgen van de koerswijziging besteden wij meer aandacht in het kader van deelvraag 2.

Het conceptadvies van de landsadvocaat, het memo van de vaktechnisch coördinator en het rapport AP

- 5.35. Bij het voorgaande hebben wij betrokken dat het conceptadvies van de landsadvocaat en het memo van de vaktechnisch coördinator in onze ogen geen andere of aanvullende onrechtmatigheid aan het licht brengen ten opzichte van de bevindingen van de commissie-Donner en de POK. De conclusie van de landsadvocaat komt erop neer dat de omvang van een 'vermindering van de kinderopvangtoeslag' afhankelijk is van de omstandigheden van het concrete geval. Anders dan de Afdeling in haar uitspraken van 23 oktober 2019 baseert de landsadvocaat deze conclusie niet zozeer op een uitleg van de relevante Wko- en Awir-bepalingen in samenhang met art. 3:4 Awb maar veeleer op het karakter van een tegemoetkoming. Los van de grondslag komen de conclusies evenwel op hetzelfde neer.
- 5.36. Het memo van de vaktechnisch coördinator is geschreven naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling van 8 maart 2017 (waarin onder meer de rechtmatigheid van de zogenoemde 'zachte stop' aan de orde was) en bevat geen wezenlijk verderstreckende conclusies dan die uitspraak. Uit deze uitspraak volgt bijvoorbeeld dat, wanneer B/T bij de stopzetting van het voorschot niet de vereiste zorgvuldigheid heeft betracht en in strijd met de voor opschorting geldende regels heeft gehandeld, een uitzondering kan worden gemaakt op de regel dat de kosten voor het hele jaar moeten zijn voldaan. Meer of andere juridische gevolgtrekkingen over de hardheid van het stelsel bevatten de uitspraak en het memo niet.
- 5.37. In het verlengde hiervan wijzen wij op de volgende passage in Omzien in verwondering 2 (p. 33):

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 23 van 46

“Beperkte gevolgen zachte stop: Betekent dit dat in alle gevallen waar de ‘zachte stop’ zonder onderzoek naar de feiten is toegepast de daaropvolgende besluitvorming nietig is en er dus reden is tot herstel c.q. compensatie? Het antwoord daarop is: nee. De ‘zachte stop’ werd steeds na onderzoek van de gevraagde informatie gevolgd door een inhoudelijke beslissing over de aanspraak op KOT en de hoogte daarvan. De afwijzing van de aanspraak op toeslag of de neerwaartse correctie daarvan alsmede de terugvordering van eerder betaalde voorschotten, berustten op die tweede beslissing en niet op de provisorische ‘zachte stop’. Hoewel stopzetting zoals die in CAF 11 werd toegepast weliswaar onrechtmatig was, heeft deze als zodanig geen andere materiële gevolgen dan de daaropvolgende inhoudelijke beslissing - na onderzoek - over de aanspraak op KOT en de hoogte daarvan.”

- 5.38. De rechtmatigheid van de herziening en nihilstelling van een voorschot staat of valt dus niet met de onrechtmatigheid van een daaraan voorafgaande zachte stop en dus ook niet met de Afdelingsuitspraak van 8 maart 2017. Hetzelfde geldt voor besluiten tot terugvordering of vaststelling van KOT.
- 5.39. Het rapport van de AP werpt wel een ander licht op de zaak. Het feit dat B/T aanvankelijk in strijd heeft gehandeld met de Wbp en later met de AVG brengt echter (ook) niet mee dat besluiten die zijn genomen op basis van een onrechtmatige en/of onbehoorlijke verwerking van de nationaliteit van ouders, automatisch nietig zijn. Dit handelen kan mogelijk, onder omstandigheden, wel een reden zijn voor de vernietiging van besluiten waarin een discriminatoire gegevensverwerking voorafging, maar dat moet dan voor de bestuursrechter worden aangevoerd en door hem worden vastgesteld.³⁵
- 5.40. De ouders wiens nationaliteit door B/T is verwerkt in strijd met de Wbp en AVG beschikken ook over de mogelijkheid om in een dagvaardingsprocedure voor de burgerlijke rechter te vorderen dat B/T (lees: de Staat) wordt veroordeeld tot vergoeding van de (immateriële) schade die zij hebben geleden als gevolg van de gegevensverwerking.³⁶ Wij besteden hieraan meer aandacht in paragraaf 10 van dit advies. Het indienen van een verzoekschrift bij de bestuursrechter overeenkomstig de 1 april-uitspraken van de Afdeling³⁷ is hier niet mogelijk, omdat de verzoekschriftprocedure van Titel 8.4 Awb (nog) niet van toepassing is op schade die wordt veroorzaakt door handelingen van B/T.³⁸

Slotson

- 5.41. Wij beantwoorden deelvraag 1 ontkennend. In theorie kan een besluit nietig zijn. De informatie uit het

³⁵ Vgl. de rechtspraak van de CRvB over onderzoeken naar bijstandsgerechtigden op basis van nationaliteit die wordt opgesomd in het nieuwsbericht <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Centrale-Raad-van-beroep/Nieuws/Paginas/Wat-is-toegestaan-bij-onderzoek-naar-bijstandsfraude-in-het-buitenland.aspx> alsook CRvB 28 juli 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1664.

³⁶ Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Nederland 12 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:106, waarin € 500,00 wordt toegekend.

³⁷ AbRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898 tot en met 901.

³⁸ Art. V lid 1 van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten. Zie AbRvS 24 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4443 en AbRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1375.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 24 van 46

conceptadvies van de landsadvocaat, het memo van de vaktechnisch coördinator en het rapport van de AP leidt echter niet tot de conclusie dat de besluiten van B/T die onder de hersteloperatie vallen in algemene zin nietig zijn. Dit wordt niet anders als hierbij de adviezen van de commissie-Donner en het rapport van de POK worden betrokken. In alle genoemde stukken worden procedurele en inhoudelijke gebreken in de besluitvorming van B/T vastgesteld. Deze gebreken kunnen leiden tot de vernietiging van een besluit door de bestuursrechter omdat dit besluit is voorbereid en/of genomen in strijd met het geschreven en/of ongeschreven bestuursrecht. Deze gebreken brengen echter niet mee dat de genomen besluiten van meet af aan zo onrechtmatig waren dat zij nooit rechtsgevolg hebben gehad.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 25 van 46

6. Deelvraag 3 en 4: wat zijn de gevolgen van nietigheid in dit geval?

6.1. De derde deelvraag luidt als volgt:

"Indien het antwoord op vraag 1 geheel of gedeeltelijk bevestigend luidt, wat zijn de gevolgen van een eventuele "nietigheid" van besluiten uit het verleden? Wat betekent nietigheid in het systeem van de toeslagenbesluitvorming? Als de hoogte van de toeslag nooit is vastgesteld omdat het besluit dat daartoe dient nietig is, is er dan ooit een definitieve aanspraak op de toeslag geweest?"

6.2. De vierde deelvraag luidt als volgt:

"Als het antwoord op het laatste onderdeel van vraag 3 nee is, wat betekent dat dan voor de terugvordering en de rechtmatigheid daarvan? Op welke wijze dient B/T deze nietigheid te herstellen? Betekent dit dan dat de belanghebbenden uit dien hoofde al recht hebben op (financiële) ongedaanmaking van de toeslaggevolgen van deze besluiten en op schadevergoeding?"

6.3. Deze deelvragen zijn gesteld onder de voorwaarde van (deels) bevestigende beantwoording van de eerste deelvraag. Wij hebben deelvraag 1 evenwel ontkennend beantwoord. Daarvan uitgaande behoeven de deelvragen 3 en 4 in beginsel geen beantwoording. Wij zien niettemin aanleiding om deze deelvragen op hoofdlijnen te beantwoorden omdat het antwoord op die vragen wat ons betreft wel nuttige inzichten geeft voor het debat over het nut en de noodzaak van de figuur van nietigheid. Juist de potentiële gevolgen van de nietigheid van besluiten laten zien dat nietigheid geen panklare oplossing biedt voor het KOT-dossier.

6.4. Integendeel: nietigheid compliceert de hersteloperatie (onnodig) verder. Als besluiten nietig zijn, dan wordt ervan uitgegaan dat zij nooit hebben bestaan en dat zij nooit rechtsgevolg hebben gehad (zie deelvraag 1). In meer of mindere mate is dat problematisch, afhankelijk van het antwoord op de vraag welke besluiten nietig zijn en waarom. Wij illustreren dat aan de hand van de volgende (hypothetische, sterk vereenvoudigde en dus niet volledig met de Awir strokende) besluitvormingsladder:

- Aanvraag KOT;
- Voorschot KOT van € 10.000,00;
- Opschorting voorschot na uitbetaling van € 8.000,00;
- Herziening voorschot tot € 6.000,00;
- Terugvordering voorschot van € 2.000,00;
- Vaststelling tegemoetkoming op € 4.000,00;
- Terugvordering tegemoetkoming van € 2.000,00;
- Herziening tegemoetkoming tot € 0,00.

6.5. Stel dat alle besluiten die zijn genomen na de toekenning van het oorspronkelijke voorschot nietig zijn, dan betekent dit dat de vraagouder alsnog aanspraak heeft op betaling van het oorspronkelijke voorschot van € 10.000,00. Nu aanvankelijk slechts € 8.000,00 van dit voorschot is uitbetaald, heeft de belanghebbende

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 26 van 46

dus recht op een bijbetaling door B/T van € 2.000,00. Het kan echter voorkomen dat de belanghebbende reeds geheel of gedeeltelijk heeft voldaan aan de terugvorderingsbeschikkingen door, bijvoorbeeld, € 3.000,00 terug te betalen. In dat geval heeft hij recht op bijbetaling van € 5.000,00.

- 6.6. Als alle latere besluiten nietig zijn, moet ervan worden uitgegaan dat er nog geen besluit op de aanvraag is genomen. Dit betekent dat alsnog – met toepassing van de relevante Wko-bepalingen en met inachtneming van de uitspraken van de Afdeling van 23 oktober 2019 – moet worden onderzocht of een aanspraak op kinderopvangtoeslag bestaat en, zo ja, wat de hoogte hiervan is (zie art. 1.7 Wko). Voor sommige ouders zal dit ertoe leiden dat zij het totale voorschot mogen houden maar voor andere ouders zal dit betekenen dat alsnog (lees: opnieuw) een terugbetalingsverplichting op hen komt te rusten.
- 6.7. Als evenwel meer dan vijf jaar zijn verstreken na de laatste dag van het berekeningsjaar, dan moet het bedrag van de tegemoetkoming ten minste worden gesteld op het bedrag van het voorschot (art. 14 lid 7 Awir). Dit betekent dat – op dit moment, in januari 2021 – geen mogelijkheid meer bestaat om de KOT lager vast te stellen dan het bedrag van het oorspronkelijke voorschot over de jaren tot en met 2015. Dit bevoordeelt ouders die in de jaren tot en met 2015 geen recht hebben op KOT of slechts aanspraak maken tot een lager bedrag dan het voorschot en levert een onderscheid op ten opzichte van de jaren na 2015.
- 6.8. Tot het moment waarop de KOT (opnieuw) is vastgesteld, hebben de vraagouders recht op uitbetaling van het volledige voorschot. Dat voorschot had in termijnen moeten worden uitbetaald (art. 22 Awir) maar dat is niet gebeurd. Dit betekent dat een nabetaaling in één bedrag moet plaatsvinden en dat B/T wettelijke rente verschuldigd is (die op ingewikkelde wijze berekend moet worden), omdat de uitbetaling van het volledige voorschot te laat plaatsvindt (art. 27 Awir). Al deze bedragen moeten echter weer worden terugbetaald aan B/T wanneer de KOT uiteindelijk lager wordt vastgesteld dan het voorschot (als dat nog mogelijk is).
- 6.9. Ditzelfde geldt voor bedragen die ouders hebben betaald aan B/T uit hoofde van een terugvordering. In het hiervoor gegeven voorbeeld ging het om € 3.000,00. Als dit bedrag door B/T zou zijn teruggevorderd en door de vraagouders zou zijn betaald, dan zou het bedrag als onverschuldigd betaald moeten worden geretourneerd aan de ouders door B/T bij nietigheid van het terugvorderingsbesluit. Vervolgens zou opnieuw moeten worden betaald aan B/T door de ouders als uit de nieuwe beslissing op de aanvraag blijkt dat de ouders toch geen recht hebben op KOT die dit bedrag mede omvat, waardoor een nieuw terugvorderingsbesluit moet worden genomen.
- 6.10. Als de terugvorderingsbesluiten als nietig worden beschouwd, moet ervan worden uitgegaan dat de invordering van de openstaande schulden (door middel van een aanmaning en dwangbevel, waartegen geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen openstaan) een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 lid 1 BW oplevert die verplicht tot vergoeding van de geleden schade. Zonder terugvordering is er immers geen schuld met de betaling waarvan de ouder in verzuim was, zodat geen bevoegdheid tot het uitbrengen van een aanmaning en dwangbevel bestond. Eventuele executoriale maatregelen zouden dan zonder feitelijke en juridische grondslag zijn getroffen, omdat er geen invorderbare schuld bestond.
- 6.11. Een en ander leidt tot de onwenselijke situatie dat een ouder recht heeft op terugbetaling van het

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 27 van 46

teruggevorderde door B/T, te vermeerderen met wettelijke rente en schadevergoeding, terwijl later misschien – na het opnieuw vaststellen van de KOT en een eventuele terugvordering – blijkt dat het voorschot (toch) te hoog was en de ouder het voorschot opnieuw moet terugbetalen. In feite komt dan alsnog vast te staan dat de eerste terugvordering (deels) terecht heeft plaatsgevonden, met dien verstande dat de eerste terugvordering als gevolg van de nietigheid toch als onrechtmatig moet worden gezien.

- 6.12. De huidige systematiek van de hersteloperatie gaat ervan uit dat niet alsnog KOT wordt toegekend, maar een compensatie/tegemoetkoming ter hoogte van de onterecht niet genoten KOT. Met deze systematiek zou niet stroken dat tevens – als gevolg van de nietigheid van een besluit – alsnog KOT zou worden toegekend tot het bedrag van het voorschot én de ouder (daar bovenop) aanspraak zou kunnen maken op de toekenning van (alle) elementen van de hersteloperatie. In sommige gevallen zou de nietigheid van besluiten dan ertoe leiden dat de ouder wordt gecompenseerd voor schade die hij niet heeft geleden of – anders gezegd – dat de ouder tweemaal wordt gecompenseerd voor hetzelfde nadeel, omdat de compensatie mede is bedoeld door de onterecht niet genoten KOT. Dit soort dubbele compensatie proberen art. 49 lid 7 Awir en art. 49b lid 1 Awir juist te voorkomen. In onze ogen is bovendien niet uit te leggen dat ouders eerst geld ontvangen om dat vervolgens weer te moeten terugbetalen.
- 6.13. Kort en goed: de nietigheid van besluiten is geen oplossing maar leidt tot een carrousel van betalingen over en weer, die in voorkomend geval later weer ongedaan moeten worden gemaakt.
- 6.14. Hier komt bij dat de nietigheid van de genomen besluiten leidt tot extra rechtsonzekerheid. Voordat de aanspraak op KOT opnieuw kan worden vastgesteld, dient immers een individuele beoordeling van elke aanspraak plaats te vinden. Dit kost veel tijd (en geld) en leidt tot verwarring. Gedurende de beoordelingsperiode zitten de vraagouders in onzekerheid over de vraag op welk bedrag de KOT zal worden vastgesteld (en dus de vraag of zij het (volledige) voorschot mogen houden). Deze beoordelingsronde komt bovenop de beoordeling die reeds moet worden verricht in het kader van de hersteloperatie van art. 49 e.v. Awir, waarbij het uitdrukkelijk niet gaat om het herzien of anderszins openbreken van in rechte onaantastbare KOT-beschikkingen. De administratieve lasten nemen dus toe.
- 6.15. Met het voorgaande voorbeeld hebben wij willen illustreren dat de nietigheid van de besluitvorming van B/T geen voordelen heeft ten opzichte van de huidige inrichting van de hersteloperatie. Omwille van de leesbaarheid zijn wij hierbij ervan uitgegaan dat alle genomen besluiten geheel nietig zijn. Aan het leerstuk van de 'partiële nietigheid' (art. 3:41 BW) van rechtshandelingen, dat erop neerkomt dat een deel van het besluit in stand blijft, hebben wij omwille van de efficiëntie en de duidelijkheid geen aandacht besteed. Ditzelfde geldt voor het leerstuk van 'conversie' (art. 3:42 BW), waarin een nietig besluit wordt vervangen door een geldig besluit. Wij laten deze concepten verder onbesproken, nu het antwoord op deelvraag 1 luidt dat de genomen besluiten niet als nietig kunnen worden beschouwd. Overigens onderstrepen deze leerstukken temeer dat de nietigheid van besluiten geen snelle en eenvoudige oplossing oplevert.

Slotson

- 6.16. Het gevolg van de nietigheid van besluiten zou zijn dat die besluiten en hun rechtsgevolgen nooit hebben

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 28 van 46

bestaan. Er zou dan dus nooit een definitieve aanspraak op KOT zijn geweest. Dit betekent dat de ouder tijdelijk recht heeft op betaling van het oorspronkelijk toegekende voorschot en dat B/T (opnieuw) moet beslissen op de aanvraag van KOT. Dit betekent verder dat alle betalingen die over en weer zijn verricht buiten het kader van het oorspronkelijke voorschot onverschuldigd hebben plaatsgevonden en ongedaan moeten worden gemaakt. Nadat de B/T het recht op KOT (opnieuw) heeft vastgesteld, ontstaan opnieuw betalingsverplichtingen. Het aannemen van de nietigheid van de genomen besluiten draagt niet bij aan een snelle en eenduidige oplossing maar zou het herstel aanzienlijk compliceren en vertragen.

- 6.17. Het gevolg van de nietigheid van besluitvorming is dat terugvorderingsbesluiten en hun rechtsgevolgen nooit hebben bestaan. Hiervan uitgaande is de terugvordering – door middel van een aanmaning, dwangbevel en verdere executoriale maatregelen – een onrechtmatige daad, omdat een niet bestaande schuld werd ingevorderd. In principe brengt het leerstuk van de onverschuldigde betaling mee dat terugbetaalde bedragen moeten worden geretourneerd aan de ouders. Dit kan tijdelijk zijn, omdat B/T opnieuw zal moeten beslissen op de aanvraag en, afhankelijk van de beslissing op de aanvraag, opnieuw zal moeten beslissen over terugvordering. Als opnieuw een terugvorderingsbeschikking wordt genomen, moeten de ouders de retour ontvangen bedragen opnieuw overmaken aan B/T.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 29 van 46

7. Deelvraag 2: is het door B/T niet zelf intrekken van de besluiten onrechtmatig?

7.1. Uw tweede deelvraag luidt als volgt:

"2. Leidt de informatie [uit het conceptadvies van de landsadvocaat, het memo van de vaktechnisch coördinator en het rapport van de AP] in algemene zin tot de conclusie dat het handhaven van de besluiten bedoeld onder vraag 1, ook als deze inmiddels onherroepelijk vaststaan, als een onrechtmatige overheidsdaad moet worden beschouwd?"

7.2. In eenvoudige taal samengevat: zijn de besluiten van B/T zó onrechtmatig, dat het laten voortbestaan daarvan op zichzelf al onrechtmatig is jegens de getroffen vraagouders?

7.3. Wij merken als eerste op dat de mate waarin het conceptadvies van de landsadvocaat, het memo van de vaktechnisch coördinator en het rapport van de AP van invloed zijn op de rechtmatigheid van besluiten, in onderdeel 4 van dit advies reeds is beantwoord. In het kort komen wij tot de conclusie dat – nu de mate van onrechtmatigheid niet relevant is voor de nietigheidsvraag – die documenten vanuit juridisch perspectief niet tot andere inzichten leiden dan de stukken waarop de commissie-Donner en de POK hun bevindingen hebben gebaseerd. Wij verwijzen naar dat onderdeel voor een uitgebreidere beantwoording.

7.4. Het plan van behandeling van de tweede deelvraag is als volgt. Eerst lichten wij toe wat de formele rechtskracht is en wat dit leerstuk concreet betekent. Daarna staan wij stil bij de vraag of het mogelijk is dat een onaantastbaar besluit toch onrechtmatig is, gelet op de leer van de formele rechtskracht (en zo ja, wanneer dat het geval zou kunnen zijn). Daarna bespreken wij de vraag of het daarbij uitmaakt of de vraagouder een verzoek doet om dat besluit te herzien.

7.5. Wij hechten er waarde aan om op te merken dat de figuur van 'gezag van gewijsde' (de bindende kracht van onaantastbare rechtelijke uitspraken) hier niet zal worden besproken. Ten eerste omdat ons voorbeeld ziet op een geval waarin een KOT besluit onaantastbaar is geworden *zonder* dat er een bestuursrechter naar heeft gekeken (dus dat er geen uitspraak van de bestuursrechter is in ons voorbeeld). Ten tweede omdat de drempel voor het aannemen van een uitzondering op de regel aangaande het gezag van gewijsde hoger ligt dan de drempel voor het aannemen van een uitzondering op de formele rechtskracht. Er zal dan ook eerder een uitzondering op de formele rechtskracht kunnen worden aangenomen, dan een uitzondering op het gezag van gewijsde.

De formele rechtskracht

7.6. In het Nederlands recht geldt het leerstuk van de formele rechtskracht. Het leerstuk houdt in dat een bestuursrechtelijk besluit rechtens onaantastbaar wordt als er geen gewone rechtsmiddelen meer tegen open staan. Dit besluit wordt dan geacht 'formele rechtskracht' te hebben verkregen. Daaronder worden een tweetal gevolgen verstaan. Ten eerste is het besluit onaantastbaar. De *rechtsgeldigheid* daarvan staat

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 30 van 46

daarmee vast. Ten tweede moet uitgegaan worden van de *rechtmatigheid* van dat besluit.³⁹

- 7.7. De onaantastbaarheid houdt in dat de rechtsgevolgen van het besluit niet meer kunnen worden teruggedraaid door middel van de inzet van normale rechtsmiddelen. Een dergelijk besluit wordt wel aangeduid als 'onherroepelijk', hoewel dat technisch niet juist is omdat een dergelijk besluit onder omstandigheden nog wel kan worden herroepen door het bestuur. Bij de gevolgen van de onaantastbaarheid van het besluit staat het 'dictum' van het besluit centraal. Dit aspect van de formele rechtskracht betekent dat het dictum rechtsgeldig is en rechtsgevolg heeft. Denk bijvoorbeeld aan een omgevingsvergunning voor het bouwen van een huis. Zodra het besluit tot verlening van die omgevingsvergunning onaantastbaar is, staat vast dat het huis (vanuit het publiekrecht bezien) mag worden gebouwd. De Hoge Raad formuleert dit gevolg zo:

*"De taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter brengt mee dat moet worden uitgegaan van de geldigheid van een besluit van een bestuursorgaan indien daartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan en deze rechtsgang hetzij niet is gebruikt, hetzij niet tot vernietiging van het besluit heeft geleid (kort gezegd: het beginsel van de formele rechtskracht)."*⁴⁰

- 7.8. De Afdeling formuleert dit gevolg zo:

*"2.6. De Afdeling stelt vast dat de rechtbank ten onrechte niet in haar oordeel heeft betrokken dat de exploitatievergunning met het gewraakte voorschrift A5 bij besluit van 2 juli 2002 aan Megabucks is verleend en dat hiertegen destijds geen bezwaar is gemaakt. De vergunning is derhalve in rechte onaantastbaar geworden zodat van de gelding van de aan de vergunning verbonden voorschriften in rechte moet worden uitgegaan."*⁴¹

- 7.9. Ten tweede wordt ingevolge de formele rechtskracht het onaantastbare besluit voor rechtmatig gehouden, zowel voor wat betreft de inhoud van het besluit, als de wijze van totstandkoming daarvan. Zowel het nemen als het handhaven van dat besluit wordt dus rechtmatig geacht. Stel bijvoorbeeld dat het bestuursorgaan per abuis de buurman van een overtreder een last onder dwangsom oplegt, hoewel hij evident geen overtreder is. Als het besluit onaantastbaar wordt, dan wordt er vanwege de formele rechtskracht toch van uitgegaan dat het besluit rechtmatig is – ook al is dat duidelijk niet het geval. Dit noemt men ook wel de 'rechtmatigheidsfictie'. De Hoge Raad formuleert dit gevolg in het ARS/Staat-arrest⁴² als volgt:

"3.3.3 In de onderhavige procedure dient, naar vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, de rechter ervan uit te gaan dat de dwangsombeschikking zowel wat haar inhoud als haar wijze van tot stand

³⁹ Zie (onder meer) T.N. Sanders, 'Liever rechtszekerheid dan rechtvaardigheid? De formele rechtskracht bij ketenbesluitvorming in het bestuursrecht', in: J.E.M. Polak, e.a. De toekomst van de formele rechtskracht, VAR preadviezen 2019 p.71 e.v.

⁴⁰ HR 17 december 1999, NJ 2000/87, AB 2000/89, m.nt. P.J. van Buuren (Groningen/Raatgever).

⁴¹ AbRvS 24 januari 2007, AB 2007/198, m.nt. A.T. Marseille.

⁴² HR 17 december 2010, AB 2011/25, m.nt. G.A. van der Veen, NJ 2011/89, m.nt. M.R. Mok (ARS/Staat).

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 31 van 46

komen betreft met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen in overeenstemming is. Ook indien als vaststaand kan worden aangenomen dat die beschikking zou zijn vernietigd wanneer daartegen tijdig bij de bestuursrechter zou zijn opgekomen, dient de rechter van de formele rechtskracht van deze beschikking uit te gaan, terwijl de vraag of er in een situatie als hier aan de orde is, reden is de beschikking in te trekken, te wijzigen of te herzien, slechts ter beoordeling staat aan de bestuursrechter (HR 5 september 1997, nr. 16381, LJN ZC2418, NJ 1998/47 [Schut/Utrecht]). Het oordeel van het hof dat aan de onderhavige beschikking formele rechtskracht toekomt en dat daaraan niet afdoet dat in een latere bestuursrechtelijke procedure een ander besluit is vernietigd op grond van gebreken die ook aan de onderhavige beschikking zouden kleven, is gelet op het vorenstaande dus juist. Het beginsel van formele rechtskracht brengt, anders dan het middel betoogt, niet mee dat de burgerlijke rechter zich naar zodanige latere uitspraak van de bestuursrechter (of naar een latere uitspraak van de strafrechter) dient te richten en de beschikking op die grond formele rechtskracht moet onthouden.”⁴³

7.10. Hoe verstrekkend de gevolgen van deze fictie kunnen zijn blijkt ook uit het Vulhop/Amsterdam-arrest.⁴⁴ Daarin overweegt de Hoge Raad dat zelfs als de Hoge Raad als bestuursrechter heeft geoordeeld dat de grondslag voor het besluit onverbindend is, zodat alle op die grondslag gebaseerde beschikkingen voor vernietiging in aanmerking komen, dit niet betekent dat een uitzondering op de formele rechtskracht kan worden aanvaard voor de reeds onaantastbare beschikkingen op die grondslag.⁴⁵ Die worden rechtsgeldig en rechtmatig geacht.

7.11. De Afdeling formuleert deze fictie als volgt:

“De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat de besluiten van 17 januari 1997 in rechte onaantastbaar zijn geworden nadat [appellant] zijn beroep tegen het besluit van de burgemeester van 10 april 1997 had ingetrokken en dat dit tot gevolg heeft dat thans van de rechtmatigheid van die besluiten, zowel wat hun wijze van tot stand komen als wat hun inhoud betreft, moet worden uitgegaan.”⁴⁶

7.12. Ook de Afdeling aanvaardt de verstrekkende gevolgen van de rechtmatigheidsfictie. Zo overweegt de Afdeling in de alcoholslotprogramma-uitspraken dat het feit dat die regeling in zijn geheel door de Afdeling onverbindend is geacht geen aanleiding is om de formele rechtskracht van reeds onaantastbare beschikkingen waarbij een alcoholslotmaatregel is opgelegd te doorbreken:

“1. Bij besluit van 28 augustus 2013 heeft het CBR het rijbewijs van [appellant] ongeldig verklaard en hem verplicht deel te nemen aan een asp. Bij besluit van 17 januari 2014 heeft het CBR het

⁴³ HR 17 december 2010, AB 2011/25, m.nt. G.A. van der Veen, NJ 2011/89, m.nt. M.R. Mok (ARS/Staat).

⁴⁴ HR 16 oktober 1992, AB 1993/40, m.nt. F.H. van den Burg (Vulhop/Amsterdam).

⁴⁵ HR 16 oktober 1992, AB 1993/40, m.nt. F.H. van den Burg (Vulhop/Amsterdam).

⁴⁶ AbRvS 26 november 2008, AB 2008/378, m.nt. R. Ortlep naar welke uitspraak wordt verwezen in ABRvS 5 januari 2011, AB 2012/52, m.nt. P.J. Stolk en ABRvS 31 mei 2017, Gst. 2017/148, m.nt. C.M.M. van Mil.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 32 van 46

door [appellant] daartegen gemaakte bezwaar niet-ontvankelijk verklaard wegens het niet tijdig indienen van het bezwaarschrift. [appellant] heeft hiertegen geen rechtsmiddelen aangewend, zodat dit besluit onherroepelijk is geworden.

[...]

6.1. Het CBR heeft [appellant] in 2013 een asp opgelegd met toepassing van artikel 17 van de Regeling. In de door [appellant] genoemde uitspraak van 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622, heeft de Afdeling overwogen dat deze bepaling onverbindend is, onder meer omdat deze bepaling in een substantieel aantal gevallen onevenredig kan uitwerken. In dezelfde uitspraak heeft de Afdeling overwogen dat deze onverbindendheid niet betekent dat het CBR, hoewel daartoe bevoegd, gehouden is om reeds in rechte onaantastbaar geworden besluiten tot oplegging van een asp te heroverwegen. De Afdeling heeft in dat verband gewezen op de uitspraak van de Hoge Raad van 16 oktober 1992 (ECLI:NL:HR:1992:ZC0718; Vulhop). In die uitspraak heeft de Hoge Raad geoordeeld dat aan de formele rechtskracht van een beschikking waartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan en deze rechtsgang niet is gebruikt, niet wordt afgedaan in het geval de regeling waarop het besluit is gebaseerd, onverbindend is verklaard. [...].⁴⁷

- 7.13. Ook specifiek ten aanzien van de KOT hanteert de civiele rechter de leer van de formele rechtskracht onverkort. In het geval waarin een vraagouder stelde de dupe te zijn geweest van een frauderend gastouderbureau (en dus ten onrechte te zijn geconfronteerd met terugvordering door B/T) trachtte deze vraagouder via de civiele rechter te bewerkstelligen dat de handelwijze van B/T alsnog onrechtmatig zou worden verklaard (en dat de gevolgen van de besluitvorming feitelijk zou worden teruggedraaid). Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde toen:

"5.1 Het hof stelt bij de beoordeling van de grieven, net als de rechtbank in rechtsoverwegingen 4.2 - 4.4 van het bestreden vonnis, voorop dat de beschikkingen waarbij de voorschotten kinderopvangtoeslag op nihil zijn gesteld, (in beginsel) onherroepelijk vast staan en formele rechtskracht hebben. Het leerstuk van de formele rechtskracht berust op de gedachte dat een doelmatige taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter is geboden. Wanneer tegen een besluit een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan en, zoals hier, de daartegen gerichte rechtsmiddelen niet tot herroeping of vernietiging hebben geleid, moet de burgerlijke rechter om die reden uitgaan van de rechtmatigheid van het besluit. Dat besluit wordt dan zowel wat betreft de wijze van totstandkoming als wat betreft de inhoud in beginsel in overeenstemming geacht met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen. Slechts in zeer bijzondere omstandigheden kan hierop een uitzondering worden aanvaard.

⁴⁷ AbRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2870. Zie ook AbRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:679 en AbRvS 4 maart 2015, AB 2015/160, m.nt. R. Stijnen, JB 2015/57, m.nt. A.M.M.M. Bots.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 33 van 46

5.2. Met grief III en de toelichting daarop betogen [appellanten] c.s. onder meer dat in dit geval sprake is van bijzondere omstandigheden die een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht rechtvaardigen. Als zodanig is naar het oordeel van het hof echter niet aan te merken het door [appellanten] c.s. gestelde feit dat de Ontvanger heeft nagelaten hen op de hoogte te stellen van een onderzoek van de FIOD naar belastingfraude bij Kids2Oma. Ook de verwerping van verzoeken om uitstel en het horen van een getuige daarover in het geschil bij de bestuursrechter is geen bijzondere omstandigheid in deze zin. Grief III faalt daarom in zoverre.

5.3. Dat betekent dat moet worden uitgegaan van de rechtmatigheid van de beschikkingen waarbij de voorschotten kinderopvangtoeslag over de periode 2008 tot en met 2010 zijn teruggebracht naar nihil en dat [appellanten] c.s. gehouden zijn tot terugbetaling van de met betrekking tot die periode ten onrechte verstrekte toeslagen. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, staat daarmee ook vast dat de terugvordering niet onrechtmatig is en dat deze niet kan leiden tot een onverschuldigde betaling door [appellanten] c.s. of een ongerechtvaardigde verrijking van de Ontvanger (grief III).⁴⁸

- 7.14. De formele rechtskracht houdt dus in dat een besluit van B/T, ook als dat evident onrechtmatig tot stand is gekomen of een evident onrechtmatige inhoud heeft, tóch voor rechtmatig moet worden gehouden als het eenmaal onaantastbaar is geworden.
- 7.15. Dat wringt. Het wringt des te meer, als men de reden voor het bestaan van de leer van de formele rechtskracht erbij betreft. Immers, die leer beschermt in het bestuursrecht primair de rechtszekerheid. Het is de belichaming van het beginsel van 'klaar is klaar' (of, voor juristen: *lites finiri oportet*). Binnen de context van de KOT (een financiële verhouding tussen burger en overheid, waarbij geen derde-belanghebbenden betrokken zijn), dient de rechtszekerheid echter feitelijk (uitsluitend) de financiële belangen van de overheid.

Kan het in stand laten van een onrechtmatig maar onaantastbaar besluit op zichzelf onrechtmatig zijn?

- 7.16. De aan ons gestelde (deel)vraag ziet op de situatie waarin B/T een onaantastbaar besluit 'laat voortbestaan'. Voor dit laten voortbestaan, is geen besluit nodig. Het betreft een nalaten van B/T. De gedachte lijkt te zijn dat B/T wellicht onrechtmatig zou handelen jegens de vraagouder en uit dien hoofde schadeplichtig zou zijn door de (onrechtmatige) onaantastbare besluiten niet (ambtshalve) in te trekken.
- 7.17. Om een onaantastbaar besluit terug te draaien, is er een beslissing van B/T nodig over de vraag of het besluit gehandhaafd moet worden. Dat is een bestuursrechtelijk besluit waartegen rechtsbescherming open staat bij de bestuursrechter. De (civiele kamer van de) Hoge Raad heeft geoordeeld dat in zo een geval de bestuursrechter (en niet de civiele rechter) zich zal moeten buigen over de vraag of het handhaven van het oorspronkelijke besluit al dan niet onrechtmatig is, tenzij de rechtsbescherming ter zake tekortschiet. De

⁴⁸ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 28 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1692.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 34 van 46

Hoge Raad oordeelde daarover in een zaak over het alcoholslotprogramma als volgt:

“3.4.1. Het CBR beslist op grond van de Wegenverkeerswet 1994 en het Reglement rijbewijzen onder meer over schorsing en ongeldigverklaring van rijbewijzen wegens ongeschiktheid, de afgifte en de registratie van verklaringen van geschiktheid welke benodigd zijn voor de afgifte van rijbewijzen, en het opleggen van het ASP (te dezen zijn met name van belang de art. 130-132 en 132b Wegenverkeerswet 1994 en art. 97 e.v. Reglement rijbewijzen). De beslissingen terzake van het CBR leveren een besluit op als bedoeld in de Awb, waarvan op grond van die wet bezwaar en beroep openstaan. Dit betekent dat de burgerlijke rechter degene die bij hem opkomt tegen deze beslissingen, niet-ontvankelijk dient te verklaren, tenzij de rechtsbescherming terzake bij de bestuursrechter tekortschiet (vgl. onder meer HR 28 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0527, NJ 1992/687 (Changoe/Staat), en HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049 (Universiteiten/SCAU), rov. 4.1.5).

[...]

3.4.3. Mede gelet op het vorenstaande komt de in dit geding door [verweerders] ingestelde vordering erop neer dat het CBR moet terugkomen van zijn besluiten tot ongeldigverklaring van de rijbewijzen en tot oplegging van het ASP of, in afwijking van het bepaalde in art. 97 lid 5 Reglement rijbewijzen, een verklaring van geschiktheid dient af te geven en te registreren, opdat aan hen een rijbewijs kan worden afgegeven. In beide gevallen gaat het om een beslissing van het CBR die een besluit oplevert als hiervoor in 3.4.1 bedoeld. Uit het hiervoor in 3.4.1 overwogene volgt dan ook dat [verweerders] niet-ontvankelijk in hun vordering bij de burgerlijke rechter zijn, nu de bestuursrechter bevoegd is te beslissen op een beroep tegen een besluit als in deze zaak van het CBR verlangd, en niet is aangevoerd of gebleken dat de rechtsbescherming bij de bestuursrechter in dit geval zou tekortschieten.”⁴⁹

- 7.18. Gelet op de kritiek van de POK op het functioneren van de Afdeling als bestuursrechter is niet ondenkbaar dat de vraag leeft of de rechtsbescherming bij de bestuursrechter wellicht tekort zou hebben geschoten voor wat betreft de KOT (al dan niet in de periode vóór 23 oktober 2019). Dat zou dan wellicht een uitzondering op het oordeel van de Hoge Raad kunnen rechtvaardigen, zodat de civiele rechter een vraagouder toch zou moeten ontvangen in zijn vordering en dus toch inhoudelijk zou kunnen oordelen over de vraag of het onrechtmatig is om een bepaald onaantastbaar besluit te laten voortbestaan. Naar onze mening wordt op dit moment sowieso voldoende rechtsbescherming geboden in de vorm van de toetsing van beslissingen van B/T om al dan niet terug te komen van besluiten (zie hierna sub 7.23 e.v.)
- 7.19. Evenmin kan worden gezegd dat de rechtsbescherming tot 23 oktober 2019 tekortschoot of dat geen met voldoende waarborgen omklede rechtsgang openstond tegen de besluiten van B/T. Het enkele feit dat de Afdeling vóór 23 oktober 2019 een andere - voor de vraagouders beduidende strengere - koers voer, is daarvoor onvoldoende. In dat verband wijzen wij erop dat het hiervoor geciteerde Alcoholslotprogramma

⁴⁹ HR 20 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:58.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 35 van 46

arrest van de Hoge Raad tot stand kwam naar aanleiding van het 'omgaan' van de Afdeling voor wat betreft de rechtmatigheid van een alcoholslotprogramma-maatregel.⁵⁰ Ook toen was eerder sprake van een beduidend nadeligere koers van de Afdeling. Die gewijzigde koers betekende volgens de Hoge Raad niet dat de rechtsbescherming die de bestuursrechter heeft geboden voordien tekortschoot.

- 7.20. Dit betekent dat in beginsel de bestuursrechter zal moeten beoordelen of het handhaven van de besluiten inzake de KOT al dan niet rechtmatig is. De bestuursrechter hanteert de leer van de formele rechtskracht. Hoewel er vraagtekens gezet kunnen worden bij de vraag of de leer van de formele rechtskracht voor dit soort gevallen zonder meer zou moeten worden toegepast, constateren wij dat de leer van de formele rechtskracht op het moment van schrijven van dit advies nog geldt en ook toegepast zal worden door de bestuursrechter (behoudens toekomstige koerswijzigingen van de bestuursrechter op dit vlak). Zoals toegelicht is de mate van onrechtmatigheid van een besluit voor de werking van de formele rechtskracht verder irrelevant naar de huidige stand van de rechtspraak. Of een besluit 'een beetje' onrechtmatig is, of dat het besluit 'heel erg' onrechtmatig is, maakt dus geen verschil. In beide gevallen dekt de formele rechtskracht de besluiten en moeten zij voor rechtmatig worden gehouden.
- 7.21. Naar de huidige stand van het recht is het antwoord op uw deelvraag dan ook: nee, het laten voortbestaan van een onaantastbaar, maar onrechtmatig, besluit kan op zichzelf genomen niet onrechtmatig zijn.
- 7.22. Wij wijzen er echter op dat het wél mogelijk onrechtmatig is om – na een hiertoe strekkend verzoek van een vraagouder – niet terug te komen op een onaantastbaar maar onrechtmatig besluit. Ook kan het onrechtmatig zijn als B/T uitvoering geeft aan een evident onrechtmatig besluit.

Het kan onrechtmatig zijn om een onaantastbaar besluit desgevraagd niet te herzien

- 7.23. Het enkel laten voortbestaan van een onrechtmatig (maar onaantastbaar) besluit is dus geen onrechtmatige daad. Immers, het besluit is vanwege de leer van de formele rechtskracht als rechtmatig te beschouwen. Hoewel strikt genomen geen onderdeel van uw vraagstelling, wijzen wij erop dat dit anders wordt in het geval een belanghebbende verzoekt om terug te komen op een onrechtmatig besluit. In dat geval kan de weigering om dat te doen wel onrechtmatig zijn. De hoogste bestuursrechters hanteren hier allemaal een vergelijkbare lijn in de rechtspraak. Zo overweegt de Afdeling:

"2.2. Uitgangspunt is dat een bestuursorgaan in het algemeen bevoegd is om een verzoek om terug te komen van een besluit inhoudelijk te behandelen en daarbij het oorspronkelijke besluit in volle omvang te heroverwegen. Het bestuursorgaan kan zo'n aanvraag inwilligen of afwijzen. Een bestuursorgaan mag dit ook als de rechtzoekende aan zijn verzoek geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden ten grondslag heeft gelegd. Het bestuursorgaan kan er ingevolge artikel 4:6, tweede lid, van de Awb ook nog steeds voor kiezen om, als er volgens hem geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden zijn, het verzoek om terug te komen van een besluit af te wijzen onder verwijzing naar zijn eerdere afwijzende besluit. Als het bestuursorgaan -

⁵⁰ ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 36 van 46

overeenkomstige - toepassing geeft aan artikel 4:6, tweede lid, van de Awb, dan toetst de bestuursrechter aan de hand van de aangevoerde beroepsgronden en eventueel door het bestuursorgaan gevoerd beleid, of het bestuursorgaan zich terecht, en zorgvuldig voorbereid en deugdelijk gemotiveerd op het standpunt heeft gesteld dat er geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden zijn.

Als de bestuursrechter tot het oordeel komt dat het bestuursorgaan zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat er geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden zijn, dan kan dat afwijzing van het verzoek om terug te komen van een besluit in beginsel dragen. De bestuursrechter kan aan de hand van wat de rechtzoekende heeft aangevoerd evenwel tot het oordeel komen dat het besluit op het verzoek om terug te komen van een besluit evident onredelijk is.”⁵¹

7.24. De Centrale Raad van Beroep⁵² en het College van Beroep voor het bedrijfsleven⁵³ hanteren soortgelijke lijnen met eenzelfde criterium.

7.25. Het voorgaande betekent dat het op verzoek van een vraagouder weigeren om terug te komen op een in rechte onaantastbare beschikking onrechtmatig zou kunnen zijn indien die weigering evident onredelijk is. Bij de KOT speelt echter een bijzonder probleem. Daar is de mogelijkheid om te herzien – anders dan in het algemene bestuursrecht – wettelijk beperkt. De Awir kent in artikel 21a een limitatieve regeling voor het herzien van beschikkingen in het voordeel van de belanghebbende. Zoals de commissie-Donner ook heeft geconstateerd⁵⁴ geldt bij herziening op grond van artikel 21a Awir jo. artikel 5a UAwir dat:

“[d]e bevoegdheid van Toeslagen tot herziening van onherroepelijk geworden KOT-besluiten [...] beperkt [is] tot vijf jaar na het jaar waarvoor de toeslag werd verstrekt, en zij kan in beginsel niet worden gebruikt naar aanleiding van nieuwe jurisprudentie of nieuwe beleidsregels.”⁵⁵

7.26. De commissie-Donner heeft om die reden geadviseerd om de herzieningsmogelijkheden te verruimen. Dat is niet gebeurd. Het gevolg hiervan is dat hoewel het algemene bestuursrecht wel ruimte voor herziening biedt, de Awir die ruimte bij wet heeft beperkt zodat een mogelijkheid die in de rest van het bestuursrecht wel beschikbaar is, in het geval van de KOT niet beschikbaar is.

7.27. Overigens merken wij op dat het herzien van alle individuele beschikkingen – net zoals in het geval van nietigheid – naar ons oordeel de uitvoering van de hersteloperatie niet zou versnellen, maar juist ingewikkelder en langzamer zou maken, omdat alle individuele beschikkingen dan opnieuw zouden moeten

⁵¹ ABRvS 31 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1436. Zie ook: ABRvS 22 juni 2016, AB 2016/253, m.nt. M. Reneman en ABRvS 23 november 2016, AB 2017/101, m.nt. H.E. Bröring.

⁵² CRvB 20 december 2016, AB 2017/102, m.nt. H.E. Bröring.

⁵³ CBb 24 mei 2017, AB 2017/334, m.nt. R. Stijnen.

⁵⁴ Omzien in Verwondering, Interim-advies Adviescommissie uitvoering toeslagen, 14 november 2019, p. 40.

⁵⁵ Omzien in Verwondering 2, Eindadvies Adviescommissie uitvoering toeslagen, 12 maart 2020, p.43.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 37 van 46

worden beoordeeld om te bezien of en zo ja in hoeverre die herziening behoeven.

Het kan onrechtmatig zijn om een onaantastbaar besluit uit te (blijven) voeren

- 7.28. In de bestuursrechtspraak is een tendens zichtbaar waarin de bestuursrechter erkent dat de werking van de formele rechtskracht bij ketenbesluitvorming (zoals aan de orde bij de KOT) soms tot onredelijke uitkomsten kan leiden en bijstelling behoeft. Dat gebeurt tot dusver alleen in situaties waarbij sprake is van een financiële tweepartijenverhouding tussen de burger en de overheid, waarbij er geen andere belanghebbenden zijn. Wij identificeren een tweetal lijnen in de rechtspraak die deze strekking hebben.
- 7.29. Ten eerste de bijzondere omstandigheid bij de invordering van een dwangsom of het kostenverhaal bij bestuursdwang. In veel gevallen is een bestuursorgaan bevoegd om handhavend op te treden door oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang. Dat besluit houdt dan in dat de overtreder wordt gelast om de overtreding te beëindigen. Doet de overtreder dat niet, dan verbeurt hij een dwangsom, of kan het bestuursorgaan bestuursdwang toepassen. Het komt voor dat het bestuursorgaan iemand aanschrijft die helemaal geen overtreder is of iemand die helemaal geen overtreding begaat. In die gevallen oordeelt de Afdeling dat, ook al houdt de leer van de formele rechtskracht in dat het besluit waarbij de last is opgelegd rechtmatig is, de dwangsom toch niet ingevorderd kan worden omdat het uitvoeren van het besluit waarbij de last is opgelegd "evident onredelijk" kan zijn.⁵⁶
- 7.30. Ten tweede de evenredigheidsexceptie bij de terugvordering van subsidies. Bij subsidieverleningen is lange tijd de praktijk geweest dat in de subsidievoorwaarden een verplichting werd opgenomen inhoudende dat de bestuurders van de subsidieontvangers zich moesten houden aan de Wet Normering Topinkomens ('WNT'). Die praktijk achtte de Afdeling niet rechtmatig omdat de verplichting niet strekte tot verwezenlijking van het doel van de subsidie, maar tot verwezenlijking van een ander doel, namelijk inkomenspolitiek. Er waren toen gevallen in de rechtspraak waarbij de subsidieontvanger niet was opgekomen tegen de subsidieverlening. De (achteraf bezien) onrechtmatige subsidieverplichting, was dan onaantastbaar. Bij overtreding van die verplichting stelde het bestuursorgaan de subsidie dan lager vast en vorderde het teveel betaalde bedrag terug. Dan oordeelde de Afdeling dat het terugvorderingsbesluit onevenredig uitpakt (omdat de subsidievoorwaarde nooit gesteld had mogen worden) en om die reden onrechtmatig is.⁵⁷
- 7.31. Hieruit volgt dat er bewegingen in de bestuursrechtspraak zijn die inhouden dat – in ieder geval in de context van een tweepartijenverhouding binnen het bestuursrecht – de leer van de formele rechtskracht niet langer een wet van meden en perzen is. De bestuursrechter acht zich bevoegd om bij toetsing van besluiten die gebaseerd zijn op een ander besluit dat evident onrechtmatig is, in te grijpen om de scherpe kanten van de formele rechtskracht te beperken.
- 7.32. Toegepast in de situatie van de KOT, kan deze beweging in de rechtspraak ertoe leiden dat de bestuursrechter in sommige gevallen zou kunnen oordelen dat de uitvoering van een onaantastbaar besluit

⁵⁶ AbRvS 20 september 2017, AB 2017/356, m.nt. T.N. Sanders.

⁵⁷ AbRvS 18 oktober 2017, AB 2017/422, m.nt. W. den Ouden.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 38 van 46

onrechtmatig is – ondanks de leer van de formele rechtskracht. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin B/T een voorschotbeschikking herziet op zodanige gronden dat die herziening evident onrechtmatig is (zoals het door ons aangehaalde voorbeeld). De herzieningsbeschikking wordt onaantastbaar. Vervolgens neemt B/T een terugvorderingsbeschikking om de te veel ontvangen KOT terug te vorderen. Bij een dergelijk besluit is het gelet op de eerder geschetste rechtspraak voorstelbaar dat de bestuursrechter die vernietigt vanwege de onrechtmatigheid van de herzieningsbeschikking (voor zover niet tegelijk genomen).

- 7.33. In het verlengde hiervan is ook niet ondenkbaar dat de civiele rechter tot eenzelfde conclusie komt bij de toetsing van de feitelijke uitvoering van de herzienings- en terugvorderingsbeschikkingen. De civiele rechter is namelijk bevoegd om in het kader van een verzetsprocedure op grond van art. 32 lid 5 Awir in samenhang met art. 17 Invorderingswet 1990 te oordelen over de uitvaardiging en uitvoering van een dwangbevel.⁵⁸
- 7.34. Wij constateren echter dat dit zal afhangen van de omstandigheden van het specifieke besluit dat ten uitvoer wordt gelegd. Wij schatten in dat ons voorbeeldbesluit vermoedelijk zou stuiten op bezwaren van de bestuursrechter en/of de civiele rechter indien dit verder ten uitvoer zou worden gelegd. Ter herinnering: ons voorbeeld betreft een (hypothetisch) besluit van B/T waarbij het voorschot kinderopvangtoeslag in een CAF-zaak – zonder voorafgaand onderzoek – is herzien en vastgesteld op nihil, terwijl de betrokken ouder aantoonbaar 99% van de kosten van kinderopvang heeft gemaakt, enkel en alleen op basis van de dubbele nationaliteit van die vraagouder. Een terugvordering op basis hiervan houdt vermoedelijk geen stand.

⁵⁸ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2893.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 39 van 46

8. Deelvraag 5: als het niet intrekken van de besluiten onrechtmatig is, volgt daaruit al een recht op compensatie?

8.1. Uw vijfde deelvraag luidt als volgt:

"5. Als het antwoord op vraag 2 bevestigend luidt, betekent dit dan dat de belanghebbenden uit dien hoofde al recht hebben op (financiële) ongedaanmaking van de toeslaggevolgen van deze besluiten en op schadevergoeding?"

8.2. Nu wij hebben vastgesteld dat het handhaven van de onaantastbare KOT-besluiten op zichzelf niet onrechtmatig is, constateren wij dat deze vraag geen beantwoording behoeft.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 40 van 46

9. Deelvraag 6: zijn de getroffen herstelregelingen een adequaat instrument in geval van nietigheid?

9.1. De zesde deelvraag luidt als volgt:

"6. Als het antwoord op vraag 1 en/of vraag 2 bevestigend luidt, vormen de per 1 juli 2020 getroffen wettelijke herstelregelingen, die ook zijn gericht op ongedaanmaking en herstel van de gevolgen, in zijn geheel en per onderdeel gezien een juridische adequaat instrument om tegemoet te komen aan de nietigheid van de besluiten of de onrechtmatige overheidsdaad?"

9.2. Het antwoord op vraag 1 luidt ontkennend. In theorie kan een besluit nietig zijn, maar de besluiten die B/T heeft genomen, zijn dat niet. Het antwoord op vraag 2 luidt eveneens ontkennend. Het handhaven/laten voortbestaan van onaantastbare besluiten van B/T levert op zichzelf geen onrechtmatige overheidsdaad op. Strikt genomen behoeft deelvraag 6 dan ook geen beantwoording.

9.3. Omdat wij hebben vastgesteld dat nietigheid in theorie mogelijk is (ook al is daar hier naar ons oordeel geen sprake van), gaan wij hierna wel kort in op de vraag of de wettelijke herstelregelingen naar onze mening toereikend zouden zijn – in termen van ongedaanmaking en herstel van de gevolgen - in de hypothetische situatie dat de besluitvorming nietig zou zijn.

9.4. De herstelregelingen die met ingang van 1 juli 2020 in de wet zijn opgenomen, zijn de volgende:⁵⁹

- a. De hardheidstegemoetkoming van art. 49 Awir voor het geval de herziening van een beschikking (waartoe het Verzamelbesluit Toeslagen is verruimd) geen optie is;
- b. De compensatieregeling van art. 49b Awir in samenhang met het Besluit Compensatieregeling CAF 11 en vergelijkbare (CAF-)zaken wegens institutionele vooringenomenheid;
- c. De O/GS-tegemoetkoming van art. 49c Awir, tenzij voor de terugvordering recht op compensatie bestaat overeenkomstig de compensatieregeling;
- d. Het vangnet van art. 49a Awir voor het geval de overige herstelregelingen niet voldoende zijn.

9.5. Wanneer deze regelingen van toepassing zijn en waartoe zij (in financiële zin) voor de getroffen ouder kunnen leiden, veronderstellen wij bekend en lichten wij daarom niet nader toe.

9.6. Van belang is dat eind december 2020 is bekendgemaakt dat minimaal € 30.000,00 zal worden aangeboden aan alle getroffen ouders en dat belasting- en premieschulden zullen worden kwijtescholden.⁶⁰ Dit aanbod staat open voor alle ouders die zijn gedupeerd door de 'alles-of-niets-uitleg' van de wet of door de buitensporige fraudejacht. Nu deze tegemoetkoming niet per 1 juli 2020 in de wet is neergelegd, valt deze tegemoetkoming strikt genomen buiten het bereik van de vraagstelling. Wij kunnen echter niet buiten beschouwing laten dat aan de ouders ook deze vorm van herstel wordt aangeboden

⁵⁹ De eenmalige tegemoetkoming van art. 49g Awir laten wij buiten beschouwing.

⁶⁰ Kamerstukken II 2020/2021, 31066, nr. 772 en 773.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 41 van 46

omdat deze component van de hersteloperatie van wezenlijk belang is voor de vraag of de herstelregelingen juridisch adequaat zouden zijn bij nietigheid. Hier komt bij dat tegelijkertijd is aangekondigd dat de tegemoetkoming (art. 49) voortaan op dezelfde manier zal worden berekend als de compensatie (art. 49b).⁶¹ Hiermee vervaagt het onderscheid tussen deze twee regelingen enigszins.

- 9.7. Het forfaitaire bedrag van € 30.000,00 wordt – op basis van een lichte toets – toegekend aan alle ouders die in aanmerking komen voor de toepassing van één of meerdere van de herstelregelingen (exclusief het vangnet). Indien er al een lager bedrag is vastgesteld en uitbetaald, zal dit worden aangevuld tot € 30.000,00. Als het definitieve bedrag aan compensatie of tegemoetkoming hoger is dan het forfait, wordt het meerdere bijbetaald. Als het definitieve bedrag lager is, wordt het mindere niet teruggevorderd.
- 9.8. De forfaitaire tegemoetkoming van € 30.000,00 betreft dus een minimumbedrag. Ouders met een hogere schade kunnen op basis van een integrale beoordeling aan de hand van de wettelijke herstelregelingen een hogere tegemoetkoming ontvangen. Bij ouders met een lagere schade wordt ervan uitgegaan dat de forfaitaire tegemoetkoming strekt tot compensatie van de werkelijke schade. Als ouders € 30.000,00 ontvangen terwijl uit een integrale beoordeling blijkt dat zij geen recht op compensatie zouden hebben gehad, wordt de tegemoetkoming niet teruggevorderd, tenzij sprake is van een opzettelijk en evident onjuist verzoek om herstel en evident geen recht bestaat op het bedrag van € 30.000,00, aldus de toelichting.⁶²
- 9.9. Bij het opstellen van de herstelregelingen is uitgegaan van de premisse dat de besluitvorming van B/T om meerdere redenen onrechtmatig is, en tot verschillende herstel- en schadevergoedingsverplichtingen aanleiding geeft. Dat verandert niet. Wat wel verandert, is dat B/T bij nietigheid opnieuw moet beslissen op de aanvragen en daar houden de herstelregelingen geen rekening mee. De herstelregelingen gaan er namelijk van uit dat de besluiten van B/T in stand blijven en niet worden herzien. Als deze besluiten evenwel nietig zouden zijn, dan bestaan deze besluiten en hun rechtsgevolgen niet.
- 9.10. Enerzijds betekent dit dat de (rechtsgevolgen van de) genomen beschikkingen geen onevenredig nadelige gevolgen kunnen hebben gehad (die beschikkingen hadden immers geen rechtsgevolg). Dit betekent dat sommige herstelregelingen, waaronder vooral de hardheidstegemoetkoming van art. 49 Awir, niet langer of niet volledig van toepassing zijn. Anderzijds moet B/T bij nietige besluitvorming opnieuw beslissen op de aanvragen en in voorkomend geval opnieuw kinderopvangtoeslag toekennen, al dan niet tot een hoger bedrag.
- 9.11. Los van de complicaties die bij de beantwoording van deelvraag 3 zijn gesignaleerd, is daarbij het volgende van belang. Het opnieuw moeten beslissen op de aanvragen leidt ofwel tot dubbele compensatie, als de kinderopvangtoeslag bovenop een toegekende compensatie/tegemoetkoming komt, ofwel tot het geheel of gedeeltelijk achterwege blijven van compensatie/tegemoetkoming, als de kinderopvangtoeslag in mindering strekt op de compensatie/tegemoetkoming.

⁶¹ Zie het ontwerpbesluit Besluit forfaitair bedrag en verruiming compensatieregeling (Catshuisregeling Kinderopvangtoeslag).

⁶² Document 'Kenmerken Catshuisregeling Kinderopvangtoeslag'.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 42 van 46

- 9.12. De Awir gaat ervan uit dat de hardheidstegemoetkoming achterwege blijft voor zover op andere wijze is of wordt voorzien in een compensatie, herziening, hardheidstegemoetkoming, O/GS-tegemoetkoming of vergoeding ter zake van onbillijkheden van overwegende aard (art 49, lid 7, Awir). Iets vergelijkbaars geldt voor de compensatieregeling (art. 49b lid 1, vierde volzin, Awir). Wij laten in het midden of deze samenloopregelingen naar hun tekst en strekking ook gelden als alsnog KOT wordt toegekend, omdat de aanvankelijke KOT-besluiten immers niet nietig zijn en deze situatie zich dus niet voordoet.
- 9.13. Wel maakt deze samenloopregeling extra duidelijk dat het ongewenst is om zowel KOT als een volledige compensatie/tegemoetkoming toe te kennen op basis van de huidige herstelregelingen. Als de besluitvorming van B/T dus nietig zou zijn, dan zouden de herstelregelingen naar onze inschatting dus aanpassing behoeven. Nu wij concluderen dat van nietigheid geen sprake is in dit geval, zien wij af van een verdere uitwerking van een aanpassing van de regeling en volstaan wij met de constatering dat er een aanpassing nodig zou zijn om te borgen dat de herstelregelingen een juridisch adequaat instrument zouden zijn voor het bieden van een redelijke tegemoetkoming voor daadwerkelijk ondervonden nadeel.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENNEMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 43 van 46

10. Hoofdvraag: werpen het conceptadvies van de landsadvocaat, het memo van de vaktechnisch coördinator en het rapport van de AP een ander licht op de herstelregelingen?

10.1. De hoofdvraag luidt als volgt:

“Werpt de informatie uit [het conceptadvies van de landsadvocaat, het memo van de vaktechnisch coördinator en het rapport van de AP] vanuit juridisch oogpunt een ander licht op de constatering in de rapporten “Omzien in verwondering” van de Adviescommissie Uitvoering Toeslagen en de wijzigingen in de Awir die op 1 juli jl. van kracht zijn geworden?”

10.2. Wij stellen voorop dat wij niet kunnen adviseren over de vraag of de commissie-Donner tot andere conclusies zou zijn gekomen indien zij kennis zou hebben genomen van het conceptadvies van de landsadvocaat, het memo van de vaktechnisch coördinator en het rapport van de AP. Een oordeel over die vraag is uiteraard voorbehouden aan de commissie-Donner. Wel kunnen wij een oordeel geven over de vraag of de informatie in het conceptadvies van de landsadvocaat, het memo van de vaktechnisch coördinator en het rapport van de AP vanuit juridisch perspectief aanleiding geven voor de conclusie dat de herstelregelingen aanpassing zouden behoeven.

10.3. De inhoud van het conceptadvies van de landsadvocaat, het memo van de vaktechnisch coördinator en het rapport van de AP hebben wij reeds besproken in onderdeel 4 van dit advies. In onderdeel 5 hebben wij besproken dat de documenten in onze ogen – met uitzondering van het AP-rapport – geen andere of aanvullende onrechtmatigheid aan het licht brengen ten opzichte van de bevindingen van de commissie-Donner en de POK. Samengevat is onze analyse dat:

- de conclusies in het conceptadvies van de landsadvocaat (los van de grondslag van deze bevindingen en de weg hier naartoe) op hetzelfde neerkomen als de uitspraken van de Afdeling van 23 oktober 2019. Met deze uitspraken was de commissie-Donner bekend en deze uitspraken zijn dan ook meegewogen bij de vaststelling van de herstelregelingen;
- het memo van de vaktechnisch coördinator is geschreven naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling van 8 maart 2017 (waarin onder meer de rechtmatigheid van de zogenoemde ‘zachte stop’ aan de orde was) en bevat geen wezenlijk verderstreckende conclusies dan die uitspraak. Met die uitspraak was de commissie-Donner bekend en die uitspraak is meegewogen bij de vaststelling van de herstelregelingen;
- het rapport van de AP was niet bekend bij de commissie-Donner en is niet meegewogen bij de vaststelling van de herstelregelingen. Het rapport werpt een ander licht op de zaak. Het draagt bij aan het oordeel dat sommige besluiten (indien zij getoetst zouden zijn) wellicht onrechtmatig zouden zijn geacht, hoewel het niet meebrengt mee dat die besluiten nietig zijn.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 44 van 46

- 10.4. Hieruit volgt vanuit juridisch perspectief dat feitelijk alleen het rapport van de AP nieuw licht op de zaak werpt en zodoende wellicht aanleiding zou kunnen geven tot een ander oordeel over de herstelregelingen.
- 10.5. De AP stelt vast dat bepaalde verwerkingen van de nationaliteit van aanvragers van KOT onrechtmatig zijn verricht door B/T. Het is ons niet bekend of deze verwerkingen concrete voorbereidingshandelingen voor een besluit betroffen of anderszins hebben geleid tot bepaalde besluitvorming van B/T (en, zo ja, wat de inhoud en motivering van de genomen besluiten is). Wij kunnen de gevolgen van het rapport van de AP voor de herstelregelingen dus louter op een abstract niveau beoordelen.
- 10.6. Gelet op het rapport van AP is mogelijk dat vraagouders schade hebben geleden doordat hun persoonsgegevens (nationaliteit) zijn verwerkt door B/T in strijd met de Wbp en/of AVG. Dergelijke schade kan zich op een tweetal manieren manifesteren: direct als gevolg van de gegevensverwerking en/of indirect over de band van een besluit van B/T dat is voorbereid met behulp van deze gegevensverwerking, bijvoorbeeld een besluit waarbij (een voorschot op) de KOT is herzien.
- 10.7. Voor wat betreft de schade over de band van een besluit van B/T merken wij op dat een deel van de besluiten waaraan een onrechtmatige gegevensverwerking voorafging vermoedelijk al wel valt onder de bestaande herstelregelingen. Zo kan bijvoorbeeld in de CAF-zaken de nationaliteit van vraagouders zijn gebruikt bij het onderzoek door B/T en de besluitvorming van B/T. In zoverre vallen de besluiten onder de compensatieregeling. Wij constateren echter ook dat niet uit te sluiten is dat er besluiten van B/T zijn die niet onder de herstelregelingen vallen waarbij ook sprake is geweest van onrechtmatige gegevensverwerking. Bovendien wijzen wij erop dat, voor zover een besluit van B/T wel onder de herstelregelingen valt, er niet is voorzien in een *forfaitaire* vergoeding voor schade als gevolg van de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens. Op deze schadecomponent zien de regelingen niet.
- 10.8. In vergoeding van schade als gevolg van de gegevensverwerking zelf (dus los van een besluit van B/T) voorzien de herstelregelingen niet. De vraagouder kan deze schade wel voorleggen aan de Commissie Werkelijke Schade dan wel vergoeding van deze schade vorderen door middel van een dagvaardingsprocedure bij de civiele rechter. Dit kan leiden tot de toewijzing van een (geldelijk relatief beperkte) schadevergoeding indien de ouders aannemelijk kunnen maken dat zij daadwerkelijk immateriële schade hebben geleden. Of individuele ouders inderdaad immateriële schade hebben geleden die voor vergoeding in aanmerking komt, moet worden onderzocht aan de hand van art. 6:106 lid 1 BW en de rechtspraak daarover. Op grond hiervan is de enkele schending van een (fundamenteel) recht op zichzelf onvoldoende voor een aanspraak op vergoeding van immateriële schade.⁶³
- 10.9. Op voorhand merken wij echter op dat ernstig kan worden betwijfeld of er sprake is van schade als (i) de persoonsgegevens niet zijn gedeeld met derden, (ii) er naar aanleiding van die persoonsgegevens geen (ingrijpende) onderzoekshandelingen zijn verricht en (iii) op die persoonsgegevens geen besluitvorming is gebaseerd. Ter vergelijking wijzen wij op de vier uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 1 april 2020. In slechts één uitspraak werd een schadevergoeding van € 500,00 toegekend wegens de

⁶³ Vgl. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, rov. 4.2.2

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 45 van 46

verstrekking van medische gegevens aan een tuchtcollege in strijd met de Wbp. In de andere drie uitspraken was de verwerking van persoonsgegevens wel onrechtmatig maar leidt dit niet tot een schadevergoeding, omdat de belanghebbende niet aannemelijk heeft gemaakt dat sprake was van de vereiste aantasting in zijn persoon en de schade niet met concrete gegevens had onderbouwd.⁶⁴

- 10.10. Het AP-rapport werpt naar ons oordeel dus een ander licht op de wijzigingen in de Awir die op 1 juli 2020 van kracht zijn geworden. Wij stellen vast dat de herstelregelingen niet voorzien in een (forfaitaire) vergoeding voor de eventueel geleden schade die direct of indirect is veroorzaakt door de verwerking van persoonsgegevens in strijd met de Wbp en AVG. Of dergelijke schade is geleden, is ongewis.

⁶⁴ AbRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898 tot en met 901. Zie ook Rb. Noord-Nederland 12 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:106, waarin eveneens € 500,00 wordt toegekend.

DATUM 5 februari 2021
ONS KENMERK 1000301 ts/svds
PAGINA 46 van 46

11. Conclusies en afronding

- 11.1. Nietigheid van besluiten is hypothetisch mogelijk in het bestuursrecht. Het leerstuk wordt echter – om begrijpelijke redenen - zelden toegepast. Dat komt omdat het niet past in het systeem van het bestuursrecht en vaak onduidelijkheid creëert over welke besluiten gelden en welke niet. Er wordt dan ook een (zeer) hoge drempel door bestuursrechters opgeworpen voor nietigheid. In het geval van de KOT wordt die drempel naar onze mening niet gehaald. Daarnaast wijzen wij erop dat als er wel sprake zou zijn van nietigheid, dit zou leiden tot allerlei nieuwe, complexere, problemen. Nietigheid van bepaalde besluiten zou het herstellen van het gedane onrecht naar ons oordeel niet versnellen, maar alleen vertragen.
- 11.2. Voor wat betreft uw vragen over de rechtmatigheid van het handhaven van onaantastbare maar onrechtmatige besluitvorming komen wij tot de conclusie dat dit niet onrechtmatig is. Onaantastbare maar onrechtmatige besluiten bestaan strikt genomen niet in het Nederlandse recht. Dit komt door de leer van de formele rechtskracht waaruit volgt dat onaantastbare besluiten rechtmatig moeten worden geacht, zowel qua inhoud als wijze van totstandkoming. Het kan echter wel zo zijn dat het op verzoek van een vraagouder bij besluit weigeren om terug te komen op een onaantastbaar besluit onrechtmatig kan zijn. Ook kan het onrechtmatig zijn om (verdere) uitvoering te geven aan een onaantastbaar, maar onrechtmatig, besluit. Bij het op verzoek herzien van onaantastbare besluiten menen wij echter dat deze route geen versnelling zou opleveren van het herstelproces, maar eerder een vertraging, zoals ook geldt voor de nietigheidsroute.
- 11.3. Voor wat betreft uw hoofdvraag zijn wij van oordeel dat alleen het AP-rapport een ander licht werpt op de wijzigingen in de Awir die op 1 juli 2020 van kracht zijn geworden. Wij stellen vast dat de herstelregelingen niet voorzien in een (forfaitaire) vergoeding voor eventueel door vraagouders geleden schade die direct of indirect is veroorzaakt door de verwerking van persoonsgegevens in strijd met de Wbp en AVG.

Hoogachtend,

mr. dr. T.N. Sanders
mr. dr. S.A.L. van de Sande
Advocaten
AKD