Raad van State

vice-president

's-Gravenhage, 11 januari 2021

AAN
De staatssecretaris van Financiën
Toeslagen en Douane
Mevrouw drs. A.C. van Huffelen
Postbus 20201
2500 EE 's-GRAVENHAGE

IEB/21-00032/bl

Excellentie, beste Alexandra

Hierbij stuur ik u ter kennisneming de reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, prof.mr B.J. van Ettekoven, op de kritiek ten aanzien van de jurisprudentie over de kinderopvangtoeslagen in het verslag "Ongekend onrecht' van de parlementaire onderzoekscommissie van de Tweede Kamer.

Deze reactie zal ook worden gepubliceerd in het Nederlands Juristenblad van 15 januari 2021.

mr. Th.C. de Graaf

Kneuterdijk 22 - Postbus 20019 - 2500 EA Den Haag

'Tussen wet en recht'

Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport 'Ongekend onrecht' van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag.

Bart Jan van Ettekoven[1]

De toeslagenwetgeving is streng en is door de Belastingdienst/Toeslagen streng uitgevoerd. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) heeft die uitvoering (de 'alles-of-niets'-lijn) in 2011 gesanctioneerd. Dat is te verklaren door de combinatie van de tekst van de wet en het toenmalige misbruik van toeslagen. De ABRvS is lang in de 'strenge groef' blijven hangen. Zij had eerder kunnen bijdragen aan de noodzakelijke correctie van 'systeemfalen' van de wetgever en in de uitvoering. De ABRvS heeft de wet tot 2019 als dwingend beschouwd. Gelet op de later gebleken gevolgen in de uitvoering is dat in retrospectief ongelukkig. Bij dwingend recht is er immers geen ruimte voor de menselijke maat op basis van evenredigheid.
De ABRvS heeft in oktober 2019 haar rechtspraak op dit punt gewijzigd en de Belastingdienst/Toeslagen alsnog gedwongen tot maatwerk. Dat was nodig om recht te doen, ondanks de wet. Bij haar harde oordeel over de bestuursrechtspraak is de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (hierna: de commissie) voorbijgegaan aan het dilemma hoe recht te doen bij harde dwingendrechtelijke wetgeving. De commissie roept alle instanties op tot reflectie. De ABRvS neemt deze oproep ter harte en komt met een aantal concrete voorstellen.

1. Inleiding

Niemand kan de toeslagenaffaire zijn ontgaan. De commissie heeft na diepgravend onderzoek in haar rapport geconcludeerd dat sprake is van 'ongekend onrecht'[2] en vastgesteld dat alle spelers op het institutionele speelveld verstek hebben laten gaan, waardoor duizenden ouders de dupe zijn geworden van ernstige schending van rechtsstatelijke beginselen. Ook de bestuursrechtspraak en met name de ABRvS krijgt ervan langs.

"Zonder zich te willen uitlaten over individuele rechterlijke uitspraken, constateert de commissie dat ook de bestuursrechtspraak jarenlang een wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan het in stand houden van de niet dwingend uit de wet volgende, spijkerharde uitvoering van de regelgeving van de kinderopvangtoeslag. Daarmee heeft de bestuursrechtspraak zijn belangrijke functie van (rechts)bescherming van individuele burgers veronachtzaamd. De commissie is met name geraakt door het tot in oktober 2019 wegredeneren van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die zouden moeten dienen als stootkussen en beschermende deken voor mensen in nood. Door deze optelsom van onvermogen om recht te doen aan het individu, hebben ouders jarenlang geen schijn van kans gehad. De commissie is gedurende haar werkzaamheden eerst met verbazing en uiteindelijk met diepe verontwaardiging tot dit besef gekomen. Zij doet een dringend beroep op alle betrokken staatsmachten om bij zichzelf te rade te gaan hoe in de toekomst herhaling kan worden voorkomen en hoe het ontstane onrecht alsnog kan worden rechtgezet."

Het is beslist ongebruikelijk dat een commissie uit de Tweede Kamer de (hoogste) bestuursrechter juridisch de maat neemt. Dat vraagt op zichzelf al om een reactie. Hieronder volgt een reactie van mij als voorzitter van de ABRvS in de vorm van een

---

[1] Prof. mr. B.J. van Ettekoven is staatsraad sinds 2014 en voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State sinds 2017. Daarnaast is hij (onbezoldigd) hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam.
[2] Het rapport dateert van 17 december 2020 en is te vinden op. www.tweedekamer.nl.

samenvattende beschouwing (onder 2.). Ik geef daarna nog een toelichting op enkele onderdelen en geef bij enkele aspecten context (onder 3. tot en met 8.). Ik sluit af met enkele gedachten over verdere reflectie (onder 9.) en een conclusie (10.).

2. Reactie in de vorm van een samenvattende beschouwing

Eerst een opmerking vooraf. Deze reactie is uitzonderlijk, omdat de rechter normaal via zijn uitspraken spreekt en daarop geen toelichting geeft. Er is goede reden om op deze regel een uitzondering te maken, omdat de commissie in het rapport 'Ongekend onrecht' oordeelt dat ook de bestuursrechtspraak heeft gefaald. De ABRvS trekt zich de kritiek op de bestuursrechtspraak aan. De kritiek raakt mij; niet alleen als voorzitter van de ABRvS, maar ook als bestuursrechter in hart en nieren.

De 'alles-of-niets'-lijn

Het rapport van de commissie ziet op de periode 2013 tot en met november 2019. Van het rapport maakt onderdeel uit een analyse van de rechtspraak van de ABRvS.[3] Deze nagenoeg complete en neutrale analyse heeft vooral betrekking op de zogenoemde 'alles-of-niets'-lijn in de rechtspraak. Die lijn bestaat in zaken over terugvordering van huurtoeslag al sinds 2008. De ABRvS heeft de 'alles-of-niets'-lijn in zaken op grond van de Wet kinderopvang (Wko) in 2011 ingezet. De ABRvS had toen voor een andere duiding van de wet kunnen kiezen. Niet bij de terugvordering, geregeld in artikel 26 Awir. Wel bij de relevante bepalingen uit de Wko (artikelen 1.7 en 1.52 Wko in samenhang met de inlichtingenplicht uit artikel 18 Awir). De uitleg van deze bepalingen in de Wko door de ABRvS is gelet op de nadien gebleken gevolgen in de uitvoering achteraf bezien ongelukkig. Die duiding stond in de weg aan de mogelijkheid te differentiëren. Differentiatie was wenselijk geweest. Om niet iedereen en alles over één kam te scheren.

Het is belangrijk na te gaan hoe die 'alles-of-niets'-lijn is ontstaan. In de gereedschapskist van de rechter is het belangrijkste stuk gereedschap de wet. De rechter moet de wet toepassen in een concreet geval. Als de wet duidelijk is, is de toepassing eenvoudig. Als de wet niet duidelijk is, dan moet de rechter de wet duiden. Daarbij betrekt de rechter naast de tekst van de wet, het systeem van de wettelijke regels en de bedoeling van de wetgever. Ook moet de rechter op zoek naar een redelijke toepassing.

Hoe zit dat bij de wetten die over kinderopvangtoeslagen gaan? Het recht op toeslag is geregeld in de Wko. De wetgever heeft in de Wko niet duidelijk geregeld wat er moet gebeuren als bij controle achteraf blijkt dat een ouder zich niet heeft gehouden aan de regels uit de Wko. De ABRvS moest deze regels dus interpreteren. De terugvordering van toeslagen is geregeld in artikel 26 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir). Deze bepaling is wel duidelijk. Als er ten onrechte voorschot op toeslag is uitbetaald, dan moet het ten onrechte betaalde bedrag worden teruggevorderd. En wel in zijn geheel.

De tekst van artikel 26 Awir geeft geen ruimte voor interpretatie. De ABRvS heeft bij de uitleg van de wettelijke regels aangesloten bij de wil van de wetgever. De wetgever, regering en parlement, ging er destijds vanuit dat als een burger een fout maakte - ook

[3] De 'paper: Alles of niets' van prof. S.E. Zijlstra is als bijlage 2 bij het rapport gevoegd.

kleine fouten – hij geen recht op toeslag had. Daarbij heeft de wetgever veel oog gehad voor het algemeen belang (bestrijding van fraude) en de uitvoering (controle). Dat sloot aan bij de opvattingen van regering en parlement toentertijd en is te begrijpen in het licht van omvangrijke fraude, onder meer de uit de media bekende 'Bulgarenfraude'. En ook van het aanzienlijke misbruik en oneigenlijk gebruik van de kinderopvangtoeslag door partijen die profijt wilden trekken van een stelsel met perverse financiële prikkels. Dat is de verklaring voor de in 2011 ingezette 'alles-of-niets'-benadering. Deze benadering heeft ook een keerzijde: (te) weinig oog hebben voor de belangen van goedwillende ouders en voor behoorlijkheid en een redelijke uitkomst in het individuele geval.

Het is de taak van de bestuursrechter om bij de toepassing van de wet in het individuele geval de wet te hanteren en zoveel mogelijk de door de wetgever gemaakte keuzes te respecteren. Tegelijk moet de rechter ook rechtsbescherming bieden in het individuele geval. Als de uitkomst van wetstoepassing in categorieën van zaken niet rechtvaardig uitpakt, moet de rechter trachten tot een redelijke uitkomst te komen, ondanks de wet en de bedoeling van de wetgever. Hoe kan de rechter daarvoor zorgen? De rechter kan soms gebruikmaken van wettelijke mogelijkheden, zoals een hardheidsclausule (voor alle duidelijkheid: deze clausule ontbrak in de wet) en soms rechtsbeginselen gebruiken om te rigide en onbillijke uitkomsten van wetstoepassing te corrigeren.

Eén van die rechtsbeginselen is het evenredigheidsbeginsel. Met dat beginsel in de hand kan de bestuursrechter beschikkingen vernietigen en lagere wetgeving corrigeren, als toepassing van de wet tot onevenredige nadelige gevolgen leidt voor een burger. Zo heeft de ABRvS in 2015 een ministeriële regeling waarin het alcoholslotprogramma was opgenomen terzijde geschoven vanwege de onevenredige gevolgen voor bepaalde groepen burgers en heeft zij recent boetebesluiten vernietigd op basis van een gemeentelijke verordening wegens strijd met het evenredigheidsbeginsel.[4]

Maar de rechter kan deze correctie volgens de staande doctrine en rechtspraak niet toepassen bij formele wetten, afkomstig van regering en parlement.[5] Dus niet bij de wettelijke regels uit Wko en Awir. En ook niet bij bepalingen van dwingend recht, die geen ruimte geven voor belangenafweging. Dan zal de rechter in beginsel de wil van de wetgever moeten respecteren. De ABRvS had bij terugvordering op grond van artikel 26 Awir geen voor de hand liggend instrument om onrechtvaardige beslissingen te corrigeren. In dit kader is nog van belang dat de wettelijke regels uit de Wko en Awir niet in strijd zijn met het internationale recht (IVBPR, EVRM)[6], dat het Europese recht toepassing mist[7], en dat de terugvordering van een voorschot op een financiële tegemoetkoming, waar achteraf geen recht op bestaat, wordt opgevat als een

[4] De koerswijziging bij de kinderopvangtoeslagen doet denken aan de rechtspraak van de ABRvS over het alcoholslotprogramma (ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622). Ook toen is na verloop van tijd een koerswijziging ingezet. Ook toen omdat met de tijd en het toenemend aantal (hoger) beroepszaken steeds duidelijker werd dat bepaalde categorieën chauffeurs door de wettelijke maatregel onevenredig werden getroffen. Maar met als groot verschil dat het in die zaken ging om een ministeriële regeling en niet zoals bij de toeslagen om formele wetten. ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2850 (Amsterdamse huisvestingsverordening).

[5] De achtergrond hiervan is het in artikel 120 Grondwet neergelegde verbod voor de rechter om de grondwettelijkheid van formele wetten te toetsen.

[6] Zie o.a. ABRvS 27 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2106.

[7] ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:691.

reparatoire (en niet als punitieve) maatregel, die geen aantasting van eigendomsrechten oplevert (artikel 1 Eerste Protocol EVRM)[8] en ook geen boete[9] (artikel 6 EVRM) is.
De beslissing in 2011 door de ABRvS over de uitleg van de Wko in combinatie met:

- de fundamentele constitutionele regel dat rechters geen formele wetten mogen corrigeren,
- een harde wettelijke regel over verplichte terugvordering (artikel 26 Awir),
- het ontbreken van een hardheidsclausule, én
- de regel dat er bij dwingend recht geen ruimte is voor belangenafweging en toepassing van het evenredigheidsbeginsel

heeft in de weg gestaan aan maatwerk en de menselijke maat. Het lijkt erop dat de commissie geen oog heeft gehad voor dit dilemma.

De weg van 'alles-of-niets' naar 'maatwerk'

De ABRvS is niet blind geweest voor de rigide en soms onevenredige en dus onredelijke uitkomsten van de strenge lijn in concrete zaken. Daarmee geconfronteerd is de ABRvS vanaf 2015/2016 de strenge lijn in individuele zaken gaan verzachten. Maar de echte koerswijziging heeft pas plaatsgevonden in oktober 2019. Op de redenen voor de late koerswijziging is prof. mr. S.E. Zijlstra in zijn paper voor de commissie niet ingegaan, waardoor de commissie daar geen aandacht voor heeft gehad. Voor de beoordeling van de rol van de ABRvS, maar ook voor de noodzakelijke reflectie, is het echter van belang na te gaan waarom niet eerder de weg naar 'maatwerk' is ingeslagen.

Ik noem zeven factoren die naar mijn overtuiging een rol hebben gespeeld en in samenhang moeten worden beschouwd.

1. De hoogste rechter ziet maar een zeer gering percentage van alle toeslagzaken, alleen het 'topje van de ijsberg'. Daar zaten geen zaken bij van ouders die helemaal niets te verwijten viel, maar een scala aan zaken waarbij aard en ernst van de overtredingen uiteenliepen. Dat heeft mogelijk een niet-representatief beeld opgeleverd van de situatie van sommige groepen ouders die in de financiële problemen zijn gekomen.
2. In de fase 2008-2014 zag de ABRvS veel fraudegerelateerde zaken, net als de strafrechter.[10] De strenge 'alles-of-niets'-lijn stamt uit die periode. Vanaf 2015 ziet de ABRvS zaken van ouders die zich niet aan de wettelijke regels hebben gehouden, maar met grote verschillen in aard en ernst van de gemaakte overtredingen (van misbruik tot kleine foutjes).
3. De ABRvS heeft vanaf 2015 tal van uitspraken gedaan in het voordeel van de ouders, waarbij de harde kanten van de uitvoeringspraktijk zijn bijgesteld (de zogeheten grenscorrecties).
4. De ABRvS heeft vanaf 2015/2016 in tal van zaken een schikking op de zitting bewerkstelligd, zoals afbetalingsregelingen, in het voordeel van de ouders. Die zaken leidden vaak tot intrekking van het bestreden besluit en daarna tot intrekking van het hoger beroep, en zijn daardoor niet zichtbaar in de databank

[8] ABRvS 6 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:716.
[9] Door veel ouders wordt de verplichte terugvordering van voorschotten wel als boete gevoeld. Die situatie moet worden onderscheiden van de oplegging van een bestuurlijke boete wegens schending van de inlichtingenplicht.
[10] Zie o.a. Rechtbank Rotterdam 5 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX6605; Gerechtshof Amsterdam 7 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2608 en 2609; Rechtbank Noord-Nederland 4 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2667 en 2668.

van uitspraken. In de paper van prof. S.E. Zijlstra wordt hieraan dus geen aandacht besteed.

5. De ABRvS heeft weinig 'tegengas' gehad vanuit de rechtbanken[11] en rechtswetenschap. Dit is een feitelijke constatering en geen verwijt. En niet bedoeld als rechtvaardiging voor het handelen van de ABRvS.
6. De ABRvS heeft pas na verloop van tijd zicht gekregen op de bredere effecten van de rechtspraak in de uitvoering: harde financiële gevolgen voor grote groepen ouders door een strikt terugvorderingsbeleid van de Belastingdienst/Toeslagen. Zaken van ouders die geen beroep op de bestuursrechter hadden gedaan. Zaken waarin een afbetalingsregeling op maat vaak ontbrak. Deze praktijk en deze effecten komen pregnant naar voren in de rapporten van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid en de Nationale ombudsman, verschenen in 2017.
7. De ABRvS moest een 'noodgreep' toepassen. Toen in toenemende mate zicht ontstond op de feitelijke gevolgen van de wetstoepassing én duidelijk werd dat regering en parlement jaar na jaar niet ingrepen, ook niet na de rapporten van de WRR en de Nationale ombudsman, ontstond binnen de ABRvS de overtuiging dat de koers moest worden gewijzigd met toepassing van die 'noodgreep'. Dit heeft geresulteerd in de twee uitspraken van 23 oktober 2019 waarin de ABRvS omging.

Terugkijken

Had de ABRvS eerder kunnen omgaan? In retrospectief: Ja, dat had gekund. Maar het is niet gebeurd. De hierboven opgesomde zeven factoren hebben daarbij een rol gespeeld. Verder kost rechtsontwikkeling tijd. Dat geldt voor het terugkomen op een bestendige lijn in de rechtspraak, waarvan het effect niet alleen van betekenis is voor de kinderopvangtoeslagen, maar ook voor andere toeslagen.[12] Zeker als daarbij een rechterlijke 'noodgreep' moet worden toegepast. Binnen een rechterlijk college moet hierover eerst overleg plaatsvinden. En dan is het wachten op en zoeken naar een passende zaak waarin de koerswijziging kan worden toegepast.[13]

De ABRvS is lang in de 'strenge groef' blijven hangen. Zij had in mijn ogen eerder kunnen bijdragen aan de noodzakelijke correctie van 'systeemfalen' van de wetgever en in de uitvoering. Terugkijkend had de ABRvS de Belastingdienst/Toeslagen eerder tot maatwerk kunnen dwingen. Dat had gelet op de enorme aantallen beslissingen over kinderopvangtoeslag per jaar meer zoden aan de dijk gezet, dan de belangrijke, maar relatief kleine grenscorrecties in de rechtspraak, en alle bereikte schikkingen in het voordeel van ouders op zitting in de periode na 2015. Over de 'noodgreep' nog dit. Het doel (breekijzer om maatwerk af te dwingen) heiligde uiteindelijk het gekozen middel (herinterpretatie van de formele wet om toepassing te kunnen geven aan het evenredigheidsbeginsel). De nieuwe uitleg van de bepalingen uit de Wko is passend binnen het stelsel van die wet. De nieuwe uitleg van artikel 26 Awir schuurt echter met de wettekst. De inzet van dit rechterlijk paardenmiddel is daarom niet zonder meer voor herhaling vatbaar.

Over de vraag of het wenselijk is dat de rechter het evenredigheidsbeginsel uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan inzetten om de toepassing van formele wetten

[11] Met uitzondering van de rechtbank Rotterdam, zie hierna, die met verve 'tegengas' heeft gegeven.
[12] De uitleg van artikel 26 Awir raakt ook de terugvordering van onverschuldigd betaalde huurtoeslagen.
[13] Een verdere uitleg van de interne gedachtewisseling stuit af op het geheim van de raadkamer.

te corrigeren, bestaat geen eenstemmigheid. Dit is voer voor debat binnen de instituties van de rechtsstaat. De commissie lijkt dit dilemma te hebben gemist.

Reflectie

De commissie heeft alle betrokken instanties opgeroepen tot reflectie. Terecht. Reflectie is noodzakelijk om te leren van het verleden. Om in een volgend dossier eerder een passend tegenwicht te kunnen bieden, als burgers klem komen te zitten tussen de raderen van de overheid. Met oog voor het algemeen belang en gepaste strengheid voor het bestuur, die de wet correct én behoorlijk moet uitvoeren. Maar eerst en vooral met een open oog voor (belangen van) burgers. Die burgers mogen rekenen op een juridisch juiste maar ook rechtvaardige beslissing van de rechter na een behandeling met interesse en een open oog voor hun positie. Hoe de reflectie inhoud te geven? Te denken valt aan reflectie op drie niveaus:

1. Maatwerk en de menselijke maat; luisteren naar ouders.
2. Vanuit de ABRvS reflectie over de gemaakte keuzen en de juridische kant van de zaak, inclusief een 'scan' op andere categorieën zaken met mogelijk systeemfalen of aperte onevenredige uitkomsten.
3. Vanuit de Raad van State een serie rechtsstaatgesprekken.

Persoonlijk hoop ik dat deze affaire ertoe leidt dat:

- reflectie plaatsvindt op de hardheid van wetgeving en uitvoering,
- het bestuur van de wetgever de juridische en beleidsmatige ruimte krijgt, evenals de overige middelen, die nodig is om maatwerk te kunnen leveren,
- in strenge wetgeving en beleidsregels ventielen beschikbaar komen om (rechterlijk) maatwerk te kunnen leveren,
- de staatsmachten een systeem van terugkoppeling inrichten om signalen over mogelijk systeemfalen tijdig te delen,
- bij gebrek aan ventielen in de wetgeving de ABRvS voortaan extra voorzichtig is met het duiden van wettelijke bepalingen als van dwingendrechtelijke aard, en
- de ABRvS alert is op de gevolgen van haar rechtspraak in de uitvoering, om op tijd te kunnen ingrijpen als die wetgeving (structureel) onbillijk uitpakt, waar mogelijk met inzet van het evenredigheidsbeginsel.

3. De reactie nader toegelicht

3a. Het toeslagenstelsel

Het toeslagenstelsel kent vier verschillende toeslagen (zorg, huur, kinderopvang en kindgebonden budget). Meer dan zes miljoen huishoudens krijgen één of meer toeslagen. Er gaan enorme bedragen in om; € 12,8 miljard in 2018. In dat jaar kregen 630.000 ouders voor 950.000 kinderen kinderopvangtoeslag, totaal bedrag: € 2,6 miljard.[14] Die ouders krijgen elk jaar ieder meerdere besluiten van de Belastingdienst/Toeslagen. Weinig ouders maken tegen deze besluiten bezwaar, nog minder gaan in beroep bij de rechtbank en een fractie gaat in hoger beroep. De ABRvS beoordeelt jaarlijks ongeveer 100 kinderopvangtoeslagzaken[15] en ziet dus slechts een

[14] De cijfers zijn afkomstig van het CBS en de Algemene Rekenkamer.
[15] Op rechtspraak.nl en raadvanstate.nl vinden we 36 gepubliceerde zaken over kinderopvangtoeslagen uit 2011, 187 over 2014, 148 zaken uit 2017, 147 zaken uit 2018 en 72 zaken over 2019.

'topje van de ijsberg'. De rechtbanken zien uiteraard meer zaken in eerste aanleg, maar ook zij hebben geen compleet beeld van de uitvoeringspraktijk.

Anders dan bij socialezekerheidsuitkeringen vindt bij kinderopvangtoeslagen aan de voorkant slechts een minimale inhoudelijke toets plaats. Het stelsel is gebouwd op vertrouwen en servicegerichtheid aan de voorkant. Het is eenvoudig in aanmerking te komen voor voorschotten. Achteraf wordt strikt beoordeeld of er recht bestaat op een toeslag. Als blijkt dat dat niet zo is, is 'Leiden in last'. Het geld is al besteed. Veel ouders kunnen het ontvangen bedrag niet meer terugbetalen. Er moeten betalingsregelingen worden getroffen en voor sommige ouders ontstaat een financiële noodsituatie. Het vertrouwen maakt plaats voor wantrouwen. Het uitbetalen van voorschotten op aanvraag, met een minimale inhoudelijke toets, is een politieke keuze. Keer op keer is gewaarschuwd voor de grote gevolgen als achteraf blijkt dat er geen recht bestaat op een financiële tegemoetkoming. Dit debat is ook gevoerd bij de uitbetaling van het kindgebonden budget en bij de financiële steun aan ondernemers en bedrijven in het kader van de Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging voor Werkgelegenheid (NOW). Minister Koolmees heeft de Tweede Kamer gewaarschuwd voor de nadelige kant van de keuze om de financiële bijdrage direct op aanvraag uit te betalen zonder inhoudelijke toetsing vooraf. Ook de Algemene Rekenkamer heeft hier aandacht voor gevraagd.[16] Inmiddels worden de eerste procedures gevoerd over misbruik van de NOW-regeling.

3b. Kenmerken van Wko en Awir

De Wko in combinatie met de Awir is strenge wetgeving. Ten eerste door het systeem van uitbetaling van voorschotten zonder controle vooraf. Dat heeft voordelen (servicegericht en burgervriendelijk), maar ook een aantal belangrijke nadelen (slecht te handhaven wetgeving, perverse prikkels voor misbruik en oneigenlijk gebruik, en enorme bedragen aan oninbare vorderingen op burgers die voorschotten moeten terugbetalen). De wet is streng en is zo ook bedoeld. Zo kende de wet aanvankelijk geen beperking van de navorderingtermijn, anders dan in het reguliere belastingrecht en in het socialezekerheidsrecht. Dit 'gat' heeft de bestuursrechter moeten dichten.[17] Verder kent de Awir een harde terugvorderingsbepaling, die inhoudt dat als een herziening van een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag de belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel is verschuldigd. Ik herhaal: *'in zijn geheel'*. Dit is geen vergissing, maar de wil van de wetgever. 'No mercy'.

Dit samenstel zorgt voor problemen als er overigens in de wet geen 'ventiel' zit om onrechtvaardige uitkomsten bij de toepassing van de wet te voorkomen. Daarom heeft de Afdeling advisering van de Raad van State bij herhaling geadviseerd om in de Awir een hardheidsclausule op te nemen.[18] De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft dit advies gepasseerd onder verwijzing naar een advies van de Raad voor de Rechtspraak[19]. Die merkte op dat het opnemen van een hardheidsclausule een bron van conflicten kan vormen en kan leiden tot een veelvuldig beroep op de bestuursrechter. Een wettelijk ventiel werd dus niet gewenst. Uiteindelijk heeft de

---

[16] Brief van de Algemene Rekenkamer van 23 september 2020 aan de voorzitter van de Tweede Kamer.
[17] ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1484, na conclusie van staatsraad advocaat-generaal Keus van 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:159.
[18] Zie Kamerstuk 29764, nr. 5 (advies en nader rapport Awir).
[19] Advies van de Raad voor de Rechtspraak van 15 april 2004 aan de staatssecretaris van Financiën over het conceptwetsvoorstel Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (kenmerk: UIT 3650/ONTW RCH).

wetgever in 2020 alsnog een hardheidsclausule in de wet opgenomen voor de kinderopvangtoeslagen, naar aanleiding van de uitspraken van de ABRvS van oktober 2019.

3c. Uitleg van de Wko en de Awir door de bestuursrechter: context

In de periode 2008-2014 is de ABRvS geconfronteerd met zaken waarin misbruik was gemaakt van belastinggeld of waarin ouders niet in staat waren te verantwoorden waaraan zij de kinderopvangtoeslagen hadden besteed. Daarbij ging het om forse bedragen, tot wel tienduizenden euro's aan niet verantwoord belastinggeld. In die context, strenge wetgeving en veel fraudegerelateerde gevallen, is de strenge lijn in de rechtspraak ontstaan, die door de commissie de 'alles-of-niets'-lijn wordt genoemd. Het was de periode waarin de voorschotten nog rechtstreeks aan de ouders werden uitbetaald, 'foute' bemiddelingsbureaus misbruik maakten van het vertrouwen aan de voorkant door op grote schaal aanvragen in te dienen op naam van ouders en gastouderbureaus rommelden met de boekhouding en de eigen bijdragen. Dit heeft geleid tot tal van strafzaken, maar ten dele met succes omdat de bedrijfjes niet zelden failliet waren en de eigenaren en ondernemers met de noorderzon waren vertrokken.[20] Ouders die met dergelijke bedrijfjes in zee waren gegaan, kregen hiervan de rekening gepresenteerd.

Ook de zogenoemde 'Bulgarenfraude' speelde zich af in deze periode. Al met al reden voor politici en beleidsmakers om te pleiten voor (nog) strenger toezicht op de uitvoering van de toeslagen en voor een harde aanpak van misbruik met toeslagen. Toenmalig staatssecretaris Weekers wilde met de Tweede Kamer in gesprek om het systeem aan te passen: "Nu is het nog zo dat de Belastingdienst aanvragen pas achteraf controleert. Dat moet wijzigen. Het nadeel is dat de goeden dan onder de kwaden moeten lijden en langer op hun geld moeten wachten. Maar ik denk dat het voor de houdbaarheid van het systeem belangrijk is dat het niet als pinautomaat kan worden gebruikt."[21] Het is in deze periode dat de ABRvS een keuze moest maken hoe de relevante bepalingen uit de Wko te duiden. De ABRvS heeft toen (2008-2011) gekozen voor een strenge lijn, waarbij die bepalingen zijn geduid als van dwingendrechtelijke aard. Het is die duiding die nu – een kleine tien jaar later – zo veel kritiek ontmoet. Vanaf 2015 lijkt de situatie te wijzigen. De grootschalige fraude door en met gastouderbureaus nam af, zo ook het aantal zaken van fraude, misbruik en het niet

---

[20] Geruchtmakend zijn de zaken tegen: '[redacted]' in [redacted], '[redacted]' in [redacted], '[redacted]' in [redacted], '[redacted]' in [redacted], '[redacted]' in [redacted], en '[redacted]' in [redacted]. En zo nog veel meer. Tezamen zijn deze (gastouder)bedrijven verantwoordelijk voor veel financieel leed van ouders, maar ook voor aanzienlijke bedragen aan oninbare vorderingen.

[21] In zijn kamerbrief van 4 mei 2013 over 'systeemfraude met toeslagen' geeft de staatssecretaris aan: "Tot nog toe heeft het kabinet bij het bestrijden van fraude in overleg met uw Kamer bewaakt dat de dienstverlening aan burgers daarbij zo min mogelijk in het gedrang zou komen. Een effectievere aanpak van systeemfraude vergt maatregelen die ertoe zullen leiden dat burgers onder omstandigheden met een minder dienstverlenende Belastingdienst worden geconfronteerd. In de praktijk zal dit ook goedwillende burgers raken, bijvoorbeeld omdat zij als gevolg van door de Belastingdienst uitgevoerde controles langer op een toeslag moeten wachten. Dit betekent overigens niet dat de Belastingdienst zijn dienstverlenende houding geheel moet laten varen. Wel betekent het *dat de balans in de weging tussen dienstverlening en fraudebestrijding vaker in het voordeel van fraudebestrijding zal moeten doorslaan. Cruciaal is dat fraude en criminaliteit niet mogen lonen*. Daarom zullen ten onrechte ontvangen toeslagen of door middel van fraude verkregen middelen actief worden teruggevorderd of afgepakt, langs fiscale, bestuursrechtelijke of strafrechtelijke weg."

kunnen verantwoorden van grote bedragen aan belastinggeld. De ABRvS werd vaker geconfronteerd met zaken van ouders die niet hadden gefraudeerd, maar die een fout hadden gemaakt of een deel van het bedrag niet konden verantwoorden. Maar ook in deze periode zag de ABRvS zaken van ouders die ernstige steken hebben laten vallen. Oftewel, de ernst en omvang van de fouten wisselden sterk, zo ook de omvang van de bedragen aan ontvangen belastinggeld waarover ouders geen verantwoording konden afleggen.

3d. Grenscorrecties

Vanaf 2015 heeft de ABRvS op een aantal onderdelen ouders de helpende hand geboden. In dit kader kan worden genoemd het afstoppen van de mogelijkheid voor de Belastingdienst/Toeslagen om over een ongelimiteerde periode onverschuldigde betaalde toeslagen terug te vorderen.[22] Deze periode heeft de ABRvS gemaximeerd op vijf jaren. Verder heeft de ABRvS geoordeeld dat de Belastingdienst/Toeslagen niet mag terugvorderen bij kleine verschillen tussen de totale kosten van kinderopvang en de aantoonbaar betaalde kosten, de zogenoemde afrondingsverschillen.[23] Ook is geoordeeld dat de bevoegdheid tot terugvorderen ontbreekt als door de Belastingdienst/Toeslagen gegevens bij de vraagouder zijn opgevraagd, deze zijn overgelegd en deze gegevens vervolgens bij de Belastingdienst/Toeslagen een langere periode (minimaal drie jaar) zijn blijven liggen zonder vervolgstappen van de dienst. De eventueel daardoor ontstane bewijsnood van de vraagouder wordt de ouder niet tegengeworpen. Vermeldenswaard is ook de uitspraak van 8 maart 2017 in een zogenoemde CAF 11-zaak, waarover het memo gaat van mevrouw S.T.P.H Palmen-Schlangen dat intensief is besproken tijdens de verhoren van de commissie. Deze voor ouders positieve uitspraak is gevolgd door soortgelijke uitspraken.[24] Dan is er de uitspraak van begin 2019 waarin de ABRvS oordeelde dat als het totale bedrag aan voorschotten hoger was dan de totale kosten van kinderopvang, en op zich geen sprake is van een afrondingsverschil, dit onverlet laat dat sprake kan zijn van een zodanig klein verschil dat de Belastingdienst/Toeslagen ouders niet kan tegenwerpen dat de kosten niet zijn voldaan, zodat terugvordering van het geheel niet toelaatbaar is.[25] Deze uitspraak kan worden gezien als een voorbode van de koerswijziging.

In twee uitspraken van 23 oktober 2019 heeft de ABRvS een koerswijziging ingezet. Zij is omgegaan, zoals juristen dat noemen. Eén uitspraak gaat over een besluit tot herziening van voorschotten en het recht op toeslag[26], de andere op een besluit tot terugvordering.[27] Als juridische grondslag voor de vernietiging van de besluiten heeft de ABRvS gekozen voor artikel 3:4, eerste en tweede lid, van de Awb (belangenafweging en evenredigheid) en artikel 7:12 van de Awb (motiveringsbeginsel) in combinatie met een andere duiding van de relevante wettelijke bepalingen. De ABRvS droeg de Belastingdienst/Toeslagen op maatwerk te leveren. Dat betekent dat de omvang van de intrekking van eerder toegekende toeslagen en de omvang van de terugvordering van

[22] ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1484, na conclusie van staatsraad advocaat-generaal [redacted] 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:159.
[23] Zie bijvoorbeeld ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610; ABRvS 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:137 (r.o. 5.3) en ABRvS 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:773.
[24] Zie de uitspraken van 8 maart 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:589), 29 maart 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:817) en 19 juli 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1945). Zie hierover ook M.E. González Pérez, 'Na 12,5 jaar op naar een menselijke maat?', Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht, nummer 3, april 2020.
[25] ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1333.
[26] ABRvS 23 oktober 2019, o.a. AB 2020/85, NJB 2019/2369, JB 2020/19.
[27] ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536 (met annotaties in dezelfde periodieken).

ten onrechte ontvangen bedragen aan toeslagen evenredig moeten zijn met de aard en ernst van de overtreding door de ouders en dus met de omvang van het bedrag dat de ouders niet kunnen verantwoorden. In deze uitspraken valt *niet* te lezen dat aan alle ouders die kinderopvangtoeslagen hebben aangevraagd en gekregen ongekend onrecht is aangedaan, ook niet dat alle ouders die in (hoger) beroep zijn gegaan onrecht is aangedaan. Om een voorbeeld te geven: de eerste uitspraak gaat over de situatie van ouders die zowel in 2014 als in 2015 een bedrag van € 15.937,00 hebben ontvangen en daarvan over 2014 een bedrag van € 2.174,30 niet konden verantwoorden en over 2015 een bedrag van € 8.016,00. Dat zijn geen geringe tekortkomingen. Dat mag gevolgen hebben.

4. De verhouding (bijzondere) wet en algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Naar aanleiding van de oktober 2019-uitspraken is de wet gewijzigd. Met de Wet hardheidsaanpassing Awir[28] is een artikel 13b aan de Awir toegevoegd, met daarin een bepaling over belangenafweging en evenredigheid, die nagenoeg gelijk is aan artikel 3:4 van de Awb. Naast de algemene hardheidsclausule (artikel 47 Awir; geclausuleerd) is nu een hardheidsregeling opgenomen specifiek voor de kinderopvangtoeslag (artikel 49 Awir). Ook is nog een vangnetbepaling toegevoegd. De wettelijke 'ventielen' zijn er dus uiteindelijk gekomen, in 2020. In de toelichting bij het wetsvoorstel staat: "Met het voorgestelde artikel 13b wordt buiten twijfel gesteld dat de Belastingdienst/Toeslagen gehouden is om in individuele gevallen de beginselen van behoorlijk bestuur die voortvloeien uit de voorgestelde artikelen toe te passen. Dit is in lijn met de jurisprudentie van de ABRvS waarin artikel 3:4 Awb een centrale plaats inneemt." De wetgever lijkt hier te stellen dat toevoeging van artikel 13b eigenlijk overbodig was, omdat artikel 3:4 Awb toch al gold. Maar dat is de vraag. Ik ben erg benieuwd of andere sectorale wetgevers hier ook zo over denken. Om te begrijpen wat de speelruimte was voor de bestuursrechter om recht te doen aan ouders, is van belang hoe de rechtsregels zich tot elkaar verhouden. Prof. S.E. Zijlstra, die door de commissie als onafhankelijke deskundige is ingeschakeld, verwoordt het aldus:

"Kan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 Awb meebrengen dat het 'dwingendrechtelijke' systeem van de Wko/Awir wordt doorbroken? Daarvoor eerst iets over de verhouding tussen de Awb en de bijzondere wet.
De Awb, de Awir en de Wko zijn alle drie wetten in formele zin. Maar omdat de Awb een algemene wet is, gaan de Awir en de Wko, met inbegrip van hun 'dwingendrechtelijke' systeem van terugvorderen, vóór de Awb, en dus ook vóór het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4. Dat Awir en Wko dus niet expliciet bepalen dat artikel 3:4 Awb niet van toepassing is, doet er in dat licht dus niet toe. Nu geeft artikel 3:4 Awb weliswaar uitdrukking aan het materiële zorgvuldigheids- of evenredigheidsbeginsel, maar het kan dat nooit uitputtend doen: materiële zorgvuldigheid en evenredigheid zijn algemene rechtsbeginselen, die betrekking hebben op het handelen van alle overheidsorganen, ook van de wetgever. In dat licht zou een toetsing aan het materiële zorgvuldigheidsbeginsel of het evenredigheidsbeginsel neerkomen op een zogenaamde contra-legem toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Afdeling heeft daar blijkens haar jurisprudentie tot oktober 2019 niet voor willen kiezen."

Dit is duidelijke taal. Dwingendrechtelijke bepalingen uit Wko en Awir laten geen ruimte voor toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dus geen ruimte voor toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Dit is conform de staande leer in doctrine en rechtspraak. Een enkeling – prof. M. Scheltema - denkt anders over die doctrine, althans wil graag dat hier wijziging in wordt gebracht, omdat dit de

[28] Stb. 2020/227, in werking per 7 juli 2020.

responsieve rechtsstaat kan dienen.[29] De suggestie van Scheltema is sympathiek, maar is ook verstrekkend. Het gaat om een wijziging in de constitutionele verhouding tussen wetgever en rechter. Willen we dat de rechter via een in de Awb gecodificeerd algemeen beginsel van behoorlijk bestuur de formele wet aan de kant kan zetten? Willen we dat ook als de desbetreffende bepaling de wil van de wetgever duidelijk weergeeft, zoals bij artikel 26 Awir? Algemene toepassing van artikel 3:4 Awb (of een nieuw te formuleren 3:4 bis) op alle wetten in formele zin zal ertoe leiden dat tal van bewuste en uitdrukkelijke keuzen van de wetgever, regering en parlement, voor de rechter in twijfel zullen worden getrokken met een beroep op het evenredigheidsbeginsel. Willen we dat echt? Het zal (kunnen) leiden tot meer ingrepen van de rechter in wetten in formele zin. Dan zal het niet lang duren voor de discussie over de vermeende dikastocratie, die net enigszins lijkt te zijn geluwd, weer oplaait. De door Scheltema voorgestane uitleg, die door de commissie lijkt te zijn omarmd, verdient nadere discussie in een breder verband dan alleen voor toeslagen. En verdient bij voorkeur een uitdrukkelijke stellingname van de Awb-wetgever. De commissie oordeelt hard over de bestuursrechter die de algemene beginselen zou wegredeneren en het evenredigheidsbeginsel te lang niet heeft gebruikt als stootkussen voor mensen in nood, maar lijkt aan dit dilemma voorbij te gaan.

5. De 'noodgreep'

Net als de Awir-wetgever wijst Scheltema op de uitspraken van oktober 2019 om te betogen dat het evenredigheidsbeginsel algemene toepassing kan vinden. De ABRvS heeft dat beginsel immers zelf toegepast op de bepalingen uit Wko en Awir. Toen in toenemende mate zicht ontstond op de feitelijke gevolgen van de wetstoepassing én duidelijk werd dat wetgever en bestuur jaar na jaar niet ingrepen, ook niet na de rapporten van de WRR en de Nationale ombudsman, werd de noodzaak om als rechter in te grijpen steeds nijpender. Wat waren voor de bestuursrechter de opties om te komen tot meer rechtvaardige uitkomsten? Ten eerste (A) het evenredigheidsbeginsel laten prevaleren boven de dwingendrechtelijke bepalingen uit de wet. Of (B) een nadere duiding van de relevante wettelijke bepalingen, door te oordelen dat die bepalingen bij nader inzien toch ruimte bieden voor differentiatie en dat de Belastingdienst/Toeslagen de bevoegdheid toekomt maatwerk te leveren, om vervolgens te verlangen dat de Belastingdienst/Toeslagen bij de toepassing van die bevoegdheid het evenredigheidsbeginsel in acht neemt. De ABRvS heeft gekozen voor optie B. Die optie schuurt met de tekst van artikel 26 Awir, zoals Marseille terecht signaleert[30], maar is minder verstrekkend dan optie A. Het corrigeren van een formele wet met toepassing van artikel 3:4, tweede lid Awb is bij mijn weten nog nooit eerder gebeurd en is op dit moment ook een brug te ver.

---

[29] Zie M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', NTB 2019/24, en zijn preadvies uit 2020 voor de Nederlandse vereniging voor wetgeving, 'Een wet van Meden en Perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaagse bestuursrecht', te vinden op: www.verenigingvoorwetgeving.nl. A.T. Marseille heeft het in zijn noot in Ars Aequi (april 2020/393) over de voor de bestuursrechter benodigde ruimte om het ideaal van responsiviteit gestalte te geven. Bestaand recht of 'wishful thinking'? Ik meen op dit moment het laatste.

[30] Marseille signaleert het dilemma wel (zie zijn noot in Ars Aequi 2020 (4), p. 398 rechterkolom, en p. 399). Hij schrijft: 'Het valt op dat de Afdeling weinig moeite doet om op basis van de bewoordingen van artikel 26 AWIR te beredeneren waarom in deze bepaling een bevoegdheid in plaats van een verplichting wordt gelezen. Dat valt te begrijpen. Op grond van de tekst van artikel 26 AWIR is dat ook geen sinecure. Maar dat geeft niet, want de uitkomst overtuigt, nu die aan de Belastingdienst de mogelijkheid biedt maatwerk te leveren." En "Afgaande op de formulering van de bepaling beoogde de wetgever met artikel 26 Awir de Belastingdienst een gebonden bevoegdheid toe te kennen. Het valt te prijzen dat de Afdeling heeft gekozen voor een niet-letterlijke interpretatie van die bepaling, om zo de Belastingdienst de ruimte te geven voor een evenredige uitvoering van de wet."

6. De dialoog met rechtbanken en wetenschap

De rechtsontwikkeling is gebaat bij tegenspraak. Ook of juist als rechtspraak tot ongewenste gevolgen leidt. Door te luisteren naar kritiek van partijen op gevestigde jurisprudentie, maar ook door te reflecteren op (de motivering van) uitspraken van de rechtbanken, die in hoger beroep worden aangevochten. Ik stel vast dat van de rechtbanken de rechtbank Rotterdam haar rol als kritische partner in de rechtsontwikkeling met verve heeft vervuld. Keer op keer heeft de rechtbank Rotterdam de ABRvS voorgehouden dat haar rechtspraak leidde tot wetstoepassing met onevenredige gevolgen. Deze rechtbank paste in 2015 een proportionele benadering toe. Dat getuigt van rechterlijke moed. De ABRvS heeft die benadering destijds niet willen volgen.[31] Ik stel vast dat de andere tien rechtbanken de benadering van de rechtbank Rotterdam niet hebben gevolgd. De reden(en) daarvoor ken ik niet. Dat kan zijn omdat die rechtbanken het niet opportuun achten uitspraken te doen in strijd met de bestendige lijn in de rechtspraak van de ABRvS.

Wat betreft de bijdrage van de rechtswetenschap aan de dialoog volsta ik met een verwijzing naar het paper van Zijlstra.[32] Daarin constateert hij dat in de relevante periode uitspraken over kinderopvangtoeslagen beperkt zijn gepubliceerd in de vakbladen, dat geen enkele gepubliceerde uitspraak waarin toepassing is gegeven aan de 'alles-of-niets'-benadering is geannoteerd, en dat in de juridische literatuur slechts twee auteurs (Elbert en Scheltema) over de 'alles-of-niets'-jurisprudentie is geschreven. Na de uitspraken van oktober 2019 zijn tal van juridische beschouwingen verschenen, niet zozeer over de koerswijziging, maar over de rechtspraak in de periode die daaraan voorafging.

7. Hand in eigen boezem

Bij een crisis met de omvang van de toeslagenaffaire is het begrijpelijk dat er wordt gezocht naar schuldigen. Er is behoefte aan een ongenuanceerd oordeel: zwart of wit, goed of fout. Niets ertussenin. Na een reconstructie van de gebeurtenissen sinds 2008 kom ik tot de conclusie dat de ABRvS op twee punten anders had kunnen handelen. Dat is niet gebeurd. En dat heeft effect gehad op de hardheid van de uitvoering. Het past de ABRvS dan ook de hand in eigen boezem te steken.

Het eerste punt is de duiding van de relevante bepalingen uit de Wko als dwingendrechtelijk voor alle situaties. Dat is achteraf, gelet op de nadien gebleken gevolgen voor de uitvoering, ongelukkig. Waarom? Omdat hierdoor alle soorten fouten en tekortkomingen over één kam werden geschoren. Het was achteraf beter geweest als de ABRvS had gedifferentieerd. Om een voorbeeld te noemen. De ABRvS had onderscheid kunnen maken tussen de situatie waarbij ouders de verplichte eigen bijdrage in het geheel niet hadden voldaan of gedeeltelijk hadden voldaan. En bij gedeeltelijke betaling had onderscheid gemaakt kunnen worden naar de reden van niet-betaling (persoonlijk aan te rekenen of gevolg van afwezige of foutieve voorlichting door

---

[31] Zie o.a. ABRvS 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3709; ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:37; ABRvS 13 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1498; ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1770; en ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:815, waarin 67% van de voor rekening van de ouders komende kosten van kinderopvang niet kon worden aangetoond. In de uitspraken van de ABRvS is frequent verwezen naar de standaarduitspraak: ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1114.

[32] Paper, p. 127 en 128/132.

de Belastingdienst/Toeslagen?) en de omvang van het niet-betaalde gedeelte. Weliswaar geldt voor alle situaties dat niet aan de wettelijke regels wordt voldaan, maar de tekortkomingen verschillen in aard en ernst. Door de dwingendrechtelijke duiding van de Wko-bepalingen was er geen ruimte voor differentiatie en leidde elke overtreding – ongeacht aard en omvang – tot de conclusie dat geen recht op toeslag bestond. Deze duiding van de Wko-bepalingen in combinatie met de onder 2. genoemde factoren hebben eraan bijgedragen dat de ABRvS later dan wenselijk de Belastingdienst/Toeslagen heeft verplicht om maatwerk te leveren bij herziening en terugvordering.

Het tweede punt is het moment van koerswijziging. Had dat niet al vele jaren eerder gekund? Hier spelen de zeven factoren genoemd onder 2. een rol. Achteraf was het beter geweest als de ABRvS de koerswijziging eerder had ingezet. Vanaf wanneer? Dat is lastig te zeggen. Er waren vóór 2019 signalen dat de wetgeving in combinatie met de wijze van uitvoering door de Belastingdienst/Toeslagen voor sommige (groepen) ouders en sommige (categorieën) fouten onevenredig hard uitpakte. Als de ABRvS eerder was omgegaan, dan had dat voor de ouders waarschijnlijk meer zoden aan de dijk gezet, dan de belangrijke, maar relatief kleine grenscorrecties in de rechtspraak, en alle bereikte schikkingen in het voordeel van ouders, in de periode na 2015.

8. Maatwerk en de belangen van de burger

De toeslagenaffaire is een deuk in het vertrouwen dat burgers mogen hebben in de bestuursrechtspraak. Alle rechters in alle rechtscolleges werken dagelijks aan dat vertrouwen en moeten dat vertrouwen telkens weer opnieuw verdienen.[33] Dat kan alleen als de rechter laat zien oog te hebben voor de belangen van de burger. Dat betekent niet dat de burger die beroep instelt steeds gelijk moet krijgen. Het algemeen belang of het (tegengestelde) belang van een andere burger kunnen zwaarder wegen. De wet kan eraan in de weg staan. Maar de burger heeft er recht op gezien en gehoord te worden en uitleg te krijgen waarom hij wel of geen gelijk heeft. Daarbij moet de bestuursrechter het besluit dat de burger bestrijdt toetsen met passende mate van indringendheid. Naar mate de belangen die voor de burgers of burgers op het spel staan groter worden, zal in de regel de toetsing door de bestuursrechter meer indringend zijn. Zie bijvoorbeeld de uitspraken over de Groningse gaswinning, waarin de ABRvS indringend toetst aan de (grond)rechten van burgers.[34] Bij de nieuwe lijn in de rechtspraak over het vertrouwensbeginsel speelt het burgerperspectief een belangrijke rol; wat kon of mocht de burger redelijkerwijs verwachten van de overheid?[35]
Binnen de ABRvS is de discussie hierover volop in beweging. Het heeft geleid tot een ontwikkeling in de wijze waarop zittingen worden gehouden (meer mens- dan zaakgericht), de leesbaarheid en begrijpelijkheid van de uitspraken en – meest belangrijk – tot rechtspraak die kenbaar rekening houdt met de belangen van burgers. Het heeft ook geleid tot bijstelling van lijnen in de jurisprudentie en een verschuiving in de richting van meer intensieve toetsing in zaken waarin de belangen van burgers in de knel (dreigen te) komen, met een belangrijke rol voor het evenredigheidsbeginsel.[36] Dit is in de literatuur niet onopgemerkt gebleven. Die verschuiving past bij een meer

[33] Vergelijk de installatierede van Dineke de Groot als president van de Hoge Raad, te vinden op: www.hogeraad.nl.
[34] Zie over de gaswinning in Groningen o.a. ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578.
[35] ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, na conclusie van de staatsraad [redacted] van 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:896.
[36] Zie recent de uitspraken over boetes opgelegd wegens overtreding van de Amsterdamse huisvestingsverordening; ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2849-2850-2851.

mensgerichte en responsievere bestuursrechtspraak, zonder daarbij te verloochenen dat in het bestuursrecht het algemeen belang een belangrijke rol speelt, bijvoorbeeld bij zaken over veiligheid, gezondheid, natuur en klimaat. Bij zaken over financiële verstrekkingen in een geschil met twee partijen betekent dit het zoeken naar het juiste evenwicht tussen strengheid bij misbruik en oneigenlijke gebruik van voorzieningen en het verlenen van adequate rechtsbescherming aan burgers die klem dreigen te raken tussen de raderen van de overheid. Juist om dat alsnog af te dwingen is de ABRvS bereid gebleken de hele gereedschapskist op zijn kop te zetten. Met als doel: een verbeterde balans tussen wet en recht.

9. Reflectie

De commissie heeft alle betrokken instanties opgeroepen tot reflectie. Terecht. Reflectie is noodzakelijk om te leren van het verleden en de lessen te vertalen in verhoging van de kwaliteit van de rechtspraak en de rechtsbescherming. Binnen de ABRvS is met reflectie begonnen al voorafgaand aan de koerswijziging. Toen is niet alleen aan de orde gekomen de vraag of de ABRvS de koers moest wijzigen, maar ook of dat al niet eerder had gekund, en wat de redenen zijn geweest waarom dat niet eerder is gebeurd. Ook na de uitspraken van oktober 2019 zijn er gesprekken geweest tussen rechters en de juridische ondersteuning over de gang van zaken. De uitspraken over kinderopvangtoeslagen in de periode 2008 tot 2019 zijn geanalyseerd, vergelijkbaar met de analyse van prof. Zijlstra. Het is belangrijk in de komende periode met deze reflectie door te gaan, zowel intern als met externe gesprekspartners.

Hoe de reflectie inhoud te geven? Te denken valt aan reflectie op drie niveaus:

1. Maatwerk en de menselijke maat: Heeft de bestuursrechter in (hoger)beroepszaken voldoende oog voor de situatie van burgers in individuele gevallen? Wat is impact van de rechtspraak op de levens van deze ouders? Methode: eerst en vooral goed luisteren naar het verhaal van ouders (en hun gemachtigden).
2. Vanuit de ABRvS reflectie over de genomen beslissingen en de juridische (on)mogelijkheden. Methode: een dialoog met rechters, rechtshulpverleners, wetenschappers en anderen over de balans tussen wet en recht, de gereedschapskist van de (bestuurs)rechter, de verhouding tussen de (bijzondere) wet en de rechtsbeginselen, de wenselijke interactie tussen rechtbanken en hoogste rechter, en over mogelijk gemiste signalen.[37] En een scan van de jurisprudentie en de voorraad van zaken op zoek naar andere zaken met strenge wetgeving en een harde uitvoeringspraktijk. Bij de reflectie kan hulp worden ingeroepen van deskundigen om het gesprek (bijvoorbeeld in de vorm van 'spiegelbijeenkomsten') in goede banen te leiden. En van kenners van het recht van buiten de ABRvS en de Raad van State.
3. Vanuit de Raad van State in het kader van de rechtsstaatgesprekken[38] een dialoog met de andere overheidsmachten, de Nationale ombudsman, rechtswetenschap en pers (over hoe onderling het evenwicht te bewaren,

[37] Enigszins vergelijkbaar zijn de reflectiebijeenkomsten die de ABRvS in 2019 heeft georganiseerd over de vreemdelingenuitspraken in hoger beroep. Hierbij zijn advocaten, IND-medewerkers en rechters van de rechtbank betrokken. De bijeenkomsten hebben geleid tot een 'pilot' met uitspraken met verkorte motivering.

[38] Zie jaarverslag Raad van State 2019, 'Evenwicht in de rechtsstaat: een beschouwing', p. 14, en de publicatie 'In gesprek, bijdragen aan de dialoog over de rechtstaat', te vinden op www.raadvanstate.nl.

'checks and balances' vorm te geven, elkaar te versterken met behoud van eigen verantwoordelijkheid, kritisch maar met respect). Deze gesprekken kunnen ook betrekking hebben op methoden van 'terugkoppeling' en hoe die kunnen bijdragen aan tijdige correctie van 'systeemfalen'. In dit verband is relevant de voorlichting van de Afdeling advisering aan de Eerste Kamer naar aanleiding van het verzoek van senator Backer.[39]

Aan de in de voorlichting genoemde voorbeelden kunnen nog vele andere worden toegevoegd. Te denken valt aan de verplichte terugvordering van bijstand bij schending van de inlichtingenplicht uit de Participatiewet (zaak Wijdemeren over de gift van boodschappen van moeder aan dochter)[40], regelgeving die wat betreft hardheid verwantschap vertoont met de toeslagenwetgeving.[41] Het ontbreken van een 'knelgevallen-regeling speelt ook in de zaken over het fosfaatrechtenstelsel, waar de wetgeving ook streng is en boeren het niet van de wet moeten hebben, maar van een beroep op artikel 1 Eerste Protocol EVRM, dat hoogst zelden slaagt.[42]

10. Conclusie

Rechtspraak moet bijdragen aan een rechtvaardige samenleving. Bij wetgeving die leidt tot miljoenen beschikkingen per jaar, zoals bij de toeslagen, moet de wetgever het bestuur enige ruimte laten om recht te doen aan de belangen van burgers in het individuele geval. Niet alleen bij de toeslagenwetgeving, maar ook bij andere strenge wetgeving, zoals de Participatiewet en andere wetten waarin de bevoegdheid tot terugvorderen is vervangen door de verplichting tot terugvordering. Verder is het wenselijk dat bij strenge wetgeving, zeker als die wordt verankerd in een formele wet, een 'ventiel' wordt ingebouwd, bijvoorbeeld in de vorm van een hardheidsclausule. Die kunnen bestuursorgaan en bestuursrechter gebruiken om te voorkomen dat burgers worden vermalen door de combinatie van rigide wetgeving en (te) strenge uitvoering. Dat ventiel stelt de bestuursrechter in staat het bestuursorgaan aan te spreken op behoorlijk bestuur conform de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bij gebrek aan ventielen in de wetgeving zal de ABRvS extra voorzichtig moeten zijn met het duiden van wettelijke bepalingen als van dwingendrechtelijke aard. De ABRvS moet alert zijn op de gevolgen van haar rechtspraak in de uitvoering, en zoeken naar het juiste evenwicht tussen wet en recht, waar mogelijk met inzet van het

---

[39] Voorlichting naar aanleiding van de motie-Backer c.s. over versterking van de kwaliteit van de rechtsbescherming voor de individuele burger, gepubliceerd op 18 december 2020, W16.20.0242/II/Vo.
"Het kan voorkomen dat een complexe regeling structureel tot problemen blijkt te leiden voor burgers (doenbaarheid) of het bestuur (uitvoerbaarheid), of dat de gevolgen van een bepaalde wetstoepassing zó verstrekkend zijn dat het de vraag is of de wetgever die gevolgen wel heeft voorzien of beoogd. Voorbeelden van dergelijke gevolgen vanuit burgerperspectief bezien zijn de problemen inzake het alcoholslotprogramma, de kinderopvangtoeslag, het resultaatgericht beschikken in het sociaal domein en het opleggen van maatwerk bij boetes voor illegale woningverhuur. Dergelijke zaken zouden naar het oordeel van de Afdeling (advisering) voor terugkoppeling in aanmerking kunnen komen, als zich een structureel probleem voordoet dat niet door individuele uitspraken van de bestuursrechter kan worden opgelost."

[40] Rechtbank Midden-Nederland 14 oktober 2019, ECLI:NL:RBMNL:2019:4746.

[41] Met dien verstande dat – anders dan tot juli 2020 in de Awir - in de Participatiewet wel een 'ventiel' is ingebouwd. Op grond van artikel 58, achtste lid, Pw, kan het college besluiten geheel of gedeeltelijk van terugvordering af te zien, indien daarvoor *dringende redenen* aanwezig zijn. Het begrip 'dringende redenen' wordt door de CRvB streng ingevuld (zie CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:952). Bij de verplichte terugvordering is ook volgens de CRvB geen ruimte voor een belangenafweging (CRvB 30 juni 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1342), dus niet voor toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.

[42] Zie o.a. CBb 17 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:522; CBb 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:1 t/m 7, en CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291.

evenredigheidsbeginsel.

De kritiek in het rapport van de commissie is hard en ziet vooral op een lijn in de rechtspraak die in 2008/2011 is ontstaan. Sindsdien is er veel gebeurd. De ABRvS heeft laten zien niet bevreesd te zijn uitspraken te doen met grote gevolgen, juist met het oog op de belangen van burgers. De bestuursrechtspraak is bij de ABRvS als onafhankelijke rechter in goede handen. De discussie over de verhouding tussen de strengheid van de wet en een rechtvaardige beslissing in het individuele geval speelt niet alleen op de rechtsgebieden waarover de ABRvS oordeelt, maar op veel meer terreinen. Alle partners in de rechtsstaat moeten leren van de zwarte kanten van de toeslagenaffaire. En elkaar (tijdig) durven aanspreken op tekenen van 'systeemfalen'. Om burgers recht te doen. En om een soortgelijk drama in de toekomst te helpen voorkomen. Daar moet nu de reflectie op zien.

Raad van State

Vice-President

Port Betaald
Port Payé
Pays-Bas
post

Ministerie van Financiën
Ontv. 12 JAN. 2021
D&I

De staatssecretaris van Financiën
Toeslagen en Douane
Mevrouw drs. A.C. van Huffelen
Postbus 20201
2500 EE 's-GRAVENHAGE