

BarentsKrans

Aan: Ministerie van Financiën
Van: BarentsKrans Coöperatief U.A.
Datum: 12 december 2024
Betreft: Advies met betrekking tot Motie 31 066 – 1410
Referentienr.: 139114/25109203/502

I	INLEIDING; VRAAGSTELLING; OPZET	3
I.1	Inleiding	3
I.2	Vraagstelling	3
I.3	Opzet van dit advies; beperkingen in onderzoeksmethode	4
II	SAMENVATTING BEVINDINGEN	5
III	HET RELEVANTE FEITELIJK EN JURIDISCH KADER	7
III.1	De Wet hersteloperatie toeslagen; de Commissie Werkelijke Schade	7
III.2	Introductie van nieuwe compensatieroutes	9
III.3	De mogelijkheid tot overstappen tussen de compensatieroutes	10
III.4	De motie-Van Dijk c.s.; relevantie van motie voor categorieën ouders	10
IV	VERGELIJKING TUSSEN DIVERSE ROUTES	12
IV.1	Uitgebreidere vergelijking in bijlage 1	12
IV.2	Conclusie	12
IV.2.1	Oude CWS-beleid versus Nieuwe CWS-beleid	12
IV.2.2	CWS-beleid (zowel oud als nieuw) versus SGH	12
IV.2.3	CWS (zowel oud als nieuw) versus Digitale Route	13
V	BEANTWOORDING VAN DE VRAGEN	13
V.1	Inleiding	13
V.2	Brengen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur mee dat de overheid ouders, die onder het oude CWS-beleid zijn gecompenseerd, een herbeoordeling of het alsnog doorlopen van een Schikkingsroute moet aanbieden?	14
V.3	In abstracto geen plicht om ouders herbeoordeling of Schikkingsroute aan te bieden	14
V.3.1	Het gelijkheidsbeginsel/gelijke behandeling	15

BarentsKrans

V.3.2	Het vertrouwensbeginsel.....	16
V.3.3	Het rechtszekerheidsbeginsel	17
V.3.4	Het zorgvuldigheidsbeginsel	18
V.4	Relevante bestuursrechtelijke aspecten van deze vragen in de verschillende Scenario's	19
V.4.1	(Scenario 1) Ouders die niet in bezwaar zijn gegaan en geen bezwaarschrift meer kunnen indienen	19
V.4.2	(Scenario 2) Ouders die niet in bezwaar zijn gegaan en nog wel een bezwaarschrift kunnen indienen	20
V.4.3	(Scenario 3) Ouders die een bezwaarschrift hebben ingediend waarop nog niet is beslist ...	21
V.4.4	(Scenario 4) Ouders die een beslissing op bezwaar hebben ontvangen waartegen geen beroep is ingesteld en geen beroep meer kan worden ingesteld	21
V.4.5	(Scenario 5) Ouders die een beslissing op bezwaar hebben ontvangen waartegen geen beroep is ingesteld en nog wel beroep kan worden ingesteld	24
V.4.6	(Scenario 6) Ouders die een (hoger) beroepschrift hebben ingediend, waarbij de bestuursrechter nog geen uitspraak heeft gedaan	24
V.4.7	(Scenario 7) Ouders die een procedure bij de bestuursrechter in (hoger) beroep hebben doorlopen	26
V.4.8	Conclusie	28

BarentsKrans

I INLEIDING; VRAAGSTELLING; OPZET

I.1 Inleiding

- 1 Op 18 juni 2024 is in de Tweede kamer de motie-van Dijk c.s. (de **Motie**) aangenomen. Daarin wordt de regering verzocht om te komen met een onafhankelijk advies over hoe om te gaan met ouders die de bestuursrechtelijke route bij de Commissie Werkelijke Schade (de **CWS**) onder het oude beleid van de CWS al hebben doorlopen, terwijl in de tussentijd gewerkt wordt aan het introduceren van andere manieren waarop gedupeerde ouders compensatie kunnen krijgen voor schade die uitgaat boven het schadebedrag dat in de integrale beoordeling is vastgesteld.
- 2 De CWS is een onafhankelijk orgaan dat de Uitvoeringsorganisatie Herstel Toeslagen (**UHT**) adviseert in het kader van de door het UHT te nemen beschikking op de aanvraag van (een) ouder(s) om aanvullende schadevergoeding in het kader van de hersteloperatie van de toeslagenaffaire (de **CWS-route**). Met de opmerking in de motie dat 'de spelregels zijn veranderd' doelt de motie op het feit dat gewerkt wordt aan de ontwikkeling van een schadestelsel met meerdere routes.¹ De alternatieve routes ten opzichte van de CWS-route eindigen in een vaststellingsovereenkomst. Wij duiden deze routes hierna daarom aan als de **Schikkingsroutes**.

I.2 Vraagstelling

- 3 Naar aanleiding van deze motie heeft het Ministerie aan BarentsKrans Coöperatief U.A. (**BarentsKrans**) de opdracht gegeven het in de motie genoemde advies op te stellen. In dat kader heeft het Ministerie ons een tweetal vragen voorgelegd in het ten behoeve van dit advies opgestelde document getiteld 'Adviesvraag naar aanleiding van motie Van Dijk c.s.':

1. *Maken de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, dat ouders die een (onherroepelijke) beschikking hebben ontvangen op basis van het voormalige beleid van de CWS in aanmerking moeten komen voor:*

- a) *het opnieuw volledig doorlopen van de CWS-route met aangepast beleid met als eindresultaat een voor beroep en bezwaar vatbare beschikking;*
- b) *het treffen van een schikking met de staat op basis van het (aangepaste) CWS-beleid via deelname aan de Regieroute-VSO;*

¹ Daarnaast bestaat de mogelijkheid voor gedupeerden om gebruik te maken van mediation wanneer zij in bezwaar zijn gegaan tegen de integrale beoordeling. Daarbij kan ook werkelijke schade worden meegenomen, naast de mogelijkheid om middels een vaststellingsovereenkomst te schikken in bezwaar op de UHT-beschikking, in welk kader de CWS over de werkelijke schade heeft geadviseerd.

BarentsKrans

c) *het volwaardig kunnen doorlopen van een schikkingsroute met forfaitair schadekader, te weten*

- *de SGH-route; en*
- *de digitale route?*

Het verzoek is om deze vraag voor iedere route apart te beantwoorden en daarbij de onderscheidende kenmerken per route mee te wegen, waaronder het gehanteerde schadekader, het emotionele aspect en/of de behoefte aan snelheid en eigen regie.

2. *Wat zijn, in het licht van de hersteloperatie, de juridische mogelijkheden omtrent het (al dan niet ambtshalve onderscheidenlijk op aanvraag) herzien, heroverwegen en intrekken van beschikkingen bij tussentijds aangepast beleid?*

Het verzoek is om bij de beantwoording van de vragen 1 en 2, waar nodig, de verschillende categorieën ouders die hierboven zijn genoemd onder a tot met g te betrekken.

I.3 Opzet van dit advies; beperkingen in onderzoeksmethode

- 4 De hiervoor geciteerde vragen worden in dit advies beantwoord op basis van een vergelijking van de verschillende compensatiemechanismen *in abstracto*. Dat betekent dat door ons in het kader van dit advies niet is onderzocht hoe de beoordeling door de CWS in individuele gevallen is geschied onder het oude schadebegrotingskader (het **Oude CWS-beleid**), en hoe zich dat verhoudt tot het aangepaste schadebegrotingskader van de CWS (het **Nieuwe CWS-beleid**) en tot de Schikkingsroutes, die grotendeels nog in werking moeten treden.
- 5 Deze onderzoeksopzet/methode is van groot belang voor de aan dit advies te verbinden conclusies. Dit advies beantwoordt de vraag of de overheid op macroniveau (op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel) gehouden is om gedupeerde ouders, die reeds een beschikking hebben ontvangen van de UHT ter zake de compensatie van hun aanvullende schade, nog iets te bieden.
- 6 De conclusie is dat een dergelijke verplichting er, naar ons oordeel, in abstracto niet is. Ons antwoord laat onverlet dat in individuele gevallen wel sprake kan zijn van een dergelijke verplichting van de overheid, bijvoorbeeld vanwege specifieke gebreken in de besluitvorming in het betreffende individuele geval. Dat is echter als gezegd geen voorwerp van onderzoek van dit advies.
- 7 De opzet van dit advies is als volgt. In hoofdstuk II vatten wij onze bevindingen samen. In hoofdstuk III wordt het relevante feitelijke en juridische kader geschetst. In hoofdstuk IV worden de diverse compensatiemechanismen met elkaar vergeleken. In hoofdstuk V komen wij vervolgens toe aan de beantwoording van de aan ons voorgelegde vragen.

BarentsKrans

II SAMENVATTING BEVINDINGEN

- 8 Naar onze inschatting rust op de overheid in beginsel geen plicht om ouders die een beschikking hebben ontvangen op basis van het Oude CWS-beleid in aanmerking te laten komen voor het opnieuw volledig doorlopen van de CWS-route, dan wel het doorlopen van een Schikkingsroute aan te bieden voor zover de betreffende Schikkingsroute operationeel is.
- 9 Zowel de toeslagenaffaire zelf, als de hersteloperatie die door de overheid in gang is gezet om de schade van gedupeerde toeslagenouders te compenseren, is qua aard en omvang zonder precedent. Het herstel van het door de overheid aan gedupeerde ouders toegebrachte leed in de vorm van een schadevergoeding is een complex vraagstuk, omdat de schade van individuele gedupeerden uiteenlopend is en een aanzienlijk aantal vaak meerjarige schadeposten kent. Het gaat bovendien om een groot aantal gevallen.² Daarbij komt dat schadebegroting langs de lijnen van het civiele recht op zichzelf genomen geen exacte wiskunde is. Die begroting wordt, zeker waar het aankomt op immateriële schade, ingegeven door intuïtieve inzichten van de vaststeller van de schade (bijvoorbeeld een rechter).
- 10 Gelet daarop is het op zichzelf al lastig om te beoordelen in hoeverre sprake is van gelijke gevallen. Vanuit een civielrechtelijk perspectief van schadebegroting is daar niet snel sprake van, zeker gelet op de aard en omvang van de schade die zich bij gedupeerde ouders voordoet.
- 11 De overheid heeft in eerste instantie getracht de schade van gedupeerde ouders zo concreet mogelijk te laten begroten door oprichting van een onafhankelijk adviesorgaan, de CWS, welk orgaan de UHT adviseert in het kader van de door laatstgenoemde instantie te nemen beschikking op een aanvraag van gedupeerde ouders om aanvullende schadevergoeding.
- 12 Het Oude CWS-beleid neemt het civiele schadevergoedingsrecht tot uitgangspunt en bevat uitgewerkte richtsnoeren voor schadebegroting. Dat beoordelingskader is met ingang van 1 juli 2024 aangepast (het Nieuwe CWS-beleid). Daarbij is de kern van de beoordeling onaangetast gebleven, maar is het beleid van de CWS wel op enkele onderdelen gewijzigd. Die wijzigingen zijn deels ingegeven door de wens om de doorlooptijden te versnellen, bijvoorbeeld door bepaalde schadeposten op meer forfaitaire wijze te begroten en om de bejegening van ouders te verbeteren. Ook is op enkele punten de bewijslast verlicht.
- 13 Een vergelijking tussen het Oude CWS-beleid en het Nieuwe CWS-beleid laat zien dat het Nieuwe CWS-beleid in abstracto tot een hogere compensatie kan leiden (hoewel dat, gelet op de concrete schadebegroting bij de CWS, niet steeds zo hoeft te zijn).
- 14 Om de hersteloperatie verder te versnellen zijn en worden in 2023-2025 enkele nieuwe Schikkingsroutes tot stand gebracht, die eindigen in de ondertekening van een vaststellingsovereenkomst met gedupeerde ouders.

² Tot 31 december 2023 hebben zich 68.376 ouders bij de UHT aangemeld.

BarentsKrans

- 15 De Regieroute-VSO is actief sinds juni 2023. Slechts bijzondere gevallen komen op doorverwijzing van bepaalde instanties in aanmerking voor deze route, waarbij in samenspraak met het Ministerie op basis van het CWS-beleid wordt onderhandeld over een vaststellingsovereenkomst.
- 16 Daarnaast zullen in de toekomst de Schikkingsroutes van de SGH en de zogeheten Digitale Route opengesteld worden. Beide Schikkingsroutes monden uit in een vaststellingsovereenkomst. Het schadebegrotingskader van deze routes verschilt in meerdere opzichten van zowel het Oude als het Nieuwe CWS-beleid. Waar de CWS een concrete schadebegroting uitvoert, werkt het SGH met een abstracte, forfaitaire schadebegroting. Ook de Digitale Route zal worden gekenmerkt door een forfaitaire benadering waarbij, gebaseerd op het schadebegrotingskader van de SGH, tot een vaststellingsovereenkomst wordt gekomen.
- 17 Deze ontwikkelingen leiden ertoe dat gedupeerde ouders, die nog niet zijn toegelaten tot het CWS-traject, onder een nieuw beleid worden beoordeeld door de CWS en zij daarnaast in de toekomst meer en dus verschillende mogelijkheden zullen hebben om gecompenseerd te worden voor hun aanvullende schade. Niet alleen het Nieuwe CWS-beleid kan in theorie tot een hogere schadevergoeding leiden, maar ook het schadebegrotingskader van de SGH en de Digitale Route kunnen in theorie een hogere compensatie opleveren voor gedupeerden vanwege de forfaitaire schadebegroting in die routes, in combinatie met de lage bewijslast.
- 18 Dit een en ander brengt naar onze inschatting echter nog niet mee dat op de overheid een plicht rust om reeds onder het Oude CWS-beleid gecompenseerde ouders aan te bieden om nogmaals de CWS-route geheel te doorlopen, of hen de gelegenheid te geven alsnog een (grotendeels in de toekomst nog te introduceren) Schikkingsroute te doorlopen.
- 19 Wij achten het in dat kader van belang dat gedupeerde ouders, die reeds op grond van het Oude CWS-beleid zijn gecompenseerd, naar ons oordeel in beginsel (want in abstracto beoordeeld) een rechtmatige compensatie voor het aangedane leed hebben ontvangen, die in lijn is met de uitgangspunten van Wet hersteloperatie toeslagen en in overeenstemming is met het civiele schadevergoedingsrecht.
- 20 Als het zo zou zijn dat een individuele ouder in de context van het nieuwe CWS-beleid of een Schikkingsroute ruimer zou kunnen worden gecompenseerd voor zijn of haar schade, dan doet dat nog niet af aan de (in abstracto) rechtmatigheid van de compensatie van de groep ouders die reeds onder het Oude CWS-beleid zijn gecompenseerd. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, brengen niet mee dat een later geïntroduceerd gunstiger beleid op oude gevallen *moet* worden toegepast, als de eerder gegeven beslissing op zichzelf genomen rechtmatig is.
- 21 Verder is van belang dat de introductie van de nieuwe Schikkingsroutes een rechtvaardigingsgrond heeft, die gelegen is in de omstandigheid dat het kabinet in 2023 heeft

BarentsKrans

vastgesteld dat het herstelproces via de CWS te lang duurt en de bejegening van ouders onvoldoende was. Het leven van veel ouders staat in de wachtstand, waardoor de urgentie om in te grijpen in dit onderdeel van de hersteloperatie groot werd geacht. Daarnaast wordt met het inrichten van de nieuwe Schikkingsroutes beoogd de bejegening van gedupeerden te verbeteren, door meer op maat gesneden routes te bieden voor de zeer diverse groep van gedupeerde ouders.³

- 22 Naar onze inschatting bestaat er in abstracto om de hiervoor genoemde redenen geen plicht voor de overheid om reeds onder het Oude CWS-beleid gecompenseerde ouders opnieuw de volledige CWS-route te laten doorlopen, dan wel het alsnog doorlopen van een (grotendeels nog in de toekomst te introduceren) Schikkingsroute aan te bieden. We benadrukken evenwel dat de conclusie in individuele gevallen, in theorie, anders zou kunnen uitvallen. In dit advies is geen analyse op individueel niveau uitgevoerd.
- 23 In dit advies werken wij deze conclusie nog verder uit op het niveau van de verschillende categorieën van gedupeerden c.q. scenario's, waarbij ook de rol van diverse relevante bestuurs(proces)rechtelijke leerstukken wordt besproken. Dit in het kader van de tweede aan ons voorgelegde vraag.

III HET RELEVANTE FEITELIJK EN JURIDISCH KADER

III.1 De Wet hersteloperatie toeslagen; de Commissie Werkelijke Schade

- 24 Op grond van artikel 2.1, derde lid, en artikel 2.6 derde lid van de Wet hersteloperatie toeslagen kent de Belastingdienst/Toeslagen aanvullende compensatie of een aanvullende O/GS- tegemoetkoming voor de werkelijke schade toe op aanvraag van een aanvrager van kinderopvangtoeslag die aannemelijk maakt dat en in welke mate de door hem geleden schade overeenkomstig het civiele schadevergoedingsrecht hoger is dan een bedrag als bedoeld in artikel 2.3, eerste tot en met zevende lid, van de Wet hersteloperatie toeslagen of de O/GS-tegemoetkoming.
- 25 Artikel 2.1 derde lid luidt als volgt:

“Artikel 2.1. Compensatie en aanvullende compensatie voor aanvrager kinderopvangtoeslag

1. De Dienst Toeslagen kent op aanvraag compensatie toe aan een aanvrager van een kinderopvangtoeslag, die schade heeft geleden, doordat ten aanzien van hem:

a. voor 23 oktober 2019 bij de uitvoering van de kinderopvangtoeslag sprake is geweest van institutionele vooringenomenheid van de Dienst Toeslagen; of

³ Zie de Kamerbrief van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 31 mei 2024 – Integrale visie aanvullende schade, alsmede de Kamerbrief van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 23 juni 2023.

BarentsKrans

b. de toepassing van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen, de Wet kinderopvang of de op die wetten berustende bepalingen bij de uitvoering van de kinderopvangtoeslag heeft geleid tot onbillijkheden van overwegende aard die voortkomen uit de hardheid van de toepassing die voor 23 oktober 2019 werd gegeven aan het wettelijke systeem.

2. De compensatie wordt niet toegekend indien de door de aanvrager van een kinderopvangtoeslag geleden schade is te wijten aan ernstige onregelmatigheden die aan hem toerekenbaar zijn.

3. Aan een aanvrager van compensatie die aannemelijk maakt dat en in welke mate de door hem werkelijk geleden schade overeenkomstig het civiele schadevergoedingsrecht hoger is dan een bedrag als bedoeld in artikel 2.3, eerste tot en met zevende lid, wordt door de Dienst Toeslagen op aanvraag aanvullende compensatie voor de werkelijke schade toegekend.

4. Een aanvrager van een kinderopvangtoeslag als bedoeld in het eerste lid, aanhef en onderdeel b, komt niet in aanmerking voor compensatie van schade met betrekking tot een berekeningsjaar waarover minder dan € 1.500 aan kinderopvangtoeslag is teruggevorderd of het recht op kinderopvangtoeslag met minder dan € 1.500 is verlaagd.

5. De compensatie en de aanvullende compensatie voor de werkelijke schade blijven achterwege voor zover op een andere wijze in een vergoeding of tegemoetkoming ter zake is voorzien of voor zover aan de aanvrager een O/GS-tegemoetkoming als bedoeld in artikel 49c van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen, zoals dit luidde ten tijde van de aanvraag van de O/GS-tegemoetkoming, of als bedoeld in artikel 2.6 is toegekend.”
[onderstreping advocaat]

26 Artikel 2.6 derde lid luidt als volgt:

“Artikel 2.6. O/GS-tegemoetkoming en aanvullende O/GS-tegemoetkoming voor aanvrager kinderopvangtoeslag

1. De Dienst Toeslagen kent aan een aanvrager van een kinderopvangtoeslag op aanvraag een O/GS-tegemoetkoming toe indien de toepassing van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen, de daarop berustende bepalingen of de Wet kinderopvang bij de uitvoering van de kinderopvangtoeslag heeft geleid tot onbillijkheden van overwegende aard, omdat aan hem geen persoonlijke betalingsregeling is toegekend of een buitengerechtelijke schuldregeling is geweigerd vanwege de ontorechte kwalificatie van opzet of grove schuld van hemzelf of zijn partner ten aanzien van het ontstaan van de terugvordering van de kinderopvangtoeslag.

2. De O/GS-tegemoetkoming bedraagt 30 procent van het bedrag van de terugvordering.

BarentsKrans

3. Aan een aanvrager van een O/GS-tegemoetkoming die aannemelijk maakt dat en in welke mate de door hem werkelijk geleden schade als gevolg van de onbillijkheden van overwegende aard, bedoeld in het eerste lid, overeenkomstig het civiele schadevergoedingsrecht hoger is dan de O/GS-tegemoetkoming, wordt door de Dienst Toeslagen op aanvraag een aanvullende O/GS-tegemoetkoming voor de werkelijke schade toegekend.

4. De O/GS-tegemoetkoming en de aanvullende O/GS-tegemoetkoming voor de werkelijke schade blijven achterwege indien ten aanzien van de terugvordering recht bestaat op compensatie als bedoeld in artikel 2.1 over hetzelfde berekeningsjaar of voor zover op andere wijze in een vergoeding of tegemoetkoming ter zake is voorzien.”

27 Sinds 7 juli 2020 heeft de CWS tot taak het onafhankelijk adviseren van de UHT over aanvragen tot toekenning van aanvullende compensatie voor de werkelijke schade als bedoeld in artikel 2.1, derde lid en artikel 2.6, derde lid van de Wet hersteloperatie toeslagen en het opstellen en aanpassen van een schadebeoordelingskader.⁴ In januari 2021 is de CWS daadwerkelijk begonnen met het behandelen van de aan haar gerichte verzoeken. Per 1 juli 2024 geldt het aangepaste beleidskader van de CWS.

III.2 Introductie van nieuwe compensatieroutes

28 Gedurende de periode 2023-2025 zijn en worden drie alternatieve Schikkingsroutes ontwikkeld. Het gaat om de volgende routes:

29 **A. De Regieroute-VSO.** Deze route is actief sinds juni 2023. Aan de hand van hetzelfde beoordelingskader als de CWS onderhandelt de ouder (en diens adviseur of gemachtigde) met een vertegenwoordiger van het Ministerie met als doel een schikking te bereiken. Het uitgangspunt voor deze route is het vergoeden van de werkelijk geleden schade (de **Regieroute-VSO**).

30 **B. De SGH-route.** In september 2023 is gestart met een pilot uitgevoerd door de SGH. Het schadekader in de SGH-route bevat een aantal schadeposten waaraan een vast forfaitair bedrag is verbonden. Het gaat hierbij dus niet om het vaststellen van de daadwerkelijk geleden schade, maar om een (gewogen) forfaitair bedrag op basis van aannemelijkheid van causaliteit. Aan de hand van het feitenrelaas van de ouder berekent een schadeanalist de hoogte van de schadevergoeding. Deze route is op dit moment, na een pilot-fase, nog niet operationeel (de **SGH-route**).

31 **C. De Digitale route.** In september 2024 is begonnen met een proef voor een zogeheten 'digitale route' voor 30 ouders, waarbij de ouders online aanvullende compensatie of een aanvullende O/GS-tegemoetkoming kunnen aanvragen. Deze proef wordt uitgevoerd door de

⁴ Artikel 5.2 van de Wet herstel toeslagen jo. artikel 3 van de Instellingsregeling Commissie aanvullende schadevergoeding werkelijke schade.

BarentsKrans

afdeling Buitengewone Zaken Blauw (**BZB**), onderdeel van de belastingdienst. Het schadekader van de digitale route bevat een deel van de schadeposten uit het schadekader voor de SGH-route. Ook bij deze route is dus sprake van een forfaitaire schadebegroting. Het uitgangspunt bij deze route is dat de ouder in kwestie voldoende heeft aan alleen materiele schadevergoeding. Dit is anders dan bij de SGH, waar ook immateriële schadevergoeding onderdeel is van het herstelkader.⁵ In de digitale route worden schadeposten alleen toegekend als de ouder die kan onderbouwen met schriftelijk bewijs, met uitzondering van een enkele post (zoals invloed op mentaal welzijn) waarvan tot aannemelijkheid gekomen wordt op basis van feiten van algemene bekendheid voor deze groep, gelet op het feit dat bij SGH dergelijke posten in 100% van de gevallen zijn toegekend. De digitale route is op dit moment nog niet breed opengesteld en het schadekader kan nog worden aangepast aan de hand van de ervaringen in de proef. Waarschijnlijk wordt eerst verdere ervaring opgedaan door middel van een tweede, grotere pilotfase, voordat deze route algemeen wordt opengesteld (de **Digitale Route**).

III.3 De mogelijkheid tot overstappen tussen de compensatieroutes

- 32 Omdat het onvoorwaardelijk heen en weer overstappen tussen verschillende compensatieroutes of het gelijktijdig deelnemen aan meerdere compensatieroutes het schadestelsel zwaar zou belasten, zijn er regels verbonden aan het overstappen tussen routes en aan de deelname aan schikkingsroutes.
- 33 Een gelijktijdige behandeling in meerdere compensatieroutes is niet mogelijk. Het is echter wel toegestaan om over te stappen vanuit een wachtrij. Vanuit de CWS-route is het mogelijk om over te stappen naar een Schikkingsroute, mits dit gebeurt voordat de inhoudelijke beoordeling bij de CWS start. Een overstap vanuit de CWS-wachtrij naar een alternatieve route vereist wel een schriftelijk akkoord van de gedupeerde ouder om de wettelijke beslistermijn voor de UHT op te schorten. Gedurende de schikkingspoging kan de UHT namelijk geen beslissing nemen op de aanvraag.
- 34 Als de gekozen alternatieve route eindigt zonder vaststellingsovereenkomst, dan is dit definitief. De ouder kan dan niet opnieuw deelnemen. In gevallen waar een alternatieve route is gestart maar niet afgerond is met een vaststellingsovereenkomst, is het mogelijk om éénmalig terug te keren naar de CWS, mits de wettelijke aanvraagtermijn is gerespecteerd. Wanneer er een overstap plaatsvindt van SGH naar CWS, kan het feitenrelaas worden meegenomen. De CWS zal de behandeling dan opnieuw oppakken op basis van de initiële aanvraagdatum. De plaats in de CWS-wachtrij gaat dus ook niet verloren.

III.4 De motie-Van Dijk c.s.; relevantie van motie voor categorieën ouders

- 35 Op 18 juni 2024 is in de Tweede Kamer de motie-Van Dijk c.s. aangenomen. Daarin wordt de regering verzocht om te komen met een onafhankelijk advies over hoe om te gaan met de

⁵ Kamerstukken II 2024/2025, 36 577, nr. 10, p. 2.

BarentsKrans

ouders die de CWS-route onder het Oude CWS-beleid al hebben doorlopen of in bezwaar/beroep zijn gegaan, in het licht van het Nieuwe CWS-beleid en de introductie van de Schikkingsroutes.

- 36 Concreet ziet deze motie, naar wij van het Ministerie hebben begrepen en zoals ook is uiteengezet in de adviesvraag, op de volgende categorieën ouders die zich in verschillende fasen van het compensatieproces bij de UHT bevinden (de **Scenario's**), namelijk:
- a) Ouders die niet in bezwaar zijn gegaan en geen bezwaarschrift meer kunnen indienen (**Scenario 1**);⁶
 - b) Ouders die niet in bezwaar zijn gegaan en nog wel een bezwaarschrift kunnen indienen (**Scenario 2**);⁷
 - c) Ouders die een bezwaarschrift hebben ingediend waarop nog niet is beslist (**Scenario 3**);⁸
 - d) Ouders die een beslissing op bezwaar hebben ontvangen waartegen geen beroep is ingesteld en geen beroep meer kan worden ingesteld (**Scenario 4**);⁹
 - e) Ouders die een beslissing op bezwaar hebben ontvangen waartegen geen beroep is ingesteld en nog wel beroep kan worden ingesteld (**Scenario 5**);¹⁰
 - f) Ouders die een (hoger) beroepschrift hebben ingediend, waarbij de bestuursrechter nog geen uitspraak heeft gedaan (**Scenario 6**); en¹¹
 - g) Ouders die een procedure bij de bestuursrechter in (hoger) beroep hebben doorlopen (**Scenario 7**).¹²
- 37 Naar wij hebben begrepen, heeft de CWS circa 573 adviezen uitgebracht onder het oude beleid. In ongeveer 30 gevallen is sprake van een onherroepelijk besluit. In ruim 300 gevallen kan tot en met 31 december 2024, of binnen één jaar na dagtekening van de beschikking als die is afgegeven na 31 december 2023, een bezwaarschrift worden ingediend dat de UHT niet

⁶ Deze ouders hebben een primair besluit ontvangen, zijn niet in bezwaar gegaan en hebben inmiddels een onherroepelijk primair besluit.

⁷ Deze ouders hebben een primair besluit ontvangen dat nog niet onherroepelijk is en kunnen nog een bezwaarschrift indienen.

⁸ Deze ouders hebben een primair besluit ontvangen en hiertegen bezwaar gemaakt.

⁹ Deze ouders hebben een beslissing op bezwaar ontvangen die inmiddels onherroepelijk is.

¹⁰ Deze ouders hebben een beslissing op bezwaar ontvangen die nog niet onherroepelijk is, hebben nog geen beroep ingesteld, maar kunnen nog wel beroep instellen.

¹¹ Deze ouders hebben tegen de beslissing op bezwaar beroep ingediend, dan wel hoger beroep ingediend tegen de uitspraak maar wachten nog op een uitspraak in beroep, dan wel hoger beroep.

¹² Deze ouders hebben tegen de beslissing op bezwaar beroep ingediend, dan wel hoger beroep ingediend tegen de uitspraak en hebben inmiddels een uitspraak in (hoger) beroep.

BarentsKrans

als onredelijk laat ingediend zal beschouwen. In de overige ongeveer 200 gevallen loopt een bezwaar- of (hoger) beroepsprocedure.

IV VERGELIJKING TUSSEN DIVERSE ROUTES

IV.1 Uitgebreidere vergelijking in bijlage 1

38 In het kader van dit advies hebben wij de schadebegrotingskaders van de CWS-route onder het Oude CWS-beleid en het Nieuwe CWS-beleid, alsmede de Schikkingsroutes, onderling met elkaar vergeleken. Ten behoeve van de leesbaarheid van dit advies hebben wij deze vergelijking opgenomen in een aparte bijlage (**bijlage 1**). Wij volstaan in het lichaam van dit advies hierna met de conclusies.

IV.2 Conclusie

IV.2.1 Oude CWS-beleid versus Nieuwe CWS-beleid

39 In de eerste plaats hebben wij het Oude en het Nieuwe CWS-beleid met elkaar vergeleken. Die vergelijking wijst uit dat het Nieuwe CWS-beleid in abstracto ruimhartiger kan uitvallen, maar dat het Oude CWS-beleid ons evengoed in lijn lijkt met de Wet hersteloperatie toeslagen en het civiele schadevergoedingsrecht. Dat heeft ermee te maken dat de CWS er in haar nieuwe beleid voor heeft gekozen om op verschillende punten meer met forfaitaire bedragen te werken, waar het voorheen concreet de schade begrootte. Ook is een enkele schadepost toegevoegd, waarbij met name de mogelijkheid om gemiste waardeestijging van de koopwoning vergoed te krijgen vermeldenswaard is. Bovendien heeft de CWS op diverse punten de bewijslast verlicht. Ook die beslissing kan tot hogere compensatie leiden. Omdat de CWS in de kern nog steeds op geïndividualiseerde wijze en concreet begroot wat de schade van gedupeerden is, kan het resultaat in individuele gevallen evenwel anders uitvallen.

IV.2.2 CWS-beleid (zowel oud als nieuw) versus SGH

40 Bij een vergelijking van het schadekader van de CWS met het schadekader van de SGH moet allereerst het wezenlijke verschil in de essentie van de schadekaders worden benoemd. De CWS hanteert als uitgangspunt het vergoeden van de werkelijk geleden schade, terwijl de SGH met een forfaitaire schadebegroting werkt. In het verlengde hiervan zijn de bewijsvereisten bij beide schadekaders anders: waar de CWS in beginsel onderbouwing verlangt, is het bij de SGH vaak voldoende wanneer de schadepost in het feitenrelaas van de ouder voorkomt, aannemelijk is en consistent is met de tijdlijn van de integrale beoordeling. Voor bepaalde schadeposten wordt overigens wel bewijs gevraagd, zoals bij inkomensschade.

41 Inhoudelijk zien wij vooral verschillen tussen de post van gemist inkomen, waar het SGH-kader met een relatief hoog forfaitair bedrag werkt, terwijl het SGH-kader dan weer geen post voor gemiste waardeestijging van een koopwoning en geen post voor vervangende

BarentsKrans

kinderopvangkosten omvat, wat tot een noemenswaardig verschil ten faveure van zowel het Oude als het Nieuwe CWS-beleid kan leiden.

42 Het verschil tussen het vergoeden van de werkelijke schade bij de CWS-route en het toekennen van forfaitaire schadeposten bij de SGH-route resulteert erin dat niet zonder meer kan worden gesteld welke van de schadekaders ruimhartiger is. Een forfaitaire route zal per definitie niet de exacte schade berekenen. Het toegekende bedrag zal dus ofwel hoger ofwel lager kunnen zijn dan wanneer de concrete, werkelijke schade zou zijn bergroot. Het antwoord op de vraag of toepassing van het SGH-kader in een hogere of lagere compensatie resulteert zal verschillen per ouder.

43 Een ander verschil is dat bij het herstelmodel van de SGH materiële en immateriële schade vervlochten zijn – de schadeposten hebben in veel gevallen zowel een materieel als immaterieel element. Dit is anders bij de CWS. Hier is een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de materiële en immateriële schade.

IV.2.3 CWS (zowel oud als nieuw) versus Digitale Route

44 Bij een vergelijking van het schadekader van de CWS met het schadekader van de Digitale Route moet wederom allereerst het wezenlijke verschil in de essentie van de schadekaders worden benoemd. De CWS hanteert als uitgangspunt het vergoeden van de werkelijk geleden schade, terwijl ook de Digitale Route forfaitaire schadevergoedingen toekent op basis van het SGH-kader. Een ander verschil is dat bij het Herstelmodel van de Digitale Route emotioneel leed en financieel leed vervlochten zijn – de schadeposten hebben in veel gevallen zowel een materieel als immaterieel element. Dit is anders bij de CWS. Hier is een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de materiële en immateriële schade.

45 De belangrijkste verschillen zijn gelegen in het feit dat in de Digitale Route niet alle vormen van inkomenschade worden vergoed. Dat kan tot substantiële verschillen leiden ten gunste van zowel het Oude als het Nieuwe CWS-beleid. Voor het overige zijn de verschillen vergelijkbaar met de verschillen tussen de schadekaders van de CWS en de SGH. Wel zij hierbij aangetekend dat gedurende pilot van de Digitale Route nog wordt gekeken welke schadeposten al dan niet geschikt of gewenst zijn om via deze route open te stellen. Een goede vergelijking met deze route zal op een later moment pas mogelijk zijn.

V BEANTWOORDING VAN DE VRAGEN

V.1 Inleiding

46 In dit hoofdstuk behandelen wij ten eerste de vraag of de Staat gehouden is om ouders, die een beschikking hebben ontvangen op basis van het voormalige beleid van de CWS in aanmerking moeten komen voor aanvullende compensatie, dan wel het opnieuw doorlopen van een route.

47 Wij behandelen vervolgens de tweede aan ons voorgelegde vraag met betrekking tot de juridisch-technische mogelijkheden om nieuw/aangepast beleid toe te passen op 'oude gevallen' per Scenario, zoals gedefinieerd in par. III.4 hiervoor.

V.2 Brengen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur mee dat de overheid ouders, die onder het oude CWS-beleid zijn gecompenseerd, een herbeoordeling of het alsnog doorlopen van een Schikkingsroute moet aanbieden?

48 De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn rechtsbeginselen. Aan deze beginselen worden drie functies toegedicht. In de eerste plaats dienen zij als richtsnoer voor het bestuurlijk handelen. Het betreffen met andere woorden bestuurlijke gedragsnormen. In de tweede plaats levert de schending van de beginselen een beroepsgrond op. Zo bieden zij de burger in een concreet geval rechtsbescherming. Ten derde vormen de beginselen een toetsingsmaatstaf voor rechters en beroepsinstanties.¹³

49 Bij de beantwoording van de aan ons voorgelegde vragen onderzoeken wij eerst of deze beginselen als bestuurlijke gedragsnormen meebrengen dat aan ouders, die al zijn gecompenseerd onder het oude CWS-Beleid, een herbeoordeling onder het Nieuwe CWS-Beleid of het alsnog doorlopen van een Schikkingsroute moet worden aangeboden. Hierbij concentreren wij ons op de meer materiële beginselen van behoorlijk bestuur, dus het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en, tot slot, het meer formele zorgvuldigheidsbeginsel.

V.3 In abstracto geen plicht om ouders herbeoordeling of Schikkingsroute aan te bieden

50 In algemene zin is het volgende van belang. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur staan in beginsel niet in de weg aan het wijzigen van beleid of wetgeving door de overheid.¹⁴ Het gaat er uiteindelijk om of sprake is van rechtmatige besluitvorming in het individuele geval.

51 In dit verband is van belang dat de groep ouders, die reeds op grond van het Oude CWS-beleid is gecompenseerd voor aanvullende schade, naar ons oordeel in beginsel een rechtmatige compensatie voor het aangedane leed heeft ontvangen, die in lijn is met de uitgangspunten van Wet herstel toeslagen en in overeenstemming is met het civiele schadevergoedingsrecht. Als het al zo zou zijn dat ouders in de context van het Nieuwe CWS-Beleid of de Schikkingsroutes ruimer worden gecompenseerd voor gelijksoortige schade, dan doet dat nog niet af aan de (in abstracto) rechtmatigheid van de compensatie van de groep ouders die reeds onder het Oude CWS-beleid zijn gecompenseerd.

52 De algemene beginselen van behoorlijk bestuur brengen naar onze inschatting niet mee dat een later geïntroduceerd gunstiger beleid op oude gevallen *moet* worden toegepast, als het bestuursorgaan, ook in het licht van het gewijzigde beleid, in redelijkheid tot de eerder

¹³ R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 2.*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 328 – 329.

¹⁴ Zeker niet als de wijziging ten gunste van de burger is.

BarentsKrans

gegeven beslissing heeft kunnen komen. Dat valt af te leiden uit (bestuursrechtelijke) jurisprudentie die ziet op de situatie waarin het nieuwe beleid juist *ongunstiger* is dan het oude beleid.

V.3.1 Het gelijkheidsbeginsel/gelijke behandeling

- 53 Het gelijkheidsbeginsel brengt naar de heersende leer naar onze mening geen plicht tot volledige herbeoordeling, of het aanbieden van het doorlopen van een Schikkingsroute, van reeds onder het Oude CWS-beleid gecompenseerde ouders mee.
- 54 In de eerste plaats dienen voor een succesvol beroep op het bestuursrechtelijke gelijkheidsbeginsel de relevante feiten en toepasselijke juridische kaders van de gevallen gelijk te zijn.¹⁵ Dat is in deze kwestie reeds niet het geval, omdat de toepasselijke beleidskaders zullen verschillen.
- 55 Dat volgt uit rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (**de Afdeling**). De Afdeling heeft bijvoorbeeld geoordeeld dat voor een geslaagd beroep op het gelijkheidsbeginsel niet alleen hetzelfde bestemmingsplan van toepassing moet zijn,¹⁶ maar ook hetzelfde beleid.¹⁷ Als tussentijds een beleidswijziging heeft plaatsgevonden, dan betekent dit dat niet meer vergeleken kan worden met de gevallen onder het oude beleid.¹⁸
- 56 De Afdeling heeft in het verlengde daarvan geoordeeld dat indien binnen hetzelfde bestemmingsplangebied meerdere beleidsregels bestaan voor verschillende gebieden, niet kan worden vergeleken met de gevallen in gebieden die onder de andere beleidsregels vallen.¹⁹ In dit verband verwijzen wij ook naar jurisprudentie waaruit volgt dat als geen vergelijkbare gevallen worden overgelegd waarin dezelfde beoordelingsmethodiek werd toegepast, een beroep op het gelijkheidsbeginsel evenmin slaagt. Bij die beoordeling is ook betrokken dat in de andere gevallen (waarbij wel gemakkelijker een asielvergunning kon worden verleend) het oude beleid van toepassing was.²⁰
- 57 In dit geval is er naar onze inschatting dan ook in abstracto geen plicht om reeds gecompenseerde ouders het opnieuw doorlopen van de CWS-route (onder het Nieuwe CWS-beleid), dan wel het doorlopen van een Schikkingsroute aan te bieden (voor zover die al operationeel zijn). Wets- en beleidswijzigingen worden in beginsel niet als ongelijke behandeling aangemerkt vanuit de gedachte dat de overheid de vrijheid moet hebben om wetten en beleid te kunnen wijzigen. Voor die gedachte is ook steun te ontleen aan fiscaalrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin wordt geoordeeld dat het

¹⁵ ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3064; ter illustratie: het vergelijken van een rijtjeshuis met een school qua aantal toegestane bouwlagen is reeds vanwege de feitelijke verschillen kansloos (ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1323).

¹⁶ ABRvS 26 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5601.

¹⁷ ABRvS 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7256.

¹⁸ ABRvS 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7256.

¹⁹ ABRvS 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:280.

²⁰ Rb Den Haag 13 november 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:18641, r.o. 17.

BarentsKrans

onderscheid in regelgeving zodanig moet zijn dat de keuze van de wetgever/beleidsmaker evident van iedere redelijke grond is ontbloot.²¹

58 In dit kader achten wij het van belang dat uit onze analyse in hoofdstuk IV naar voren komt dat het Nieuwe CWS-Beleid kan leiden tot ruimhartiger compensatie, maar ook dat de vraag of die mogelijkheid zich materialiseert afhangt van het individuele geval. Hier is ook van belang dat civiele schadebegroting geen exacte wiskunde is, en het in deze context lastig te beoordelen valt wanneer feitelijk gezien, dus los van de vraag naar het toepasselijke beleid, sprake is van gelijke of vergelijkbare gevallen.

59 Het feit dat er in abstracto verschillen bestaan tussen het Oude en Nieuwe CWS-beleid, brengt bovendien ook niet mee dat de aanpassing in dat beleid van een redelijke grond is ontbloot. De beleidswijzigingen hebben namelijk als doel om dit deel van de hersteloperatie te versnellen en om de bejegening richting ouders te verbeteren, wat ons gerechtvaardigde gronden lijken voor een beleidswijziging.

60 Dat geldt ook voor het verschil in benadering tussen de CWS-route enerzijds en de Schikkingsroutes anderzijds. Zo wordt de meer forfaitaire benadering in het kader van de Digitale Route en de SGH-route gerechtvaardigd vanuit het streven de herteloperatie te versnellen. Bovendien wordt met het creëren van meer en verschillende routes beoogd de bejegening van gedupeerden te verbeteren. De groep gedupeerden is zeer divers en met deze wijziging wordt beoogd om gedupeerden een route te kunnen laten kiezen die het beste bij hen past. Deze beleidswijziging lijkt ons daarom ook niet van een redelijke grond ontbloot, waardoor op basis van het gelijkheidsbeginsel in zijn algemeenheid geen verplichting bestaat voor de overheid om voor 'oude gevallen' ofwel een volledig nieuwe beoordeling conform het Nieuwe CWS-beleid te bieden of alsnog één van de andere Schikkingsroutes, voor zover die al operationeel zijn, aan te bieden.

V.3.2 Het vertrouwensbeginsel

61 Voor wat betreft het vertrouwensbeginsel is het volgende van belang.

62 Het moet voor de belanghebbende telkens voldoende duidelijk zijn wat het toetsingskader voor de behandeling van een aanvraag betreft. Het wijzigen van beleid kent in zoverre grenzen. Beleid wekt verwachtingen op twee niveaus. De burger gaat vertrouwen dat het beleid bestendig blijft, maar ook dat het in zijn geval daadwerkelijk wordt toegepast. Tegen beleidswijzigingen biedt het vertrouwensbeginsel een beperkte bescherming, die vergelijkbaar is met de bescherming tegen wijziging van lagere wetgeving.²² De beleidswijziging moet

²¹ HR 11 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:1; vgl. ook Hof Amsterdam 7 mei 2019 ECLI:NL:GHAMS:2019:1567.

²² De ontwikkelingen in de jurisprudentie van de ABRvS op het gebied van het vertrouwensbeginsel hebben aan dat uitgangspunt niet afgedaan, vgl. ABRvS 19 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694 (*Dakopbouw*) en de Conclusie van staatsraad A-G Snijders d.d. 21 augustus 2024, ECLI:NL:RVS:2024:3420 (die ziet op de vraag welke gevolgen een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel heeft, en niet op de voorvraag of met succes een beroep op het vertrouwensbeginsel kan worden gedaan).

BarentsKrans

kenbaar zijn, kan in beginsel geen terugwerkende kracht hebben en moet zo nodig een redelijke overgangstermijn gunnen.²³

- 63 Het vertrouwensbeginsel beschermt burgers vooral tegen nieuw, ongunstiger beleid. Hier doet zich in theorie de omgekeerde situatie voor en rijst dus de vraag of het vertrouwensbeginsel mee moet brengen dat burgers tegen 'oud', 'ongunstiger' beleid moeten worden beschermd. Daar lijken niet onmiddellijk aanknopingspunten voor te vinden in literatuur of rechtspraak. In dit verband lijkt ook niet zonder belang of door de overheid de indruk is gewekt of is toegezegd dat reeds gecompenseerde ouders alsnog een nieuwe Schikkingsroute, voor zover operationeel, of de CWS-route onder het aangepaste beleid mogen doorlopen.²⁴ Voor zover wij weten is dat niet gebeurd. Overigens moet ook in dit verband worden opgemerkt dat niet zonder meer kan worden gezegd dat het Oude CWS-beleid ongunstiger is dan de nieuwere schadekaders, omdat dit afhangt van het individuele geval.

V.3.3 Het rechtszekerheidsbeginsel

- 64 Ook het rechtszekerheidsbeginsel (dat veel verwantschap vertoont met het vertrouwensbeginsel) brengt in onze ogen geen plicht voor de overheid mee om reeds gecompenseerde ouders het opnieuw doorlopen van enige compensatieroute aan te bieden.
- 65 In de uitspraak van de Afdeling van 11 januari 2012 is geoordeeld over de toepassing van een nieuwe beleidsregel in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel.²⁵ De Afdeling hanteert de toetsingsmaatstaf of voor de inwerkingtreding van de 'nieuwe' beleidsregels reeds een vaste, gunstigere gedragslijn bestond waar appellant op mocht vertrouwen. Dit was echter niet het geval als gevolg waarvan het besluit in stand kon blijven.²⁶
- 66 De rechtszekerheid kan wel grenzen stellen aan de ex nunc-toetsing in bezwaar. In dit verband verwijzen wij naar de volgende jurisprudentie. In een zaak waarin de aanvraag voor een activiteit op het moment van indiening van de aanvraag in overeenstemming was met de voorwaarden waaronder een ontheffing kon worden verleend, oordeelde de Afdeling dat het rechtszekerheidsbeginsel zich er in dat geval tegen verzet dat bij de beslissing op bezwaar wordt getoetst aan het nieuwe beleid, op grond waarvan de ontheffing niet meer kon worden verleend.²⁷ Om deze reden moest het beleid worden toegepast zoals dat gold ten tijde van de aanvraag (ex tunc) en niet het beleid zoals dat gold ten tijde van de beslissing op bezwaar (ex nunc).
- 67 De Afdeling oordeelt in een uitspraak van 27 februari 2013 in gelijke zin. Ook daarbij was sprake van nieuw beleid dat voor de aanvrager ongunstiger zou uitpakken. De Afdeling

²³ J.B.M. Vranken, N. Verheij en J. De Hullu, Preadviezen, *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1997, p. 63.

²⁴ In welk verband de wat versoepelde lijn van de Afdeling in de hiervoor aangehaalde *Dakopbouw*-uitspraak wel van belang zou kunnen zijn.

²⁵ ABRvS 11 januari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV0562.

²⁶ ABRvS 11 januari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV0562, BR 2012/76, m.nt. R.H.M. Sipman

²⁷ ABRvS 3 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK621.

BarentsKrans

oordeelt dat indien bij een nieuw te nemen beslissing op bezwaar (na vernietiging van de eerste beslissing op bezwaar) zou moeten worden getoetst aan nieuw beleid dat voor de aanvrager ongunstiger uitpakt, omdat het beleid inmiddels was gewijzigd, sprake is van een bijzondere omstandigheid. Naar het oordeel van de Afdeling verzet de rechtszekerheid zich er in dit geval tegen dat deze nieuwe beleidsregels op de aanvraag worden toegepast.²⁸

68 Gelet op het voorgaande zien we op basis van de jurisprudentie dat in de bezwaarfase afgeweken kan worden van de ex nunc-toetsing indien het rechtszekerheidsbeginsel zich daartegen verzet. Dit kan aan de orde zijn wanneer belanghebbenden als gevolg van een beleidswijziging in een ongunstigere positie komen te verkeren. Nu in dit geval niet kan worden gezegd dat het Nieuwe CWS-Beleid ongunstiger is dan het Oude CWS-Beleid, en dat evenmin als zodanig van de Schikkingsroutes kan worden gezegd, is er naar onze mening geen aanknopingspunt om te concluderen dat het rechtszekerheidsbeginsel de overheid verplicht om reeds onder het Oude CWS-Beleid gecompenseerde ouders een herbeoordeling aan te bieden.

V.3.4 Het zorgvuldigheidsbeginsel

69 Het zorgvuldigheidsbeginsel heeft zowel betrekking op de voorbereiding van besluiten als op de besluitvorming zelf. Bij de voorbereiding van besluiten gaat het er in de kern om dat (i) het bevoegd gezag de nodige kennis omtrent relevante feiten en omstandigheden en omtrent de af te wegen belangen vergaart (artikel 3:2 Awb) en (ii) belanghebbenden in de voorbereidingsfase worden gehoord. Een belangrijk ander aspect van het zorgvuldigheidsbeginsel betreft de voor de besluitvorming noodzakelijke belangenafweging. Alle relevante belangen die door het besluit zullen worden geraakt, moeten worden meegewogen.

70 Het zorgvuldigheidsbeginsel hangt nauw samen met het beginsel dat een besluit niet zodanig mag zijn dat de overheid, bij de afweging van de betrokken belangen, in redelijkheid niet tot het desbetreffende besluit heeft kunnen komen (het verbod van willekeur). Beide beginselen gelden in principe voor al het overheidshandelen.

71 Een toetsing aan deze beginselen vindt in de jurisprudentie dan ook geregeld plaats, niet alleen ter zake van beschikkingen maar ook ter zake van besluiten van algemene strekking zoals beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften, zij het dat de toetsing van beleid soms indirect geschiedt. Daarbij merken wij op dat bestuursrechters sinds 2019 (de Centrale Raad van Beroep) en 2020 (de Afdeling) minder strikt vasthouden aan exceptieve toetsing (in vaktermen ook wel de zogeheten ‘willekeursluis’ genoemd) van regelgeving aan het zorgvuldigheidsbeginsel.²⁹

²⁸ ABRvS 27 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2518.

²⁹ Zie CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2018 en ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, vgl. ook de Conclusie van staatsraad A-G Widdershoven d.d. 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

72 Wij zien op grond onvoldoende aanknopingspunten om in abstracto te concluderen dat besluiten ten aanzien van reeds gecompenseerde ouders in strijd zouden komen met het zorgvuldigheidsbeginsel, ook indien niet terughoudend aan dat beginsel wordt getoetst. In dit kader is van belang dat het Oude CWS-Beleid in lijn is met de Wet hersteloperatie toeslagen en het civiele schadevergoedingsrecht en uitgangspunt onder het Oude CWS-Beleid is dat de daadwerkelijke schade van gedupeerde ouders wordt begroot en vergoed. In individuele gevallen kan het antwoord op deze vraag in theorie evenwel anders uitvallen. Wij hebben immers in het kader van dit advies niet op individueel niveau van de reeds gegeven besluiten geanalyseerd of alle relevante betrokken belangen zijn meegewogen en of voldoende aan *factfinding* is gedaan.

V.4 Relevante bestuursrechtelijke aspecten van deze vragen in de verschillende Scenario's

73 In het voorgaande hebben wij geconcludeerd dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op zichzelf niet met zich brengen dat de overheid in abstracto een plicht heeft om ouders, die nog onder het Oude CWS-beleid zijn gecompenseerd, het opnieuw doorlopen van de CWS-route onder het Nieuwe CWS-beleid dan wel . In individuele gevallen kan dat anders zijn, maar dit advies bevat geen analyse van individuele gevallen.

74 Gelet op de tweede aan ons voorgelegde vraag bespreken wij niettemin nog op het niveau van de verschillende Scenario's hoe het antwoord uitvalt in het licht van de specifieke bestuursprocesrechtelijke context³⁰ die zich in het betreffende Scenario voordoet.

V.4.1 (Scenario 1) Ouders die niet in bezwaar zijn gegaan en geen bezwaarschrift meer kunnen indienen

75 Nadat een beslissing is genomen op de aanvraag hebben de ouders zes weken de tijd om daartegen een bezwaarschrift in te dienen.³¹ Bij het uitblijven van een tijdige indiening van een bezwaarschrift, zal de beslissing op de aanvraag onherroepelijk zijn en daarmee formele rechtskracht krijgen.

76 Formele rechtskracht³² houdt in dat (i) besluiten onaantastbaar worden indien niet tijdig de rechtsmiddelen worden aangewend, en (ii) besluiten onaantastbaar worden indien de (hoogste) bestuursrechter uitspraak heeft gedaan op wel ingestelde rechtsmiddelen en

³⁰ Hierbij merken wij op dat als wij de normale wettelijke termijnen noemen waarin bijvoorbeeld een bezwaar dient te worden ingediend, maar dat deze algemene termijnen afwijken van de termijnen die in de praktijk worden gehanteerd of geaccepteerd. Hierna zal, voor zover relevant, per scenario in de voetnoot nog worden vermeld hoe in de praktijk met termijnen wordt omgesprongen.

³¹ Artikel 6:7 Awb. In dit verband merken wij voor de volledigheid op dat zes weken de 'standaard' wettelijke termijn is, maar dat hier in casu ruimhartig mee wordt omgegaan. In ruim 300 gevallen kan tot en met 31 december 2024 of binnen één jaar na dagtekening van de beschikking als die is afgegeven na 31 december 2023 een bezwaarschrift worden ingediend dat de UHT niet als onredelijk laat ingediend zal beschouwen. Zie nader: artikel 3.4 van het Beleid procesrecht herstel toeslagen.

³² Het beginsel van de formele rechtskracht heeft twee facetten. Het eerste facet is dat het oordeel over de rechtmatigheid van besluiten berust bij de bestuursrechter (HR 24 februari 1984, NJ 1984/669 m.nt. JAB (St. Oedenrode/Driessen)). Het tweede facet houdt in dat een besluit zijn geldigheid behoudt indien tegen het besluit niet is opgekomen of als het niet is vernietigd. Die geldigheid betekent dat het besluit zowel wat de wijze van tot stand komen als wat de inhoud betreft in overeenstemming is met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen (HR 16 mei 1986, NJ 1986/723 m.nt. MS (Heesch/Van de Akker)).

daartegen geen hoger beroep wordt ingesteld of kan worden ingesteld.³³ Hierna zal - in het kader van Scenario 4 - worden besproken op welke manieren besluiten met formele rechtskracht toch nog kunnen worden gewijzigd.

77 Gelet op het voorgaande zal op het moment dat is beslist op de aanvraag en tegen de beslissing op de aanvraag geen bezwaarschrift is ingediend, het primaire besluit (de beslissing op de aanvraag) onherroepelijk zijn en daarmee formele rechtskracht krijgen. Intrekking, ambtshalve wijziging of herziening van het besluit is hier in beginsel dan ook niet verplicht.

78 In beginsel zal een nieuwe aanvraag op grond van artikel 4:6 Awb bovendien worden afgewezen als geen nieuwe feiten en omstandigheden worden aangevoerd. Het enkele feit dat sprake is van nieuw c.q. gewijzigd beleid, leidt niet tot dergelijke nieuwe feiten en omstandigheden.³⁴

V.4.2 (Scenario 2) Ouders die niet in bezwaar zijn gegaan en nog wel een bezwaarschrift kunnen indienen

79 Nadat een beslissing is genomen op de aanvraag en ouders wél binnen de wettelijke termijn³⁵ een bezwaarschrift indienen, bevinden zij zich in de bezwaarprocedure. In beginsel dient een besluit voor rechtmatig te worden gehouden wanneer het instellen van rechtsmiddelen (nog) niet heeft geleid tot herroeping of vernietiging van een besluit.³⁶

80 Artikel 7:11, lid 1, Awb bepaalt dat op grondslag van het bezwaar een volledige heroverweging van het primaire besluit plaatsvindt.³⁷ Als uitgangspunt heeft daarbij te gelden dat bij het nemen van een besluit op bezwaar het recht wordt toegepast zoals dat op dat moment geldt (zogenoemde ex nunc-toetsing³⁸). Dit geldt eveneens voor beleidsregels.³⁹

81 Bij een ex nunc-toetsing heroverweegt een bestuursorgaan een besluit op basis van de feiten en omstandigheden ten tijde van de heroverweging en het op dat moment geldende recht en beleid. Bij deze ex nunc-toetsing gaat het daarbij om zowel feiten als omstandigheden die zich pas ná het eerdere besluit voordoen en die van belang zijn voor toepassing van de desbetreffende norm. Dit betekent dat een bezwaar van ouders, wiens beschikking op basis van het Oude CWS-beleid is geweest, zal worden beoordeeld op basis van het Nieuwe CWS-beleid. Wij zien daarbij geen aanknopingspunten om in de bezwaarfase één van de Schikkingsroutes aan te bieden, omdat de ouders in de bezwaarfase reeds in de CWS-route

³³ R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Wolters. Kluwer 2014.

³⁴ Vgl. Cbb 7 december 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1050.

³⁵ Artikel 6:7 Awb. In dit verband merken wij voor de volledigheid op dat zes weken de 'standaard' wettelijke termijn is, maar dat hier in casu ruimhartig mee wordt omgegaan. In ruim 300 gevallen kan tot en met 31 december 2024 of binnen één jaar na dagtekening van de beschikking als die is afgegeven na 31 december 2023 een bezwaarschrift worden ingediend dat de UHT niet als onredelijk laat ingediend zal beschouwen. Zie nader: artikel 3.4 van het Beleid procesrecht herstel toeslagen.

³⁶ HR 2 juni 1995, NJ 1997/164 m.nt. MS (*Aharchi/Bedrijfsvereniging*).

³⁷ Vgl. ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4158.

³⁸ Een bestuursorgaan moet in beginsel beslissen met inachtneming van de actuele feiten en omstandigheden.

³⁹ ABRvS 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:433; ABRvS 16 oktober 2024, ECLI:NL:RVS:2024:4175, r.o. 5.1; ABRvS 12 juni 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2422.

BarentsKrans

zitten. Ook op basis van het gelijkheidsbeginsel zien wij daar geen reden toe, omdat in dit geval in beginsel geen sprake is van gelijke gevallen.⁴⁰ De ouders die reeds in de CWS-route zitten, hadden niet de keuze tussen diverse routes op het moment waarop hun aanvraag in behandeling werd genomen.

82 Onze conclusie is daarom dat in dit Scenario het Nieuwe CWS-beleid in bezwaar moet worden toegepast. Er bestaat in onze ogen geen plicht tot intrekking, herziening of ambtshalve wijziging.

V.4.3 (Scenario 3) Ouders die een bezwaarschrift hebben ingediend waarop nog niet is beslist

83 Indien ouders binnen de wettelijke termijn van zes⁴¹ weken een bezwaarschrift hebben ingediend, dan zijn zij in afwachting van een beslissing op het bezwaarschrift. Het bevoegd gezag beslist dan binnen zes weken of – indien een bezwaarschriftencommissie als bedoeld in artikel 7:13 Awb is ingesteld – binnen twaalf weken op het bezwaarschrift, gerekend vanaf de dag na die waarop de termijn voor het indienen van het bezwaarschrift is verstreken.⁴² In beginsel dient een besluit voor rechtmatig te worden gehouden wanneer het instellen van rechtsmiddelen (nog) niet heeft geleid tot herroeping of vernietiging van een besluit.⁴³

84 Over de toetsing bij het nemen van een besluit op het bezwaarschrift, verwijzen wij in dit verband naar Scenario 2.

V.4.4 (Scenario 4) Ouders die een beslissing op bezwaar hebben ontvangen waartegen geen beroep is ingesteld en geen beroep meer kan worden ingesteld

85 Voor ouders die in de bezwaarfase al een beslissing op het bezwaarschrift hebben ontvangen, geldt het volgende. Met ingang van de dag na die waarop het besluit op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt, vangt de termijn voor het indienen van een beroepschrift aan.⁴⁴ De situaties waarin *niet* binnen de daarvoor voorgeschreven wettelijke termijn gebruik is gemaakt van het instellen van beroep, zullen hierna worden besproken (Scenario 4). De situaties waarin *wel* binnen de voorgeschreven wettelijke termijn wordt gemaakt van het instellen van beroep, zullen worden besproken in het kader van Scenario 5 en 6.

86 Indien de ouders nalaten om binnen de wettelijke termijn tegen de beslissing op het bezwaarschrift beroep in te stellen, dan heeft het besluit formele rechtskracht gekregen. Van de formele rechtskracht van een besluit moet worden uitgegaan 'indien daartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan en deze rechtsgang hetzij niet

⁴⁰ Vgl. ABRvS 15 juni 2005, ECLI:NL:RVS:2005; ABRvS 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7256.

⁴¹ In dit verband merken wij voor de volledigheid op dat hier ruimhartig mee wordt omgegaan. In ruim 300 gevallen kan tot en met 31 december 2024 of binnen één jaar na dagtekening van de beschikking als die is afgegeven na 31 december 2023 een bezwaarschrift worden ingediend dat de UHT niet als onredelijk laat ingediend zal beschouwen. Zie nader: artikel 3.4 van het Beleid procesrecht herstel toeslagen.

⁴² Artikel 7:10 Awb.

⁴³ HR 2 juni 1995, NJ 1997/164 m.nt. MS (*Aharchi/Bedrijfsvereniging*).

⁴⁴ Artikel 6:7 en 6:8 Awb.

BarentsKrans

is gebruikt, hetzij niet tot vernietiging van het besluit heeft geleid'.⁴⁵ Hieruit volgt dat de formele rechtskracht in elk geval geldt indien bestuursrechtelijke rechtsmiddelen hadden kunnen worden aangewend tegen het besluit en dat niet of niet tot in hoogste instantie is gedaan.⁴⁶

- 87 Daarnaast moet een besluit voor rechtmatig worden gehouden wanneer het instellen van rechtsmiddelen (nog) niet heeft geleid tot herroeping of vernietiging van een besluit.⁴⁷ Dit primaire besluit is in deze situatie immers niet vernietigd, herroepen of ingetrokken. De formele rechtskracht geldt ook indien als vaststaand mag worden aangenomen dat het besluit zou zijn vernietigd, indien daartegen tijdig bij de bestuursrechter zou zijn opgekomen,⁴⁸ en zelfs wanneer in een andere bestuursrechtelijke procedure een ander besluit is vernietigd op grond van dezelfde gebreken die aan het besluit met formele rechtskracht kleven.⁴⁹
- 88 Er zijn echter situaties denkbaar waarin een uitzondering op het beginsel van formele rechtskracht gerechtvaardigd is. Hierna zal worden uiteengezet welke uitzonderingen – op basis van de jurisprudentie van de burgerlijke rechter en van de jurisprudentie van de bestuursrechter – onder andere mogelijk zijn op het beginsel van formele rechtskracht⁵⁰:
- (a) Indien de belanghebbende niet kan worden aangerekend dat hij geen bestuursrechtelijk rechtsmiddel heeft ingesteld tegen een besluit, bijvoorbeeld omdat de belanghebbende over de mogelijkheid om een rechtsmiddel aan te wenden door het bestuursorgaan op het verkeerde been was gezet.⁵¹
 - (b) Indien de belanghebbende, door een latere wijziging van de rechtspraak, in de achteraf onjuist gebleken veronderstelling verkeerde dat de toegang tot de bestuursrechter helemaal niet openstond.⁵²
 - (c) Indien een overheidslichaam (impliciet of expliciet) erkent dat een niet aangevochten besluit rechtens onjuist is. Kortom, de burger mag uit verklaringen en gedragingen van het bestuursorgaan begrijpen dat het bestuursorgaan ervan uitgaat dat het besluit onrechtmatig is.⁵³

⁴⁵ R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Wolters. Kluwer 2014.

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld CRvB 3 februari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:445 en CRvB 21 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3501. Vgl. HR 19 november 1976, NJ 1979/216 (*Semper Crescendo*), HR 4 februari 1983, NJ 1985/21 m.nt. M. Scheltema (*Heien Boeicop*) en HR 22 november 1985, NJ 1986/722 m.nt. M. Scheltema, AB 1986/245 m.nt. G.A.C.M. van Ballegooij (*V&D en Super Doe/Groningen*).

⁴⁷ HR 2 juni 1995, NJ 1997/164 m.nt. MS (*Aharchi/Bedrijfsvereniging*).

⁴⁸ HR 16 mei 1986, NJ 1986/723 m.nt. M. Scheltema, AB 1986/573 m.nt. F.H. van der Burg (*Heesch/Van den Akker*) en HR 5 september 1997, NJ 1998/47 (*Schut/Utrecht*).

⁴⁹ HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1802, NJ 2011/89 m.nt. M.R. Mok, AB 2011/25 m.nt. G.A. van der Veen (*ARS/Staat*).

⁵⁰ Zie ook: M.R. Mok & R.P.J.L. Tjittes, 'Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1995/9, p. 383 - 404.

⁵¹ HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9347 (*Heesch/Van den Akker*); HR 11 november 1988, ECLI:NL:PHR:1988:AD3755 (*Ekro/Staat*); HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1598 (*Gasunie/Barneveld*).

⁵² HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AX3070 (*X/DNB*).

⁵³ HR 18 juni 1993, AB 1993, 504 (*St. Oedenrode/Van Aarle*) en HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0193 (*Maple Tree*).

BarentsKrans

- (d) Indien in de bestuursrechtelijke procedure, waarin het bestreden besluit in stand is gelaten, in strijd is gehandeld met een fundamenteel rechtsbeginsel, waardoor geen sprake meer is van een eerlijk en onpartijdig proces.⁵⁴ Hierbij gaat het om een schending van een fundamenteel rechtsbeginsel waarbij moet zijn doorgeprocedeerd tot aan de hoogste bestuursrechter.⁵⁵
- (e) Indien een afwijzende beschikking op een aanvraag formele rechtskracht heeft verkregen, kan de aanvrager een tweede aanvraag indienen.⁵⁶ Dit kan door middel van het indienen van een verzoek als bedoeld in artikel 4:6 Awb aan het bestuursorgaan. Het verzoek strekt ertoe om op het betreffende besluit terug te komen. Artikel 4:6 Awb verplicht een belanghebbende die wenst dat er wordt teruggekomen van de voor hem ongunstige *beslissing op een eerdere aanvraag* nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden te noemen die tot een gunstiger resultaat kunnen leiden.⁵⁷

Hierna volgt een overzicht van jurisprudentie inzake een verzoek ex artikel 4:6 Awb.

- (i) Weigeringen om terug te komen op onaantastbaar geworden besluiten worden geëerbiedigd, tenzij aan het eerdere besluit dusdanige gebreken kleven dan wel zich dusdanige omstandigheden hebben voorgedaan, dat het bestuursorgaan in alle redelijkheid niet had mogen weigeren het eerdere besluit ongedaan te maken.⁵⁸ Een verplichting om terug te komen van een evidente onjuistheid van een eerder genomen besluit bestaat indien het gaat om een zodanig gebrek dat het niet-ongedaan maken ervan in strijd zou komen met artikel 3:4 lid 2 Awb.⁵⁹ In dat geval was een bevoegdheidsgebrek aan de orde, zodat niet vaststond dat betrokkene ook materieel in zijn gelijk stond.⁶⁰
- (ii) Het ligt op de weg van de betrokkene die van het bestuursorgaan verlangt dat het terugkomt van een rechtens onaantastbaar geworden besluit, feiten en omstandigheden aan te dragen die bij de eerdere besluitvorming geen rol hebben gespeeld en evenmin destijds als beroepsgrond naar voren hadden kunnen worden gebracht, dan wel de evidente onjuistheid van het besluit aan te tonen.⁶¹

⁵⁴ HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2910 (*Transol Olieprodukten Nederland*) en HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3167, r.o. 3.4.3 (*Paul/Den Haag*).

⁵⁵ E.M. Polak, 'De toekomst van de formele rechtskracht. Een inleidende beschouwing', Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 17.

⁵⁶ H.E. Bröring en A.T. Marseille, 'De ongekende vrijheden en beperkingen van art. 4:6 Awb', *JBPlus* 2002/2, p. 54-71; J.H. Jans & A.T. Marseille, 'Bevoegdheid blijft bevoegdheid? Terugkomen op met het gemeenschapsrecht strijdige besluiten', *SEW* 2007, 154, p. 329-333.

⁵⁷ Indien bij een dergelijk verzoek geen nieuwe feiten of omstandigheden worden vermeld, is het bestuursorgaan ex artikel 4:6 lid 1 Awb bevoegd de aanvraag af te wijzen onder verwijzing naar het eerdere besluit. In dit advies zal worden ingegaan op situaties waarin de indiener wel heeft voldaan aan de verplichting tot het vermelden van nieuwe feiten of omstandigheden.

⁵⁸ CRvB 2 mei 1991, AB 1992, 22; CRvB 27 april 1992, AB 1992, 688; CRvB 18 december 1997, AB 1998, 124; CRvB 14 augustus 1999, RSV 1999/261; CRvB 19 april 2001, AB 2001, 227.

⁵⁹ Artikel 3:4 lid 2 Awb luidt als volgt: De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

⁶⁰ CRvB 16 augustus 2000, RSV 2000/243.

⁶¹ CRvB 18 december 1997, AB 1998, 124; CRvB 14 augustus 1999, RSV 1999/261; CRvB 4 mei 2000, AB 2000, 299; CRvB 8 maart 2001, JB 2001/98; CRvB 19 april 2001, AB 2001, 227.

BarentsKrans

- (iii) Hoe wordt een weigering van een bestuursorgaan om terug te komen op een ambtshalve genomen besluit beoordeeld? Naar het oordeel van het College van Beroep voor het bedrijfsleven dient te worden beoordeeld of het bestuursorgaan bij afweging van alle in aanmerking komende belangen in redelijkheid heeft kunnen besluiten niet op het besluit terug te komen.⁶² Daarbij wordt ook getoetst of de weigering terug te komen op een besluit anderszins in strijd komt met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.⁶³

89 Gelet op bovenvermelde jurisprudentie lijken bestuursorganen niet snel terug te hoeven komen op rechtens onaantastbaar geworden besluiten. De bestuursrechter toetst dergelijke besluiten van bestuursorganen terughoudend.

90 Gelet op het voorgaande komt het, kort samengevat, erop neer dat slechts wanneer de toepassing van de formele rechtskracht tot een situatie als hierboven genoemd leidt, ruimte bestaat voor een uitzondering.⁶⁴ Over het algemeen komt doorbreking van de formele rechtskracht zelden voor.⁶⁵ Intrekking, ambtshalve wijziging of herziening van de beslissing op bezwaar is hier dan ook in beginsel niet verplicht en is, in abstracto, ook niet vereist op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals hiervoor reeds uiteengezet in par IV.3 hiervoor.

91 In beginsel zal daarom een nieuwe aanvraag op grond van artikel 4:6 Awb worden afgewezen als geen nieuwe feiten en omstandigheden worden aangevoerd. Het enkele feit dat sprake is van nieuw beleid, leidt niet tot nieuwe feiten en omstandigheden.⁶⁶ Ook in deze situatie hoeft derhalve, in beginsel, geen andere route te worden aangeboden.

V.4.5 (Scenario 5) Ouders die een beslissing op bezwaar hebben ontvangen waartegen geen beroep is ingesteld en nog wel beroep kan worden ingesteld

92 Indien ouders een beslissing op bezwaar hebben ontvangen en niet binnen de daarvoor voorgeschreven wettelijke termijn gebruik hebben gemaakt van het instellen van beroep, dan geldt al hetgeen hiervoor is uiteengezet (Scenario 4). Ouders die binnen de termijn een beroepschrift indienen, bespreken wij onder Scenario 6

V.4.6 (Scenario 6) Ouders die een (hoger) beroepschrift hebben ingediend, waarbij de bestuursrechter nog geen uitspraak heeft gedaan

93 Indien ouders binnen de wettelijke termijn tegen de beslissing op het bezwaarschrift beroep instellen, geldt het volgende. De rechter beoordeelt het bestreden besluit - het besluit op het

⁶² In het geval sprake is van een kennelijke misslag of van juist bevonden feiten die het bestuursorgaan bij het nemen van het onherroepelijk geworden besluit niet kende en die van dien aard zijn, dat zij, zou het bestuursorgaan deze toen wel hebben gekend, in redelijkheid tot een ander besluit hadden behoren te leiden, is aan dit criterium niet voldaan.

⁶³ CbB 6 augustus 1996, JB 1996/219.

⁶⁴ J.E.M. Polak, 'De toekomst van de formele rechtskracht. Een inleidende beschouwing', Den Haag: Boom Juridisch 2019.

⁶⁵ Zoals reeds uiteengezet, kunnen dit soort situaties zich uiteraard in individuele gevallen voordoen, maar dat is derhalve niet enkel door een wijziging van beleid, maar dan dienen andere omstandigheden een rol te spelen.

⁶⁶ Vgl. CbB 7 december 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1050.

BarentsKrans

bezwaarschrift - op basis van de feiten zoals die waren toen dat besluit werd genomen.⁶⁷ Met feiten die *na* dat moment zijn ontstaan, houdt de rechter geen rekening bij de beantwoording van de vraag of het bestreden besluit onrechtmatig is. Dit betreft de zogenoemde *ex tunc*-toetsing die inhoudt dat alleen de feiten en omstandigheden zoals die bestonden *ten tijde van het nemen* van het besluit worden meegenomen in de rechterlijke toetsing. Ontwikkelingen die zich voordoen nadat het besluit werd genomen, worden in principe niet meegenomen in de rechterlijke toetsing van het besluit. Deze hoofdregel is niet expliciet in de Awb opgenomen, maar uit de parlementaire geschiedenis en de vaste lijn in de jurisprudentie blijkt dat de wetgever deze toetsing heeft beoogd.⁶⁸

94 Er zijn echter situaties waarin van de *ex tunc*-toetsing moet worden afgeweken, zodat dus in plaats van het oude beleid, nieuw beleid zou moeten worden toegepast. Hierna zullen de nuances op de *ex tunc*-toetsing de revue passeren.

- (a) Indien op basis van bewijsmiddelen (bijvoorbeeld onderzoeksrapporten) die zijn opgesteld nadat het bestreden besluit is genomen blijkt dat de feitelijke grondslag van het bestreden besluit onjuist is, dan kan het bestreden besluit alsnog worden vernietigd. In zoverre kunnen na het bestreden besluit gebleken feiten of onderzoeken als (deel van het) bewijs dienen.⁶⁹

Indien het besluit dat de rechter in de beroepsprocedure moet toetsen berust op een belangenafweging, dan geldt ook dat inzichten die van na het bestreden besluit dateren van invloed kunnen zijn op de beoordeling van de aanvaardbaarheid van de belangenafweging. Ter illustratie wordt in dit verband verwezen naar een uitspraak van de Afdeling van 23 oktober 2019 waarin de Afdeling de strenge lijn in de jurisprudentie met betrekking tot het wijzigen en terugvorderen van kinderopvangtoeslag bijstelde.⁷⁰ In dit kader verwijst de Afdeling niet alleen naar de inzichten die zij heeft opgedaan door het behandelen van een groot aantal gelijksoortige zaken, maar ook op onderzoeken waaruit is gebleken hoe verstrekkend de gevolgen van die wijzigings- en terugvorderingsbesluiten waren voor de betrokken ouders. Onder meer gelet daarop is geoordeeld dat de Belastingdienst/Toeslagen ten onrechte de zogenoemde 'alles of niets'-benadering heeft gevolgd.

- (b) Besluiten over uitkeringen, subsidies, belastingen of sancties zijn gerelateerd aan een bepaalde periode c.q. een bepaald moment. Deze besluiten zien aldus op de feitelijke en juridische situatie binnen de relevante periode. Verandering van de feiten of rechtsregels in een ander tijdvak kunnen de rechtmatigheid van zo'n besluit niet aantasten. Laatstgenoemde verandering wordt niet betrokken bij de heroverweging in

⁶⁷ H.D. Tolsma e.a., Bestuursrecht 2, Rechtsbescherming tegen de overheid p. 255.

⁶⁸ Uit artikel 8:69 lid 1 Awb wordt afgeleid dat de bestuursrechter het bestreden besluit *ex tunc* toetst.

⁶⁹ CRvB 23 juli 1996, ECLI:NL:CRVB:1996:ZB6596.

⁷⁰ ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535.

BarentsKrans

bezwaar.⁷¹ Het voorgaande werkt ook door in het rechterlijk oordeel, omdat dit is gebaseerd op een toetsing van het op bezwaar genomen besluit.

- (c) Bij de inwerkingtreding van nieuwe wetgeving worden vaak overgangsrechtelijke bepalingen opgenomen. Het overgangsrecht is dan bepalend voor het antwoord op de vraag aan welke rechtsregels de rechter het bestreden besluit moet toetsen.⁷²
- (d) Het is ook mogelijk dat in een bijzondere wet (bijvoorbeeld artikel 83, eerste lid, aanhef en onder b, Vreemdelingenwet 2000) wordt afgeweken van de hoofdregel van ex tunc-toetsing. Op basis van artikel 83, eerste lid, sub b van de Vreemdelingenwet 2000 moet de rechter bij de beoordeling van het beroep ook rekening houden met wijzigingen van beleid die na het bestreden besluit zijn bekendgemaakt.⁷³ Daarbij dient het niet te gaan om een voorgenomen beleidswijziging, maar om een voornemen dat al door middel van een wijzigingsbeleid is omgezet in beleid.⁷⁴
- (e) In de wetgeving over punitieve sancties (artikel 5:46, vierde lid, Awb en artikel 15, eerste lid, IVBPR) volgt dat bij een verandering in de wetgeving - na het tijdstip waarop het strafbare feit is begaan - de voor de verdachte gunstigste bepalingen worden toegepast. Indien de omschrijving van het bestrafbare feit ten gunste van de overtreder is gewijzigd (of de bestrafbaarheid geheel is vervallen), dan zal de rechter eerst moeten nagaan of sprake is van een verandering van inzicht van de wetgever over de strafwaardigheid van de vóór de wetwijziging begane strafbare feiten.⁷⁵

95 Gelet op het voorgaande geldt een ex tunc-toetsing bij de rechterlijke toetsing van bestreden besluiten. Onzes inziens doet geen van de uitzonderingssituaties zoals hierboven genoemd zich hier voor. Verder is ook hier een intrekking, ambtshalve wijziging of herziening van de beslissing op bezwaar in beginsel niet verplicht en hoeft, in beginsel, geen Schikkingsroute te worden aangeboden.

V.4.7 (Scenario 7) Ouders die een procedure bij de bestuursrechter in (hoger) beroep hebben doorlopen

96 Indien de ouders niet binnen de wettelijke termijn⁷⁶ hoger beroep instellen tegen de uitspraak van de rechtbank, dan geldt het volgende. De uitspraak van de rechtbank heeft dan, nadat de

⁷¹ CRvB 25 februari 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:ZB6752; Pres. CRvB 25 april 1996, ECLI:NL:CRVB:1996:ZB6149; CRvB 3 juni 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:ZB6930.

⁷² Een nieuwe wet kan bijvoorbeeld een bepaling bevatten op basis waarvan aanvragen moeten worden beoordeeld op basis van de oude wet indien de aanvragen zijn ingediend voordat de nieuwe wet in werking treedt. Indien de zaak vervolgens bij de bestuursrechter komt, dan wordt het bestreden besluit getoetst aan de oude wet (ook al was de nieuwe wet al in werking treden toen het bestreden besluit werd genomen) (Tolsma, Bestuursrecht 2, Rechtsbescherming tegen de overheid, p. 257).

⁷³ Vgl. Rb Den Haag 28 juli 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:11536 waarin is geoordeeld dat bij de beoordeling van het beroep ook rekening moet worden gehouden met wijzigingen van beleid die na het bestreden besluit zijn bekendgemaakt.

⁷⁴ Rb Den Haag 2 oktober 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:16635.

⁷⁵ Art. 5:46, vierde lid, Awb, dat verwijst naar art. 1, tweede lid, Sr. Vgl. HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6878; ABRvS 29 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ9680; CRvB 17 oktober 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY0616; EHRM 17 september 2009, AB 2010/102 m.nt. Barkhuysen, Van Emmerik (Scoppola/Italië).

⁷⁶ Artikel 6:7 Awb j.o. 6:24 Awb.

BarentsKrans

hoger beroepstermijn ongebruikt is versteken, formele rechtskracht gekregen en is in rechte onaanastbaar geworden. Hiervoor in par. V.4.4 is het beginsel van de formele rechtskracht en de uitzonderingen die daarop bestaan uiteengezet.

- 97 Indien de belanghebbenden wel binnen de wettelijke termijn van zes weken hoger beroep instellen tegen de uitspraak van de rechtbank, dan geldt het volgende. De bestuursrechter zal in hoger beroep ook toetsen aan de feiten en het recht zoals dat van toepassing was ten tijde van het nemen van het bestreden besluit (zogenoemde ex tunc-toetsing).
- 98 In dit kader wijzen wij nog op de mogelijkheid om herziening - ex artikel 8:119 Awb - te vragen van een onherroepelijke uitspraak in de beroeps- of hoger beroepsprocedure of schadeverzoekschriftprocedure.
- 99 De bestuursrechter kan bovenvermeld verzoek slechts in uitzonderlijke gevallen toewijzen, namelijk als de uitspraak in het licht van nieuw gebleken feiten of omstandigheden van vóór de uitspraak geen stand meer kan houden. Dit rechtsmiddel is niet gegeven om een hernieuwde discussie over de betrokken zaak te voeren en evenmin om een discussie over de juistheid van de betrokken uitspraak te openen.⁷⁷ Daarbij geldt dat, wil een verzoek om herziening voor toewijzing in aanmerking komen, aan de in artikel 8:119, eerste lid, onder a, b en c,⁷⁸ van de Awb genoemde criteria dient te worden voldaan. Deze criteria zijn cumulatief, wat wil zeggen dat aan alle criteria moet worden voldaan. Een verzoek om herziening wordt dan ook zeer zelden toegewezen.
- 100 In de onderhavige situatie zien wij geen directe aanknopingspunten waardoor ofwel de formele rechtskracht doorbroken wordt, ofwel sprake zou moeten zijn van herziening van een uitspraak. In dit kader merken wij op dat het wel mogelijk blijft dat in bepaalde individuele gevallen als gevolg van andere omstandigheden (en niet alleen de beleidswijziging) alsnog een doorbreking van één van deze leerstukken op zijn plaats zou kunnen zijn, maar dat gaat het bestek van dit advies te buiten.
- 101 Intrekking, ambtshalve wijziging of herziening van de beslissing op bezwaar is hier dan ook wederom niet verplicht en is ook niet benodigd op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals hiervoor reeds uiteengezet. In beginsel zal een nieuwe aanvraag op grond van artikel 4:6 Awb worden afgewezen als geen nieuwe feiten en omstandigheden worden aangevoerd. Het enkele feit dat sprake is van nieuw beleid, leidt niet tot nieuwe feiten en omstandigheden als bedoeld in dat wetsartikel.⁷⁹

⁷⁷ CRvB 13 januari 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AS3516 en CBb 6 oktober 2020, ECLI:NL:CBB:2020:683.

⁷⁸ Artikel 8:119 lid 1 Awb luidt als volgt: "Artikel 8:119 1. De bestuursrechter kan op verzoek van een partij een onherroepelijk geworden uitspraak herzien op grond van feiten of omstandigheden die: a. hebben plaatsgevonden vóór de uitspraak, b. bij de indiener van het verzoekschrift vóór de uitspraak niet bekend waren en redelijkerwijs niet bekend konden zijn, en c. waren zij bij de bestuursrechter eerder bekend geweest, tot een andere uitspraak zouden hebben kunnen leiden."

⁷⁹ Vgl. CBb 7 december 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1050.

BarentsKrans

V.4.8 Conclusie

102 Alleen bij Scenario 2 en 3 zien wij op grond van het voorgaande aanknopingspunten om het Nieuwe CWS-beleid toe te passen, omdat in die gevallen sprake is van zogenaamde ex nunc-toetsing. In de overige gevallen dient o.i. het Oude CWS-beleid te worden toegepast.