



Ervaringen uit het verleden, bouwstenen voor de toekomst

Uit het boekje dat Van den Bosch & Partners uitgaf ter gelegenheid van het afscheid van Peter van den Bosch op 30 maart 2017:

Wie lost het op: de rechter of de wetgever?

Paul van den Berg

We procederen heel wat af in dit land. In 2015 is het duizelingwekkende aantal van 1.700.000 rechtszaken gestart. Daarvan waren ongeveer 100.000 bestuurszaken en daarvan weer 26.000 belastingzaken, waarvan er weer veel gaan over lokale belastingaanslagen. Laat ik daar overigens niet te veel over klagen. Hier ontleent Van den Bosch & partners toch al 20 jaar zijn bestaansrecht aan. Dat heeft Peter van den Bosch indertijd goed gezien, toen hij ons kantoor oprichtte.

Wat niet wegneemt dat ik me af en toe afvraag of een oordeel van de rechter wel altijd nodig is. Zeker als geschillen voortkomen uit onduidelijkheden in de regelgeving. Dan denk ik wel eens: kan de wetgever dat nou niet zelf oplossen?

Wat bedoelt de wetgever?

In de Trias Politica bestaat er een scheiding tussen de wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht. Daarbij is het wetgever die de wet maakt en de rechter die oordeelt over de interpretatie en toepassing ervan.

In Nederland is er overigens geen strikte scheiding van de drie machten. Zo is de taak van de Hoge Raad niet alleen het bewaken van de rechtseenheid, maar ook de rechtsontwikkeling. Dat geeft ruimte om het recht mee te laten ontwikkelen met veranderingen in de samenleving.

Het maken van een wet is niet makkelijk. Witteveen beschouwt de wet zelfs als een 'kunstwerk'¹. Wetgeving is ook altijd een zoektocht naar de beste vorm. Soms is het beter met een meer open geformuleerde norm te werken, die slechts richting geeft aan het beoogde doel. Dit resulteert in een vagere norm waar geschillen over kunnen ontstaan. Soms kiest de wetgever voor een meer gedetailleerde en afgebakende rechtsregel. Daarmee zijn veel situaties gedekt, maar ontstaan geschillen over de gevallen die daar net buiten vallen.

Vaak gaan geschillen over de vraag wat de wetgever precies voor ogen heeft gestaan met de gestelde regel. Soms blijkt dit uit de toelichting, maar soms ook niet. Dan ontbreekt het aan voldoende toelichting om de wil van de wetgever te kunnen vaststellen. Met als gevolg dat de rechter in dat gebrek gaat voorzien door aan de wettelijke bepaling, met de wets-interpretatieve middelen die hem ter beschikking staan, een (eigen) invulling aan te geven.

Onduidelijkheden in de wet leiden zoals gezegd tot talloze rechterlijke procedures. Het terrein van de lokale belastingen vormt daarop bepaald geen uitzondering. Integendeel, in de afgelopen decennia zijn nogal wat principiële en slepende geschillen voor de rechter uitgevochten. Met grote inspanningen, hoge kosten en langdurige onduidelijkheid voor zowel belastingheffer als belastingplichtige als gevolg. Soms ontstaat er pas na 10 jaar procederen duidelijkheid.

Dit roept niet alleen de vraag op of de rechter daarmee (noodgedwongen) niet te veel op de stoel van de wetgever zit. Ook lijkt het soms logischer dat de wetgever zo snel mogelijk zelf voorziet in het scheppen van duidelijkheid over de bedoelingen van de door hem zelf gestelde regel. Bijvoorbeeld door reparatiewetgeving. Je zou dit kunnen beschouwen als een vorm van 'nazorg' over het eigen wetgevingsproduct.

Opmerkelijk is dat de wetgever de mogelijkheid van reparatie slechts in beperkte mate benut, ook niet op het terrein van de lokale belastingen. Raar eigenlijk. De voordelen ervan lijken mij duidelijk:

¹ 'De wet als kunstwerk. Een andere filosofie van het recht' van Prof. Dr. W.J. (Willem) Witteveen, Boom, Amsterdam 2014. Zie ook WFR 2015/745.

- de wetgever en niet de rechter stelt de norm, en de eventuele discussie vindt daar plaats waar hij thuis hoort: in het politiek-bestuurlijke krachtenveld;
- er is sneller duidelijkheid en korter onzekerheid;
- met minder inspanningen van belastingheffer en belastingplichtigen;
- en minder belasting van de rechterlijke macht.

Mijn indruk is dat de wetgever de mogelijkheden van (snelle) reparatiewetgeving te weinig benut, en dat de bal te veel en te eenzijdig wordt gelegd bij de rechter, met te hoge verwachtingen. De speelruimte van de rechter is immers ook maar beperkt. Die van de wetgever is ruimer, zeker op het punt van de belangenafweging.

Ik zal dit schetsen aan de hand van twee in het oog springende voorbeelden die de afgelopen jaren op het gebied van de lokale belastingen speelden. Het betreft procedures waar wij zelf bij betrokken waren:

- procedures over de baatbelasting voor de herinrichting van winkelgebieden;
- procedures over de reikwijdte van het begrip 'natuurterrein' bij de watersysteemheffing.

Baatbelasting voor herinrichting winkelgebieden

Gemeenten kunnen een baatbelasting heffen voor de in een bepaald gebied gelegen onroerende zaken die gebaat zijn door voorzieningen die de gemeente aanlegt. De baatbelasting is een objectgerichte heffing, gebaseerd op het profijtbeginsel.

In de jaren '80 en '90 van de vorige eeuw hebben diverse gemeenten (winkel)gebieden heringericht met de baatbelasting als bekostigingsinstrument, bijvoorbeeld in Geleen, Hengelo, Maastricht, Roermond, Leeuwarden, Gouda, Terneuzen, Breda, Heerenvveen, Oud-Beijerland, Sluis, Veldhoven, Hilversum en Wognum. Doel van de herinrichting was telkens om het winkelgebied aantrekkelijker te maken en daarmee meer bezoekers te trekken, oftewel upgrading van het winkelgebied. Dit gebeurde veelal door de aanleg van luxere sierbestrating, straatmeubilair en openbare verlichting en door het aanleggen of aanpassen van groenvoorzieningen en parkeervoorzieningen.

De keuze voor de herinrichting van het winkelgebied en de baatbelasting als instrument om de kosten daarvan deels te bekostigen, was daarbij nooit een eenzijdige gemeentelijke keuze. Hieraan lag vaak een wens van de ondernemers en eigenaren in het winkelgebied ten grondslag. Zij zagen graag de concurrentiekracht van hun winkelgebied toenemen. Dit vergroot de verhuurbaarheid, huurprijzen en waarde van hun panden. De eigenaren van winkelpanden werden ook nauw betrokken bij de keuze van de te treffen voorzieningen en materialen, en ze wilden daaraan ook best financieel bijdragen. Op basis van vrijwilligheid lukte dat niet goed, omdat er altijd freeriders zijn die niet willen meebetalen. De baatbelasting garandeert dan dat iedereen meebetaalt, ook degenen die niet bereid zijn vrijwillig bij te dragen. Vaak werd vooraf een draagvlakmeting gehouden onder de eigenaren, om te peilen of er voldoende steun was voor de te treffen voorzieningen en de daaraan te leveren financiële bijdrage. Bij de gemeente zorgde de baatbelasting voor politiek/bestuurlijk draagvlak voor de herinrichting, omdat de kosten deels worden gelegd bij degenen die daarvan het meest profiteren, zodat niet de gemeenschap als geheel daar volledig voor opdraait.

Kortom, een ogenschijnlijk nuttig instrument, die baatbelasting! Als bekostigingsmiddel, maar ook om een impuls te geven aan ontwikkelingen in de openbare ruimte.

Desalniettemin ontstaan er vrijwel altijd procedures over de aanslagen baatbelasting. In eerste instantie door de groep potentiële freeriders. Echter, omdat niemand zijn rechten wil verspelen, al snel door een veel grotere groep eigenaren.

Zo ging het ook bij de in 1996 door de gemeente Breda ingevoerde baatbelasting. In de daarover gevoerde procedures kwam de vraag aan de orde voor welke 'voorzieningen' precies baatbelasting kon worden geheven. Hierbij ging het vooral om de vraag of baatbelasting ook mogelijk is bij vervanging van reeds bestaande voorzieningen, bijvoorbeeld gewone bestrating vervangen door sierbestrating.

Dit is immers bij de meeste herinrichtingen van winkelgebieden het geval. Tot dat moment duidde er weinig op dat heffing van baatbelasting in die situatie niet zou kunnen.

De baatbelasting (nieuwe stijl) bestond sinds 1995 en had al decennia vergelijkbare voorgangers in de bouwgrondbelasting en baatbelasting (oude stijl). De wetsgeschiedenis van de baatbelasting en zijn voorgangers bood weinig aanknopingspunten voor de reikwijdte en betekenis van het begrip 'voorzieningen'. Kortom, het was niet duidelijk of het de wetgever voor ogen stond om bij herinrichting van winkelgebieden wel of geen baatbelasting te kunnen heffen. Algemeen werd aangenomen dat baatbelasting in deze situatie mogelijk was. Er was ook geen jurisprudentie die hieraan in de weg stond. Dit verklaart ook waarom zoveel gemeenten de baatbelasting gebruikten voor de herinrichting van winkelgebieden.

Er leek eigenlijk ook geen vuiltje aan de lucht. Tot de Hoge Raad in 2003 uitspraak deed over de baatbelasting van Breda. De Hoge Raad heeft in zijn arresten van 8 augustus 2003 (de Breda I-arresten) geoordeeld dat bij een herinrichting slechts baatbelasting mag worden geheven, indien het geheel van voorzieningen door de herinrichting wezenlijk veranderd is, waardoor de inrichting, aard of omvang van dat geheel van voorzieningen is gewijzigd. Daarmee was de zaak nog niet klaar. In zijn arresten van 4 mei 2007 (Breda II-arresten) en 7 mei 2010 (Breda III-arrest) heeft de Hoge Raad nog aanvullingen en nuanceringen aangebracht op de eerdere arresten. Een unicum, drie oordelen van de Hoge Raad over dezelfde aanslag.

Maar met de Breda I-arresten was al duidelijk dat, met de daarin gegeven criteria, de lat voor de heffing van baatbelasting voor de herinrichting van winkelgebieden bijzonder hoog was gelegd. Alleen bij uitzondering is baatbelastingheffing in die situatie nog mogelijk. Sinds de Breda-arresten hebben gemeenten de handdoek ook voorgoed in de ring gegooid. En is er voor herinrichting van winkelgebieden nooit meer baatbelasting ingevoerd.

De door de Hoge Raad gegeven strenge criteria zijn opmerkelijk en er is in de vakliteratuur ook de nodige kritiek op gegeven, temeer omdat de wetgever er nooit blijk van heeft gegeven hierover zulke strikte opvattingen te hebben. Om die reden is ook de vraag opgeworpen of de Hoge Raad hier niet te veel op de stoel van de wetgever is gaan zitten. Van Leijenhof² zegt hierover in een annotatie²:

'Bij de arresten van de Hoge Raad over het begrip 'voorzieningen' in de baatbelasting ligt het toch een nuance anders. Hier geen wetgeving die al snel na haar invoering niet blijkt te deugen en dus tot rechterlijk ingrijpen noopt, maar een begrip dat al tientallen jaren in de wet staat en bijna even lang bevredigend heeft gefunctioneerd.'

'Wat ik mij na de arresten over het begrip 'voorzieningen' afvraag, is niet wat deze arresten voor de baatbelasting betekenen - die gevolgen zijn, zoals hiervoor al opgemerkt, volstrekt duidelijk - maar waar de grenzen van het optreden van de Hoge Raad als wetgever-plaatsvervanger liggen.'

Maar hoe dan ook, eigenlijk was na de Breda-I arresten in 2003 al duidelijk dat baatbelasting bij herinrichting van winkelgebieden eigenlijk onmogelijk was geworden. Daarom zou je verwachten dat de wetgever zich voor de vraag gesteld ziet of dit wenselijk is. Mede gezien het veelvuldige gebruik dat ervan werd gemaakt en de bijdrage die het instrument leverde aan ruimtelijke ontwikkelingen.

Maar de wetgever lijkt zijn kop eerder in het zand te steken. Nog in 2008 zegt de Staatssecretaris van Binnenlandse zaken:

'Ik ben dan ook niet van mening dat deze uitspraak er toe leidt dat gemeenten het instrument baatbelasting niet meer kunnen hanteren voor een opknopbeurt van de binnenstad. Zoals in de jurisprudentie en de literatuur al meerdere malen rondom de baatbelasting is aangegeven, kan deze worden geheven voor het verhalen van de kosten van een verbetering van de bestaande situatie en kan enkel onderhoud niet vallen onder de baatbelasting. Dit is ook in onderhavige casus al eerder

² BNB 2010/231.

aangegeven door de Hoge Raad. Of er sprake is van een verbetering is vaak een feitelijke kwestie, zoals ook blijkt uit het arrest van het Hof.'

Dit resulteert dan ook in de volgende reactie van de redactie van Vakstudie-Nieuws:

'In antwoord op Kamervragen inzake bovenstaande hofuitspraak (Kamerstukken II 2008/09, nr. 155, Aanhangsel blz. 327) merkt de Staatssecretaris van Binnenlandse zaken op dat gemeenten na deze uitspraak het instrument baatbelasting nog steeds kunnen gebruiken ter financiering van een opknapbeurt van de binnenstad. Deze opvatting behoeft - eufemistisch gezegd - nuancering. De staatssecretaris lijkt over het hoofd te zien dat er een belangrijk verschil is tussen het kunnen gebruiken van de baatbelasting en het kunnen gebruiken van die belasting als betrouwbare financieringsbron. Bij een herinrichting is alleen nog heffing mogelijk als het geheel van voorzieningen naar inrichting, aard of omvang wezenlijk is veranderd. Het feit dat afzonderlijke voorzieningen op zichzelf leiden tot verbetering van een bestaande voorziening, kan er - zo merken wij op in de aantekening onder HR 4 mei 2007, nr. 42457, V-N 2007/23.27 - niet meer toe leiden dat voor ieder van die afzonderlijke voorzieningen een baatbelasting kan worden geheven.'

Je zou denken dat de arresten van de Hoge Raad de wetgever tot wat fundamenteeler nadenken stemmen over het instrument baatbelasting. Consequentie van de arresten is immers dat de kosten van dit soort herinrichtingen ten laste komen van de gemeenschap als geheel. Terwijl toch moeilijk valt te ontkennen dat de eigenaren van winkelpanden een bijzonder belang hebben bij het aantrekkelijker maken van het winkelgebied, waarvoor vanuit het profijtbeginsel een bijzonder bekostigingsinstrument niet zou misstaan. Dit staat nog los van de vraag of het niet kunnen heffen van baatbelasting belemmerend werkt voor investeringen in de openbare ruimte.

Dat die behoefte aan dergelijke profijtheffingen er nog steeds is, blijkt uit de veelvuldig toegepaste reclamebelasting en BIZ (voor andersoortige voorzieningen). Die zijn echter niet goed bruikbaar voor de bekostiging van een herinrichting.

Kortom, de (nieuwe) norm voor het al dan niet kunnen heffen van baatbelasting is in grote mate door de rechter gesteld. Juister zou het zijn dat de wetgever deze norm stelt of heroverweegt naar aanleiding van de richting waarin de jurisprudentie zich ontwikkelde. Ik vind het een gemiste kans dat dit indertijd niet is gebeurd.

Watersysteemheffing bij natuurterreinen

Sinds de invoering van de Wet modernisering waterschapsbestel in 2009 bestond er binnen de watersysteemheffing onduidelijkheid over de vraag wanneer een terrein kwalificeert als een 'natuurterrein' en wanneer niet. De wettelijke definitie van natuurterrein luidt:

'natuurterreinen: ongebouwde onroerende zaken waarvan de inrichting en het beheer geheel of nagenoeg geheel en duurzaam zijn afgestemd op het behoud of de ontwikkeling van natuur. Onder natuurterreinen worden mede verstaan bossen en open wateren met een oppervlakte van tenminste één hectare.'

Het belang van deze vraag is erin gelegen dat het tarief van de watersysteemheffing voor een natuurterrein veel lager is dan het tarief voor een niet-natuurterrein (een ongebouwde onroerende zaak). Het is voor een eigenaar dus aantrekkelijk als zijn gronden als natuurterrein kwalificeren. Dan betaalt hij veel minder watersysteemheffing.

Omdat deze onduidelijkheid op meer plaatsen in het land speelde en tot diverse discussies tussen waterschappen en terreinbeheerders leidde, is tot het voeren van zogenaamde voorbeeldprocedures besloten. In gezamenlijk overleg tussen de (koepelorganisaties van) waterschappen en terreinbeheerders zijn diverse voorbeeldprocedures gevoerd. In afwachting van de uitkomst van de voorbeeldprocedures hebben de waterschappen de relevante bezwaarschriften aangehouden.

De voorbeeldprocedures hebben zich toegespitst op de graslandtypen (kruiden- en faunarijke graslanden, kruiden- en faunarijke akkers, vochtig hooiland en vochtig weidevogelgrasland), omdat op deze graslandtypen, naast het realiseren van natuurdoelen, tevens sprake was van agrarisch gebruik. In de procedures lag de vraag voor of is voldaan aan de eis dat de inrichting en het beheer 'geheel of nagenoeg geheel' en duurzaam zijn afgestemd op het behoud of de ontwikkeling van natuur.

Uiteindelijk heeft de Hoge Raad op 7 november 2014 een eindoordeel gegeven in deze kwestie. Volgens de Hoge Raad is, voor een oordeel op de vraag of sprake is van een natuurterrein, slechts relevant of de activiteiten die op het betreffende terrein worden verricht, er al dan niet op zijn gericht dat het natuurtype zich kan ontwikkelen of wordt behouden. Zijn de activiteiten hierop gericht, dan is sprake van een natuurterrein. Niet relevant is dan:

- of de betreffende activiteiten ook tot agrarische opbrengsten leiden,
- hoe groot de opbrengst is die met die agrarische activiteiten wordt gegenereerd en
- of de bedoelde activiteiten door de eigenaar/terreinbeheerder zelf, of door een ander worden verricht.

In 2015 hebben de waterschappen alle bezwaarschriften vanaf 2009 afgewikkeld.

Ook hier is het de vraag of de wetgever geen oplossing had kunnen bieden, in plaats van de rechter. Op zich is het voeren van voorbeeldprocedures al een effectieve manier om de procesinspanningen van de waterschappen en terreinbeheerders te beperken en de rechterlijke macht niet te veel te belasten met allemaal 'losse' procedures. Desalniettemin was het voorstelbaar geweest om reeds in 2009 aan de wetgever te vragen duidelijkheid te scheppen in deze discussie over de reikwijdte van het begrip 'natuurterrein'. De wetgever is immers ook de veroorzaker van de onduidelijkheid. Een aanscherping van de definitie van 'natuurterrein', in welke richting dan ook, was vrij eenvoudig geweest. De periode waarover dan nog rechterlijke procedures noodzakelijk waren, was aanzienlijk ingekort. De financiële onzekerheid voor beide partijen was aanzienlijk ingeperkt.

Bovendien leidt het oordeel van de Hoge Raad ertoe dat natuurterreinbeheerders weliswaar minder betalen, maar de agrariërs meer. Daar conflicteren verschillende belangen. De rechter kan daar weinig mee. De wetgever kan ze tegen elkaar afwegen.

Reparatiewetgeving beter benutten

De wetgever duidelijkheid te laten scheppen, in plaats van de rechter, klinkt logisch en het heeft voordelen. Maar zo simpel is het natuurlijk ook weer niet.

Ten eerste kan wetgeving in beginsel geen terugwerkende kracht hebben. Het biedt daarmee geen oplossing voor het verleden. Het maakt rechterlijke procedures dus niet overbodig over de periode voorafgaand aan de reparatiewetgeving. Wel kan er direct duidelijkheid voor de toekomst ontstaan en daarmee de periode van onzekerheid en waarover procedures worden gevoerd bekorten.

Ten tweede gaat het om belangentegenstellingen. Die vormen de aanleiding voor de procedures maar diezelfde belangentegenstellingen zullen een rol spelen bij reparatiewetgeving. Het wapen voor partijen is dan niet het proces, maar de politieke lobby. Je zou echter kunnen zeggen dat de eventuele discussie daarover plaatsvindt waar hij thuis hoort: in het politiek-bestuurlijke krachtenveld.

Die belangentegenstellingen strekken overigens verder dan enkel die tussen belastingheffer en belastingbetaler. Bij veel belastingen gaat het immers om de verdelingsvraag over de groepen belastingbetalers. Er zijn dus ook, zo niet meer, belangentegenstellingen tussen groepen belastingbetalers. Ook dat is een voordeel van wetgeving boven een rechterlijk oordeel. De wetgever kan de belangen van alle groepen belastingbetalers wegen.

Ten derde kan (de interpretatie van) de reparatiewetgeving aanleiding geven tot nieuwe geschillen, zodat zowel over de oude als de nieuwe wettekst wordt geprocedeerd. Je mag echter aannemen dat de wetgever gewaarschuwd en met zorgvuldigheid vorm geeft aan de reparatiewetgeving, zodat dit nauwelijks aanleiding kan geven tot nieuwe procedures bij de rechter.

Ten vierde zullen de reeds lopende procedures en de reparatiewetgeving niet volledig van elkaar kunnen worden gescheiden. In de reeds lopende procedures zullen de procederende partijen pogen argumenten te ontleen aan de reparatiewetgeving en alles wat daarover wordt gezegd door de wetgever. Veel betekenis zal de rechter daar echter niet aan (kunnen) toekennen. Zijn ruimte is beperkt om rekening te houden met posterieure uitlatingen van de wetgever.

Alles overziende, zijn zeker in bepaalde situaties voordelen verbonden aan reparatiewetgeving. De wetgever benut die optie van reparatiewetgeving weinig, al zijn er uitzonderingen. Denk daarbij aan de leges voor de ID-kaart. De Hoge Raad deed daarover op 9 september 2011³ een voor gemeenten negatieve uitspraak. De Minister van Binnenlandse Zaken diende al op 22 september 2011 een wetsvoorstel in om weer een grondslag voor legesheffing aan de gemeenten te geven. Het is dus wel mogelijk, als de urgentie maar groot genoeg is.

Wat mij betreft, mag de wetgever reparatiewetgeving vaker overwegen en toepassen, ook in ogenschijnlijk minder urgente situaties. Soms kan de wetgever als maker en bedenker van het 'kunstwerk' dit beter zelf herstellen of vervolmaken, dan dat de rechter dat doet.

Tot slot

Het is natuurlijk niet mijn bedoeling dat niemand meer procedeert. Dan hebben we bij Van den Bosch & partners namelijk weinig meer te doen. Trouwens, behalve de rechter en de wetgever kunnen partijen met hulp van een mediator ook zelf geschillen oplossen. En laat Peter van den Bosch zich nou *nét* met mediation en bemiddeling gaan bezighouden.

Paul van den Berg
Maart 2017

³ ECLI:NL:HR:2011:BQ4105.

Van den Bosch & Partners

Belastingadviseurs voor overheden

