

Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken

Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak
van de Raad van State

November 2021

Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken

Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak
van de Raad van State

November 2021

Colofon

Tekst

Afdeling bestuursrechtspraak
van de Raad van State

Lay-out

Studio Piraat

Den Haag, november 2021

Inhoudsopgave

Voorwoord 5

Samenvatting 7

1. Inleiding 11

2. Opzet en proces van reflectie 14

2.1 De opzet van de reflectie 15

2.2 Het proces van de reflectie 16

3. De positie van de bestuursrechter: zoeken naar evenwicht 20

4. De kinderopvangtoeslagzaken: terugkijken 29

4.1 Context 30

4.2 De 'alles-of-niets'-lijn; drie situaties 32

4.2.1 *De eerste situatie: niets aangetoond*

4.2.2 *De tweede situatie: kosten deels aangetoond*

4.2.3 *De derde situatie: eigen bijdrage deels aangetoond*

4.2.4 *De uitspraken van oktober 2019*

4.2.5 *Na oktober 2019*

4.3 Waarom kwam de omslag pas in 2019? 41

4.4 Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken 44

4.5 Wat als ...? 46

5. Vooruitkijken 48

5.1 Rol en taak van de hoogste bestuursrechter in de rechtsstaat 49

5.2 Uitwisseling van informatie 51

5.3 Terugkoppeling 52

5.4 Tegenspraak 53

5.5 Externe oriëntatie 56

5.6 Interne werkwijzen en processen 57

5.7 Schikkingen 59

5.8 Andere knellende zaken 60

5.9 Het vervolgtraject 62

6. Slotbeschouwing 64

>

Bijlagen 67

Bijlage 1:

Organisatie van het project 68

Bijlage 2:

Overzicht van de aanbevelingen 70

Bijlage 3:

Cijfermatig overzicht kinderopvangtoeslagzaken 74

Bijlage 4:

Lijst van soorten geschillen over kinderopvangtoeslagen 75

Bijlage 5:

Lijst van aangedragen knelpunten in wetgeving en uitvoering 76

Bijlage 6:

De instrumenten ('gereedschap') van de bestuursrechter 77

Bijlage 7:

Voorbeelden van wel/niet verantwoording bedragen aan toeslag 78

Verklaring van de externe begeleidingscommissie 79

Voorwoord

Als burgers onrecht wordt aangedaan en wordt gesteld dat de bestuursrechter daarin een aandeel heeft, dan is er alle aanleiding voor reflectie. Voor u ligt het rapport 'Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken' van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Met dit rapport komt een eind aan het reflectieprogramma dat begin 2021 is gestart.

In het kader van het reflectieprogramma is met veel mensen gesproken, intern en extern. De bevindingen van ouders, advocaten en procesvertegenwoordigers van de Belastingdienst/Toeslagen hebben belangrijke informatie opgeleverd over ons functioneren en over de impact van het handelen van de overheid op het leven van ouders. Ook de gesprekken met vertegenwoordigers van andere gerechten en organisaties hebben waardevolle inzichten verschaft. Alle gesprekspartners dank ik hierbij hartelijk voor hun bereidwilligheid om aan de reflectie deel te nemen. Dat geldt in het bijzonder voor de ouders. Voor hen was het voeren van deze gesprekken emotioneel belastend.

Mijn dank gaat ook uit naar de leden van de twee werkgroepen die de reflectie – naast hun gewone werkzaamheden – hebben uitgevoerd, aan de leden van de stuur- en projectgroep, aan de externe gespreksbegeleiders en de externe adviseurs. Verder wil ik hier de voorzitter en de leden van de externe begeleidingscommissie bedanken voor hun kritische en tegelijk opbouwende commentaar in alle fasen van het programma. Zonder de enorme inzet en medewerking van uw allen was de reflectie niet tot stand gekomen.

Dit rapport is niet het eind van het traject van reflectie. In zeker zin is dit pas het begin. De 'lessen' uit de reflectie zijn vertaald in actiepunten en aanbevelingen. Er is alle reden om hard te werken aan zo optimaal mogelijke kwaliteit van de bestuursrechtspraak. Dat is nodig om het vertrouwen in de bestuursrechtspraak te herstellen en om te helpen voorkomen dat burgers opnieuw klem komen te zitten tussen de raderen van wetgeving, bestuur en bestuursrechtspraak.

Bart Jan van Ettehoven

Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

19 november 2021

Samenvatting

Samenvatting

Doel van het reflectieprogramma is te leren van het verleden, daaruit lessen te trekken en aanbevelingen te doen voor de toekomst. Dit alles om bij te dragen aan een zo goed mogelijke bestuursrechtspraak. De reflectie bestaat deels uit terugkijken en deels uit vooruitkijken.

Terugkijken: van ‘alles-of-niets’ naar evenredigheid

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft teruggekeken op de behandeling van kinderopvangtoeslagzaken door daarover met veel mensen te spreken, onder meer met ouders, advocaten en procesvertegenwoordigers van de Belastingdienst/Toeslagen, en door veel uitspraken en literatuur te analyseren.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in rechtszaken over de kinderopvangtoeslagen van 2011 tot oktober 2019 de ‘alles-of-niets’-lijn van de Belastingdienst/Toeslagen geaccepteerd. Die lijn houdt in dat ouders voorschotten kinderopvangtoeslag in zijn geheel moesten terugbetalen als zij betalingen niet of slechts deels konden aantonen. De reflectie heeft geleerd dat de gevolgen van deze uitleg van de wet passend waren als ouders niets konden verantwoorden. Maar deze uitleg leidde tot knellende situaties bij gedeeltelijke verantwoording van ontvangen toeslagen en was voor die gevallen niet passend. De strenge uniforme uitleg van de wet diende de rechtseenheid en rechtsgelijkheid én dus de rechtszekerheid, maar verhinderde dat nadien in gevallen met geringe tekortkomingen tot een evenredige uitkomst kon worden gekomen. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft de ‘alles-of-niets’-lijn in oktober 2019 verlaten en ingeruild voor de zogenoemde evenredigheidslijn, waarbij de omvang van de tekortkoming en het recht op toeslag met elkaar in evenwicht zijn gebracht.

Belangrijkste conclusie van de reflectie is dat de Afdeling bestuursrechtspraak te lang heeft vastgehouden aan de ‘alles-of-niets’-lijn. Zij had deze lijn eerder kunnen en moeten wijzigen. Door dat na te laten heeft de Afdeling bestuursrechtspraak ouders die daardoor in de problemen zijn gekomen, niet de rechtsbescherming geboden waar zij op mochten rekenen. Dat mag niet weer gebeuren. Hiervoor biedt zij dan ook haar excuses aan.

Vooruitkijken: lessen voor de toekomst

De bevindingen van de reflectie zijn geanalyseerd. Daaruit zijn lessen getrokken voor de toekomst. Die lessen zijn vertaald in aanbevelingen en actiepunten:

- *Kritische(r) opstelling.* De bestuursrechters van de Afdeling bestuursrechtspraak moeten kritischer zijn op de juistheid en compleetheid van de informatie van het overheidsorgaan. Als de verhouding tussen procespartijen onevenwichtig is, zoals in kinderopvangtoeslagzaken, dan moet de bestuursrechter de burger de helpende hand bieden, onder meer door actief onderzoek te doen naar de relevante feiten.
- *Dialoog en tegenspraak.* De reflectie heeft geleerd hoe belangrijk voldoende ruimte voor het intern debat is, juist als de uitkomst van een rechtspraaklijn in een individueel geval niet overtuigt en onrechtvaardig aanvoelt. De Afdeling bestuursrechtspraak is zich bewust van het belang van interne 'tegenspraak' en gaat die stimuleren door vaardigheden te trainen en werkwijzen aan te passen. Maar ook de dialoog met de buitenwereld is van belang om knelpunten in wetgeving en uitvoering tijdig te signaleren. Daarom gaat de Afdeling bestuursrechtspraak de (hernieuwde) samenwerking aan met de rechtbanken, de Nationale ombudsman en de rechtswetenschap. Ook zal meer gebruik worden gemaakt van adviezen ('conclusies') van staatsraden advocaat-generaal. In 2021 zijn twee extra staatsraden advocaten-generaal benoemd.
- *Lijnen in de rechtspraak.* De rechtspraak kan niet zonder vaste lijnen. Als wetgeving onduidelijk is moet die worden uitgelegd, ook door de bestuursrechter. Voordat de bestuursrechter een lijn uitzet, moet voldoende zicht bestaan op het palet aan zaken en vragen. Als dat zicht ontbreekt of nog onvoldoende is, is een 'zaak-voor-zaak'-benadering aan te bevelen. Bij het uitzetten van lijnen moeten deze niet meteen worden 'dichtgetimmerd'. Lijnen moeten ruimte laten voor een rechtvaardige uitkomst in het individuele geval. Als toepassing van de wet te streng uitpakt, moet de bestuursrechter zijn rechterlijk instrumentarium inzetten om te kijken of deze hardheid kan worden weggenomen of beperkt. Als een eerder gekozen strenge lijn door wijziging van omstandigheden niet langer billijk uitpakt, dan moet de bestuursrechter die lijn herijken en zo nodig bijstellen.

Ontwikkeling

De Afdeling bestuursrechtspraak maakt een ontwikkeling door waarbij zij op tal van rechtsgebieden overheidsbesluiten meer indringend toetst. Dit is vooral vanaf 2015 zichtbaar in tal van uitspraken, zoals over de gaswinning in Groningen, de stikstofproblematiek en de aanleg van snelwegen, maar ook bij uitspraken over woningsluitingen, het alcoholslot en huisvestingsboetes. Deze meer kritische opstelling bij de toetsing van overheidsbesluiten was tot oktober 2019 niet terug te zien in de kinderopvangtoeslagzaken over de 'alles-of-niets'-lijn. Dat valt te betreuren.

Hard werken

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft uitgebreid gereflecteerd op eigen handelen. Met de oprechte wens te leren van het verleden. De reflectie heeft de Afdeling bestuursrechtspraak veel gebracht. Er is geleerd van de vele gesprekken die zijn gevoerd. De externe en onafhankelijke commissie die het reflectieprogramma heeft begeleid, constateert dat de Afdeling bestuursrechtspraak met de reflectie een belangrijke stap heeft gezet, maar dat het nu aankomt op het daadwerkelijk gebruik van kwaliteitsinstrumenten en de uitvoering van alle aanbevelingen, inclusief die over interne en externe dialoog en tegenspraak. Dit stimuleert de Afdeling bestuursrechtspraak om hard te werken aan zo optimaal mogelijke kwaliteit van de bestuursrechtspraak. Dat is nodig om het vertrouwen in de bestuursrechtspraak te herstellen en om te helpen voorkomen dat burgers opnieuw klem komen te zitten tussen de raderen van wetgeving, bestuur en bestuursrechtspraak.

1. Inleiding

1. Inleiding

Op 23 oktober 2019 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State twee uitspraken in kinderopvangtoeslagzaken gedaan, waarbij de zogeheten ‘alles-of-niets’-lijn is verlaten. Dat was noodzakelijk om recht te doen aan ouders die – ook bij geringe fouten – werden geconfronteerd met terugen invordering van bedragen die al besteed waren aan de kosten van kinderopvang. Er is veel en harde kritiek gekomen op de ‘alles-of-niets’-lijn van vóór oktober 2019. Door na 2012 nog lang vast te houden aan deze lijn heeft de Afdeling bestuursrechtspraak ouders in de kou laten staan, zo luidt de kritiek.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft naar aanleiding van deze kritiek besloten om een breed programma van reflectie op te zetten.¹ Doel van het reflectieprogramma is om te leren van het verleden, daaruit lessen te trekken en aanbevelingen te doen voor de toekomst met het oog op zo goed mogelijke bestuursrechtspraak. Met het reflectieprogramma geeft de Afdeling bestuursrechtspraak ook inhoud aan de oproep van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (PoK) aan alle betrokken staatsmachten om te reflecteren op de eigen rol in de kinderopvangtoeslagaffaire.² Dit rapport is de neerslag van het reflectief onderzoek naar het eigen functioneren.

Onderdeel van de reflectie was het gesprek met ouders. De verhalen van de ouders zijn zonder uitzondering aangrijpend en voorbeelden van hoe overheidshandelen het gezinsleven van burgers sterk negatief kan beïnvloeden. Besluiten van de Belastingdienst/Toeslagen en uitspraken van de bestuursrechters hebben niet alleen grote financiële gevolgen gehad voor de gezinnen van de ouders, maar ook andere negatieve gevolgen. De verhalen betreffen schrijnende voorbeelden van hoe hard de macht van de overheid kan uitpakken. Ze zijn een les voor de bestuursrechters van de Afdeling bestuursrechtspraak dat als onmachtige ouders worden geconfronteerd met een bestuur dat hard ingrijpt op hun rechtspositie de bestuursrechter inhoud moet geven aan de noodzakelijke tegenmacht.

1 B.J. van Ettekoven, “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’, *NJB* 2021, p. 98-107. Zie ook het interview met Bart Jan van Ettekoven in *Trouw*, 9 januari 2021.

2 Zie het rapport ‘Ongekend onrecht’, kamerstuk 35 510, nr. 3, te vinden op www.tweedekamer.nl.

1. Inleiding

De Afdeling bestuursrechtspraak komt in dit rapport tot de conclusie dat de kritiek op de 'alles-of-niets'-lijn hout snijdt. De Afdeling bestuursrechtspraak had de koers eerder moeten wijzigen. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft volstaan met het nemen van halve maatregelen en niet doorgepakt. Daardoor heeft zij ouders die gedupeerd zijn door de toepassing van de 'alles-of-niets'-lijn, niet de rechtsbescherming geboden waar zij op mochten rekenen. Dat spijt ons zeer. Dit mag niet weer gebeuren.

2. Opzet en proces van reflectie

2.1 De opzet van de reflectie

Het reflectieprogramma is geleid door een stuurgroep onder voorzitterschap van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, mr. B.J. van Ettehoven, en uitgevoerd door twee werkgroepen.³ De reflectie is begeleid door een externe begeleidingscommissie onder voorzitterschap van prof. dr. H.R.B.M. Kummeling, met als leden: mr. drs. R.R. Crince le Roy, prof. mr. dr. A.R. Mackor, prof. mr. Y.E. Schuurmans en mr. A. Stehouwer. Het programma is uitgevoerd in de periode van februari tot november 2021. De stuurgroep is verantwoordelijk voor dit rapport.

Werkgroep rechterlijke oordeelsvorming (werkgroep 1)

De opdracht aan deze werkgroep was om een intern en extern onderzoek uit te voeren dat in ieder geval de volgende stappen omvat:

1. Door externen geleide reflectiegesprekken met betrokkenen: ouders, hun advocaten en de procesvertegenwoordigers van de Belastingdienst/ Toeslagen.
2. Door externen geleide gesprekken met staatsraden en juristen van de Afdeling bestuursrechtspraak, om intern terug te kijken op de ervaringen met de behandeling van kinderopvangtoeslagzaken, te spreken over eventuele gevoelde belemmeringen daarbij en mogelijke aandachtspunten voor de toekomst.
3. Gesprekken met rechtbanken, zustercolleges en de wetenschap over hun reflecties op het handelen van de Afdeling bestuursrechtspraak in kinderopvangtoeslagzaken en hun aanbevelingen voor de toekomst.
4. Gesprekken met andere publieke organisaties zoals de Algemene Rekenkamer, de Nationale ombudsman en de Sociale Verzekeringsbank over hun ervaringen met soortgelijke dossiers, de door hen uit die situaties getrokken lessen en de methoden die zij gebruiken om herhaling in de toekomst te voorkomen.
5. Het beschrijven van de ervaringen en aanbevelingen van de gesprekspartners over het proces van rechterlijke oordeelsvorming door de Afdeling bestuursrechtspraak en een verkennende analyse van de onderzoeksresultaten.

³ De organisatie van het project en de samenstelling van de externe begeleidingscommissie is te vinden in bijlage 1.

De centrale vraag die de werkgroep moest beantwoorden was: wat kunnen we leren van de behandeling van de kinderopvangtoeslagzaken en welke aanbevelingen kan de werkgroep doen om de wijze te verbeteren waarop de Afdeling bestuursrechtspraak tot rechterlijke oordeelsvorming komt?

Werkgroep juridische reflectie (werkgroep 2)

De opdracht aan deze werkgroep was:

1. Kijk terug op de jurisprudentie in kinderopvangtoeslagzaken;
2. Kijk daarnaast ook naar de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak op andere terreinen waar burgers in de knel kunnen komen door strenge wetgeving en uitvoering;
3. Bespreek de juridische instrumenten waarover de rechter beschikt om hardheid te lijf te gaan.

2.2 Het proces van de reflectie

De kinderopvangtoeslagzaken

In beide werkgroepen is in de eerste plaats gereflecteerd op de kinderopvangtoeslagzaken zelf en in het bijzonder op de zaken waarin de 'alles of niets-lijn' werd toegepast.

Werkgroep 1 heeft gesproken met de direct betrokkenen in de hogerberoepsprocedures, dat wil zeggen met ouders en advocaten en met vertegenwoordigers van de Belastingdienst/Toeslagen. Verder is gesproken met staatsraden en juristen bij de Afdeling bestuursrechtspraak over de bestaande werkwijzen en op welke wijze die mogelijk hebben bijgedragen aan de gekozen strenge lijn in 2011/2012 en het pas verlaten van die lijn in 2019. Verder is gesproken over mogelijke verbeteringen van die werkwijzen. Daarvoor is ook inspiratie gezocht in gesprekken met andere bestuursrechtelijke colleges en organisaties. Tevens is met enkele rechters van een rechtbank teruggekeken op de behandeling van en oordeelsvorming in deze zaken.

Werkgroep 2 heeft een analyse gemaakt van de ontwikkeling van de rechtspraak in kinderopvangtoeslagzaken vanaf het eerste moment dat de Afdeling bestuursrechtspraak heeft behandeld (2008-2020). Ook tal van commentaren, zoals annotaties en publicaties in (juridische) literatuur over de kinderopvangtoeslagenkwestie zijn bij dit onderdeel van de reflectie betrokken.

Onderzoeksmethoden

Het onderzoek van werkgroep 1 heeft bestaan uit het voeren van gesprekken, dat van werkgroep 2 uit onderzoek naar rechtspraak en literatuur.

De gesprekken met ouders, advocaten en procesvertegenwoordigers van de Belastingdienst/Toeslagen zijn gevoerd onder leiding van externe gespreksbegeleiders, evenals de gesprekken met staatsraden en juristen die betrokken waren bij de behandeling van kinderopvangtoeslagzaken. Naast deze betrokkenen is gesproken met enkele rechters van de rechtbank Rotterdam en zijn gesprekken gevoerd met leden van de Hoge Raad, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Centrale Raad van Beroep. Gevraagd is hoe deze hoogste bestuursrechtelijke colleges omgaan met knellende wetgeving en uitvoering.

Ook met organisaties buiten het rechterlijk domein is contact gezocht: de Nationale ombudsman, de Algemene Rekenkamer, de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), de Onderzoeksraad voor Veiligheid, de Sociale Verzekeringsbank en het Openbaar Ministerie. Onderwerp van gesprek was tegenspraak, externe oriëntatie en hoe zij dit hebben georganiseerd.

Verder is gesproken met personen uit de academische wereld, vooral de rechtswetenschap. Ook is de Afdeling advisering van de Raad van State geraadpleegd over uitgebrachte adviezen.

Het verslag van werkgroep 1 doet beknopt verslag van de gesprekken. Alle gesprekken zijn vertrouwelijk gevoerd. Dat gaf de mogelijkheid om vrijuit te spreken.

De Afdeling bestuursrechtspraak is alle gesprekspartners dank verschuldigd voor hun deelname aan de gesprekken. Dat geldt in het bijzonder de ouders omdat deelname vooral voor hen emotioneel belastend is geweest.

Voor het onderzoek zijn procesdossiers geraadpleegd, bijvoorbeeld om feiten te checken over bedragen, om het aantal schikkingen te achterhalen en om stellingen van ouders over het niet doorzenden van dossierstukken op juistheid te controleren.⁴

Andere zaken die als knellend worden ervaren

Werkgroep 2 heeft onderzocht of er ook op andere terreinen sprake is van mogelijk knellende wetgeving, uitvoering van wetgeving of rechtspraak. Zowel intern als extern is een oproep gedaan om melding te maken van deze gevallen. Daartoe zijn specifieke oproepen gericht aan de advocatuur

⁴ Reeds afgesloten hogerberoepszaken over kinderopvangtoeslagzaken zijn niet heropend. Verzoeken om herziening van een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak zijn in behandeling genomen.

en het openbaar bestuur. Ook zijn algemene oproepen geplaatst op de website van de Raad van State, in het Nederlands Juristenblad, het Advocatenblad en VNG-magazine. Verder zijn spontane reacties en adviezen ontvangen.

Er zijn ongeveer tachtig reacties ontvangen die gaan over zeer verschillende soorten zaken. Een selectie van vijftientig reacties is besproken in het verslag van werkgroep 2. Dat gaat over onderwerpen op het terrein van het vreemdelingenrecht, maar ook op andere terreinen. Per onderwerp is in kaart gebracht: de strekking van het aangedragen knelpunt, de wettelijke regel, het beleid, en de hoofdlijn van de rechtspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak over dit onderwerp. De aangedragen knelpunten zijn op hoofdlijnen geanalyseerd. In het verlengde hiervan is een inventarisatie opgesteld van het instrumentarium dat de bestuursrechter ter beschikking staat als deze in (hoger)beroepszaken stuit op knellende wetgeving en/of uitvoering ('gereedschap').

De verslagen en het rapport

Beide werkgroepen hebben hun bevindingen neergelegd in een verslag. De bevindingen van de beide werkgroepen hebben als grondstof gediend voor dit reflectierapport. Dit rapport bevat ook een aantal beschouwingen die niet tot de verslagen zijn te herleiden, zoals over het rapport van de Rechtspraak over lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken⁵ en het rapport van de Venetië-commissie.⁶

De verslagen en dit rapport zijn besproken met en tussen de beide werkgroepen; de uitkomsten zijn ook breed binnen de Afdeling bestuursrecht-spraak besproken. De vice-president van de Raad van State is geïnformeerd over de voortgang van de reflectie en stemt in met de aanbevelingen en actiepunten voor de Raad van State als geheel, waaronder de gevolgen voor de organisatie en de medewerkers van de Raad.

De verslagen van de werkgroepen zijn gepubliceerd op de website van de Raad van State (www.raadvanstate.nl).

5 'Recht vinden bij de rechtbank; lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken', rapport van de werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken, oktober 2021, te vinden op www.rechtspraak.nl. Zie over dit rapport prof.mr. Y.E. Schuurmans, 'Procesrechtelijke lessen uit de Toeslagenaffaire', NJB 2021, nr. 2724, p. 3104-3106.

6 'The Netherlands, opinion on the legal protection of citizens', European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), 1031/2021, gepubliceerd op 18 oktober 2021.

De externe begeleidingscommissie heeft het reflectieproces begeleid, kennisgenomen van alle (concept)verslagen en deze van een reactie voorzien, en in een aparte verklaring haar bevindingen neergelegd. Deze verklaring maakt onderdeel uit van dit rapport.

Wat valt buiten de reflectie?

De reflectie heeft alleen betrekking op het functioneren van de Afdeling bestuursrechtspraak, niet op die van andere betrokkenen bij de kinderopvangtoeslagzaken. Hoewel daar wel om is gevraagd door personen met wie is gesproken in het kader van de reflectie, ziet de Afdeling bestuursrechtspraak het niet als haar taak om onderzoek te doen naar het functioneren van die andere actoren.⁷

De reflectie ziet evenmin op:

- zaken die vallen onder de bevoegdheid van andere (bestuurs)rechters;
- algemene klachten en onvrede over de werking van het bestuurs(proces) recht; en
- klachten over individuele zaken.⁸

Leeswijzer

Hieronder worden de belangrijkste bevindingen van de beide werkgroepen geïntegreerd weergegeven.

In hoofdstuk 3 wordt een schets gegeven van het bestuurs(proces)recht en de positie, taak en rol van de bestuursrechter. Ook wordt ingegaan op enkele dilemma's voor de bestuursrechter bij de toetsing van overheidsbesluiten en het verlenen van rechtsbescherming. Hoofdstuk 3 is complementair aan hoofdstuk 4, maar kan ook worden overgeslagen; de hoofdstukken 4 en 5 zijn zelfstandig leesbaar.

In hoofdstuk 4 wordt teruggekeken op de behandeling van kinderopvangtoeslagzaken en worden lessen getrokken. In hoofdstuk 5 wordt vooruitgekeken aan de hand van de rechterlijke oordeelsvorming bij de Afdeling bestuursrechtspraak in meer algemene zin. Hoofdstuk 6 bevat een korte slotbeschouwing. Dit rapport heeft zeven bijlagen.

⁷ Er is verzocht is om breed onderzoek te doen naar de (on)rechtmatigheid van het handelen en nalaten van de Belastingdienst/Toeslagen.

⁸ Zie hierover uitgebreid de bijlage: 'inventarisatie ingekomen reacties' bij het verslag van de werkgroep juridische reflectie.

3. De positie van de bestuursrechter: zoeken naar evenwicht

3. De positie van de bestuursrechter: zoeken naar evenwicht

Reflectie op het functioneren van de bestuursrechter kan alleen tegen de achtergrond van een goed beeld over diens taak en rol. Tijdens de gesprekken met ouders en advocaten kwam naar voren dat er vragen zijn over wat een bestuursrechter wel of niet kan. Ook in andere gesprekken bleek dat onduidelijkheid bestaat over de positie van de bestuursrechter in het rechtsbestel en over zijn taak en rol. Daarom volgt hieronder eerst een compacte beschrijving van de taak van de bestuursrechter.

De hoofdlijnen

De bestuursrechter maakt deel uit van de basisstructuur van de Nederlandse parlementaire democratie en de democratische rechtsstaat, de zogenoemde trias politica. Daarin heeft ieder van de drie staatsmachten een eigen rol en plaats. De wetgever besluit over welke regels er in de Nederlandse rechtsorde gelden en legt deze regels vast in wetten. De uitvoerende macht past de wetten toe en kan daarvoor beleidsregels opstellen. Is er een geschil dan kan de rechter naar aanleiding van een beroep van een belanghebbende de toepassing van wet en beleid in het individuele geval toetsen aan het recht. Van het recht maken onderdeel uit verdragen, inclusief de daarin neergelegde fundamentele rechten, wetten, beleidsregels, algemene rechtsbeginselen en de beginselen van behoorlijk bestuur.

De Algemene wet bestuursrecht (Awb) geeft regels voor besluitvorming door bestuursorganen, een regeling van de bezwaarprocedure en het procesrecht voor de procedure in (hoger) beroep bij de bestuursrechter. Anders dan de civiele rechter stelt de bestuursrechter niet zelf de rechtsbetrekking vast tussen burger(s) en overheid, maar toetst hij besluiten van bestuursorganen waartegen (hoger) beroep is ingesteld op rechtmatigheid.⁹ Het (hoger) beroep ziet dus niet primair op de vaststelling van subjectieve rechten van (rechts)personen, maar op de (on)rechtmatigheid van besluiten. De bestuursrechter toetst of het besluit van het bestuursorgaan rechtmatig is op het moment dat het besluit werd genomen. Dit betekent dat de bestuursrechter feiten en omstandigheden van ná het besluit in beginsel niet kan betrekken bij zijn oordeelsvorming.¹⁰

De bestuursrechter mag alleen besluiten die voor beroep vatbaar zijn op rechtmatigheid beoordelen.¹¹ Dat betekent dat onder andere feitelijk handelen en nalaten van het bestuurs- of uitvoeringsorgaan, dat losstaat van het

⁹ Dat de bestuursrechter niet zelf de rechtsbetrekking vaststelt, is onvermijdelijk gelet op het feit dat in Nederland honderden bestuursorganen jaarlijks vele tientallen miljoenen besluiten nemen.

¹⁰ Dit wordt 'ex tunc'-toetsing genoemd. Toetsing naar het 'nu' is mogelijk als de wetgever dat opdraagt en als de bestuursrechter zelf de rechtsbetrekking vaststelt bij finale geschilbeslechting (artikel 8:41a Awb).

¹¹ Het beoordelen van de doelmatigheid van de uitvoering door een bestuursorgaan is geen taak van de bestuursrechter.

besluit, niet door de bestuursrechter op rechtmatigheid kan worden beoordeeld; hierover oordeelt de civiele rechter.¹²

Het stelsel van rechtsbescherming tegen het bestuur is op dit moment zo opgezet dat de bestuursrechter wel de rechtmatigheid van een besluit zelf beoordeelt, maar niet de uitvoering van dat besluit. Zo beoordeelt de bestuursrechter wel de rechtmatigheid van een besluit om een toeslag te herzien en terug te vorderen, maar niet de rechtmatigheid van de wijze waarop het onverschuldigd betaalde bedrag door de Belastingdienst/ Toeslagen daadwerkelijk wordt terug- of ingevorderd. Op de uitvoering heeft de bestuursrechter dus geen of op zijn best beperkt zicht.

Zicht op het geheel?

Burgers worden vaak geconfronteerd met verschillende losse besluiten van een bestuursorgaan. Zo ook bij de kinderopvangtoeslagen. Ouders kregen te maken met separate besluiten per jaar over voorschotten, recht op toeslag, herziening van dat recht, nihilstelling, terugvordering, betalingsregelingen, invordering, etc.

Als een ouder het niet eens is met het besluit dat het bestuursorgaan op zijn bezwaar heeft genomen, kan hij tegen dat besluit in beroep gaan bij de bestuursrechter (de rechtbank). Als hij het niet eens is met de uitspraak van de rechtbank kan hij daartegen hoger beroep instellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak.¹³ Het wettelijk stelsel van rechtsbescherming brengt dus mee dat van burgers wordt gevraagd tegen elk besluit waarmee zij het niet eens zijn afzonderlijk in actie te komen om geen rechten te verspelen. Voor mondige burgers leidt dit tot procedeedwang tegen tal van separate (vervolg)besluiten. In de praktijk blijkt dit het zogenoemde 'doenvermogen' van sommige burgers te boven te gaan.¹⁴

De gefragmenteerde besluitvorming is niet alleen complicerend voor de burger, maar beperkt de bestuursrechter ook bij zijn mogelijkheden om een integraal beeld te krijgen van de rechtsbetrekking tussen burger en overheid. Dat komt ook omdat die besluiten vaak niet gelijktijdig worden genomen, maar volgtijdelijk. Die besluiten liggen dus niet tegelijkertijd in één procedure voor bij de bestuursrechter.

¹² Sommige ouders en hun advocaten gaven aan dit onwenselijk te vinden. Zij menen dat de bestuursrechter er zou moeten zijn om al het handelen en nalaten van de Belasting/Toeslagen op rechtmatigheid te toetsen.

¹³ Als een besluit niet wordt aangevochten of in stand blijft in de procedure bij de bestuursrechter, dan wordt dit besluit geacht rechtmatig te zijn. Ook de civiele rechter gaat dan uit van de rechtmatigheid van dat besluit.

¹⁴ Dit probleem speelt niet alleen bij toeslagzaken, maar bijvoorbeeld ook in de sociale zekerheid en bij de studiefinanciering.

Naast gefragmenteerde besluitvorming is van belang dat de rechtsbescherming tegen de overheid door de wetgever is toebedeeld aan verschillende rechters. Deze is deels in handen van de (algemene en bijzondere) bestuursrechter en deels in handen van de civiele rechter. Daarnaast is meer specifiek voor de kinderopvangtoeslagzaken van belang dat de algemene bestuursrechter¹⁵ niet bevoegd is te oordelen over besluiten over (dwang)invordering van toeslagen; daarover gaat de civiele rechter.¹⁶ Deze 'knip' in de rechtsbescherming bemoeilijkt het zicht van de algemene bestuursrechter op de feitelijke financiële gevolgen voor ouders van de praktijk van (dwang)invordering door de Belastingdienst/Toeslagen.¹⁷ Dat is een dilemma. De rechtbanken schrijven hierover in hun rapport het volgende:

*'Een (...) rode draad is dat de rechters bij de meeste rechtbanken geen zicht hadden op de gevolgen voor de individuele burgers, met name niet als het ging om het uiteindelijke invorderingstraject. Wat dat betreft bleef er veel buiten het blikveld van de rechters. Dit had mede te maken met de aard van de besluitvorming door de Belastingdienst, die opgeknipt was in verschillende deelbesluiten. Zo was bijvoorbeeld niet duidelijk dat in veel gevallen bij de invordering van teruggevorderde bedragen geen rekening werd gehouden met de beslagvrije voet. Onder meer daardoor kon het gebeuren dat het voor de rechter niet inzichtelijk was wat uiteindelijk het leed voor de ouders is geweest.'*¹⁸

De procedure

Als de burger bij de algemene bestuursrechter (hoger) beroep kan instellen, dan moet aan een aantal wettelijke vereisten worden voldaan, zoals (tijdig) betalen van griffierecht en (tijdig) indienen van beroepsgronden. Uit onderzoek van de rechtbanken is gebleken dat veel ouders hier moeite mee hadden, zeker als zij niet werden bijgestaan door een professionele gemachtigde (advocaat/rechtsbijstandverlener/sociaal raadsman). Veel ingediende beroepen zijn niet-ontvankelijk verklaard. Als een beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard, betekent dit dat de bestuursrechter geen inhoudelijk oordeel mag geven over de rechtmatigheid van het besluit waartegen beroep is ingesteld.

¹⁵ Twee rechterlijke instanties: beroep bij de rechtbank en hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

¹⁶ Met drie rechterlijke instanties: beroep bij de rechtbank, hoger beroep bij het gerechtshof, en cassatieberoep bij de Hoge Raad.

¹⁷ Dit is op het terrein van de sociale zekerheid en sociale verzekering anders geregeld; daar is de beoordeling van besluiten over invordering opgedragen aan dezelfde bestuursrechter die besluiten over (herziening van) het recht op uitkering op rechtmatigheid beoordeelt.

¹⁸ 'Recht vinden bij de rechtbank; lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken', rapport van de werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken, te vinden op www.rechtspraak.nl, par. 5.1.

Opvallend veel ouders hebben in (hoger) beroep in toezichtzaken geprocedeerd zonder rechtsbijstand. De redenen daarvan zijn niet onderzocht. Gesubsidieerde rechtsbijstand voor het maken van bezwaar was niet mogelijk, wel voor het indienen van beroep en hoger beroep.¹⁹ Ouders hebben wel aangegeven dat het moeilijk was om aan een advocaat of gemachtigde te komen.

Als het beroep ontvankelijk is, beoordeelt de bestuursrechter de rechtmatigheid van het besluit aan de hand van de daartegen aangevoerde bezwaren ('beroepsgronden').²⁰ Als een burger ervoor kiest alleen een bepaald (deel van een) besluit aan te vechten, dan moet de bestuursrechter zijn rechtmatigheidstoetsing tot dat deel beperken.²¹ Dit betekent dat de bestuursrechter soms voorbij moet gaan aan onregelmatigheden in een besluit. De bestuursrechter heeft tot taak de 'klachten' van burgers welwillend te beoordelen en deze te 'vertalen' in rechtsvragen.²² Als het voor de bestuursrechter niet duidelijk is wat een burger precies bedoelt, dan zal de rechter dat aan de burger vragen. Daarmee geeft hij de burger de kans dat op te helderen. Dat kan in een brief of door hiernaar te vragen op zitting. Deze werkwijze is ook gehanteerd in kinderopvangtoezichtzaken.

De bestuursrechter heeft de opdracht het in (hoger) beroep aangevochten overheidsbesluit te toetsen aan het recht. Bij de rechtbank is het besluit van het overheidsorgaan het onderwerp van geschil; in hoger beroep is dat de uitspraak van de rechtbank.

Binnen de omvang van het geschil 'vertaalt' de bestuursrechter de aangevoerde beroepsgronden in rechtsgronden om te beoordelen of het besluit geheel of gedeeltelijk voor vernietiging in aanmerking komt. Beroepsgronden zijn de redenen waarom iemand het niet eens is met het besluit. Als de (hoger) beroepsgronden daarvoor aanleiding geven, kijkt de bestuursrechter of het besluit in overeenstemming is met de wet en het (EU- en internationale) recht, inclusief de zorgvuldigheid van de besluitvorming en de overige algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het evenredigheidsbeginsel.

Daarbij gaat het in de regel niet om de vraag wat de bestuursrechter een juiste of wenselijke uitkomst vindt. De bestuursrechter weet het niet beter dan het bestuursorgaan, zeker niet bij besluiten met veel technische aspecten of met politiek-bestuurlijke afwegingen. De bestuursrechter moet daarom de

¹⁹ Zie voor een meer uitgebreide uiteenzetting over (het gebrek aan) gefinancierde rechtshulp 'Recht vinden bij de rechtbank; lessen uit de kinderopvangtoezichtzaken', rapport van de werkgroep reflectie toezichtzaken-affaire rechtbanken, te vinden op www.rechtspraak.nl, par. 6.4.

²⁰ Die bezwaren worden in de Awb (hoger) beroepsgronden genoemd.

²¹ Artikel 8:69, lid 1 Awb.

²² Artikel 8:69, lid 2 Awb; het aanvullen van de rechtsgronden.

beslisruimte respecteren die de wetgever aan het bestuursorgaan heeft gegeven, maar tegelijk rechtsbescherming verlenen aan burgers tegen de overheid.

Beslisruimte voor het bestuur

Als de wetgever het bestuursorgaan de ruimte heeft gegeven om een eigen beoordeling en/of een eigen afweging van belangen te maken, dan kan (en moet) de bestuursrechter onder meer beoordelen of de nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot het doel ervan. De indringendheid van de toetsing door de bestuursrechter verschilt sterk van zaak tot zaak. Bij boetes toetst de bestuursrechter indringend en zet hij zo nodig zijn eigen oordeel in de plaats van dat van het bestuur. Bij besluiten met een bestuurlijke en beleidsmatige component toetst de bestuursrechter meer terughoudend, zoals bij de afweging of een locatie geschikt is voor de nieuwbouw van woningen. Hierbij maakt de bestuursrechter keuzen die tot uitdrukking komen in de indringendheid van de toetsing van een besluit. De bestuursrechter is daarbij voortdurend op zoek naar een goed evenwicht tussen de (bedoeling van de) wet, de beslisruimte van het bestuur en de belangen van burgers.

De bestuursrechter moet bij de toetsing van overheidsbesluiten rekening houden met de particuliere belangen van burgers of bedrijven die tegen een besluit opkomen, maar ook met de algemene belangen die zijn gemoeid met uitvoering van de wettelijke regeling. Dit is relevant in verband met tegenstrijdige belangen van burgers en met de afweging tussen particuliere belangen en algemene, publieke belangen, zoals die van openbaarheid, gezondheid, veiligheid, natuur en milieu.

De Afdeling bestuursrechtspraak is in twee uitspraken van oktober 2019 over kinderopvangtoeslagzaken, die in paragraaf 4 uitgebreid aan de orde komen, tot een gewijzigde uitleg gekomen van de wettelijke bepalingen. Daarbij heeft de Belastingdienst/Toeslagen ruimte om – kort gezegd – de toeslag naar evenredigheid vast te stellen en terug te vorderen en zo invulling te geven aan het evenredigheidsbeginsel in de Awb. De discussie over de toepassing van het evenredigheidsbeginsel is volop in beweging, mede doordat de staatsraden advocaten-generaal Widdershoven en Wattel daarover recent een conclusie hebben genomen.²³ De grote kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak betreft die conclusie in ieder geval bij haar uitspraken in de desbetreffende zaken.²⁴ In het verlengde daarvan wordt de discussie

²³ Conclusie van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

²⁴ De grote kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak bestaat uit vijf rechters. Aan deze grote kamer wordt deelgenomen door rechters vanuit de CRvB en het CBb. De mogelijkheid van de grote kamer is geregeld in artikel 8:10a, lid 4 Awb.

gevoerd hoeveel respect de bestuursrechter in knellende situaties moet hebben voor de wet (in formele zin). Die discussie is relevant voor de verhouding wetgever-bestuur-(bestuurs)rechter. Ook dit is een dilemma voor de bestuursrechter.

De feiten en de stukken

Om rechtsvragen te kunnen beantwoorden zijn feiten nodig. Die vindt de bestuursrechter in de documenten en processtukken die partijen aandragen. De bestuursrechter mag de feiten aanvullen door zelfstandig feitenonderzoek te doen.²⁵ Als hij dit doet, gebeurt dat in het verlengde van de stellingen van partijen. Door meer actief gebruik te maken van deze bevoegdheid en de rechtsgronden welwillend aan te vullen, kan de bestuursrechter aan ongelijkheidscompensatie doen. Dat wil zeggen dat hij meer evenwicht brengt in de (proces)positie van de burger(s) enerzijds en het bestuursorgaan anderzijds.

Het bestuursorgaan is verplicht de bestuursrechter te voorzien van alle stukken die op de zaak betrekking hebben.²⁶ Door onderzoek van derden is aan het licht gekomen dat de Belastingdienst/Toeslagen bepaalde stukken heeft achtergehouden.²⁷ Dit is echter niet gebleken in de procedures in hoger beroep.²⁸ Wel hebben ouders en hun advocaten aan de orde gesteld dat stukken die ouders hebben ingezonden of aangegeven geen onderdeel bleken uit te maken van het procesdossier.²⁹ In een aantal gevallen heeft dit ertoe geleid dat ouders alsnog in de gelegenheid zijn gesteld aanvullende informatie in te brengen in de procedure in hoger beroep.

Rechtseenheid en maatwerk

Bij het beantwoorden van de rechtsvraag toetst de bestuursrechter het standpunt van het bestuursorgaan in het aangevochten besluit aan de wet en aan het recht. De bestuursrechter doet zijn werk steeds in relatie tot de wetgever en het bestuur. De bestuursrechter wordt geacht de wet in beginsel toe te passen, doorgaans in lijn met de bedoeling van de wetgever. Daarvoor kijkt de (bestuurs)rechter allereerst naar de tekst van de wet en zo nodig ook naar het systeem van de wet en de bedoeling van de wetgever, zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis.

²⁵ Artikel 8:69, lid 3 Awb; het aanvullen van de feiten.

²⁶ Zie artikel 8:42 Awb.

²⁷ Brief van de minister-president van 12 maart 2021 (kenmerk 2021-0000049313) met daarin een overzicht van wetten waar de Belastingdienst zich niet aan gehouden heeft.

²⁸ Evenmin is aan het licht gekomen dat de Belastingdienst/Toeslagen zich heeft bediend van ongeoorloofde praktijken door de inzet van risicoprofielen en onderzoeksmethoden waarbij gebruik is gemaakt van de registratie van (dubbele) nationaliteit en door een 'zwarte lijst' aan te leggen. Ouders hebben hierover niet in hoger beroep geklaagd.

²⁹ Zie ook 'Recht vinden bij de rechtbank; lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken', rapport van de werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken, te vinden op www.rechtspraak.nl, par. 5.2.1.

Het volgen van de wet draagt bij aan consistentie rechtstoepassing en daarmee aan rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Van de bestuursrechter wordt ook verwacht dat hij maatwerk levert, waarbij hij rekening houdt met de individuele omstandigheden van de gevallen. In de heersende opvatting zijn de mogelijkheden van maatwerk in hoge mate afhankelijk van de ruimte die de wet daarvoor laat. De wet stelt dus grenzen aan de ruimte voor individuele belangenafweging.³⁰

Maar niet alleen de wet stelt daar grenzen aan. Ook de belangrijke beginselen van rechtseenheid en rechtsgelijkheid noodzaken de bestuursrechter tot een consistente en liefst voorspelbare rechtstoepassing. Dat draagt bij aan rechtszekerheid, begrijpelijkheid, inzichtelijkheid en hanteerbaarheid van de wet. De positie van de rechter ten opzichte van de wetgever en het bestuur is niet onveranderlijk. Van de (hoogste) bestuursrechter wordt steeds meer verwacht dat hij in zijn uitspraken een goede middenweg vindt tussen uniformiteit en maatwerk. De bestuursrechter moet dus doorlopend keuzes maken, zowel over de algemene uitleg van de wet als over de rechtstoepassing in individuele gevallen. Over de te volgen lijnen in de rechtspraak en over het vinden van een goede middenweg tussen uniformiteit en maatwerk wordt binnen de Afdeling bestuursrechtspraak veelvuldig nagedacht en gesproken.³¹ Een recente aanleiding voor dat debat over de 'gulden middenweg' is het dilemma dat de Afdeling bestuursrechtspraak soms wordt verweten de nationale wetgeving te weinig te respecteren³² en soms juist de wetgeving te veel te hebben gerespecteerd.³³

³⁰ Volgens de bestaande rechtsleer is er geen ruimte voor belangenafweging en toepassing van het evenredigheidsbeginsel als de wet (in formele zin) die ruimte niet biedt. Zie bijvoorbeeld CRvB 22 juli 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1890 en ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:610, beschreven in par. 2.2.6 van het rapport van de werkgroep juridische reflectie. Dit is anders bij dwingende voorschriften in lagere wetgeving. Als toepassing van die voorschriften tot een onevenredige uitkomst leidt, dan kan de bestuursrechter die voorschriften onverbindend verklaren of buiten toepassing laten; zie bijvoorbeeld ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (alcoholslotprogramma) en ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2850 (Amsterdamse huisvestingsverordening).

³¹ De publicatie van prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak: Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsonwikkeling', VAR-advies 2015, Boom Juridische uitgevers 2015. Hierin wordt aandacht gevraagd voor de toegenomen macht van het bestuur en de tanende macht van het parlement. Deze publicatie was voor de Afdeling bestuursrechtspraak in 2015 aanleiding stelselmatig de indringendheid van de toetsing door de bestuursrechter te agenderen.

³² Gedoeld wordt op de discussie naar aanleiding van de stikstofuitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak enerzijds en die over de kinderopvangtoeslagzaken anderzijds.

³³ De Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslagen heeft geoordeeld dat de hoogste bestuursrechter de wet (in formele zin) "aan de kant had moeten zetten" met toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Binnen de Afdeling bestuursrechtspraak worden individuele zaken behandeld door een zittingskamer met één of meer staatsraden die worden bijgestaan door juridische ondersteuning. In elke zaak worden de feiten geordend en klachten en beroepsgronden ‘vertaald’ in rechtsvragen. Als een rechtsvraag niet eerder is beantwoord of als wordt voorgesteld een eerder gekozen jurisprudentielijn bij te stellen of te verlaten, dan wordt een zaak voorgelegd aan een kennisoverleg. Daarin nemen staatsraden en juristen deel met bijzondere kennis van de materie. Het debat binnen een overleg verrijkt de discussie en kan bijdragen aan een betere motivering van de uitspraak. Zo’n overleg neemt niet de beslissing in een individuele zaak, dat doet de zittingskamer.³⁴

De uitleg van wetten

Goede wetgeving is de basis voor materiële rechtvaardigheid, behoorlijke uitvoering en rechtsbescherming. Wetten zijn algemeen van aard en kunnen geen spelregels bevatten voor alle denkbare feitelijke situaties. Als de wet onduidelijk is, is het allereerst aan het bestuursorgaan om die uit te leggen. Uiteindelijk beslist de (bestuurs)rechter of die uitleg in overeenstemming is met het recht. Wetten kunnen vaak op verschillende manieren worden uitgelegd. In het bestuursrecht beoordeelt de bestuursrechter de juistheid van de uitleg van de wet door het bestuursorgaan.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft bij de toepassing van de Wet kinderopvang deze wet moeten interpreteren en dus een keuze gemaakt. Dat was noodzakelijk omdat deze wet geen antwoord geeft op de belangrijke vraag wat de gevolgen zijn van het niet-nakomen van verplichtingen door ontvangers van (voorschotten) kinderopvangtoeslag. Tot die verplichtingen behoren het betalen van een eigen bijdrage en het beschikken over een (geldige) gastouderovereenkomst. De bestuursrechters stonden voor de vraag wat de rechtsgevolgen moeten zijn als ouders aan één of meer van deze verplichtingen niet voldoen. Op de interpretatie van de Wet kinderopvang wordt in het volgende hoofdstuk nader ingegaan.

³⁴ In vreemdelingenzaken vinden slechts bij uitzondering zittingen plaats. In plaats van de zittingskamer wordt ook wel gesproken over de ‘zetel’. Een meer uitvoerige beschrijving van de werkwijze van de Afdeling bestuursrechtspraak is opgenomen in par. 1.5 van het verslag van de werkgroep rechterlijke oordeelsvorming.

4. De kinderopvang- toeslagzaken: terugkijken

4. De kinderopvangtoeslagzaken: terugkijken

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in rechtszaken over de kinderopvangtoeslagen van 2011 tot oktober 2019 de 'alles-of-niets'-lijn geaccepteerd. De reflectie van de Afdeling bestuursrechtspraak heeft geleerd dat de gevolgen van deze uitleg van de wet passend waren als ouders niets konden verantwoorden, maar niet passend bij gedeeltelijke verantwoording van ontvangen toeslagen. De strenge uniforme uitleg van de wet diende de rechtseenheid en rechtsgelijkheid én dus de rechtszekerheid, maar verhinderde dat nadien in gevallen met geringe tekortkomingen tot een evenredige uitkomst kon worden gekomen. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft hiermee geworsteld, heeft halve maatregelen genomen, maar daarmee te lang vastgehouden aan de in 2011/2012 gevestigde lijn.

De belangrijkste conclusie van de reflectie over de behandeling van kinderopvangtoeslagzaken door de Afdeling bestuursrechtspraak is dat de koerswijziging in de jurisprudentie (oktober 2019) te lang op zich heeft laten wachten. De Afdeling bestuursrechtspraak had die koers eerder kunnen en moeten wijzigen. Dit vooral gelet op de grote financiële gevolgen die terugbetaling van het volledige voorschot bij gedeeltelijk verantwoorden van de kosten voor deze ouders meebracht.

In dit hoofdstuk wordt gereflecteerd op het verleden. Onder 4.1 tot en met 4.3 wordt verslag gedaan van dat terugkijken. In 4.4 worden lessen getrokken, de noodzakelijke basis om vooruit te kunnen kijken. In 4.5 komt aan de orde wat de gevolgen voor ouders waren geweest als de strenge lijn in de rechtspraak eerder was verlaten.

4.1 Context

Aantallen

De Wet kinderopvang dateert van 9 juli 2004 en is op 1 januari 2005 in werking getreden. Het gaat om een financiële voorziening die bereikbaar is voor grote aantallen burgers en waar veel geld in omgaat. In 2019 is meer dan drie miljard euro aan kinderopvangtoeslag uitgekeerd. In 2019 ontvingen 656.000 ouders kinderopvangtoeslag voor bijna 986.000 kinderen.³⁵

Bij een geschil over kinderopvangtoeslag kan tegen een besluit van de Belastingdienst/Toeslagen bezwaar worden gemaakt. Tegen de beslissing op bezwaar kan beroep worden ingesteld bij de rechtbank. Tegen de uitspraak van de rechtbank staat hoger beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak.

³⁵ Bron: www.cbs.nl.

Tot 2008 kreeg de Afdeling bestuursrechtspraak geen enkele zaak over de Wet kinderopvang te behandelen en van 2008 tot 2010 24 zaken, waarin 22 uitspraken zijn gedaan. In 2011 (128) en 2012 (209) nam het aantal zaken over kinderopvangtoeslag toe.³⁶ In totaal heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in dertien jaar tijd (2008-2020) 1.875 hoger beroepen in kinderopvangtoeslagzaken te behandelen gekregen, waarvan zij in 1.591 zaken uitspraak heeft gedaan. Van die 1.591 zaken gingen de meeste zaken, ongeveer 1.000 zaken, over nihilstellingen.³⁷

Terugkijken

Hiervoor is al aangegeven dat de bestuursrechter vooral terugkijkt. Dat geldt zeker ook voor de besluiten over kinderopvangtoeslag. In de periode van 2005 tot en met 2009 heeft de Belastingdienst/Toeslagen vooral voorschotten kinderopvangtoeslag toegekend en uitbetaald. Pas na 2009 is de Belastingdienst/Toeslagen meer stelselmatig gaan controleren of ouders wel recht hadden op toeslag. Als ouders niet voldeden aan de wettelijke verplichtingen werd het recht op toeslag herzien en/of op nihil gesteld, vaak in combinatie met een besluit tot terugvordering van de betaalde voorschotten. Besluiten over de terugvordering van toeslag in de jaren 2005 tot en met 2009 zijn dus pas genomen vanaf 2009 tot in 2014. Ouders kregen daardoor te maken met besluiten tot terugvordering over verschillende jaren en moesten bedragen terugbetalen die konden oplopen tot vele tienduizenden euro's. Vanwege de duur van de bezwaarprocedures bij de Belastingdienst/Toeslagen en de rechtsgang bij de rechtbank, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak tot in 2016 moeten oordelen over geschillen over de toeslagjaren van vóór 2010.

Palet aan geschillen

Binnen de categorie kinderopvangtoeslagzaken is een grote verscheidenheid aan soorten besluiten en geschillen. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft uitspraken gedaan in een grote verscheidenheid aan onderwerpen en geschilpunten over kinderopvangtoeslag, zoals over de vraag of de overeenkomst voor kinderopvang voldeed aan de eisen, of door een ouder verrichte arbeid was gericht op arbeidsparticipatie, over de termijn van betaling, over het koppelingsbeginsel³⁸, over de – in de wet ontbrekende – maximale terugvorderingstermijn, over het tussentijds stopzetten van voorschotten en nog

³⁶ In diezelfde periode kreeg de Afdeling bestuursrechtspraak in totaal 160.821 (hoger)beroepszaken te behandelen. Een cijfermatig overzicht over de jaren 2008-2020 is opgenomen in bijlage 3.

³⁷ De Afdeling bestuursrechtspraak behandelt ongeveer 10.000 (hoger)beroepszaken per jaar. Voor de meeste zaken geldt dat zij die zaken moet afdoen binnen een bepaalde wettelijke termijn (Vreemdelingenwet 2000, Crisis en herstelwet, Wabo, Wro, Kieswet, etc.).

³⁸ Het koppelingsbeginsel houdt in dat personen die zonder verblijfstitel in Nederland verblijven niet in aanmerking komen voor sociale zekerheidsuitkeringen, toeslagen en andere (financiële) voorzieningen. Dit kan ook partners en kinderen treffen. De problematiek wordt meer uitvoerig beschreven in par. 5.21 van het verslag van de werkgroep juridische reflectie.

andere onderwerpen.³⁹ Op een aantal punten hebben ouders van de Afdeling bestuursrechtspraak gelijk gekregen, maar niet wat betreft de ‘alles-of-niets’-lijn.⁴⁰

4.2 De ‘alles-of-niets’-lijn; drie situaties

De analyse van de rechtspraak in hoger beroep in kinderopvangtoeslagzaken heeft geleerd dat in de periode van 2008 tot 2019 grofweg drie situaties zijn te onderscheiden. Die drie situaties worden hierna besproken. De grote lijn is dat de fouten in het begin groot waren en later steeds minder groot.

4.2.1 De eerste situatie: niets aangetoond

Het doel van de Wet kinderopvang is het bevorderen van arbeidsparticipatie voor werkende ouders door verstrekking van een financiële tegemoetkoming in de kosten van kinderopvang. Een kenmerk van het stelsel van kinderopvangtoeslagen is dat ouders relatief gemakkelijk aan (veel) geld konden komen, zonder of met geringe controle aan de ‘voorkant’. Ouders die gewend waren voor de opvang van hun kinderen een beroep te doen op familieleden en die daarvoor voorheen geen of een geringe vergoeding betaalden, konden een aanvraag indienen en bij een ongewijzigde opvangsituatie in aanmerking komen voor grote bedragen aan kinderopvangtoeslagen.

Een stelsel met financiële prikkels, waarvan door velen gebruik is gemaakt. Helaas is er ook misbruik van gemaakt, ook door malafide gastouderbureaus. Sommige ouders zijn eerst en vooral gedupeerd door de handelwijze van deze bedrijven. Er zijn ouders die hun DigiD hebben afgestaan aan personen of organisaties, die vervolgens op naam van de ouders toeslagen aanvraagden, waarvan de ouders de besteding achteraf niet konden verantwoorden.⁴¹ Maar ook in andere situaties schoot de verantwoording van de ontvangen gelden ernstig te kort. Voor 2012 betaalde de overheid de voorschotten rechtstreeks uit aan de ouders, die de gelden vervolgens moesten doorgeleiden aan de gastouders of de kinderopvangorganisatie. In veel gevallen hielden ouders geen administratie bij van de besteding van de ontvangen voorschotten. Hierdoor waren zij niet in staat om aan de Belastingdienst/Toeslagen de vereiste verantwoording af te leggen.

³⁹ Zie bijlage 4 voor een overzicht van de soorten geschillen binnen de categorie kinderopvangtoeslagzaken.

⁴⁰ Enkele categorieën geschillen over kinderopvangtoeslagzaken zijn meer uitgebreid beschreven in par. 2.1 van het verslag van de werkgroep juridische reflectie.

⁴¹ Zie hierover onder meer de uitspraken: ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1785; ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3886; 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3389, en 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8406.

Ook de rechtbanken hadden in deze beginperiode te maken met zaken van ouders die niet aan hun wettelijke verplichtingen voldeden. In het rapport over het reflectieonderzoek van de rechtbanken⁴² staat het volgende:

‘In de jaren 2010 tot en met 2013 was nog geen sprake van een eenduidig beeld van de behandeling van kinderopvangtoeslagzaken door de rechtbanken. Uit de meeste analyses komt wel naar voren dat het in die periode over het algemeen duidelijk werd gevonden hoe in de behandelde zaken moest worden geoordeeld. Meestal hadden ouders in die zaken op meerdere punten niet aan hun wettelijke verplichtingen voldaan, zodat zonneklaar was dat geen recht op toeslag bestond. Het ging dan bijvoorbeeld om gevallen waarin er geen enkel bewijs was dat iets voor de kinderopvang was betaald en bovendien niet de verplichte schriftelijke overeenkomst was afgesloten. Enkele rechtbanken geven te kennen dat in de eerste jaren in veel zaken sterke aanwijzingen waren dat niet alleen gastouderbureaus maar ook ouders die daarbij waren aangesloten, bewust misbruik maakten van de kinderopvangtoeslagregeling. Het was voor hen daarom duidelijk dat de wettelijke regels strikt moesten worden uitgelegd.’

‘Daarbij merken wij op dat rechters die deze zaken hebben behandeld, stellen dat in veel van de zaken sprake was van grote tekortkomingen bij ouders wat betreft (het kunnen bewijzen van) de betaling van de kosten van kinderopvang en de voorwaarden voor de schriftelijke overeenkomst. Vaak was er ook sprake van een combinatie van die tekortkomingen.’

en

‘Een eerste rode draad is dat de meeste rechters aan de behandeling van kinderopvangtoeslagzaken in de beginperiode (de jaren 2010 tot 2014) het beeld hebben overgehouden dat in deze periode weinig aanleiding bestond om te twijfelen aan de besluiten van de Belastingdienst, omdat er bijvoorbeeld geen enkel bewijs was dat voor de kinderopvang was betaald. Bij een aantal rechtbanken is genoemd dat zeker in het begin veel zaken eenvoudig waren omdat het bewuste misbruik duidelijk was en dat daarom de regels strikt werden uitgelegd. Later speelde het fraude-aspect een minder grote rol.’

⁴² ‘Recht vinden bij de rechtbank; lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken’, rapport van de werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken, te vinden op www.rechtspraak.nl, par. 4.2, 4.3 en 5.1.

De observaties van rechtbankrechters stemmen overeen met die van de Afdeling bestuursrechtspraak. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak is geconfronteerd met zaken van ouders die de betalingen niet konden aantonen en waarvan evident was dat zij niet aan de wettelijke vereisten voldeden. De eerste uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak over nihilstellingen in 2011 en 2012 hadden dan ook betrekking op de situatie waarin betalingen aan de gastouder in het geheel niet werden aangetoond. Dit kon niet zonder gevolgen blijven.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in die eerste uitspraken uitleg moeten geven aan de Wet kinderopvang, omdat daarin niet wordt geregeld welke gevolgen kunnen of moeten worden verbonden aan het niet (geheel) verantwoord van de ontvangen gelden. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft de strenge uitleg door de Belastingdienst/Toeslagen van de Wet kinderopvang en de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) geaccepteerd en rechtmatig geoordeeld. Deze uitleg hield in dat een ouder in het geheel geen recht had op kinderopvangtoeslag als deze niet kon aantonen alle in een bepaald jaar (het 'berekingsjaar') verschuldigde kosten van kinderopvang daadwerkelijk te hebben betaald. De Afdeling bestuursrechtspraak vond deze lijn gepast voor gevallen van fraude en gevallen waarin geen enkel bewijs van betaling was geleverd. Deze lijn is ook gevolgd in gevallen waarin betaling slechts zeer beperkt kon worden aangetoond. Als voorbeeld kan worden genoemd de zaak waarin ouders slechts € 1.600 konden verantwoorden van de € 60.000 aan ontvangen kinderopvangtoeslag.⁴³

De onderbouwing voor deze strenge uitleg van de wet is maar beperkt in de desbetreffende uitspraken terug te vinden. Daarin wordt verwezen naar de betreffende wettelijke bepalingen. Uit de uitspraken blijkt dat de Afdeling bestuursrechtspraak betekenis heeft toegekend aan het systeem van de wet, namelijk het samenstel van wettelijke bepalingen waaruit volgt dat ouders verantwoordelijkheid moeten kunnen afleggen over ontvangen kinderopvangtoeslag, dat ouders een eigen bijdrage moeten betalen, dat aan de opvang een geldige gastouderovereenkomst ten grondslag moet leggen. Bij de uitleg van de wet is ook betekenis toegekend aan het feit dat de wetgever bewust geen hardheidsclausule voor het recht op toeslag heeft opgenomen in de wet.⁴⁴ Tot slot heeft het belang bij rechtmatige besteding van

⁴³ ABRvS 24 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5679; genoemde bedragen blijken niet uit de uitspraak, maar wel uit het procesdossier.

⁴⁴ De Afdeling advisering heeft in het advies over de Awir erop gewezen dat bij massale processen als de toekenning na huursubsidie, tegemoetkomingen kinderopvang en zorgtoeslagen een hardheidsclausule niet gemist kan worden om onbillijkheden te voorkomen (Kamerstukken II 2004/05, 29 764, nr. 5, p. 10). De regering heeft dat advies niet opgevolgd. Amendementen met dezelfde strekking zijn in de Tweede Kamer verworpen (Kamerstukken II 2004/05, 29 764, nr. 13 en Kamerstukken II 2004/05, 29764, nr. 32).

overheidsgelden en het belang gemoeid met het kunnen tegengaan van fraude en oneigenlijk gebruik van toeslaggelden een rol gespeeld. Tijdens de interne gesprekken is naar voren gekomen dat dit de relevante factoren zijn geweest voor de Afdeling bestuursrechtspraak om de strenge uitleg van de wet door de Belastingdienst/Toeslagen te accepteren.

4.2.2 De tweede situatie: kosten deels aangetoond

Vanaf eind 2012 oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak ook regelmatig over een tweede situatie, namelijk de situatie waarin ouders een deel van de kosten wel en een deel niet hebben verantwoord. Onder deze situatie valt ook het geval waarin het niet-betaalde deel bestond uit de zogenoemde 'eigen bijdrage'. Vanaf de uitspraak van 27 december 2012⁴⁵ werd deze gebruikt. De 'eigen bijdrage' is het deel van de kosten dat niet wordt gedekt uit het ontvangen voorschot. De hoogte van de toeslag die ouders ontvangen, en de hoogte van de eigen bijdrage, is inkomensafhankelijk en wordt na afloop van het toeslagjaar (definitief) vastgesteld.⁴⁶

In 2012 wijzigde de financieringsstroom en werden de voorschotten doorgaans rechtstreeks betaald aan de kinderopvangorganisatie. De verantwoording van dit deel van de kosten leverde vanaf dat moment nog nauwelijks problemen op. Anders was dat met de eigen bijdrage die de ouders uit eigen beurs betaalden.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in veel gevallen waarin de ouders die eigen bijdrage niet aantoonbaar betaalden, de 'alles-of-niets'-lijn toegepast. Daarbij achtte zij van belang dat het voldoen van de eigen bijdrage een kernvoorwaarde is van de wet. De kinderopvangtoeslag is door de wetgever bedoeld als tegemoetkoming in de kosten van ouders om arbeidsparticipatie te bevorderen. De overheid had ervoor kunnen kiezen kinderopvang in natura aan te bieden, zoals in andere landen gebeurt, maar heeft dit niet gedaan. Gekozen is voor een complexe financieringsstroom, waarbij ouders financieel moeten bijdragen aan de kosten van de opvang. Zonder betaling van de eigen bijdrage is sprake van 'gratis' opvang en dat is in strijd met de wet en ook met de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever.

De Belastingdienst/Toeslagen heeft in verweerschriften en op zittingen veelvuldig aangevoerd dat als hij de herziening en terugvordering zou beperken tot het bedrag van de eigen bijdrage, een financiële prikkel voor ouders zou ontbreken om die eigen bijdrage te voldoen. In combinatie met beperkte

⁴⁵ ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7304.

⁴⁶ In 2019 bedroegen de gemiddelde declareerbare kosten aan kinderopvang per toeslagontvanger € 6.500, waarvan gemiddeld € 4.700 werd vergoed. De gemiddelde eigen bijdrage bedroeg in 2019 27% van de declareerbare opvangkosten (gemiddeld € 1.800); in 2015 was dat nog 38% (gemiddeld € 2.100); bron: www.cbs.nl.

controle mogelijkheden en een geringe 'pakkans' zou het ouders kunnen bewegen om geen eigen bijdrage te betalen.

Rechters nemen kennis van maatschappelijke ontwikkelingen en van het politieke debat. Weliswaar is de belangrijkste informatiebron voor de rechter het procesdossier en de standpunten van partijen zoals vertolkt in de stukken en op zitting, maar ook informatie buiten het procesdossier kan een rol spelen bij de rechterlijke oordeelsvorming. Tijdens de interne reflectie-gesprekken is opgemerkt dat bij de rechterlijke oordeelsvorming een rol heeft gespeeld dat het debat over de kinderopvangtoeslagen in het teken stond van het voorkomen van misbruik en oneigenlijk gebruik van overheidsgeld.⁴⁷ In de periode 2013-2015 werd Nederland geconfronteerd met berichten over fraude en misbruik door professionele organisaties voor kinderopvang. Ook de zogenoemde Bulgarenfraude kwam aan het licht. Het was de periode waarin de verantwoordelijke bewindspersoon bij herhaling is aangesproken op een in de ogen van de Tweede Kamer onvoldoende strenge uitvoering van de Wet kinderopvang.⁴⁸ En waarin het verzoek van enkele leden van de Tweede Kamer om nader onderzoek naar de hardheid en massaliteit van de terugvorderingen door de Belastingdienst/Toeslagen en om enige versoepeling aan te brengen in de aanpak, door de Tweede Kamer werd verworpen.⁴⁹ De Wet aanpak fraude toeslagen en fiscaliteit 2014⁵⁰ kwam tot stand en de regering zond aan de Tweede Kamer het 'Feitenrelaas systeemfraude met toeslagen'.⁵¹

De hiervoor weergegeven feiten en omstandigheden hebben een rol gespeeld bij de oordeelsvorming. Ze maken onderdeel van de verklaring waarom destijds door de Afdeling bestuursrechtspraak de 'alles-of-niets'-lijn is geaccepteerd en voortgezet. Maar er waren in die tijd ook andere geluiden, namelijk de uitspraken van de rechtbank Rotterdam, die al toepassing gaf aan de evenredigheidslijn. Verder was er de brief van de rechtbank Rotterdam aan de Afdeling bestuursrechtspraak, die is besproken tijdens een zogenoemd 'benen-op-tafel'-overleg in februari 2014⁵². Hieraan wordt deelgenomen door bestuursrechters van zowel de rechtbanken als de Afdeling bestuursrechtspraak. De Rotterdamse uitspraken en de brief zijn nadien binnen

⁴⁷ Zie voor een zeer uitvoerige beschrijving J. Frederik, 'Zo hadden we het niet bedoeld; de tragedie achter de toeslagenaffaire', De Correspondent, februari 2021.

⁴⁸ Zie onder andere de moties van het Lid Koolmees c.s. (TK 2013-2014, 17 050, nr. 456, en TK 2015-2016, 31 322, nr. 296).

⁴⁹ Zie de motie van het Lid Siderius uit 2014 (TK 2014-2015, 31 322, nr. 256).

⁵⁰ Wet van 18 december 2013 tot wijziging van enkele wetten met het oog op de bestrijding van fraude in de toeslagen en fiscaliteit (Wet aanpak fraude toeslagen en fiscaliteit), Staatsblad 2013, 567.

⁵¹ Brief van 4 mei 2013, TK 2012-2013, 17 050, nr. 432.

⁵² De brief is opgenomen als bijlage 4 bij het rapport 'Recht vinden bij de rechtbank; lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken', rapport van de werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken.

de Afdeling bestuursrechtspraak besproken, maar hebben toen niet geleid tot een standpuntwijziging. Dat is achteraf te betreuren. En dat geldt ook voor het feit dat in de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak niet expliciet is ingegaan op de argumenten die de rechtbank Rotterdam had aangedragen. De rechtbank heeft van de Afdeling bestuursrechtspraak geen antwoord gekregen op haar brief. Dat had wel moeten en is een gemiste kans in de dialoog tussen rechters van de eerste lijn en de rechters in hoger beroep.

4.2.3 De derde situatie: eigen bijdrage deels aangetoond

De derde situatie die valt te onderscheiden, is de situatie waarin een nog geringer deel van de totale kosten niet werd verantwoord, namelijk *een gedeelte van* de eigen bijdrage. Met het verstrijken van de tijd heeft de Afdeling bestuursrechtspraak de aard en omvang van de fouten zien veranderen. Vanaf 2015 deden de hiervoor genoemde twee situaties zich steeds minder vaak voor. Dit is de periode waarin de onevenredigheid tussen de ernst van de tekortkoming enerzijds en de gevolgen van de besluiten anderzijds steeds duidelijker werd. Het in publicaties genoemde voorbeeld van een ouder die slechts € 190 niet kon verantwoorden en toch duizenden euro's moest terugbetalen⁵³, is daar een voorbeeld van.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft met het voortzetten van de 'alles-of-niets'-lijn geworsteld. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft toen niet gekozen om die lijn te beëindigen. In plaats daarvan is gekozen voor halve maatregelen; er is niet doorgepakkt. Wel is de Afdeling bestuursrechtspraak vanaf dat moment de Belastingdienst/Toeslagen meer gaan corrigeren.

In de uitspraak van 1 juni 2016 is een halt toegeroepen aan de – door de wet niet begrensde – mogelijkheid voor de Belastingdienst/Toeslagen om over een ongelimiteerde periode onverschuldigde betaalde toeslagen terug te vorderen. Deze periode heeft de Afdeling bestuursrechtspraak gemaximeerd op vijf jaren.⁵⁴

In de uitspraak van 8 juni 2016 is 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.⁵⁵ Verder heeft zij geoordeeld dat de bevoegdheid tot terugvorderen ontbreekt als door de Belastingdienst/Toeslagen gegevens bij

⁵³ Zie ABRvS 17 januari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:137), zoals toegelicht en genuanceerd in par. 2.4 van het verslag van de werkgroep juridische reflectie.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Zie bijv. 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.

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.

Dan is er de uitspraak van 8 maart 2017 in een zogenoemde CAF 11-zaak⁵⁶ over abrupte stopzetting van betaling van voorschotbetalingen. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak had de Belastingdienst/Toeslagen niet met de vereiste zorgvuldigheid en in strijd met de voor opschorting geldende regels gehandeld. Deze voor een grotere groep ouders positieve uitspraak is gevolgd door soortgelijke uitspraken.^{57 58}

Tot slot wordt genoemd de uitspraak van april 2019⁵⁹ waarin de Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde dat hoewel 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. De uitspraak van april 2019 kan worden gezien als een voorbode van de koerswijziging in oktober 2019.

Uit deze opsomming blijkt dat de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak zich in deze periode in sommige soorten kinderopvangtoeslagzaken ontwikkelt. Het gaat om enkele nuanceringen en niet om de hoofdlijn van de 'alles-of-niets'-lijn. Om de hardste kanten van de toepassing van die lijn af te halen, koerst de Afdeling bestuursrechtspraak in deze periode verder steeds vaker aan op een schikking, die in relatief veel zaken ook daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Met een schikking werd in het individuele geval een aanvaardbaar resultaat bereikt. De schikkingspraktijk had als keerzijde dat deze de Afdeling bestuursrechtspraak lijkt te hebben afgehouden van een meer structurele ingreep, te weten het verlaten van de 'alles-of-niets'-lijn. Die stap heeft de Afdeling bestuursrechtspraak pas gezet in oktober 2019, nadat uit hogerberoepszaken en uit rapporten van andere instituten en organisaties

⁵⁶ CAF staat voor 'Combiteam Aanpak Facilitators'. Dit team deed onderzoek naar fraude met kinderopvangtoeslag. Het CAF 11-onderzoek (projectnaam: 'Hawaiï') is het elfde onderzoek van dit team en gaat over onderzoek naar de ouders die gebruikmaakten van opvang via gastouderbureau Dadim in Eindhoven.

⁵⁷ 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. De memo van S.T.P.H. Palmen-Schlagen is opgesteld naar aanleiding van deze uitspraken.

⁵⁸ Uit het rapport van PwC van 29 september 2021, 'Reconstructie en tijdlijn van het 'memo Palmen', volgt dat de Belastingdienst met de memo uiteindelijk niets heeft gedaan.

⁵⁹ ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1333.

meer inzicht was verkregen in de harde praktijk van terug- en (dwang-) invordering door de Belastingdienst/Toeslagen.

4.2.4 De uitspraken van oktober 2019

Met twee uitspraken van 23 oktober 2019 is de Afdeling 'omgegaan' en heeft zij de 'alles-of-niets'-lijn verlaten.⁶⁰ In de eerste uitspraak is overwogen dat door het grote aantal vergelijkbare zaken dat in de loop der jaren aan haar is voorgelegd, de ernst en omvang van de financiële gevolgen voor ouders steeds duidelijker werd. Ook wees de Afdeling bestuursrechtspraak op publicaties van de WRR en de Nationale ombudsman. Daaruit blijkt duidelijk dat gezinnen door strenge wetgeving en uitvoering in grote financiële problemen terecht (kunnen) komen. Dit was voor de Afdeling bestuursrechtspraak aanleiding te overwegen dat de Belastingdienst/Toeslagen het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 Awb moet toepassen bij de bepaling van het recht op (voorschotten) kinderopvangtoeslag, ook als slechts een deel van de kosten is verantwoord of een deel van de eigen bijdrage is betaald.

In de tweede uitspraak van 23 oktober 2019 overwoog de Afdeling bestuursrechtspraak dat ook bij besluiten over terugvordering en matiging het evenredigheidsbeginsel moet worden toegepast. Aanvankelijk liep de Afdeling bestuursrechtspraak er tegenaan dat de eerder gegeven uitleg van de relevante bepalingen uit de Wet kinderopvang en de Awir in de weg stond aan de toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Dit probleem is opgelost door aan die bepalingen alsnog een andere uitleg te geven. Daarmee ontstond er ruimte om het evenredigheidsbeginsel toe te passen.

In deze twee uitspraken is de Belastingdienst/Toeslagen aangespoord om het evenredigheidsbeginsel toe te passen en daarmee per individueel geval maatwerk te leveren. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft hiermee het belang van het voorkomen en bestrijden van misbruik en oneigenlijk gebruik van overheidsmiddelen meer in evenwicht willen brengen met de gerechtvaardigde belangen van de burger op een behoorlijke behandeling en procedure en een uitkomst die rechtvaardig is.⁶¹ Voor de ouders in zaken waarin de Afdeling bestuursrechtspraak de strenge lijn in de voorgaande jaren had toegepast, is het wrang als deze lijn alleen zou gelden voor nieuwe gevallen. Daarom heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in een slotoverweging van haar uitspraken van 23 oktober 2019 uitdrukkelijk ook voor deze gevallen met terugwerkende kracht een opening geboden.

⁶⁰ ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536.

⁶¹ Ook in de uitspraken uit deze periode zijn de bedragen aan door de ouders niet verantwoorde kosten soms nog substantieel. Eén van de uitspraken van 23 oktober 2019 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.

Over de uitleg van de bepalingen uit de Wet kinderopvang en de Awir is na oktober 2019, toen de Afdeling bestuursrechtspraak de ‘alles-of-niets’-lijn had verlaten, veel discussie ontstaan. In de kern gaat die discussie over de vraag of de bepalingen uit de Wet kinderopvang en de Awir een gebonden bevoegdheid bevatten, dat wil zeggen dat er maar één uitleg mogelijk is. Tal van rechtsgeleerden hebben zich hierover alsnog uitgelaten. Een meerderheid vindt de destijds door de Afdeling bestuursrechtspraak gekozen uitleg onjuist, een minderheid kan zich in de gekozen uitleg vinden. Daarbij wordt aangekend dat de strenge uitleg van artikel 26 Awir door meer rechtsgeleerden wordt gedeeld dan de uitleg van de desbetreffende bepalingen uit de Wet kinderopvang.⁶²

4.2.5 Na oktober 2019

De uitspraken van oktober 2019 hebben aangezet tot ingrijpende wijzigingen, in de rechtspraak, maar ook in wetgeving en uitvoering. Met de Hardheidsaanpassing Awir is 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. Verder is naast de algemene hardheidsclausule 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 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 Afdeling bestuursrechtspraak waarin artikel 3:4 Awb een centrale plaats inneemt.” De minister van Financiën heeft in twee Verzamelbesluiten Toeslagen⁶³ toepassing gegeven aan de nieuwe lijn in de rechtspraak, waardoor zowel bij het recht op toeslag als bij terugvordering nu inhoud wordt gegeven aan het evenredigheidsbeginsel. Ook is de Uitbetalingsregeling Awir gewijzigd. Dit is van belang voor de mogelijkheid om in aanmerking te komen voor een persoonlijke betalingsregeling. Meer in het algemeen stelt de Belastingdienst/Toeslagen zich coulant(er) op, ook voor ‘oude’ toeslagschulden. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in 2020 nog slechts negen kinderopvangtoeslagzaken afgehandeld, waarvan er zes zijn geëindigd met een intrekking en drie met een uitspraak.⁶⁴

⁶² Een uitvoerige beschrijving van de commentaren in de juridische literatuur is terug te vinden in par. 2.7 van het verslag van de werkgroep juridische reflectie.

⁶³ Zie Stcrt. 2019, 70 486.

⁶⁴ Zie voor de ontwikkelingen na de uitspraken van 23 oktober 2019 ook hoofdstuk 4 van het verslag van de werkgroep juridische reflectie.

4.3 Waarom kwam de omslag pas in 2019?

De koerswijziging in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak over de ‘alles-of-niets’-lijn roept de vraag op waarom deze lijn niet eerder is gewijzigd. De reflectie heeft op dit punt geen eenduidig antwoord opgeleverd. Wel is een aantal factoren naar voren gekomen die een rol hebben gespeeld. Deze factoren worden hieronder benoemd, uitdrukkelijk niet als rechtvaardiging van de te late koerswijziging, maar als onderdeel van de reflectie op de vraag hoe het zo heeft kunnen lopen.

Wetsuitleg

In 2014 en 2016 is intensief gesproken over de ‘alles-of-niets’-lijn. Bij de gesprekken zijn veel staatsraden, staatsraden in buitengewone dienst⁶⁵ en juristen betrokken. Dit heeft toen niet geleid tot wijziging van de rechtspraak. Vastgehouden is aan de in 2011/2012 door de Afdeling bestuursrechtspraak gegeven uitleg van de relevante wetsbepalingen, die aan een oplossing via toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en met name het evenredigheidsbeginsel in de weg stond. De Afdeling bestuursrechtspraak zat vast in een zelf gecreëerde juridische ‘fuik’. De oplossing kwam in oktober 2019, toen de Afdeling bestuursrechtspraak de desbetreffende wetsbepalingen anders heeft uitgelegd. Met toepassing van c.q. het ‘inlezen’ van het evenredigheidsbeginsel zijn de poorten geopend naar meer proportionele uitkomsten. Zoals hiervoor al aangegeven: dat had eerder gekund en eerder gemoeten.

Bewaking van lijnen

Uit het verslag van de werkgroep rechterlijke oordeelsvorming volgt dat vanaf 2014 intern steeds indringender discussies zijn gevoerd over de ‘alles-of-niets’-lijn. De argumenten voor en tegen het handhaven van de ‘alles-of-niets’-lijn zijn gewisseld. Enkele staatsraden en juristen hebben aangegeven dat bij die discussies het belang van de rechtseenheid sterk werd beklemtoond en dat het bespreekbaar maken van onvrede met de uitkomst van de ‘alles-of-niets’-lijn in concrete zaken moeilijk was. Dit kan betekenen dat de wijze waarop de tegenspraak intern is georganiseerd onvoldoende heeft gewerkt.

Zoals hiervoor beschreven hebben hoogste rechtscollages de taak om de rechtseenheid te bevorderen. Door de rechtspraktijk houvast te bieden, wordt de rechtseenheid, rechtsgelijkheid en daarmee de rechtszekerheid gediend. Het uitzetten en bewaken van lijnen is noodzakelijk. De ‘bewaking’ van vaste lijnen in de rechtspraak is bij de Afdeling bestuursrechtspraak

⁶⁵ Aan de rechtspraak over kinderopvangtoeslagen is in de periode 2008-2020 deelgenomen door in totaal meer dan zestig staatsraden en staatsraden in buitengewone dienst.

geborgd in de werkwijzen. Die bewaking lijkt bij de kinderopvangtoeslagzaken het doel te zijn voorbijgeschoten. Rechtseenheid en rechtsgelijkheid zijn geen doelen op zich als de uitkomst in het individuele geval niet (meer) overtuigt.

Geen zicht op de (dwang)invordering

Een relevante factor is dat de Afdeling bestuursrechtspraak geen zicht had op de praktijk van (dwang)invordering door de Belastingdienst/Toeslagen en de enorme impact die dit voor de betrokken ouders had op hun (financiële) bestaanszekerheid. Hieraan heeft bijgedragen dat de wetgever de rechtsbescherming bij toeslagzaken heeft 'opgeknipt' over twee verschillende rechters, de algemene bestuursrechter (toeslag en terugvordering) en de civiele rechter (invordering). Wel drong steeds meer door dat toepassing van de 'alles-of-niets'-lijn in gevallen waarin slechts een beperkt deel van de kosten niet kon worden verantwoord, tot grote financiële gevolgen voor ouders leidde.

Onjuiste en incomplete informatie

Een factor van belang is ook geweest dat vertegenwoordigers van de Belastingdienst/Toeslagen als hen op zitting werd gevraagd naar de (financiële) gevolgen voor de ouders van de herziening en terugvordering van (voorschotten) kinderopvangtoeslag, steevast antwoordden dat aan ouders desgewenst een betalingsregeling werd aangeboden, mits hen geen opzet of grove schuld viel te verwijten.⁶⁶ Dit betekende dat zij na betaling van 24 maandelijkse termijnen uit de problemen waren, omdat een eventuele restantschuld niet werd ingevorderd. Daarbij is steeds gezegd dat bij de bepaling van de hoogte van de maandelijkse termijnen rekening wordt gehouden met de betalingscapaciteit (financiële draagkracht) van de ouders en met de beslagvrije voet. Hierdoor hebben staatsraden zich laten overtuigen dat de impact van de besluiten overzichtelijk en niet disproportioneel was, hoewel er soms grote financiële gevolgen waren voor de ouders.

Helaas kwam daarbij niet aan het licht dat de vastgestelde betalingscapaciteit niet altijd strookte met de reële betalingscapaciteit, omdat bepaalde schulden buiten beschouwing moesten worden gelaten. Hierdoor kregen ouders met een standaard/persoonlijke betalingsregeling toch te maken met (dwang-) invordering.⁶⁷ Op de wijze van feitelijke (dwang)invordering bestond bij de bestuursrechters een zeer beperkt zicht.

⁶⁶ De Afdeling bestuursrechtspraak heeft de lat voor het aannemen van 'opzet of grove schuld' vanaf het begin (2015) hoog gelegd; zie hierover ook par. 3.3.2.2 van het rapport van de werkgroep juridische reflectie.

⁶⁷ Zie hierover meer uitgebreid par. 3.4 van het verslag van de werkgroep juridische reflectie.

Schikkingen

Uit dossieronderzoek is gebleken dat sinds 2015 in ongeveer honderd kinderopvangtoeslagzaken (ongeveer 10% van de zaken over nihilstellingen) een schikking is getroffen.⁶⁸ Schikkingen zijn een geaccepteerd middel om een procedure voor de rechter te beëindigen zonder uitspraak. Bij een schikking bereiken partijen onder regie van de rechter overeenstemming. Schikkingen in kinderopvangtoeslagzaken hadden bijvoorbeeld betrekking op afspraken over het nemen van een nieuw, gunstiger besluit of over een (alsnog) te treffen persoonlijke betalingsregeling. Hoewel de schikkingen hebben bijgedragen aan een rechtvaardige oplossing van individuele geschillen, moet worden aangenomen dat die praktijk de Afdeling bestuursrechtspraak heeft afgehouden van een meer structurele oplossing.

De reflectie heeft ook geleerd dat op het punt van de schikkingen de uitwisseling van informatie tussen rechters van de eerste lijn en hogerbberoepsrechter niet optimaal was in die zin dat de rechtbanken niet zijn geïnformeerd over de praktijk van schikkingen bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Dit houdt verband met het feit dat de schikkingen niet werden geregistreerd, er intern geen informatie werd gedeeld over bereikte schikkingen en er dus geen rechterlijk beleid op werd gevoerd.

Signalen van buiten

Hiervoor kwam al aan de orde de signalen van de rechtbank Rotterdam in de periode 2013-2015. In 2016 en 2017 gaven de Nationale ombudsman en de WRR belangrijke signalen af. De WRR waarschuwde voor het beperkte 'doenvermogen' van (kwetsbare) burgers. De Nationale ombudsman maakte melding van onevenredig harde aanpak door de Belastingdienst/Toeslagen van 232 gezinnen waarvan de kinderopvangtoeslag abrupt was stopgezet.⁶⁹ Het zijn precies die zaken waarin de Afdeling bestuursrechtspraak ouders in het gelijk heeft gesteld, terwijl zij in bezwaar en beroep ongelijk hadden gekregen.⁷⁰ Vermoedelijk voelde de Afdeling bestuursrechtspraak zich daarom in eerste instantie niet direct aangesproken door het rapport van de Nationale ombudsman. De rapporten van de WRR en de Nationale ombudsman maakten echter ook duidelijk dat de gevolgen van de praktijk van terug- en invordering door de Belastingdienst/Toeslagen desastreuze gevolgen

⁶⁸ Van 2009 tot en met 2020 is in ongeveer 1.600 zaken over kinderopvangtoeslag uitspraak gedaan, waarbij de Belastingdienst/Toeslagen partij was; in ongeveer duizend zaken na behandeling op de zitting. Ongeveer honderd zaken hebben niet tot een uitspraak geleid, omdat het geschil op de zitting is opgelost doordat een schikking tussen partijen is bereikt. Zie hierover ook par. 2.1 van het verslag van de werkgroep juridische reflectie.

⁶⁹ Nationale ombudsman, 'Geen powerplay maar fair play; onevenredig harde aanpak van 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag', 9 augustus 2017, nr. 2017/095.

⁷⁰ ABRvS 8 maart 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:589); zie ook noot 38. Van deze 232 gezinnen heeft een beperkt aantal doorgeprocedeerd tot en met de Afdeling bestuursrechtspraak.

hadden voor grote(re) groepen ouders. De ernst en omvang van de problematiek heeft de Afdeling bestuursrechtspraak te laat onderkend. Het ontbreken van kritische signalen vanuit de rechtswetenschap tot oktober 2019 doet daar niet aan af.

4.4 Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken

De conclusie is dat de gevolgen van de in 2011/2012 gekozen interpretatie van de wet passend waren bij grote fouten, dat wil zeggen voor de situaties waarin ouders van de ontvangen toeslagen niets konden verantwoorden. De toen geaccepteerde strenge en strakke uitleg van de wet diende de rechts-eenheid, rechtsgelijkheid en dus de rechtszekerheid. Maar door diezelfde strenge en strakke uitleg van de wet is de Afdeling bestuursrechtspraak een door haarzelf gecreëerde juridische fuik ingezwommen. Die fuik stond nadien in de weg aan de mogelijkheid om toepassing te geven aan het evenredigheidsbeginsel en op die manier maatwerk te leveren in gevallen van geringere fouten of tekortkomingen. De in 2011/2012 gemaakte keuze bleek bij nader inzien een ongelukkige keuze. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft hiermee geworsteld, halve maatregelen genomen en daardoor te lang vastgehouden aan de 'alles-of-niets'-lijn.

Voordat een hoogste (bestuurs)rechter een lijn formuleert in de rechtspraak over nieuwe wetgeving die op een groot aantal zaken van toepassing is, moet hij voldoende zicht hebben op de rechtsvragen die spelen en, zo mogelijk, op de gevolgen van de te kiezen uitleg van wettelijke bepalingen. Dat geldt ook voor de uitleg van de Wet kinderopvang en de Awir. Toen de Afdeling bestuursrechtspraak in 2011/2012 de door de Belastingdienst/Toeslagen gehanteerde 'alles-of-niets'-lijn accepteerde, had zij nog relatief weinig kinderopvangtoeslagzaken behandeld. De 'alles-of-niets'-lijn ging later 'knellen' en heeft tot onrechtvaardige uitkomsten geleid.

Als onduidelijke wettelijke bepalingen door de rechter moeten worden uitgelegd, dan moet de rechter daarbij niet de mogelijkheid voor het bestuur blokkeren om rekening te houden met de omstandigheden van het individuele geval. De uitleg moet zoveel als mogelijk (kunnen) bijdragen aan een rechtvaardige beslissing. Ook als op een bepaald onderwerp een lijn in de rechtspraak bestaat, moet in elke individuele zaak worden beoordeeld of toepassing van deze lijn tot een redelijke uitkomst leidt. Is dit niet het geval dan wordt besproken of de lijn in de rechtspraak moet worden aangepast.

Als toepassing van wetgeving leidt tot knellende situaties voor burgers, dan moet de rechter bezien of die hardheid kan worden weggenomen of teruggebracht tot een proportioneel resultaat met inzet van de instrumenten ('gereedschap') die hem ter beschikking staan. Daaronder horen aandacht

voor de voorlichtingsplicht van het bestuursorgaan aan de burger, een reële bewijslastverdeling, het bieden van een herstelkans aan de burger om nadere informatie in de procedure te brengen en het zo nodig door de bestuursrechter aanvullen van de feiten. Verder horen daaronder een uitleg van de wet met oog voor het burgerperspectief, en – als de wet daarvoor de ruimte biedt – toetsing van het besluit aan een hardheidsclausule of een ander ‘ventiel’ en aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het evenredigheidsbeginsel.^{71 72}

De procespositie van partijen in kinderopvangtoeslagzaken is ongelijk. Aan de ene kant staan ouders, die soms wel en soms niet werden bijgestaan door een professionele gemachtigde; aan de andere kant staat de Belastingdienst/Toeslagen, vertegenwoordigd door deskundige procesgemachtigden en soms vertegenwoordigd of bijgestaan door de landsadvocaat. Deze ongelijkheid roept vragen op over de effectieve toegang voor ouders tot rechtsbijstand. Voor de bestuursrechter moet deze ongelijkheid aanleiding zijn tot een actieve opstelling, met inzet van een per zaak afgestemde mix van deze instrumenten. Daarnaast moet de bestuursrechter de burger op zitting de ruimte geven zijn of haar verhaal te doen. Ouders en advocaten hebben aangegeven dat zij hier soms onvoldoende de gelegenheid voor hadden.

Uit de reflectie is verder naar voren gekomen dat de rechter kritisch(er) moet zijn op de informatie die hij van de zijde van de overheidspartij krijgt en op het mogelijk ontbreken van processtukken. De rechter moet kritisch doorvragen wat de gevolgen van een besluit zijn voor de burger en hoe het besluit zal worden uitgevoerd. De rechter moet verder alerter zijn op signalen dat zijn uitspraken niet steeds worden opgevolgd en dat op de zitting gemaakte afspraken en schikkingen niet worden nagekomen. Ook is naar voren gekomen dat de Belastingdienst/Toeslagen niet steeds juiste of volledige informatie verstrekte over de praktijk van terug- en invordering en de (on)mogelijkheden in aanmerking te komen voor een betalingsregeling. Verder is in de gesprekken met ouders en advocaten naar voren gekomen dat de Belastingdienst/Toeslagen soms onmachtig was om gemaakte afspraken op de zitting over een nadere standpuntbepaling of het nemen van een nieuw besluit tijdig en correct na te komen.

71 Zie voor een uitgebreide omschrijving van dit instrumentarium ('gereedschap') par. 6 van het verslag van de werkgroep juridische reflectie. Een opsomming van de instrumenten is te vinden in bijlage 6.

72 In het verslag van de werkgroep juridische reflectie wordt in par. 6.11 ingegaan op de (on)mogelijkheden voor de bestuursrechter om af te wijken van een wet in formele zin, gelet op het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. De Venetië-commissie geeft de regering in overweging om op basis van een uitvoerige analyse artikel 120 Grondwet aan te passen of andere mechanismen van constitutionele toetsing in te voeren (randnummer 137, onder C. Judicial power).

Meer in het algemeen: bij (grote) uitvoeringsorganisaties bestaat het reële gevaar dat er onvoldoende aandacht is voor de gevolgen van de uitvoering voor individuele burgers en de noodzaak daarop beleidsmatig te reageren en de instructies voor de uitvoering aan te passen. Dat komt omdat deze organisaties niet verantwoordelijk zijn voor het beleid maar alleen voor de uitvoering, en omdat zij noodgedwongen geautomatiseerd enorme aantallen beschikkingen moeten nemen om uitvoering te geven aan hun wettelijke taak. Gebleken is dat de Belastingdienst/Toeslagen de bezwaarfase niet of onvoldoende heeft gebruikt om fouten te herstellen en om de zaak te heroverwegen op basis van individuele feiten en omstandigheden. Dit mede omdat in de fase van bezwaar het houden van een hoorzitting uitzondering was. Deze factoren hadden moeten leiden tot extra alertheid bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Deze factoren pleiten voor een meer actieve en kritische(r) opstelling van de rechter, om tegenwicht te bieden tegen de macht van het bestuur en om de fundamentele rechten van burgers te waarborgen.

Indicaties die tot extra alertheid aanleiding kunnen geven zijn ook te vinden in rapporten van externe instituten en organisaties, zoals de Nationale ombudsman, de WRR, de Algemene Rekenkamer en het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC). Ook evaluaties van (nieuwe) wettelijke regelingen en de reactie daarop van bestuurders en vertegenwoordigende lichamen kunnen een indicatie opleveren van hardheid in wetgeving en uitvoering of – erger – systeemfalen.

4.5 Wat als ...?

De conclusie dat de Afdeling bestuursrechtspraak te lang de strenge lijn heeft toegepast in zaken over nihilstellingen roept de vraag op wat de situatie voor ouders was geweest als eerder was overgegaan op de evenredigheidslijn.

In de situatie waarin betaling van de kosten in het geheel niet is aangetoond, had dit geen verschil uitgemaakt. De toepassing van de evenredigheidslijn zou tot dezelfde uitkomst hebben geleid. Als niets is aangetoond, is de beslissing dat alles wat aan (voorschot) betalingen is ontvangen moet worden terugbetaald, niet onevenredig.

In situaties waarin ouders een deel van de gemaakte kosten konden verantwoorden, hangt de impact van het toepassen van een benadering op basis van evenredigheid in plaats van de 'alles-of-niets'-benadering af van de omvang van het niet-verantwoorde deel. Ging het om substantiële delen van de betalingen die ouders niet konden verantwoorden, dan zouden zij ook bij toepassing van de evenredigheidslijn veel hebben moeten terugbetalen.

4. De kinderopvangtoeslagzaken: terugkijken

Als voorbeeld kan worden genoemd de situatie in één van de twee uitspraken van 23 oktober 2019. Van de in 2015 door de ouders ontvangen € 15.937 kon € 8.016 niet worden verantwoord. Bij toepassing van de evenredigheidslijn zou dit hebben geleid tot een herzieningsbesluit van de Belastingdienst/ Toeslagen, waarbij het recht op kinderopvangtoeslag opnieuw zou zijn vastgesteld op basis van het wel verantwoorde deel van de kosten, te weten € 7.921. De herziening zou hebben geleid tot een gewijzigd besluit tot terugvordering. Ook dan zou een groot bedrag zijn teruggevorderd (ongeveer 50%).

In de gevallen waarin het niet aantonen van betaling alleen betrekking had op de eigen bijdrage of een deel van deze bijdrage, is het verschil tussen de 'alles-of-niets'-lijn en de evenredigheidslijn veel groter. Herziening van het recht op toeslag had dan geleid tot een vaststelling die weliswaar lager was, maar de hoogte van de verlaging en dus ook van de terugvordering was dan beperkt gebleven tot een overzichtelijk(er) bedrag. Bij toepassing van de evenredigheidslijn op deze situaties hadden de ouders dus veel minder hoeven terugbetalen dan bij de 'alles-of-niets'-lijn.

Ouders die gedupeerd zijn doordat de Afdeling bestuursrechtspraak te lang heeft vastgehouden aan de 'alles-of-niets'-lijn kunnen de Belastingdienst/ Toeslagen vragen hun recht op toeslagen te herzien met toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Op deze mogelijkheid is gewezen in beide uitspraken van oktober 2019.

5. Vooruitkijken

5. Vooruitkijken

In het reflectieprogramma is niet alleen gekeken naar de juridische behandeling van kinderopvangtoeslagzaken. Ook is gekeken naar de taakopvatting van de bestuursrechters bij de Afdeling bestuursrechtspraak, hoe zij intern samenwerken en hoe zij zich oriënteren op de buitenwereld. In het verlengde daarvan is de vraag gesteld of die taakopvatting moet worden bijgesteld en of de interne samenwerking en externe oriëntatie moeten worden aangepast en verbeterd.

Hieronder worden de belangrijkste bevindingen die betrekking hebben op de rechterlijke oordeelsvorming door de Afdeling bestuursrechtspraak en de juridische reflectie in brede zin thematisch besproken. Daarbij wordt vooruitgekeken. Het doel van deze reflectie is immers om te leren van het verleden. Dit is in het belang van het functioneren van de rechtsstaat als geheel en dus in het belang van alle burgers. Per onderwerp worden enkele actiepunten benoemd, die aansluiten op de aanbevelingen die de werkgroepen hebben geformuleerd. In paragraaf 5.9 staat wat de Afdeling bestuursrechtspraak nu concreet gaat doen.

5.1 Rol en taak van de hoogste bestuursrechter in de rechtsstaat

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft als hoogste algemene bestuursrechter tot taak een balans te vinden tussen enkele kerntaken: het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling en het bieden van rechtsbescherming in algemene zin en in het individuele geval. De rechtsbescherming vindt plaats door controle van de rechtmatigheid van overheidsbesluiten, de toepasselijke algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels daaronder begrepen. Met die controle op rechtmatige bevoegdheidsuitoefening door wetgever en bestuur biedt de bestuursrechter tegenmacht en corrigeert hij waar nodig de andere staatsmachten. In concrete (hoger)beroepszaken bewaakt de bestuursrechter de procedurele en materiele rechtvaardigheid, dat wil zeggen een fatsoenlijke procedure op tegenspraak met een uitkomst die strookt met wet en recht. Dat is telkens weer zoeken naar een balans. Het vinden van deze balans begint in concrete zaken met de feiten en eindigt met de vraag of het oordeel over het overheidsbesluit rechtens juist en rechtvaardig is. Daarbij loopt de rechter tegen knelpunten aan, zoals ook bij de kinderopvangtoeslagzaken.

Als er knelpunten zijn dan zal de bestuursrechter waar mogelijk zijn instrumentarium moeten benutten om ongewenste hardheid te voorkomen of te beperken om zo tot een aanvaardbaar en proportioneel resultaat te komen. Dat is bij de kinderopvangtoeslagen niet goed gegaan in die zin dat de strenge lijn in de jurisprudentie eerder had kunnen en moeten worden vervangen door de evenredigheidslijn.

In meer algemene zin is van verschillende kanten, extern en intern, gepleit voor een regelmatige reflectie over de rol en taak van de bestuursrechter en zijn plaats in de rechtsstaat. Het gaat daarbij allereerst om interne reflectie en reflectie met de andere hoogste bestuursrechters en met de rechtbanken. Daarbij gaat het om discussie over de kernwaarden van de rechtsstaat, over de zogenoemde rolmoraliteit van de bestuursrechter, over zijn taak in situaties waarin de andere staatsmachten 'haperen', over de vraag hoeveel belang de bestuursrechter moet hechten aan de uitvoerbaarheid van wetgeving, over de vraag hoe kritisch de bestuursrechter het overheidsorgaan moet bevragen, over de rolverdeling tussen de rechtspraak in de eerste lijn en in hoger beroep. De Afdeling bestuursrechtspraak ziet het als haar taak om relevante geluiden uit de 'buitenwereld' binnen te halen en te betrekken bij een meer stelselmatige reflectie.

Verder gaat het over het samenspel tussen wetgever, bestuur en bestuursrechter. Ook andere organisaties en instituten spelen daarbij een rol, zoals de Nationale ombudsman, de media en de wetenschap. De Raad van State heeft al eerder het initiatief genomen om over dat samenspel rechtsstaatsgesprekken te organiseren.⁷³

Actiepunten

- Organiseer gesprekken (intern en met externen) over de rol en taak van de bestuursrechter.
- Organiseer gesprekken (intern en met externen) over nut en noodzaak van vaste lijnen in de rechtspraak en de voor- en nadelen van een 'zaak-voor-zaak'-benadering.
- Organiseer praktijkbijeenkomsten met staatsraden en juristen over knelpunten in wetgeving en/of uitvoering, de instrumenten van de bestuursrechter en de mogelijkheden om tot een rechtvaardige uitkomst te komen.
- Organiseer het professionele gesprek over ongelijkheidscompensatie.
- Ontwikkel vaardigheden op het gebied van ethiek, rolmoraliteit en het omgaan met dilemma's.
- Zet de rechtsstaatsgesprekken voort.

⁷³ In het verlengde van het jaarverslag over 2019 is de Raad van State gestart met een serie rechtsstaatsgesprekken, waarbij door alle partners uit de Trias tezamen met pers en wetenschap wordt gesproken over versterking in (vertrouwen in) de rechtsstaat. Zie ook de in dat kader uitgegeven bundel 'In gesprek: bijdragen aan de dialoog over de rechtsstaat' te vinden op www.raadvanstate.nl onder 'Studies en onderzoeken'.

5.2 Uitwisseling van informatie

De Venetië-commissie vraagt in haar rapport uitdrukkelijk aandacht voor de (gebrekkige) uitwisseling van informatie ('flow of information') tussen de staatsmachten.⁷⁴ De commissie geeft aan dat de Nationale ombudsman bij die uitwisseling een belangrijke rol kan spelen, omdat hij als eerste tegen problemen van systeemfalen kan aanlopen bij de toepassing van wetgeving. De Nationale ombudsman ontvangt signalen eerder dan de rechtbanken en veel eerder dan de hogerberoepsrechter. Verder is het indienen van een klacht eenvoudiger, goedkoper en laagdrempeliger dan het instellen (hoger) beroep en het voeren van een bestuursrechtelijke procedure. Het verdient daarom aanbeveling dat de Nationale ombudsman signalen over problematische wetgeving of uitvoering in zaken die vallen binnen de competentie van de bestuursrechters actief doorgeeft, zodat de bestuursrechters het onderwerp op de (interne) agenda kunnen zetten. Hierover is al contact gezocht met de Nationale ombudsman.

De uitwisseling van informatie tussen de rechtbanken en de Afdeling bestuursrechtspraak is tekortgeschoten. De Venetië-commissie vraagt ook hiervoor aandacht, net als de rechtbanken.⁷⁵ De Afdeling bestuursrechtspraak is onvoldoende doordrongen geweest van de aard en ernst van het signaal van de rechtbank Rotterdam. Andersom waren de rechtbanken niet op de hoogte van het feit dat de Afdeling bestuursrechtspraak de ruimte zag én nam om op zitting vaak te schikken.⁷⁶ Dit is reden voor de Afdeling bestuursrechtspraak om het gesprek aan te gaan met de rechtbanken over de vraag hoe de uitwisseling van informatie tussen rechtbanken en Afdeling bestuursrechtspraak kan worden verbeterd, zowel organisatorisch als kwalitatief.

Actiepunten

- Bevorder actieve uitwisseling van informatie tussen Nationale ombudsman en de bestuursrechters.
- Bespreek met de bestuursrechters van de rechtbanken (Landelijk Overleg Vakinhoud Bestuursrecht) hoe de dialoog tussen 'eerste lijn' en 'hoger beroep' kan worden verbeterd.

⁷⁴ 'The Netherlands, opinion on the legal protection of citizens', European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), 1031/2021, randnummers (85-89, 102 en 130-132), gepubliceerd op 18 oktober 2021.

⁷⁵ 'Recht vinden bij de rechtbank; lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken', rapport van de werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken, te vinden op www.rechtspraak.nl, par. 6.3.3.'

⁷⁶ Zie over de samenspraak tussen rechtbanken en de hogerberoepsrechters ook 'Recht vinden bij de rechtbank; lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken', rapport van de werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken, te vinden op www.rechtspraak.nl, par. 6.3.3.

5.3 Terugkoppeling

Als de knelpunten buiten het terrein of de bevoegdheden van de (bestuurs-) rechter liggen, kunnen en moeten deze onder de aandacht worden gebracht van de wetgever en/of het bestuur. Over de positie van de rechtspraak bij het signaleren van systemische problemen merkt de Venetië-commissie in haar rapport het volgende op:

'130. The Judiciary has a unique insight into the practical working of legislation. The judiciary speaks through its judgements, and it is often academia that aggregates that information, but the judiciary can also participate in discussions and round tables organised by other state powers. The judiciary can thus be a valuable source of information for the legislator, as systemic problems in the interpretation and application of the law will become evident in the courts case-law. (...)

132. Some interlocutors suggested that the judiciary submits an annual report to the other branches of government on the application of the law and/or regular round table conferences between the judiciary, the legislature, and the executive. These appear to be a very efficient and practical measures, which would be welcome. It would depend on the Dutch traditions, whether an annual report could be prepared by the highest courts directly or through the Council for the Judiciary. Regardless of how such systems are set up, its aim should be to strengthen the information flow between the different branches of government.'

De rechter heeft verschillende mogelijkheden om problemen in de wet of de uitvoering te corrigeren. Als de rechter gelet op zijn staatsrechtelijke positie bij die correctie tegen grenzen aanloopt, kan en mag van de rechter worden verwacht dat hij onvolkomenheden en ongerijmdheden signaleert. Dit kan door in de concrete uitspraak hiervoor uitdrukkelijk aandacht te vragen.⁷⁷ Terugkoppeling aan de andere staatsmachten kan ook via het jaarverslag, tijdens wetenschappelijke symposia of in publicaties en via de Afdeling advisering van de Raad van State. De mogelijkheid van een rechtsstatelijk verantwoorde terugkoppeling van de (hoogste) bestuursrechter rechtstreeks

⁷⁷ Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 28 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1145, r.o. 8.4, waarin zij aangeeft dat de wetgever 'aan zet' is om te regelen of de ingangsdatum van het rechtmatig verblijf van de vreemdeling op haar verzoek moet worden vastgesteld.

aan wetgever of bestuur moet verder worden verkend.⁷⁸ Dit sluit aan bij een van de twee aanbevelingen van de Venetië-commissie voor de rechterlijke macht:

*'Channels could be established for the judiciary to draw the other branches attention to legislation which is giving rise to systemic problems in practice.'*⁷⁹

De Afdeling bestuursrechtspraak gaat hierover in gesprek met de Afdeling advisering, met de andere hoogste bestuursrechters en nodigt de regering uit voor een gesprek over de mogelijkheden van terugkoppeling.

Actiepunten

- Maak de signalering van knelpunten in wetgeving en uitvoering onderwerp van aandacht binnen de Afdeling bestuursrechtspraak.
- Bespreek met de Afdeling advisering op welke wijze binnen de rechtspraak gesignaleerde knelpunten kunnen worden doorgegeven aan de Afdeling advisering.
- Organiseer een ronde tafel met de andere hoogste bestuursrechters over de (on)mogelijkheden van terugkoppeling aan de andere staatsmachten. Nodig de regering uit voor een gesprek over nut, noodzaak en vormgeving van de terugkoppeling.

5.4 Tegenspraak

Uit de reflectie komt het belang van structureel geborgde tegenspraak naar voren. Tegenspraak is essentieel voor goede rechtspraak. Tegenspraak kan bijdragen aan een gedragen oordeel over de meest wenselijke en rechtvaardige uitkomst in een concrete zaak. Het is ook een manier om tunnelvisie en automatisch gedrag te vermijden.

⁷⁸ De Raad van State heeft aan 'terugkoppeling' aandacht besteed in het Jaarverslag 2018 (p. 36). Zie ook de 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/Wo. '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.'

⁷⁹ 'The Netherlands, opinion on the legal protection of citizens', European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), 1031/2021, gepubliceerd op 18 oktober 2021, VII Conclusion, onderdeel C.

De aantallen af te handelen zaken zijn groot en de behandeltermijnen kort. De Afdeling bestuursrechtspraak kent efficiënte werkprocessen die alleen kunnen worden uitgevoerd door de inzet van tal van hooggekwalificeerde juristen. Maar er moet ook tijd zijn voor reflectie op de rechterlijke oordeelsvorming, zeker als ‘verstand en hart’ elk een andere kant op wijzen. Dan moet op de ‘stopknop’ gedrukt kunnen worden om stil te staan bij het gesignaleerde knelpunt. Als die tijd niet wordt genomen, dan komen tegenspraak, de aandacht voor de bijzonderheden van de individuele zaak en daarmee ook de materiële rechtvaardigheid in het gedrang, wat ook ten koste kan gaan van het probleemoplossend vermogen en de finaliteit van een beslissing.

Tegenspraak komt tot stand in het debat tussen partijen, door de inbreng van anderen dan partijen, door de inbreng van rechtsgeleerde adviezen, zoals in de vorm van conclusies⁸⁰, en door een open gedachtewisseling tussen rechters en hun juridische ondersteuning, met aandacht voor minderheidsstandpunten zowel in concrete zaken als bij een jurisprudentielijn.

Hiervoor is in paragraaf 4.3 bij het onderdeel ‘bewaking van lijnen’ al aan de orde gesteld dat in de discussies over de ‘alles-of-niets’-lijn de tegenspraak onvoldoende lijkt te hebben gewerkt. Het belang van rechtseenheid is (te) sterk benadrukt. Er is (te) weinig aandacht besteed aan de bezwaren tegen de ‘alles-of-niets’-lijn en de valide argumenten om van koers te wijzigen. Ook is er niet op een ‘stopknop’ gedrukt om de tijd te nemen de actualiteit en rechtvaardigheid van de lijn te heroverwegen. Niet valt uit te sluiten dat een onvoldoende ontwikkelde cultuur van tegenspraak heeft bijgedragen aan het (te) lang vasthouden aan de ‘alles-of-niets’-lijn. Er is dus daarom reden te investeren in verbetering van de interne tegenspraak. Hoe dit te bereiken?

Allereerst door te investeren in de kwaliteit van het interne debat tijdens overleggen en in raadkamer. Door minderheidsstandpunten van collega’s te bespreken en in elke zaak een open oog te hebben voor de vraag of de individuele omstandigheden van de zaak dwingen tot een afwijking of bijstelling van een gevestigde lijn in de rechtspraak. Als de toepassing van de lijn onredelijk uitpakt, kan worden gewerkt met de door andere rechtscolleges gebruikte methode om bij zogenoemde ‘kantel’-zaken verschillende alternatieven uit te werken en te bediscussiëren. Deze methode heeft de Afdeling bestuursrechtspraak een enkele keer gebruikt, maar kan meer bewust worden ingezet. Het uitwerken van alternatieven kan tevens de discussie binnen het rechtscollege bevorderen over de actualiteit en houdbaarheid van een vaste jurisprudentielijn. Ook kan discursief worden

⁸⁰ Zie over het belang van tegenspraak via conclusies prof.mr. R.J.N. Schlössels, ‘De conclusie in het bestuursrecht: van pionieren naar oogsten?’, *Ars Aequi*, oktober 2021, p. 916-920.

gemotiveerd. Hiermee wordt bedoeld dat de rechter in de uitspraak zowel argumenten pro als contra noemt en aangeeft waarom uiteindelijk voor een bepaalde beslissing wordt gekozen. Deze werkwijze betekent dat minder en meer bewust gebruik zal worden gemaakt van tekstbouwstenen.

Om (juridische) tegenspraak te faciliteren zal de Afdeling bestuursrechtspraak meer gebruik gaan maken van het instrument van de conclusie.⁸¹ Daarvoor zijn op 1 juli en 1 oktober 2021 een derde en vierde staatsraad advocaat-generaal benoemd. Zij zullen door middel van hun conclusies bijdragen aan de rechterlijke oordeelsvorming. Bovendien beschikt de Afdeling bestuursrechtspraak sinds 1 juli 2021 over het instrument van de *amicus curiae*. Hiermee kan informatie worden verkregen van anderen dan partijen die behulpzaam kan zijn bij het in kaart brengen van de gevolgen van uitspraken en daarmee bij de rechterlijke oordeelsvorming. Ook andere methoden van tegenspraak zullen worden verkend, bijvoorbeeld door in 'kantel'-zaken te werken met 'tegendenkers'. Zij hebben bij de voorbereiding van een zaak en in raadkamer als taak de tegenargumenten voldoende over het voetlicht te brengen. In het verlengde van het voorgaande wordt opgemerkt dat een op de individuele zaak toegespitste motivering van de uitspraak slecht samen gaat met het gebruik van algemene tekstbouwstenen. Het gebruik van bouwstenen kan meerwaarde hebben voor bepaalde onderwerpen, zoals over proceskosten, maar van die bouwstenen moet een bewuster gebruik worden gemaakt. Anders bestaat het gevaar dat de specifieke omstandigheden van een geval in een mal worden geperst.

Actiepunten

- Investeer meer in de niet-juridische vaardigheden van staatsraden en juristen.
- Organiseer cursussen 'optreden in raadkamer'.
- Organiseer cursussen 'feedback geven en ontvangen'.
- Actualiseer en intensiveer de bestaande mogelijkheden tot intervisie en blaas de intervisie na afloop van zitting en raadkamer nieuw leven in.
- Maak meer gebruik van conclusies van staatsraden advocaat-generaal.
- Maak gebruik van 'meedenkers' (*amicus curiae*).
- Ontwikkel criteria voor de inzet van 'tegendenkers', voor het uitschrijven van alternatieven in 'kantel'-zaken en voor discursief motiveren.
- Bespreek de mogelijkheid van invoering van een 'stopknop'.

⁸¹ De Afdeling bestuursrechtspraak draagt actief bij aan de rechtsontwikkeling door het vragen van conclusies, onder andere over het vertrouwensbeginsel (ECLI:NL:RVS:2019:896) en het evenredigheidsbeginsel (ECLI:NL:RVS:2021:1468).

5.5 Externe oriëntatie

Externe oriëntatie en dialoog met de 'buitenwereld' is van belang om tijdig signalen te krijgen van ontwikkelingen die relevant zijn voor de beoordeling van concrete zaken en rechtsvragen. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft ter bevordering van de externe oriëntatie al veel middelen ingezet. Zo organiseert de Afdeling bestuursrechtspraak:

- de 'Middag voor de bestuursrechtspraak', een jaarlijkse bijeenkomst met professionele procespartijen waarin actuele thema's worden besproken en genodigden wordt gevraagd de Afdeling bestuursrechtspraak een spiegel voor te houden.
- overleggen waarin met rechters van de rechtbanken informeel de dialoog wordt gevoerd over tal van onderwerpen.
- bijeenkomsten met de 'partners' in de vreemdelingenketen (advocatuur, IND en rechtbanken) over de behandeling van hogerberoepszaken in vreemdelingenzaken, zoals over de kritiek op de praktijk van de Afdeling bestuursrechtspraak van de mogelijkheid tot verkorte motivering op grond van artikel 91, lid 2, van de Vreemdelingenwet 2000.
- kennislezingen en cursussen door externe experts.
- intervisie door externen (pers, acteurs, psychologen) om feedback te geven op het optreden van staatsraden op een zitting.

Verder werkt de Afdeling bestuursrechtspraak samen met de wetenschap aan kennisbeleid en kennisdocumenten, zoals handboeken. Maar helaas moet worden geconstateerd dat dit alles bij de behandeling van de kinderopvangtoeslagzaken onvoldoende (tijdig) effect heeft gehad. De Afdeling bestuursrechtspraak was lange tijd onvoldoende op de hoogte van de uitvoeringspraktijk van het bestuursorgaan over feitelijke terug- en (dwang-) invordering en van de gevolgen van haar uitspraken. Dit brengt de Afdeling bestuursrechtspraak ertoe om alle activiteiten in het kader van de externe oriëntatie meer gestructureerd te organiseren. Van belang is de vraag hoe relevante informatie over de gevolgen van besluiten en uitspraken voor kwetsbare en minder mondige burgers beschikbaar kan komen voor de bestuursrechter. Dit is in het bijzonder van belang bij zaken die burgers raken in hun bestaanszekerheid.

Hiervoor is al melding gemaakt van het voornemen om meer actief de samenwerking te zoeken met de Nationale ombudsman en om vaker gebruik te maken van de conclusie en om de *amicus curiae* in te zetten. Dit alles om langs die weg de 'buitenwereld' binnen te halen. De Afdeling bestuursrechtspraak overweegt daarnaast actief (rechts)wetenschappers te vragen commentaar te leveren op rechtspraak over een bepaald onderwerp. Dit kan een nuttige aanvulling zijn op de externe (juridische) oriëntatie.

Actiepunten

- Evalueer en reorganiseer het bestaande palet aan bijeenkomsten met externen.
- Bespreek op welke wijze externen de Afdeling bestuursrechtspraak meer effectief de spiegel kunnen voorhouden.
- Betrek de rechtswetenschap meer actief bij reflectie op de rechtspraak.
- Bespreek de rol van de kennisunit bestuursrechtspraak bij de externe oriëntatie en bij de inventarisatie en analyse van signalen van rechtbanken en anderen.

5.6 Interne werkwijzen en processen

De inrichting van de interne organisatie is aan de orde gekomen in de gesprekken met organisaties in het publieke domein, met de andere bestuursrechtshouders en tijdens de interne gesprekken. Het creëren van een omgeving waarin tegenspraak wordt gestimuleerd en geborgd, vraagt om een actieve en permanente inzet van iedereen in de organisatie, in woord en daad. Hierbij heeft de leiding van de organisatie een stimulerende taak (*the tone at the top*).

De kwaliteit van rechtspraak is gebaat bij een passende inzet van zowel generalisten als specialisten. Bij de Afdeling bestuursrechtspraak werken de staatsraden in ten minste twee van de drie kamers (Omgevingskamer, Vreemdelingenkamer en Algemene kamer), waardoor zij een grote verscheidenheid aan zaken behandelen. Dat bevordert een brede blik. Door de enorme verscheidenheid aan onderwerpen waarover de Afdeling bestuursrechtspraak rechtspreekt en omdat in beginsel niet wordt gewerkt met vaste zittingskamers, kan het voorkomen dat staatsraden alleen incidenteel in aanraking komen met een bepaald soort (hoger) beroepszaak. Dat heeft als voordeel dat er met frisse blik naar de materie wordt gekeken, maar als nadeel dat ervaring met soortgelijke zaken ontbreekt en kennis moet worden opgebouwd.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft goede ervaringen met projectmatig en thematisch werken in onder meer planschadezaken, (rest)afvalzaken, zaken over energietransitie en fosfaat-zaken. Daarvan maakt onderdeel uit het clusteren van verwante zaken en het in kaart brengen van de diverse problemen en vraagpunten. Hierbij werken staatsraden en juristen in het vooronderzoek al intensief samen. Het organiseren van een themazitting kan onderdeel uitmaken van de aanpak, die kan resulteren in een overzicht-uitspraak. Bezien zal worden of deze wijze van werken ook kan bijdragen aan een eerder completer beeld van mogelijk knellende effecten van (nieuwe) wetgeving of van de uitvoering. Een meer systematische analyse van klachten

van burgers kan daar zeker aan bijdragen.⁸² Dat geldt ook voor signalen van de rechters van de rechtbanken tijdens informele overleggen.

De reflectie heeft opgeleverd dat de Afdeling bestuursrechtspraak permanent alert moet zijn op de actualiteit, passendheid en rechtvaardigheid van lijnen in de rechtspraak die zij heeft uitgezet. Gelet op het grote aantal rechtspraaklijnen, kunnen die niet allemaal periodiek worden onderzocht. Dergelijk onderzoek moet echter wel plaatsvinden bij concrete (alarm)signalen uit hogerberoepszaken. Voor het (alarm)signaalsysteem zal gebruik worden gemaakt van zowel interne als externe signalen, zoals vanuit de klankbordgroep rechtsvorming, waarin advocaten en rechters uit andere rechtscolleges deelnemen. Verder zal nog meer gebruik worden gemaakt van wetenschappelijke commentaren, artikelen en annotaties, en van rapporten van andere organisaties en instituten, zoals de Nationale ombudsman, de WRR, het Sociaal Cultureel Planbureau en het WODC. Dit kan eraan bijdragen dat knelpunten in wetgeving of uitvoering die betekenis hebben voor de soorten zaken die de Afdeling bestuursrechtspraak beoordeelt, tijdig(er) worden gesignaleerd.

De reflectie heeft ook opgeleverd dat een ruimhartiger opstelling voor de spreektijd op zitting gewenst kan zijn. De behandeltime voor rechtszaken op zitting bij de Afdeling bestuursrechtspraak varieert van 30 tot 45 minuten tot één of twee uren, en in grote zaken één of enkele dagen. De normale gang van zaken op zitting in hogerberoepszaken is dat alle partijen aan het begin vijf minuten het woord mogen voeren. De resterende tijd wordt dan benut voor een gesprek onder regie van de rechters over de feiten en de rechtsvragen. Hierbij wordt partijen gevraagd per gesprekspunt te reageren of hun standpunt nader toe te lichten. Aan het eind van de zitting wordt partijen gelegenheid geboden slotopmerkingen te maken. Deze werkwijze voorkomt onnodige herhalingen van standpunten aan het begin van de zitting en werkt in het algemeen heel goed, zeker als partijen worden bijgestaan door professionele rechtshulpverleners. Zij kennen de spelregels en zijn daarop voorbereid. Tijdens de gesprekken is van verschillende kanten naar voren gekomen dat de spelregels in sommige gevallen knellen en dat de staatsraden daarvoor onvoldoende oog hadden. Daarbij gaat het niet zozeer om de tijd die nodig is voor het bespreken van de juridisch relevante punten, maar om tijd en aandacht voor het verhaal van de ouders. Dit leert de Afdeling bestuursrechtspraak dat ook op dit punt maatwerk moet worden geleverd. In het bijzonder als professionele rechtsbijstand en proceservaring ontbreekt, moeten de staatsraden burgers die daar prijs op stellen extra ruimte geven

⁸² Op grond van artikel 45, tweede lid, van de Wet op de Raad van State kunnen klachten niet gaan over een rechterlijke uitspraak of een daaraan voorafgaande rechterlijke beslissing. Dit staat er echter niet aan in de weg dat kan worden geleerd van klachten.

om hun verhaal te vertellen. Dit zal bijdragen aan het gevoel gehoord te worden en is van belang voor de ervaren procedurele rechtvaardigheid.

Daarnaast heeft de reflectie opgeleverd dat de taal die in uitspraken wordt gebruikt voor ouders niet makkelijk te begrijpen is. De Afdeling bestuursrecht-spraak heeft de afgelopen jaren al veel aandacht besteed aan het vergroten van de begrijpelijkheid en toegankelijkheid van haar uitspraken. Een omvang-rijk taalproject is in 2021 afgesloten. De aandacht voor begrijpelijke taal wordt vanaf 2022 onderdeel van het reguliere opleidingsprogramma.

Actiepunten

- Onderzoek de mogelijkheden om staatsraden en juristen intensiever te laten samenwerken in de fase van vooronderzoek.
- Bevorder projectmatig werken en de organisatie van themazittingen.
- Heroverweeg de spelregels en de communicatie over de spreektijd op zitting.
- Blijf investeren in begrijpelijk taalgebruik.
- Onderzoek wat er nodig is aan wijzigingen in de interne werkwijze en processen om de actiepunten te implementeren.

5.7 Schikkingen

Tijdens de reflectiegesprekken zijn de schikkingen door zowel de ouders, advocaten als vertegenwoordigers van de Belastingdienst/Toeslagen aan de orde gesteld. Bij de Afdeling bestuursrecht-spraak worden normaliter weinig zaken geschikt. Dit heeft te maken met de aard van de geschillen en daarmee samenhangend het feit dat veel burgers geen ruimte hebben of voelen om te schikken, met het aantal betrokken procespartijen en met de ongelijkheid van de procespartijen in kennis en proceservaring. Uit dossieronderzoek in het kader van de reflectie is gebleken dat in kinderopvangtoeslagzaken vanaf 2015 in ongeveer 10% van de zaken over nihilstellingen een schikking is getroffen. Dat is relatief veel. Uit de reflectie komt naar voren dat advocaten de mogelijkheid om te schikken op zich als positief ervaren. Wel vragen zij aandacht voor een meer gelijksoortige benadering van zaken. Bij sommige staatsraden werd vaak geschikt, bij anderen nooit. Verder merken advocaten op dat een relatief groot aantal schikkingen een teken kan zijn van een onderliggend probleem, te weten (te) strenge wetgeving, uitvoering en of rechtspraak.

De Afdeling bestuursrecht-spraak registreert de schikkingen niet. Omdat de zaak als onderdeel van de schikking eindigt met een intrekking van het (hoger)beroepschrift worden deze zaken ook niet gepubliceerd. Daardoor is onbekend hoeveel zaken worden geschikt, welke rechters wel en niet schikken, om welke redenen en onder welke condities. De Afdeling

bestuursrechtspraak ziet hierin aanleiding de werkwijze rondom schikkingen te professionaliseren. Registratie en periodieke analyse van schikkingen kan bijdragen aan het inzicht in de werking van wetgeving en in de praktijk van de uitvoering. Hoewel schikkingen in individuele gevallen tot een rechtvaardige of rechtvaardiger oplossing leiden, kunnen schikkingen bredere, onderliggende problemen versluieren en afhouden van een meer structurele oplossing voor gesignaleerde hardheid in wetgeving, uitvoering of rechtspraak. Met de rechtbanken is al afgesproken dat gewerkt zal worden aan een verbeterde uitwisseling van relevante informatie, zoals over schikkingen.

Actiepunten

- Zorg voor een systeem van registratie van intrekkingen en schikkingen.
- Organiseer een periodieke analyse van schikkingen.
- Bevorder de uitwisseling van informatie met rechtbanken over
 - meer dan incidentele – schikkingen.

5.8 Andere knellende zaken

Naast de reflectie op de behandeling van kinderopvangtoeslagzaken is gekeken naar de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak op andere bestuursrechtelijke terreinen, met bijzondere aandacht voor situaties waarin burgers in de knel kunnen komen door strenge wetgeving en uitvoering. Dit is gebeurd op basis van oproepen, meldingen en gesprekken. Daarna zijn de binnengekomen reacties geïnventariseerd. Deze inventarisatie geeft een gevarieerd beeld van rechtsgebieden, onderwerpen en vermeende aandachtspunten in wetgeving of bestuurspraktijk. Deze inventarisatie is niet alleen van belang voor de bestuursrechtspraak, maar ook voor de andere staatsmachten.⁸³

Er zijn tachtig onderwerpen aangedragen. Een selectie van vijftientig onderwerpen die op het werkteerrein van de Afdeling bestuursrechtspraak liggen, is uitgewerkt.⁸⁴ Daarvan liggen zestien onderwerpen op het terrein van het vreemdelingenrecht en negen op het terrein van het algemeen bestuursrecht. Deze uitwerking is vooral signalerend en beschrijvend van aard: gesignaleerde knelpunt, wettelijke regeling, beleid en jurisprudentie.

⁸³ De rechtbanken hebben geïnventariseerd welke zaaksoorten volgens de rechters zelf als knellend worden ervaren. Genoemd zijn onder andere: bepaalde soorten vreemdelingenzaken, zaken over verklaringen omtrent gedrag, bijstandszaken, rijbewijszaken, zaken op grond van artikel 13b Opiumwet, besluiten van DUO, Wav-zaken, coronawetgeving, bepaalde belastingzaken en PGB-zaken. Zie hierover 'Recht vinden bij de rechtbank; lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken', rapport van de werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken, te vinden op www.rechtspraak.nl, par. 5.1.2.'

⁸⁴ De groslijst is als bijlage opgenomen in het verslag van de werkgroep juridische reflectie. De vijftientig geselecteerde onderwerpen zijn ook opgesomd in bijlage 5.

De Afdeling bestuursrechtspraak onthoudt zich uitdrukkelijk van een oordeel of bij die vijftientig onderwerpen sprake is van een knellende situatie. Het gaat om onderwerpen die externen hebben aangedragen en die zij als knellend ervaren.⁸⁵ Concrete aanbevelingen om de jurisprudentie te wijzigen worden niet gedaan. De beslissing daarover is aan de Afdeling bestuursrechtspraak, aan de zittingskamers in toekomstige zaken over deze onderwerpen. Rechtspraak is niet statisch en permanent in ontwikkeling, wat ook geldt voor enkele van de aangedragen knelpunten.⁸⁶

Relatief veel onderwerpen liggen op het terrein van de uitvoering en het bewijsrecht. Vermeende knelpunten worden niet zo zeer veroorzaakt door strenge wetgeving, maar door strenge uitvoeringspraktijken. Daarbij worden hoge eisen gesteld aan rechtzoekenden bij het aantonen of aannemelijk maken van feiten. Dit raakt aan de onderwerpen (bewijs)voorlichting, bewijslastverdeling en het (actief) onderzoek naar de feiten. De bestuursrechter moet eraan bijdragen dat het bestuur geen onmogelijke of onredelijke bewijzeisen stelt aan burgers. Tevens moet hij waken voor een mogelijke overschatting van het vermogen van de burger zijn eigen zaak in de procedure bij het bestuur (in bezwaar) en bestuursrechter (in beroep en hoger beroep) adequaat te behartigen.⁸⁷ Het 'doenvermogen' van burgers wisselt sterk. De bestuursrechter zal hiermee rekening moeten houden bij de beantwoording van de vraag of binnen de kaders die de wet stelt, enige vorm van ongelijkheidscompensatie op zijn plaats is. Zo nodig zal de bestuursrechter meer werk moeten maken van de feitenvaststelling, omdat dat de basis is voor goede rechterlijke oordeelsvorming. Daarbij wordt betrokken de vraag naar de juistheid en volledigheid van de informatie die het bestuursorgaan overlegt.

Zoals hiervoor reeds vermeld is, moet worden gezien welke juridische instrumenten de bestuursrechter ter beschikking staan om ongewenste hardheid van wetgeving of uitvoering te voorkomen of te beperken tot aanvaardbare gevolgen. Hierbij wordt rekening gehouden met het burgerperspectief en het algemeen publieke belang dat de desbetreffende wettelijke regeling of beleidsregeling beoogt te dienen.

⁸⁵ Een aantal vermeende knelpunten wordt ook genoemd in de publicatie 'Ongehoord onrecht'. De publicatie is op 12 april 2021 aangeboden aan Tweede Kamerleden en de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak door enkele asieladvocaten namens de beroepsverenigingen Specialistenvereniging Migratierecht Advocaten (SVMA) en Vereniging Asieladvocaten en Juristen Nederland (VAJN).

⁸⁶ Dit geldt de Chavez-rechtspraak, het steunbewijs bij seksuele gerichtheid en de woningsluitingen op grond van de Opiumwet. Zie hiervoor de paragrafen 5.8.5, 5.12.5 en 5.20.6 van het verslag van de werkgroep juridische reflectie.

⁸⁷ Zie voor een meer uitvoerige bespreking par. 5.29 van het verslag van de werkgroep juridische reflectie 'Terugblik op de knelpunten'.

Actiepunten

- Besteed meer aandacht aan de feitenvaststelling en aan bewijs, bewijsvoorlichting en de bewijslastverdeling daar onder begrepen.
- Overweeg het vragen van een of meer conclusies van staatsraden advocaat-generaal over feitenvaststelling en bewijs.
- Betrek de rechtswetenschap bij het onderwerp feitenvaststelling en bewijs.
- Onderzoek op welke wijze de kennisunit bestuursrechtspraak aan het onderwerp feitenvaststelling en bewijs kan bijdragen.

5.9 Het vervolgtraject

Het reflectieprogramma van de Afdeling bestuursrechtspraak stond en staat in het teken van het verbeteren van de rechterlijke oordeelsvorming in het belang van een kwalitatief hoogwaardige bestuursrechtspraak. De reflectie heeft veel informatie opgeleverd. Analyse van die informatie heeft geleid tot bevindingen, die vervolgens zijn vertaald in aanbevelingen en actiepunten. De actiepunten zijn hiervoor vermeld per thema.⁸⁸

Dat het reflectieprogramma is afgerond wil niet zeggen dat het werk is gedaan. Integendeel. Er zal hard gewerkt moeten worden om inhoud te geven aan de aanbevelingen en de actiepunten. Allereerst zal de inhoud van dit rapport intern worden besproken. Aan het reflectieprogramma is actief bijgedragen door de werkgroepen en de stuur- en projectgroep, dat wil zeggen ongeveer twintig personen. Aan de interne gesprekken hebben ongeveer vijftig staatsraden en juristen deelgenomen. De overige staatsraden en juristen, ongeveer 250 collega's, zijn op hoofdlijnen geïnformeerd, maar hebben nog niet de kans gehad hun visie te geven op de uitkomst van de reflectie. Ook zij willen mee kunnen denken over de vraag hoe invulling te geven aan de actiepunten en de aanbevelingen. Deze gesprekken zullen worden georganiseerd in het eerste kwartaal van 2022.

Het reflectieprogramma is zeer intensief geweest. Het heeft veel tijd en energie gekost van de werkgroepen, stuur- en projectgroep, die dat naast hun gewone werk hebben gedaan. Met de organisatie van het vervolgtraject wordt zo spoedig mogelijk begonnen. Het streven is erop gericht om op basis van een gedragen implementatieplan het vervolgtraject te starten tweede kwartaal van 2022.

⁸⁸ De aanbevelingen zijn opgenomen in bijlage 2.

De actiepunten zijn niet gelijksoortig. Sommige punten zien op activiteiten (cursussen, gesprekken, bijeenkomsten), sommige op organisatie of werkwijzen, andere op cultuur. Sommige punten kunnen snel worden gerealiseerd, andere punten vragen permanente aandacht. Een enkel punt is al omgezet in concrete actie, zoals de versterking van de AG-functie door het aantrekken en benoemen van twee extra staatsraden advocaat-generaal per 1 juli respectievelijk 1 oktober 2021. Verder wordt bij de voorbereiding en bespreking van zaken meer expliciet aandacht besteed aan de materiele rechtvaardigheid en de betekenis van het evenredigheidsbeginsel. Dit mede naar aanleiding van de conclusie over dit beginsel. Ook is al een eerste contact gelegd met de rechtbanken en de Nationale ombudsman over de uitwisseling van informatie. Andere actiepunten zullen de komende periode in gang worden gezet, zoals het opzetten van een registratiesysteem van schikkingen.

Een aantal aanbevelingen en actiepunten ziet op taak en rol van de bestuursrechter en op de organisatie en borging van tegenspraak en externe oriëntatie. Deze onderdelen raken aan het evenwicht tussen de kerntaken van de (hoogste) bestuursrechter en aan de vraag voor wie de bestuursrechter er wil en moet zijn als het erop aankomt. Maar ook aan de vraag hoe intern wordt omgegaan met tegendenkers en tegenspraak. Wordt die tegenspraak gefaciliteerd en gekoesterd?

De Afdeling bestuursrechtspraak realiseert zich dat deze aandachtspunten niet alleen raken aan de interne organisatie en de processen, maar ook aan de cultuur van tegenspraak binnen de organisatie. Daarom zal ook worden geïnvesteerd in niet-juridische vaardigheden voor staatsraden en juristen. Dat is niet een eenmalige activiteit. Voor deze onderdelen is permanente aandacht noodzakelijk. De noodzakelijke trainingen en cursussen zullen worden opgenomen in het opleidingsprogramma voor staatsraden en juristen.

De Afdeling bestuursrechtspraak zal over het reflectieprogramma en het vervolgtraject rapporteren in de jaarverslagen van de Raad van State. Over het reflectieprogramma zal worden gerapporteerd in het jaarverslag over 2021. Over het vervolgtraject zal dit gebeuren in het jaarverslag over 2022 en naar verwachting ook in 2023.

Van sommige ontwikkelingen, bijvoorbeeld het vragen van conclusies en de inzet van 'meedenkers' (*amicus curiae*), zal tussentijds melding worden gemaakt op de gebruikelijke wijze, dat wil zeggen via persberichten en de sociale media.

6. Slotbeschouwing

6. Slotbeschouwing

De kinderopvangtoeslagaffaire is een ‘veelkoppig monster’ genoemd. ‘Monsterlijk’, omdat ouders in de knel zijn gekomen door overheidshandelen met verstrekkende gevolgen waarvan ernst en omvang nog steeds niet volledig worden overzien. Dat is ernstig en zeer te betreuren. ‘Veelkoppig’, omdat de affaire is ontstaan door een stapeling van handelen en nalaten: een complexe mix van factoren en actoren, die tezamen hebben bijgedragen aan een zwarte bladzijde in de geschiedenis van onze rechtsstaat.

De Venetië-commissie heeft onderzoek gedaan naar het geheel van factoren dat heeft bijgedragen aan de kinderopvangtoeslagenaffaire en naar de rol van de afzonderlijke actoren. Alle actoren krijgen forse kritiek te verduren: wetgever, parlement, bestuur en uitvoering en de bestuursrechter, ook de Afdeling bestuursrechtspraak. Weliswaar verwelkomt de Venetië-commissie de omslag in de rechtspraak in oktober 2019, omdat deze heeft bijgedragen aan een oplossing voor andere zaken, maar tegelijk oordeelt de Venetië-commissie dat de omslag (te) lang op zich heeft laten wachten. Dit oordeel stemt overeen met de belangrijkste bevinding van de reflectie door de Afdeling bestuursrechtspraak.

De Afdeling bestuursrechtspraak maakt een ontwikkeling door waarbij op tal van rechtsgebieden overheidsbesluiten meer indringend worden getoetst. Dit is vooral vanaf 2015 zichtbaar in tal van uitspraken, zoals over de gaswinning in Groningen, de stikstofproblematiek en de aanleg van rijkswegen, maar ook bij uitspraken over woningsluitingen, het alcoholslot en de huisvestingsboetes.

Die meer kritische opstelling bij de toetsing van overheidsbesluiten was tot oktober 2019 niet terug te zien in de kinderopvangtoeslagzaken over de ‘alles-of-niets’-lijn. Dat valt zeer te betreuren. De ouders die tekort zijn gedaan doordat te lang aan de strenge lijn is vastgehouden, hebben recht op onze excuses.

Het rapport van de Venetië-commissie bevat ook een positieve boodschap:

“Nederland is een goed functionerende staat met sterke democratische instituties en garanties voor het bewaken van de rechtsstaat. Hoewel de tekortkomingen in de individuele rechtsbescherming die aan het licht zijn gekomen in de kinderopvangtoeslagaffaire ernstig en systemisch zijn en alle staatsmachten daarbij een rol spelen, hebben uiteindelijk de mechanismen van de rechtsstaat in Nederland gewerkt. De tekortkomingen worden serieus genomen door alle onderdelen van de overheid, hetgeen positief is. In het belang van de burgers lijkt Nederland in staat en bereid om gemaakte fouten te benoemen en te herstellen.”

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft uitgebreid gereflecteerd op eigen handelen. Met de oprechte wens te leren van het verleden. De reflectie heeft de Afdeling bestuursrechtspraak veel gebracht. Er is geleerd van de gesprekken met de ouders en met vele anderen. De externe begeleidingscommissie constateert dat de Afdeling bestuursrechtspraak met het reflectieprogramma een belangrijke stap heeft gezet, maar dat het nu aankomt op het daadwerkelijk gebruik van kwaliteitsinstrumenten en de uitvoering van alle aanbevelingen, inclusief die over interne en externe dialoog en tegenspraak. Dit stimuleert de Afdeling bestuursrechtspraak hard te werken aan zo optimaal mogelijke kwaliteit van de bestuursrechtspraak. Dat is nodig om het vertrouwen in de bestuursrechtspraak te herstellen en om te helpen voorkomen dat burgers opnieuw klem komen te zitten tussen de raderen van wetgeving, bestuur en bestuursrechtspraak.

Bijlagen

Bijlage 1: Organisatie van het project

Externe begeleidingscommissie

- prof. dr. H.R.B.M. Kummeling, voorzitter, rector magnificus, Universiteit Utrecht
- mr. drs. R.R. Crince le Roy, advocaat te Rotterdam, lid van de algemene raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) en per 1 januari 2022 algemeen deken van de NOvA
- prof. mr. dr. A.R. Mackor, hoogleraar professie-ethiek, in het bijzonder van juridische professies, Rijksuniversiteit Groningen
- prof. mr. Y.E. Schuurmans, hoogleraar staats- en bestuursrecht, Universiteit Leiden
- mr. A. Stehouwer, gemeentelijke ombudsman in Den Haag en Leidschendam-Voorburg
- mr. G.H. van Dongen, secretaris, raadadviseur

Stuurgroep

- mr. B.J. van Ettehoven, voorzitter, voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak/opdrachtgever van het reflectieprogramma
- mr. C.H.M. van Altena, staatsraad/voorzitter van de algemene kamer
- mr. R.J.J.M. Pans, staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak
- mr. dr. R.K. Visser, projectleider/voormalig secretaris van de Raad van State
- mr. R.A. de Wit, directeur Bestuursrechtspraak
- mr. S.E. ten Hulsen, projectsecretaris

Projectgroep

- mr. dr. R.K. Visser, voorzitter, projectleider/voormalig secretaris van de Raad van State
- mr. C.J. Borman, voorzitter werkgroep 2/staatsraad en unitvoorzitter Algemene kamer
- mr. A.D.J.D. van der Heijden, jurist bij de directie Bestuursrechtspraak
- mr. S.T. Heijstek- van Leussen, jurist/directiesecretaris Bestuursrechtspraak
- mr. J.H. van Malde, jurist/unithoofd Algemene kamer bij de directie Bestuursrechtspraak
- mr. H.C.P. Venema, voorzitter werkgroep 1/staatsraad en unitvoorzitter Omgevingskamer
- mr. S.E. ten Hulsen, projectsecretaris

Werkgroep 1: rechterlijke oordeelsvorming

- mr. H.C.P. Venema, voorzitter, staatsraad en unitvoorzitter Omgevingskamer
- mr. C.C.W. Lange, vicevoorzitter, staatsraad in de Afdeling bestuursrecht-spraak
- mr. J.J. van Eck, staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak (tot 1 september 2021)
- dr. mr. M. Scheele, jurist bij de directie Bestuursrechtspraak
- mr. N. Tibold, jurist bij de directie Bestuursrechtspraak
- mr. D.A. Verburg, staatsraad/unitvoorzitter Vreemdelingenkamer
- drs. R. van der Veer, secretaris, raadadviseur

Werkgroep 2: juridische reflectie

- mr. C.J. Borman, voorzitter/staatsraad en unitvoorzitter Algemene kamer
- mr. E.J. Daalder, staatsraad/unitvoorzitter Algemene kamer
- mr. J.H. Roelfsema, jurist en coördinator Algemene kamer
- mr. dr. H.G. Sevenster, staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak
- mr. dr. M.K.G. Tjepkema, jurist en hoofd kennisunit bij de directie bestuursrechtspraak
- mr. I.S. Ouweland, secretaris, jurist bij de directie Bestuursrechtspraak

Externe gespreksbegeleiders

- drs. I. Heikoop, arbeidspsycholoog
- mr. D. Radder, rechter bij het gerechtshof Amsterdam
- prof. dr. R. van Eijbergen, hoogleraar integriteit en kwaliteit van organisaties Vrije Universiteit Amsterdam, mediator en coach
- mr. J.W. Moors, rechter en bestuurslid bij de rechtbank Noord-Holland

Externe adviseurs

- Dr. B. Brink, docent beleidswetenschap, Rijksuniversiteit Groningen
- Prof. dr. H.B. Winter, hoogleraar bestuurskunde, Rijksuniversiteit Groningen

Bijlage 2: Overzicht van de aanbevelingen

Aanbevelingen van de werkgroep juridische reflectie

De werkgroep juridische reflectie beveelt op basis van haar bevindingen de Afdeling bestuursrechtspraak aan om in situaties van knellende regels of uitvoeringspraktijken in ieder geval de volgende tien uitgangspunten in acht te nemen, voordat zij een uitspraak doet.

1. De rechter moet erop letten dat een goed overzicht bestaat van het bredere terrein waartoe de betrokken zaak behoort. Het bestuursorgaan moet gevraagd worden welke andere zaken van deze of verwante categorieën voorkomen en wat de uitstraling zal zijn van een uitspraak voor die andere zaken. Voorkomen moet worden dat harde rechtspraak ontstaat die in het concrete geval te verklaren valt, maar die een precedent schept voor andere nog onbekende gevallen waarin de uitkomst niet redelijk is. Bij het uitzetten van de lijnen in de rechtspraak moeten deze niet worden 'dichtgetimmerd', maar moeten deze zo worden geformuleerd dat altijd rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van het concrete geval. Het kan raadzaam zijn om de jurisprudentie aanvankelijk 'zaak-voor-zaak' op te bouwen en pas op een later moment een lijn te formuleren.
2. In samenhang met het vorige punt: de rechter moet ervoor waken, mogelijk onbedoeld, een oordeel te geven over punten waarover een oordeel niet noodzakelijk is en waarover geen compleet beeld bestaat.
3. De rechter moet voorzichtig zijn met het geven van een dwingende uitleg aan de wet, zeker als dit gevolgen heeft die hard uitwerken voor de burger en de wet niet voorziet in 'ventielen' om hardheden te voorkomen. De rechter moet aan de hand van tekst, wetssystematiek en wetsgeschiedenis kritisch nagaan in hoeverre er concrete aanknopingspunten zijn te vinden voor de conclusie dat een bepaalde wetsuitleg onontkoombaar is.
4. Als toepassing van de wet leidt tot knellende situaties voor burgers, moet de rechter bezien in hoeverre de in dit rapport vermelde juridische instrumenten om hardheid tegen te gaan in het concrete geval kunnen worden gebruikt om hardheid weg te nemen of terug te brengen tot een proportioneel resultaat.
5. De rechter moet bij partijen goed doorvragen naar de nadelige gevolgen die het besluit voor de burger meebrengt en naar de redenen van het bestuursorgaan om het besluit in deze voor de burger belastende zin te nemen.

6. De rechter moet bij het bestuursorgaan informeren op welke wijze het besluit ten uitvoer wordt gelegd en in hoeverre deze tenuitvoerlegging tot voor de burger nadelige gevolgen leidt. Er moet voldoende zicht zijn op het vervolg van de zaak.
7. Als een bestaande jurisprudentielijn op de voorgelegde zaak toepasbaar is, moet de rechter steeds in het concrete geval bezien of deze tot een redelijke uitkomst leidt en als dit niet het geval is, bezien of de feiten en omstandigheden rechtvaardigen dat van die lijn wordt afgeweken of die lijn wordt aangepast.
9. Als dit voor het verkrijgen van een volledig beeld nodig is, moet de rechter gebruikmaken van de mogelijkheid om door anderen te worden geïnformeerd om dit beeld te completeren, bijvoorbeeld door een conclusie te vragen aan de staatsraad advocaat-generaal (art. 8:12a van de Awb) of met inzet van de *amicus curiae* (het nieuwe art. 8:12b van de Awb).
10. De rechter moet kennisnemen van relevante kritische signalen vanuit de juridische literatuur en de rechtbanken en deze betrekken bij zijn oordeelsvorming.
11. De rechter moet zich een zo goed mogelijk beeld vormen van de maatschappelijke context waarbinnen de uitspraak wordt gedaan, bijvoorbeeld door hierbij relevante rapportages en adviezen te betrekken, zoals rapporten van de WRR en de Nationale ombudsman.

Aanbevelingen van de werkgroep rechterlijke oordeelsvorming

A. Over taakopvatting/attitude van de bestuursrechter

1. Maak (nog) meer werk van de feitenvaststelling, omdat dat de basis is van goede rechterlijke oordeelsvorming. Wees er alert op dat aangeleverde dossiers niet noodzakelijkerwijs compleet zijn. Voor zover de voor de beslissing benodigde feiten niet al in het vooronderzoek duidelijk zijn (geworden), zorg er dan voor deze duidelijkheid alsnog op zitting te krijgen. Zeker als het gaat om kwetsbare burgers die niet beschikken over goede rechtsbijstand.
2. Heroverweeg de 'vrije' spreektijd van vijf minuten aan het begin van de zitting als een goede manier om alles naar boven te krijgen wat naar boven moet komen, waaronder duidelijkheid over de voor de beslissing benodigde feiten.

3. Laat bij het uitleggen van nieuwe wetten zo mogelijk ruimte voor het maken van een afweging in individuele gevallen gericht op een rechtvaardige uitkomst van de beslissing.
4. Als uit een oogpunt van rechtsvorming wordt gekozen voor het uitzetten van een strenge rechtspraaklijn is het aan te bevelen deze lijn periodiek te herijken. Wees alert op signalen van knellende wetgeving en/of uitvoering.
5. Ontwikkel criteria op grond waarvan er, ook als er geen kritiek klinkt, aanleiding bestaat om bepaalde rechtspraaklijnen op gezette tijden opnieuw te bezien. Betrek bij de concrete toepassing en de herijking van de rechtspraaklijn relevante ontwikkelingen in de buitenwereld. Registreer intrekkingen en schikkingen, ook ten behoeve van het ontwikkelen van deze criteria.
6. Houd bij de toepassing van een rechtspraaklijn in concrete gevallen steeds de materiële rechtvaardigheid in het oog: Wat zijn de gevolgen van de toepassing van de rechtsregel in dit ene geval? Ontwikkel hiervoor vaardigheden op het gebied van moreel beraad.
7. Agendeer periodiek besprekingen intern en met externen over de taak van de hoogste bestuursrechter en zijn positie binnen de trias. Van die discussie moet deel uitmaken wat de verantwoordelijkheid van de rechter is als de andere machten 'haperen'.

B. Over interne samenwerking

1. Het verdient aanbeveling structureel ruimte te bieden aan tegenspraak en aandacht te bevorderen voor bijzondere aspecten van de individuele zaak. Dat houdt ook in dat staatsraden en juristen bij twijfel over de uitkomst ruimte moeten ervaren om de 'stopknop' in te drukken.
2. Schep duidelijkheid over de criteria die gelden bij een beoordeling van een individuele zaak, bijvoorbeeld aan de hand van de eerdergenoemde toetsstenen voor goede rechtspraak.
3. Benoem vanuit welke kernwaarden je intern met elkaar spreekt.
4. Faciliteer nog meer dan nu het geval is het bieden van tegenspraak, bijvoorbeeld door opleidingen en trainingen van niet-juridische kennis en vaardigheden om het gesprek aan te gaan over de gewenste uitkomst van een zaak, inclusief de materiële rechtvaardigheid.

5. Werk in geval van twijfel over het antwoord op nieuwe rechtsvragen bij het bepalen van een nieuwe rechtspraaklijn verschillende denkrichtingen naast elkaar uit.
6. Werk samen in projectteams bestaande uit staatsraden en juristen en organiseer themazittingen. Hiermee wordt de samenwerking tussen staatsraden en juristen van aanvang af gestimuleerd en wordt een verdere intensivering bewerkstelligd van onderwerp- en themagericht werken. Houd daarbij de vinger aan de pols en evalueer hoe dat werkt.

C. Over externe oriëntatie

1. Het verdient aanbeveling de externe oriëntatie meer gestructureerd te organiseren op inhoud en ook meer thematisch. Dat zou kunnen door externe oriëntatie als een aparte taak van de Afdeling bestuursrechtspraak te zien en deze bijvoorbeeld te beleggen bij de kennisunit van de directie Bestuursrechtspraak.
2. Onderzoek op welke wijze informatie over kwetsbare en minder mondige burgers ontvangen kan worden. Ervaar ook de leefwereld van die burgers, bijvoorbeeld door het volgen van (maatschappelijke) stages.
3. Agendeer meer nog dan nu tegenspraak afkomstig van de buitenwereld (wetenschap en publieke organisaties).
4. Faciliteer externe tegenspraak door het vragen van conclusies van een staatsraad advocaat-generaal en het organiseren van bijeenkomsten met externe deskundigen.
5. Investeer nog meer in begrijpelijke taal, zodat de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak voor zo veel mogelijk mensen te volgen en dus ook waardevol te bekritisieren is.
6. Overweeg terugkoppeling aan de wetgever, al dan niet in de uitspraak als je als hoogste bestuursrechter binnen de bestaande kaders geen ruimte ziet om te komen tot materiële rechtvaardigheid.

Bijlage 3: Cijfermatig overzicht kinderopvangtoeslagzaken

In de periode van 2008 tot 2020:

- zijn 1.875 hogerberoepszaken over kinderopvangtoeslagen behandeld
- zijn 284 hogerberoepszaken ingetrokken en
- is in 1.591 hogerberoepszaken uitspraak gedaan
- waarvan ongeveer 1.000 zaken over besluiten tot nihilstelling
- In dezelfde periode deed de Afdeling bestuursrechtspraak in totaal 160.821 uitspraken

Deze cijfers per jaar in een tabel:

Jaar	Uitspraak	Ingetrokken	Totaal	Alle uitspraken
2008	5	0	5	9.763
2009	2	1	3	10.520
2010	15	1	16	13.374
2011	122	6	128	14.517
2012	184	25	209	13.618
2013	279	57	336	14.215
2014	209	40	249	12.806
2015	280	62	342	11.799
2016	163	23	186	10.972
2017	173	23	196	12.838
2018	111	14	125	13.481
2019	45	26	71	13.525
2020	3	6	9	9.393
Totaal	1.591	284	1.875	160.821

Bijlage 4: Lijst van soorten geschillen over kinderopvangtoeslagen

De kinderopvangtoeslagzaken die de Afdeling bestuursrechtspraak behandelde, gaan behalve over de 'alles-of-niets'-lijn en de evenredigheid ook over andere soorten geschillen. Hieronder wordt een niet-limitatieve opsomming gegeven van onderwerpen/rechtsvragen waarmee de Afdeling bestuursrechtspraak is geconfronteerd.

1. vereiste van registratie van het kindercentrum/gastouderbureau
2. vereiste van een overeenkomst tussen aanvraagouder en kindercentrum/gastouderbureau
3. vereiste van het verrichten van betaalde arbeid door aanvraagouder
4. verrichten betaalde arbeid door partner aanvraagouder niet vereist
5. opvang kind door kinderdagverblijf of gastouderbureau dat ouder zelf exploiteert
6. bewijsproblemen met betrekking tot betaling kosten kinderopvang
7. deel van de kosten kinderopvang niet (tijdig) betaald
8. gevolgen niet-tijdige beslissing op aanvraag om kinderopvangtoeslag
9. verrekening van de kosten van opvang met loon/inkomsten van de partner/ouder die werkt bij het gastouderbureau dat voor opvang zorgt
10. schenking door de gastouder van een bedrag ter grootte van de door de aanvraagouder te betalen kosten
11. termijn waarbinnen de kosten van kinderopvang moeten zijn betaald
12. stopzetting bevoorschotting
13. herziening definitieve vaststelling kinderopvangtoeslag
14. termijn waarbinnen voorschot of definitieve toeslag kan worden herzien
15. termijn waarbinnen verzoek om herziening definitieve vaststelling kinderopvangtoeslag moet worden gedaan
16. afwijzing verzoek om een persoonlijke betalingsregeling
17. koppelingsbeginsel
18. niet tijdig bezwaar gemaakt
19. niet tijdig beroep ingesteld
20. griffierecht niet tijdig voldaan

Bijlage 5: Lijst van aangedragen knelpunten in wetgeving en uitvoering

De nummering in de kantlijn correspondeert met de desbetreffende paragraaf in het verslag van de werkgroep juridische reflectie, waar de knelpunten uitvoerig in zijn beschreven.

Het vreemdelingenrecht

- 5.4 Bewijzen gezinsverband (met name nareis Eritrea)
- 5.5 (Vrijstelling van) het mvv-vereiste
- 5.6 Buitenschuldvergunning
- 5.7 Artikel 16 Dublinverordening
- 5.8 De Chavez-rechtspraak
- 5.9 Middelen-vereiste
- 5.10 Waardering iMMO-rapport bij beoordeling geloofwaardigheid asielrelaas/medisch steunbewijs
- 5.11 Bewijslast aannemelijk maken nationaliteit/identiteit/herkomst en de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren
- 5.12 Steunbewijs seksuele gerichtheid
- 5.13 Beschikbaarheid en feitelijke toegankelijkheid zorg in land van herkomst (artikel 64 Vreemdelingenwet 2000)
- 5.14 Verruimde gezinshereniging/artikel 8 EVRM
- 5.15 Dublinzaken en bewijs minderjarigheid, interstatelijke vertrouwen
- 5.16 Onjuiste gegevens en niet doorgeven nieuwe gegevens over met name eigen middelen te snel beschouwd als fraude
- 5.17 Beoordeling geloofwaardigheid bekering
- 5.18 Formalisme bij verblijfsogaten, ook bij Nederlanderschap
- 5.19 Te hoge sancties (boetes en terugbetaling lening) bij niet tijdig halen examen statushouders en gezinsmigratie en te weinig oog voor evenredigheid en bijzondere omstandigheden bij inburgering

Het algemeen bestuursrecht

- 5.20 Woningssluitingen op grond van artikel 13b Opiumwet
- 5.21 Koppelingsbeginsel
- 5.22 Recht op gesubsidieerde rechtsbijstand bij afwijzing aanvraag bijstandsuitkering omdat aanvrager zelfredzaam zou zijn
- 5.23 Recht op gesubsidieerde rechtsbijstand bij afwijzing verzoek om een persoonlijke betalingsregeling door de Belastingdienst/Toeslagen
- 5.24 Besluitvorming over schuldhulpverlening
- 5.25 Verklaring omtrent het gedrag (VOG) en verwijderen gegevens uit Justitieel Documentatie Systeem (JDS)
- 5.26 Opleggen bestuurlijke maatregel door CBR terwijl betrokkene is vrijgesproken in combinatie met een ex-tunc-toetsing
- 5.27 Bewijsvermoeden bij handhaving van verkeerd aangeboden huisvuil
- 5.28 De urgentieverklaring

Bijlage 6: De instrumenten ('gereedschap') van de bestuursrechter

De nummering in de kantlijn verwijst naar de desbetreffende paragraaf in het verslag van de werkgroep juridische reflectie. Daarin worden na de inleiding (6.1) in de paragrafen 6.2 tot en met 6.14 verschillende instrumenten besproken die de bestuursrechter kan inzetten bij knellende wetgeving en/of uitvoering van wetgeving.

- 6.2 Voorlichtingsplicht en bewijslastverdeling
- 6.3 Aanvulling van de feiten (artikel 8:69 lid 3 Awb)
- 6.4 Een uitleg van de wet met extra aandacht voor het perspectief van de burger
- 6.5 Toetsing bestreden besluit aan het evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4 lid 2 Awb)
- 6.6 Exceptieve toetsing van door het bestuur vastgestelde beleidsregels
- 6.7 Toetsing van boetes op evenredigheid, ook als rechter het door het bestuursorgaan vastgestelde boetebeleid als zodanig niet onredelijk acht
- 6.8 Toetsing van overeenkomstig redelijk geachte beleidsregel genomen besluit op onevenredigheid (artikel 4:84 Awb)
- 6.9 Toepassing hardheidsclausule (indien aanwezig)
- 6.10 Exceptieve toetsing en zo nodig onverbindend verklaren/buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift, niet zijnde wet in formele zin
- 6.11 Exceptieve toetsing en zo nodig buiten toepassing laten van de wet in formele zin
- 6.12 Toetsing aan het evenredigheidsbeginsel van de Europese Unie (dat wil zeggen op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in het concrete geval)
- 6.13 Toetsing aan artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM bij gestelde inbreuken op het recht op eigendom
- 6.14 Toetsing aan internationale regels ter bescherming van kinderen

Bijlage 7: Voorbeelden van wel/niet verantwoording bedragen aan toeslag

In dit overzicht zijn voorbeelden opgenomen die een beeld geven van de verscheidenheid aan wel/niet verantwoording van ontvangen toeslagen. Die verscheidenheid ziet zowel op de periode (2011 tot en met 2019) als op de omvang van de verantwoording. Van de eerste en de derde situatie die in hoofdstuk 4 van dit rapport zijn behandeld, zijn ieder twee voorbeelden opgenomen. De overige voorbeelden behoren tot situatie 2 en zijn willekeurig gekozen.

Uitspraakdatum	ECLI-nummer	Toeslag- jaar	Hoogte toeslag (in €)	Bedrag niet verantwoord (in €)	Percentage niet verant- woord	Bedrag wel verantwoord (in €)
24 augustus 2011	ECLI:NL:RVS:2011:BR5679	2008	60.000	58.400	97,4%	1.600
11 mei 2016	ECLI:NL:RVS:2016:1247	2012	10.565	5.565	52,7%	5.000
11 mei 2016	ECLI:NL:RVS:2016:1247	2013	2.771	2.771	100%	0
1 juni 2016	ECLI:NL:RVS:2016:1532	2013	16.561	3.101	18,7%	13.460
1 juni 2016	ECLI:NL:RVS:2016:1532	2014	15.115	12.145	80,3%	2.970
8 juni 2016	ECLI:NL:RVS:2016:1610	2009	9.589	296	3,1%	9.293
10 augustus 2016	ECLI:NL:RVS:2016:2183	2014	34.500	10.001	29%	24.499
4 oktober 2017	ECLI:NL:RVS:2017:2646	2013	16.142	7.292	45,2%	8.850
17 januari 2018	ECLI:NL:RVS:2018:136	2012	17.061	190	1,1%	16.871
27 februari 2019	ECLI:NL:RVS:2019:594	2010	13.180	5.054	38,3%	8.126
23 oktober 2019	ECLI:NL:RVS:2019:3535	2014	15.937	2.174	13,6%	13.763
23 oktober 2019	ECLI:NL:RVS:2019:3535	2015	15.937	8.016	50,3%	7.921

Verklaring van
de externe
begeleidings-
commissie

Verklaring van de externe begeleidingscommissie

De Externe begeleidingscommissie (EBC) is een onafhankelijke begeleidingscommissie die het programma van reflectie van de Afdeling bestuursrechtspraak heeft begeleid. De EBC adviseerde over de inhoud van het reflectieprogramma (wat?), de reflectiemethoden (hoe?) en de daarbij te betrekken personen of groepen (wie?). De EBC had tot taak het programma te begeleiden met raad en advies, zowel procedureel als inhoudelijk. De EBC heeft in de periode van februari tot en met november 2021 acht keer vergaderd, waarvan zeven keer met een delegatie van de stuurgroep van de Afdeling bestuursrechtspraak.

De EBC heeft de Afdeling geadviseerd over de inhoud en de onderzoeksvragen van het reflectieprogramma, de daarbij te hanteren methoden en de bij het onderzoek te betrekken personen. De EBC heeft in verschillende fasen van het onderzoek commentaar gegeven op de vraagstelling, de uitvoering van het onderzoek en de wijze van verslaglegging. De EBC heeft gecontroleerd of in de deelverslagen van de werkgroepen en het eindrapport de in het reflectieprogramma gestelde vragen daadwerkelijk beantwoord zijn, of de getrokken conclusies eenduidig uit het onderzoeksmateriaal volgen en of in weergaven van gesprekken alle relevante informatie is opgenomen.

De stuurgroep van de Afdeling bestuursrechtspraak heeft het onderzoek zelf uitgevoerd. Zij wilde in een vertrouwelijke omgeving lessen trekken uit het verleden. Die onderzoeksopzet maakt dat de vraagstelling, de uitvoering van het onderzoek en de verslaglegging in handen van de werkgroepen is gebleven.

Waar het gaat om de verslaglegging van de gesprekken die met verschillende personen en verschillende instanties gevoerd zijn, merkt de EBC het volgende op. Vanwege het feit dat de Afdeling ook dit deel van het onderzoek intern heeft uitgevoerd, heeft de EBC vanaf het begin geadviseerd de gesprekken door onafhankelijke gespreksleiders te laten begeleiden en empirische rechtswetenschappers met methodologische kennis van en ervaring met het doen van kwalitatief onderzoek in te schakelen. De Afdeling heeft vanaf maart onafhankelijke gespreksleiders bij de gesprekken betrokken. De Afdeling heeft nadat de gesprekken gevoerd waren ondersteuning door empirische onderzoekers ingeroepen. De EBC heeft de verslaglegging van de gevoerde gesprekken ingezien. De EBC heeft er echter geen zicht op in welke mate in de gevoerde interne en externe gesprekken is doorgevraagd, wat de variatie aan antwoorden is en hoe breed bepaalde opvattingen zijn gedeeld.

De EBC heeft er bij de Afdeling op aangedrongen om naast de analyse van juridische en organisatorische factoren vooral ook in te gaan op de vraag of en op welke wijze de cultuur van de Afdeling een rol heeft gespeeld bij het late 'omgaan' van de Afdeling. De gespreksverslagen van de interne gesprekken en daarmee het onderzoek hebben de EBC daarin geen scherp inzicht gegeven. Verder heeft de EBC met name gevraagd om zowel de knelpunten, als de aanbevelingen zo nauwkeurig en concreet mogelijk te formuleren, een schema voor de implementatie van de aanbevelingen op te nemen en ook in de komende tijd verantwoording af te leggen over de implementatie van de aanbevelingen.

De Afdeling heeft veel werk verzet en het onderzoek heeft veel juridisch instrumenten en organisatorische aanbevelingen opgeleverd. De EBC constateert dat de Afdeling met het reflectieprogramma een belangrijke stap heeft gezet om de kwaliteit van de bestuursrechtspraak te borgen. Het komt nu aan op het daadwerkelijke gebruik van die instrumenten en de implementatie van de aanbevelingen. De EBC merkt ten slotte op dat de cultuur van interne en externe tegenspraak een nadrukkelijk aandachtspunt is voor de Afdeling.

prof. dr. H.R.B.M. Kummeling, *voorzitter*
mr. drs. R.R. Crince le Roy, *lid*
prof. mr. dr. A.R. Mackor, *lid*
prof. mr. Y.E. Schuurmans, *lid*
mr. A. Stehouwer, *lid*
mr. G.H. van Dongen, *secretaris*

