



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Aan de Vaste Commissie voor Justitie van de
Tweede Kamer der Staten-Generaal
t.a.v. mevrouw M. Pe
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

3 april 2000

Betreft: NOB-commentaar op wetsvoorstel "Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht met betrekking tot de kosten van bezwaar en administratief beroep (kosten bestuurlijke voorprocedures)", Kamerstuk 27 024

Hoogedelgestrengste commissieleden,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna "de Orde") heeft met veel belangstelling kennis genomen van het op 24 februari 2000 ingediende wetsvoorstel "Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht met betrekking tot de kosten van bezwaar en administratief beroep (kosten bestuurlijke voorprocedures)", Kamerstukken II 1999/2000, 27 024 en ziet hierin aanleiding nader te reageren.

1. Wetsvoorstel beperkt de werking van de civielrechtelijke jurisprudentie

Kern van het wetsvoorstel is dat de aansprakelijkheid van bestuursorganen voor juridisch onjuiste besluiten, zoals die voortvloeit uit de rechtspraak van de Hoge Raad, wordt beperkt (HR 20 februari 1998 (civiele kamer), BNB 1998/207 (Boeder/Staat); HR 17 december 1999 (civiele kamer), RvdW 2000, 5 (Groningen/Raatgever)). De Orde acht een dergelijke beperking niet gewenst.

In onderdeel 1 van de memorie van toelichting staat dat volgens de hoogste bestuursrechters in beginsel geen recht bestaat op vergoeding van kosten van voorprocedures. Dit uitgangspunt is naar het oordeel van de Orde onjuist, althans onvolledig.

De Orde wijst erop dat belastingzaken in ieder geval kwantitatief tot de belangrijkste bestuursrechtelijke zaken behoren. De belastingkamer van de HR, de hoogste bestuursrechter in deze zaken, heeft zich over deze problematiek nog niet uitgesproken, maar de Orde kan zich nauwelijks voorstellen dat die kamer tot een ander oordeel zou komen dan de burgerlijke kamer van de HR. Verder mist de Orde in de memorie van toelichting een beschouwing over de

opvatting van de bestuursrechter sinds blijkt dat de civiele kamer van de HR ook voor de kosten van bezwaarprocedures uitgaat van een risico-aansprakelijkheid van het bestuur.

Het uitgangspunt van de HR is geweest dat het redelijker is deze kosten ten laste te laten komen van de gemeenschap dan om ze voor rekening te laten komen van de individuele burger die met de onjuiste rechtsopvatting van het bestuur is geconfronteerd. Volgens de HR verzetten de in het maatschappelijke verkeer geldende opvattingen zich ertegen dat de overheid zich tegenover de burger zou kunnen beroepen op dwaling of onzekerheid omtrent de juiste uitleg van de wet (BNB 1998/207). De Orde mist in de toelichting op het wetsvoorstel een motivering waarom van deze redelijke kostenverdeling, gebaseerd op maatschappelijke opvattingen, moet worden afgezien. Het enkele gegeven dat de hiermee gemoeide kosten omvangrijk zijn vindt de Orde geen valide argument. Dat betekent immers dat volgens het voorstel omvangrijke kosten op de burger worden afgewenteld, die toch ook niet om een onjuiste beslissing heeft gevraagd.

De Orde acht de benadering van de civiele rechter alleszins redelijk, en in zijn (financiële) consequenties ook niet zorgwekkend. De civiele rechter stelt immers de nodige grenzen. Zo moeten zowel het inroepen van rechtsbijstand als de kosten daarvan redelijk zijn. Bij gehonoreerde bezwaarschriften zal het in een groot deel van de gevallen gaan om een eenvoudige vergissing van het bestuur, die zonder professionele rechtshulp kan worden rechtgezet. Bovendien heeft de Hoge Raad risico-aansprakelijkheid van het bestuursorgaan voor kosten van de bezwaarprocedure alleen aanvaard in gevallen waarin het bestuursorgaan is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Baseert het bestuur zich op grond van onvoldoende medewerking of onjuiste informatieverstrekking door de burger op een onjuiste feitelijke grondslag, dan zal er naar de Orde verwacht geen aansprakelijkheid bestaan. Hetzelfde geldt wanneer het bestuur de burger om beleidsmatige redenen tegemoet komt. Ook in geval van een compromis is de HR - anders dan de memorie van toelichting suggereert - niet geneigd om een onrechtmatig besluit van het bestuur aan te nemen (zie HR 22 juni 1990, nr. 13.915, V-N 1990, blz. 2219 e.v.).

Daar komt nog bij dat aansprakelijkheid van de overheid voor de schade ten gevolge van onjuiste besluiten ook een positief, preventief effect kan hebben: die aansprakelijkheid kan een zorgvuldige besluitvorming bevorderen. Uit de toelichting bij het wetsvoorstel blijkt niet dat de regering dit aspect in zijn overwegingen heeft betrokken.

De Orde geeft er, dit alles overziende, de voorkeur aan om de criteria van de civiele rechter te blijven volgen. Daarbij zouden uit een oogpunt van gelijkheid en praktische uitvoerbaarheid, forfaitaire vergoedingsbedragen kunnen worden gehanteerd.

Zou echter de mogelijkheid van een kostenvergoeding beperkt worden tot gevallen waarin de overheid ernstig onzorgvuldig heeft gehandeld (op dat criterium komt de Orde hierna in punt 4 nog terug), dan is een integrale kostenvergoeding naar haar oordeel aangewezen. De belanghebbende behoort in deze gevallen niet met een deel van zijn kosten te blijven zitten. De rechtspraak van de belastingrechter op basis van het huidige forfaitaire stelsel voor kosten van de beroepsprocedure stemt daarmee overeen (HR 8 juli 1996, BNB 1996/370).

2. Grondwettigheid en verenigbaarheid met art. 6 EVRM

Het wetsvoorstel leidt ertoe dat bepaalde geschillen over een vordering uit onrechtmatige daad niet langer door de burgerlijke rechter beoordeeld kunnen worden, maar uitsluitend door de bestuursrechter. Indien deze bestuursrechter niet tot de rechterlijke macht behoort, zoals onder meer het geval is bij de Tariefcommissie, vraagt de Orde zich af of dit voorstel in overeenstemming is met art. 112, lid 1 van de Grondwet.

Verder stelt de Orde vast dat het materiële schadevergoedingsrecht op basis van onrechtmatige daad door het wetsvoorstel niet wordt gewijzigd. In gevallen waarin het bestuursorgaan onrechtmatig maar niet ernstig onzorgvuldig heeft gehandeld, bestaat er volgens dit materiële civiele recht als regel een aanspraak op schadevergoeding. Het wetsvoorstel verhindert echter dat dit burgerlijke recht geldend kan worden gemaakt bij de rechter. De Orde betwijfelt of deze beperking in de toegang tot de rechter in overeenstemming is met het bepaalde in artikel 6, lid 1 EVRM.

3. Reikwijdte van de regeling

Het wetsvoorstel gaat alleen over de vergoeding van kosten die in het kader van de voorprocedure gemaakt zijn. De Orde vraagt zich af wat er onder de voorgestelde regeling zal gebeuren met renteschade die de burger lijdt als gevolg van onrechtmatige bestuursbesluiten, bijvoorbeeld wanneer een inspecteur ten onrechte weigert een belastingteruggaaf te verlenen.

De Orde gaat ervan uit dat het wetsvoorstel geen gevolgen heeft met betrekking tot de talrijke besluiten van de belastingdienst die als gevolg van het zogenaamde gesloten stelsel van rechtsmiddelen in de AWR niet voor bezwaar en beroep vatbaar zijn. Daarbij valt onder meer te denken aan beschikkingen van de Minister van Financiën en de meeste beschikkingen van de ontvanger. Als dergelijke beschikkingen onrechtmatig zijn, kan de betrokken burger ook genoodzaakt zijn om kosten te maken. Hetzelfde geldt ten aanzien van feitelijk handelen of nalaten van een bestuursorgaan, bijvoorbeeld een ontvanger die onrechtmatig handelt door onredelijk lang te wachten met de uitbetaling van een reeds toegekende belastingteruggaaf. Voor de duidelijkheid acht de Orde een toelichting op dit punt wenselijk.

4. Ernstige onzorgvuldigheid. Nadere invulling

introductie criterium

De voornoemde beperking van de civielrechtelijke jurisprudentie wordt met name bewerkstelligd door de introductie van het criterium “ernstige onzorgvuldigheid”. Het wetsvoorstel beperkt de vergoeding voor kosten van bezwaarprocedures louter tot gevallen waarin het bestuursorgaan ernstige onzorgvuldigheid valt te verwijten. De Orde heeft grote bedenkingen tegen het gebruik van dit criterium.

Als de fout is toe te rekenen aan het bestuursorgaan, valt niet in te zien waarom de aanspraak op een kostenvergoeding beperkt zou moeten blijven tot die gevallen waarin het besluit door

ernstige onzorgvuldigheid in strijd met het recht is genomen, zoals wordt voorgesteld. Dat de bezwaarprocedure in de ogen van de bewindslieden kennelijk in de eerste plaats een vorm van “verlengde besluitvorming” is, rechtvaardigt een dergelijke beperking naar de mening van de Orde niet. Dat argument wordt gebruikt om het probleem “weg te definiëren”. Zo staat op bladzijde 3 van de Memorie van toelichting te lezen: “Indien het bestreden besluit wel juridisch onjuist was, biedt de bezwaarschriftprocedure de mogelijkheid de gemaakte fouten snel en eenvoudig te herstellen. Als dat gebeurt, kan eigenlijk ook niet worden gesproken van een achteraf onjuist gebleken besluit, omdat de bezwaarschriftprocedure deel uitmaakt van de bestuurlijke besluitvorming en het bestuur dus uiteindelijk geen onjuist besluit heeft genomen.” In deze opvatting kan een onjuist (primair) besluit dat tijdens de bezwaarfase wordt hersteld, “eigenlijk” niet onjuist zijn. Hoe is dan echter te verklaren dat onder omstandigheden toch aanspraak bestaat op kostenvergoeding?

De Orde acht het overigens niet juist dat de bezwaarprocedure eerst en vooral wordt gezien als een vorm van verlengde besluitvorming. Men mag niet uit het oog verliezen dat de bezwaarprocedure ook rechtsbescherming biedt. De bezwaarprocedure is een mengvorm van bestuurlijke heroverweging en rechtsbescherming, zoals tijdens de parlementaire behandeling van de Awb is opgemerkt.

Het criterium is daarnaast conflictgevoelig, omdat bestuursorganen niet geneigd zullen zijn om ernstige onzorgvuldigheid te erkennen. Een risico-aansprakelijkheid, zoals door de HR aanvaard, is in dit opzicht veel neutraler. Daardoor zal het wetsvoorstel ook kunnen leiden tot extra werkzaamheden voor het bestuur en voor de rechter, in vergelijking met een stelsel waarin bij schending van het recht als regel een (eventueel forfaitair bepaalde) kostenvergoeding wordt toegekend. Het voorstel leidt er immers toe dat per geval moet worden vastgesteld of sprake is geweest van ernstig onzorgvuldig handelen.

nadere invulling criterium

De nadere uitleg van het begrip ernstige onzorgvuldigheid in de memorie van toelichting heeft de Orde in hoge mate verbaasd. Niet alleen de juistheid van het criterium dat in het wetsvoorstel is neergelegd roept vragen op, ook de nadere invulling ervan doet dat. Hierover wordt in de Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel opgemerkt: “Bij ernstige onzorgvuldigheid dient vooral gedacht te worden aan besluiten die inhoudelijk evident onverdedigbaar zijn: een evident onhoudbare wetsuitleg, duidelijke strijd met sedert lang gevestigde jurisprudentie, het blijven toepassen van een reeds bij onherroepelijke uitspraak onverbindend verklaarde verordening (...). In bijzondere gevallen is voorts denkbaar, dat een motiveringsgebrek of een procedurele fout zo ernstig is dat van ernstige onzorgvuldigheid moet worden gesproken. (...) bij (...) voorbeeld (...) langdurig stilzitten van een bestuursorgaan waardoor termijnen aanzienlijk worden overschreden (...).”

De staatssecretaris van Financiën had zich al eerder uitgelaten over de nadere invulling van het begrip “ernstige onzorgvuldigheid” (Besluit van 4 november 1999, nr. AFZ1999/1917M, V-N 1999/53.6, blz. 4648). Zijns inziens is van ernstige onzorgvuldigheid geen sprake:

- als een verdedigbaar maar, naar achteraf blijkt, juridisch onjuist standpunt is ingenomen;
- bij reken- of toetsfouten;
- als bij vergissing van onjuiste feiten is uitgegaan;

- als het onderzoek naar de feiten die aan het besluit ten grondslag liggen, niet volledig is geweest;
- als een minder bekende of recente rechterlijke uitspraak of wetsbepaling over het hoofd is gezien;
- als de voorgeschreven voorbereidingsprocedure niet helemaal correct is gevoerd;
- als termijnen niet strikt zijn nageleefd.

Met deze criteria wordt de lat wel erg hoog gelegd. Het lijkt erop dat een kostenvergoeding alleen aan de orde is als de betrokken ambtenaar zozeer te kort is geschoten dat hij moet vrezen voor disciplinaire maatregelen. De Orde meent dat aan de burger niet valt uit te leggen dat een bestuursorgaan zich op kosten van de burger kan veroorloven om te handelen in strijd met recente of zogenaamde minder bekende jurisprudentie. De Orde acht het criterium ook onevenwichtig: een belastingplichtige die aangiften doet in afwijking van recente jurisprudentie kan wel worden geconfronteerd met corrigerende aanslagen, inclusief rente en boetes.

Het wetsvoorstel leidt ertoe dat vrijwel nooit recht zal bestaan op een vergoeding voor de kosten van een bezwaarprocedure. Voor de kosten van een beroepsprocedure ligt dat wezenlijk anders. Het wetsvoorstel zou er aldus toe kunnen leiden dat burgers en hun adviseurs hun verweer in een bezwaarprocedure zo summier mogelijk houden, en met gefundeerd verweer en de daarmee gepaard gaande kosten wachten tot de beroepsprocedure voor de rechter. De Orde zou dat een ongewenste ontwikkeling vinden: dit zou geen recht doen aan de heroverwegingsfunctie van de bezwaarfase, en zou leiden tot een nodeloze toename van het aantal beroepen op de rechter.

5. Verzoek alleen mogelijk in de bezwaarfase

In procedureel opzicht is het wetsvoorstel ten opzichte van het voorontwerp van september 1998 aangescherpt. Een kostenvergoeding is nu alleen mogelijk als de burger hier tijdens de bezwaarprocedure uitdrukkelijk om verzoekt. Aan de praktijk dat een bestuursorgaan eigener beweging overgaat tot toekenning van een kostenvergoeding, zal daarom een einde komen. De in het wetsvoorstel aangevoerde argumenten zijn naar de mening van de Orde niet steekhoudend. De Orde heeft ook ernstige bezwaren tegen de eis dat het verzoek om een vergoeding reeds in de bezwaarfase moet worden gedaan. Dit kan de sfeer in de bezwaarfase nodeloos onder druk zetten, en daardoor juist leiden tot de extra juridisering die de regering met het wetsvoorstel wenst te vermijden. De burger zal er meestal naar streven om in de bezwaarfase in goed overleg tot een oplossing te komen, en zal dus liever niet met een verwijt van ernstig onzorgvuldig handelen als een mes op tafel communiceren.

De mogelijkheid om in de beroepsfase alsnog veroordeling in de proceskosten van de voorprocedure te verzoeken, zou alsnog in het wetsvoorstel opgenomen behoren te worden. De uiteindelijke uitspraak op het bezwaar kan immers altijd nog aanleiding geven tot het verzoeken van vergoeding van de proceskosten. Ook vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de burger is dit gewenst.

Indien de eis dat het verzoek in de bezwaarfase moet worden gedaan toch wordt gehandhaafd, acht de Orde het redelijk dat belanghebbenden in de bezwaarclausules bij het primaire besluit op deze regeling gewezen worden. Als deze eis gehandhaafd blijft, zou de Orde het ook wenselijk

vinden dat wordt verduidelijkt welk tarief van het griffierecht in belastingzaken van toepassing is op grond van art. 27b AWR indien - al dan niet uitsluitend - beroep wordt ingesteld met betrekking tot een vergoeding van kosten in de bezwaarfase

6. Kostenveroordeling door de rechter

De Orde vraagt zich af of het nodig is om in art. 8:75 Awb aan de rechter de bevoegdheid te verlenen een partij te veroordelen in de kosten van de bezwaarprocedure. Voor zover het gaat om een veroordeling van het bestuursorgaan, vloeit deze bevoegdheid reeds voort uit de tweede volzin van het voorgestelde art. 7:15, lid 3, in samenhang met art. 8:72, lid 4 Awb. Dat het hier om een exclusieve bevoegdheid gaat raakt vooral de competentie van de burgerlijke rechter en zou daarom beter in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering geregeld kunnen worden. Het voorgestelde art. 8:75 spreekt over veroordeling van een partij in de kosten. Daarmee opent het voorstel ook de mogelijkheid om de burger in de kosten van de bezwaarprocedure te veroordelen, dit wordt in het geheel niet toegelicht. Deze mogelijkheid past niet in de gedachtegang van de memorie van toelichting dat het in de bezwaarfase in wezen nog steeds gaat om de primaire besluitvorming. Bovendien acht de Orde het onevenwichtig dat een veroordeling van de burger voor de kosten van de bezwaarfase door de rechter mogelijk wordt gemaakt, hoewel het bestuursorgaan daar niet toe bevoegd is. Aldus wordt een “reformatio in peius” mogelijk gemaakt. Aan een kostenveroordeling van de burger wordt niet de voorwaarde gesteld dat hij ernstig onzorgvuldig heeft gehandeld. Voor natuurlijke personen kent art. 8:75, lid 1, tweede volzin AWB voor de beroepsfase het criterium kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht, maar dat criterium wordt in het voorgestelde art. 7:15 voor de bezwaarfase niet overgenomen.

In onderdeel E van het wetsvoorstel wordt artikel 7:28, tweede lid, eerste volzin van toepassing verklaard voor de veroordeling in de kosten van zowel beroep als bezwaar krachtens artikel 8:75. Artikel 7:28 tweede lid, eerste volzin bevat de bepaling dat van veroordeling alleen sprake kan zijn bij ernstige onzorgvuldigheid. De tekst van artikel 8:75 in combinatie met die van artikel 7:28 zou aldus gelezen kunnen worden dat het criterium 'ernstige onzorgvuldigheid' ook beslissend wordt voor veroordeling in de kosten van administratief beroep. De Orde gaat er van uit dat dit niet de bedoeling is en acht een verduidelijking van de tekst gewenst teneinde misverstanden hierover te voorkomen.

7. Overgangsrecht

Op grond van het voorgestelde overgangsrecht zal de nieuwe regeling ook van toepassing zijn op reeds lopende procedures, dus ook voor zover kosten daarvan die naar huidig recht voor vergoeding in aanmerking komen al gemaakt zijn. In zoverre hebben de betrokkenen naar huidig burgerlijk recht op grond van onrechtmatige daad al recht op vergoeding gekregen. Het overgangsrecht dat hen dit recht in de meeste gevallen ontnemt, is naar het oordeel van de Orde in strijd met art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. De Orde verwijst in dit verband naar het arrest Pressos van het EHRM van 20 november 1995, BNB 1996/123, V-N 1996, blz. 2390 e.v. Deze strijd met verdragsrecht vermijdt men wanneer de nieuwe regeling, als zij wordt ingevoerd, alleen van toepassing is op een bezwaar of administratief beroep dat na de invoering daarvan aanhangig wordt gemaakt. Een dergelijk overgangsrecht is in de tweede tranche van de

Awb ook gehanteerd toen de beperkte regeling van art. 8:75 over vergoeding van kosten van de procedure voor de bestuursrechter werd ingevoerd.

8. Conclusie

In de voorgaande onderdelen zijn naar aanleiding van het wetsvoorstel kritische opmerkingen gemaakt en de nodige vragen opgeroepen. De Orde spreekt de hoop uit daarmee een bijdrage aan de discussie te hebben geleverd.

De Orde zou het zeer op prijs stellen indien u bovenstaande vragen en opmerkingen bij uw afwegingen en bij de discussie met de Minister van Justitie en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties wilt betrekken.

Een kopie van deze brief heeft de Orde heden verzonden aan de Minister van Justitie, de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties alsmede aan de Staatssecretaris van Financiën.

Graag is de Orde bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

Hoogachtend,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Mr. M.V. Lambooj