

University of Groningen

Raad van State wordt de wacht aangezegd

Marseille, Bert

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2021

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Marseille, B. (2021, okt. 18). Raad van State wordt de wacht aangezegd: bestuursrechters blikken terug en vooruit na de toelagenaffaire. <https://www.nederlandrechtsstaat.nl/forum/id420/18-10-2021/raad-van-state-wordt-de-wacht-aangezegd-bestuursrechters-blikken-terug-en-vooruit-na-toelagenaffaire.html>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.



FORUM

RAAD VAN STATE WORDT DE WACHT AANGEZEGD: BESTUURSRECHTERS BLIKKEN TERUG EN VOORUIT NA TOESLAGENAFFAIRE

BERT MARSEILLE - 18.10.2021

Op vrijdag 8 oktober 2021 publiceerde de ‘Werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken’ het rapport ‘[Recht vinden bij de rechtbank. Lessen uit de toeslagenaffaire](#)’. Het rapport bevat

een even gedetailleerde als genuanceerde reconstructie van toeslagenjurisprudentie van de rechtbanken en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Daarnaast wordt de blik op de toekomst gericht: hoe moeten de bestuursrechters van de rechtbanken verder? De kern van het rapport laat zich in drie woorden samenvatten: verbazing, ontgoocheling en vastbeslotenheid. Verbazing, over de uitleg die de Afdeling tot oktober 2019 aan de Wet op de kinderopvang (Wko) gaf, ontgoocheling, over de reactie van de Afdeling op de even weldoordachte, hoffelijke als dringende poging van de rechtbank Rotterdam, zes jaar eerder, om die hoogste bestuursrechter te bewegen tot wijziging van haar jurisprudentie, en vastbeslotenheid, om als rechters van de rechtbanken een herhaling van het toeslagenjurisprudentiedebacle te voorkomen.

Verbazing

Opvallend, maar zeer terecht, stelt het rapport dat de kern van het probleem van de hardvochtige jurisprudentie van de Afdeling in kinderopvangtoeslagzaken niet lag in de beoordeling van de terugvorderingsbeslissing van de Belastingdienst/Toeslagen, maar in de beoordeling van de daaraan voorafgaande herzieningsbeslissing. Tot 2019 was de lijn van de jurisprudentie dat de Belastingdienst bij geen van beide beleidsvrijheid had. Slaagde iemand die kinderopvangtoeslagen had ontvangen er niet in de verschuldigde eigen bijdrage in zijn geheel te verantwoorden, dan bestond – aldus de Afdeling – geen aanspraak op enige toeslag (de zogeheten ‘alles of niets’-benadering) en was de Belastingdienst verplicht de toeslag te herzien naar nul en de volledige toeslag terug te vorderen.

De discussie over de jurisprudentie van de Afdeling kenmerkt zich sinds het verschijnen van het [rapport](#) van de Parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslagen (de Commissie Van Dam) zowel door een bijna [obsessieve](#) aandacht voor de vraag of de Afdeling in de terugvorderingsbepaling (artikel 26 Awir) geen beleidsvrijheid had moeten lezen, als door een gebrek aan

aandacht voor de interpretatie van de Wko door de Afdeling.

De nadruk die in de discussie over de rol van de Afdeling is komen te liggen op de interpretatie van artikel 26 Awir, heeft als consequentie dat de Afdeling meer uit de wind wordt gehouden dan gerechtvaardigd is. Het ‘artikel 26 Awir-verwijt’ aan de Afdeling (“je had je nek meer moeten uitsteken en door middel van een creatieve interpretatie van het schijnbaar spijkerharde artikel 26 Awir de Belastingdienst moeten dwingen tot coulance bij de terugvordering”) is namelijk een stuk minder zwaar dan het ‘Wko-verwijt’ (“je hebt de wet niet goed gelezen; de Wko dwingt de Belastingdienst niet tot een ‘alles of niets’-benadering, maar juist tot het inachtneming van het evenredigheidsbeginsel bij beslissingen over het herzien van de toeslag”).

De analyse in het rapport van de rechters van de rechtbanken zet die onevenwichtigheid recht. De werkgroep vindt het, in het licht van wat er allemaal wel en niet in de Awir en in de Wko is te lezen, te begrijpen dat de Afdeling tot oktober 2019 geen beleidsvrijheid in artikel 26 Awir las, maar vindt het des te verbazender dat de Afdeling consequent stelde dat de Belastingdienst geen beleidsvrijheid had bij de beslissing over het herzien van de toeslag. Die [wat mij betreft](#) meer dan terechte verbazing verklaart ook de daaropvolgende ontgoocheling en vastbeslotenheid. [bestuursrecht](#), aan de Rijksuniversiteit Groningen

Ontgoocheling

Het rapport biedt een schat aan informatie over hoe rechtbanken toeslagenzaken hebben beoordeeld en hoe de Afdeling de rechtbankuitspraken heeft getoetst. De meeste rechtbanken hebben zich snel gevoegd naar de harde lijn van de Afdelingsjurisprudentie. Rotterdam was een uitzondering. Die rechtbank vormde jurisprudentie waarmee zij de Belastingdienst probeerde te dwingen naar de menselijke maat te handelen. Tevergeefs.

Het verhaal van Rotterdam wordt verteld in de hoofdttekst van het rapport, maar ook in twee korte beschouwingen van rechters die nauw betrokken waren bij de totstandkoming van die jurisprudentie. Een van die rechters schrijft: “Aan team 3 waren de kinderopvangtoeslagzaken toebedeeld hoewel het team, net zoals ik, geen of weinig ervaring had met dit type zaken. Binnen het team werd een clubje geformeerd dat zich met deze toeslagzaken zou gaan bezighouden. Ik maakte deel uit van dit clubje. We zijn in de materie gedoken. Die bleek een stuk lastiger en weerbarstiger dan ik had gedacht. Ingewikkelde regelgeving, gebrekkige toelichting in folders, een vergaande mate van automatisering en een Belastingdienst die pas kort voor of op zitting met een inhoudelijk standpunt kwam. Desondanks kregen we als clubje geleidelijk aan meer zicht op het rechtsgebied en wat er zoal speelde. Goedwillende ouders bleken de dupe te zijn van gastouderbureaus die hun zaakjes niet op orde hadden en kleine

onvolkomenheden bleken reusachtige gevolgen te hebben. De ‘alles of niets’-benadering van de Raad van State knelde steeds meer en voelde onrechtvaardig aan. We zijn toen op zoek gegaan naar (nieuwe) juridische argumenten en invalshoeken om de Belastingdienst en de Raad van State op andere gedachten te brengen.”

Die zoektocht leidde tot een [uitspraak van 18 juli 2013](#), waarin de rechtbank Rotterdam op grond van een uitvoerige analyse van de Wko tot de conclusie komt dat die wet de Belastingdienst er niet toe dwingt om de toeslag volledig te herzien naar nul als de rechtzoekende “weliswaar niet heeft aangetoond alle kosten van de kinderopvang te hebben betaald, maar wel tenminste het bedrag van de ontvangen toeslag is aangewend voor bestrijding van deze kosten”. In een ‘benen op tafel’-bijeenkomst van de rechtbanken met de Afdeling, begin 2014, agendeerden de Rotterdamse rechters hun uitspraak, om het probleem van de uiterst strenge Afdelingsjurisprudentie extra onder de aandacht te brengen. Het mocht niet baten. De in Rotterdam gevormde jurisprudentie werd in een reeks uitspraken vanaf oktober 2014 door de Afdeling [van tafel geveegd](#), zonder dat de Afdeling in haar uitspraken de moeite nam te beredeneren waarom de argumentatie van de rechtbank niet zou deugen.

Dezelfde Rotterdams rechter: “In oktober 2014 viel de langverwachte uitspraak op de mat. Na lezing overheersten teleurstelling en ontgoocheling bij ons, want het leek alsof de Raad van State ons niet had gehoord.”

Over het hoe en waarom van de Rotterdamse weerstand schrijft de rechter ten slotte: “Ik heb mij de vraag gesteld hoe het komt dat de rechtbank Rotterdam in 2013 wél op de barricaden is geklommen en weerwerk heeft geleverd. De zaken zelf en de frisse blik hebben hiertoe bijgedragen, en vooral de groepsdynamiek. Ieder van ons was, los van elkaar, tot dezelfde conclusie gekomen. Wij zaten er allemaal hetzelfde in en dat terwijl wij uit verschillende windstreken kwamen. We voelden ons gesterkt door elkaar. We wilden ons niet verschuilen achter vaste rechtspraak. We wilden er wat aan doen en we vonden dat we er iets aan moesten doen. Het is deze attitude, deze grondhouding, geweest die in mijn optiek de doorslag heeft gegeven.”

Na oktober 2014 hebben de rechtbanken nauwelijks nog uitspraken gedaan waarin werd afgeweken van de vaste jurisprudentie van de Afdeling.

Vastbeslotenheid

Het rapport van de rechters bevat tal van aanbevelingen om te voorkomen dat de rechtspraak in de toekomst nog een keer in een toeslag-achtige affaire belandt. De meest verstrekkende betreft de verhouding tussen rechtbanken en hoger beroepsinstanties, waaronder de Afdeling.

Waarom hebben de rechtbanken zich, na kortere of langere tijd, gevoegd naar de uiterst strenge toeslagenjurisprudentie van de Afdeling? Twee argumenten worden veelvuldig genoemd. Het eerste is dat het geen zin zou hebben een rechtzoekende blij te maken met een dode mus, in de vorm van een voor hem gunstige rechtbankuitspraak waarvan zeker is dat die vernietigd wordt als er hoger beroep tegen wordt ingesteld. Het tweede argument is dat de rechtseenheid eist dat in gelijke gevallen gelijke uitspraken worden gedaan.

Geen van beide argumenten vindt de werkgroep overtuigend. Het dode mus-argument niet, omdat in de toeslagenzaken bleek dat de Belastingdienst veelvuldig geen hoger beroep instelde tegen rechtbankuitspraken waarin zij geen gelijk had gekregen en omdat uit gesprekken die de werkgroep met rechtzoekenden voerde, bleek dat het voor hun rechtsgevoel wel degelijk van betekenis was als de rechtbank hun beroep gegrond verklaarde, ook al werd die uitspraak later door de Afdeling vernietigd.

Ook het rechtseenheidargument overtuigt de werkgroep niet. De samenvatting aan het begin van het rapport is daar het meest duidelijk over. In gevallen waarin voor burgers grote belangen op het spel staan en onevenredig negatieve gevolgen dreigen, zouden rechters van de rechtbanken meer gewicht moeten toekennen aan de rechtsbescherming van het individu dan aan het waarborgen van de rechtseenheid, ook als dat zou betekenen dat de uitspraak van de rechter afwijkt van vaste jurisprudentie van de hoogste rechter.

Met die stellingname wordt de Afdeling bestuursrechtspraak, heel beleefd, maar ook heel vastbesloten, de wacht aangezegd. De rechters van de rechtbanken zeggen in feite: in de toeslagenzaken hebben we ons gevoegd, maar daar zijn we niet langer meer per definitie toe bereid. Als volgzzaamheid betekent dat we uitspraken moeten doen met onrechtvaardige uitkomsten, scheiden onze wegen. De Afdeling is aan zet.