

Tilburg University

De menselijke maat en 'ongekend onrecht'

Essers, Peter

Published in:
Op zoek naar evenwicht

Publication date:
2021

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Essers, P. (2021). De menselijke maat en 'ongekend onrecht'. In T. Kooijmans, J. Ouwerkerk, C. R., & J. Simmelink (Eds.), *Op zoek naar evenwicht: Liber amicorum Marc Groenhuijsen* (pp. 219-229). Wolters Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

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.

De menselijke maat en ‘Ongekend onrecht’

*Kanttekeningen bij het Verslag ‘Ongekend onrecht’ van de Parlementaire
ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag*

Peter Essers

1. Inleiding

Het zal ergens eind jaren zeventig van de vorige eeuw zijn geweest. In een grote collegezaal van wat toen nog de Katholieke Hogeschool Tilburg was, zat ik met vele medestudenten een tentamen te maken. In die tijd werden de docenten van het getentamineerde vak nog ingedeeld als surveillanten. Halverwege het tentamen liep de desbetreffende docent tussen de rijen door van de stoelen waarop de studenten in volle inspanning bezig waren met het maken van het tentamen. Ik was te druk met het tentamen om er erg in te hebben, maar plots tikte deze docent mij op de schouder en fluisterde: ‘weet je dat zeker?’ en liep weer verder. Ik begreep eerst niet waar hij op doelde, maar ineens zag ik het en realiseerde ik me dat ik een rekenfout had gemaakt die op zich onnozel was, maar wel heel vervelende gevolgen zou kunnen hebben voor de beantwoording van de rest van de vraag. Ik ben dat moment en de naam van die docent nooit vergeten. Voor mij was het een teken van de menselijke maat waar (thans) *Tilburg University* nog steeds prat op gaat. Natuurlijk staat in het Tilburgse examenreglement niet dat het surveillerende docenten is toegestaan tijdens het tentamen aanwijzingen aan individuele studenten te geven over het beantwoorden van tentamenvragen, maar het siert deze docent dat hij dat in mijn geval toch deed om te vermijden dat ik vanwege een stomiteit de mist in zou gaan.

Voor mij illustreert dit voorbeeld dat het in aanmerking nemen van de menselijke maat door ‘het gezag’ niet hoeft te worden tegengehouden door wetten en regels. Sterker nog, ik ben van mening dat in een rechtsstaat die menselijke maat nooit mag worden tegengehouden door regelgeving, ook niet als deze democratisch is aangenomen. Toch is dat precies de discussie die wordt gevoerd naar aanleiding van het schandaal van de kinderopvangtoeslag, waarbij tienduizenden ouders het slachtoffer zijn

geworden van een onbarmhartig optredende overheid. Een van de veel gehoorde stellingen in de zoektocht naar de oorzaken en schuldigen aan dit debacle is dat veel ellende voor de ouders voorkomen had kunnen worden indien in de toeslagwetgeving een hardheidsclausule was opgenomen. Doordat de uitvoerende ambtenaren zich aan de letter van de wet moesten houden, was er geen ruimte voor een coulancebeleid met als gevolg het ‘alles-of-niets-beleid’ dat ertoe leidde dat de geringste onvolkomenheid van de zijde van de ouders leidde tot het moeten terugbetalen van de volledige bij wege van voorschot ontvangen kinderopvangtoeslag met alle draconische gevolgen van dien.

In deze bijdrage aan het *liber amicorum* voor mijn zeer gewaardeerde collega Marc Groenhuijsen, ga ik nader in op deze vermeende tegenstelling tussen die menselijke maat en rechtmatigheid. Als uitgangspunt neem ik daarbij het op 17 december 2020 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer aangeboden Verslag van de Parlementaire Ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (hierna: POK)¹ en de reactie op dit Verslag van de voorzitter van de Afdeling bestuursrecht van de Raad van State (hierna: de Afdeling) Bart Jan van Ettehoven in het *NJB* van 15 januari 2021.²

2. Het Verslag van de POK

De Kinderopvangtoeslagaffaire is van een omvang en ernst die voor Nederlandse begrippen ongekend is. De POK constateert dat bij de uitvoering van de kinderopvangtoeslag ‘grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden’.³ Daarbij kunnen volgens de POK alle drie de hoofdrolspelers van de trias politica verwijten worden gemaakt: de wetgever, de uitvoering (specifiek de Belastingdienst/Toeslagen) en de rechtspraak (specifiek van de Afdeling). De wetgever (regering en parlement) wordt verweten dat hij wetgeving heeft gemaakt ‘die spijkerhard was en die onvoldoende de mogelijkheid in zich had recht te doen aan individuele situaties’. In dat kader vermeldt de POK het ontbreken van een hardheidsclausule en het ‘veel te weinig’ aandacht geven ‘aan noodzakelijke beginselen van behoorlijk bestuur, met name het evenredigheidsbeginsel’.⁴ De uitvoerder – het Ministerie van Financiën – krijgt het verwijt de kinderopvangtoeslag te hebben uitgevoerd als een massaproces, waarbij de groepsgewijze aanpak, de ‘alles-of-niets’ benadering en de wijze

1 *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 2 en 3.

2 Bart Jan van Ettehoven, ‘Tussen wet en recht’, *NJB* 2021/2, p. 98.

3 Verslag POK, p. 7.

4 Verslag POK, p. 7.

waarop 'opzet/grove schuld' werd gehanteerd, 'grove inbreuk (hebben) gemaakt op het rechtsstatelijke principe dat optimaal recht gedaan moet worden aan individuele situaties van mensen'.⁵ Als gevolg van de 'Bulgarenfraude' ontstond er grote politieke druk op de fraudebestrijding, waarin elke vergissing al snel als fraude werd gezien en ouders ten onrechte werden gebrandmerkt als opzettelijke fraudeurs. De wijze waarop het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zijn verantwoordelijkheid voor het beleid heeft ingevuld, kwalificeert de POK als 'ver onder de maat'.⁶ Maar ook de rechterlijke macht komt niet ongeschonden uit het Verslag. Dat is precair want vanwege de doctrine van de scheiding der machten moeten parlementariërs terughoudend zijn in het leveren van kritiek op rechters. Vandaar ook dat de POK begint met op te merken dat zij zich niet wil uitlaten over individuele rechterlijke uitspraken. Desalniettemin constateert zij 'dat ook de bestuursrechtspraak jarenlang een wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan het in stand houden van de niet dwingend uit de wet volgende spijkerharde uitvoering van de regeling van de kinderopvangtoeslag'.⁷ Volgens de POK heeft de bestuursrechtspraak daarmee 'zijn belangrijke functie van (rechts)bescherming van individuele burgers veronachtzaamd'. Als grootste kritiekpunten op de rechter vermeldt de POK 'het tot in 2019 wegedeneren van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die zouden moeten dienen als stootkussen en beschermende deken voor mensen in nood'.

3. De 'alles-of-niets' benadering

Ofschoon de conclusies van de POK keihard zijn voor alle drie de hoofdrolspelers van de trias politica, is het gevaar van een oordeel dat iedereen schuld heeft, dat de drie machten van de trias politica naar elkaar kunnen wijzen als de 'eigenlijke' hoofddader. Nauwkeurige lezing van het Verslag geeft niet zozeer antwoord op de vraag naar die hoofddader, maar wel op de vraag welke concrete maatregelen de gedupeerde ouders het meest direct hebben getroffen. Dat zijn de groepsgewijze aanpak, waarbij op de koop toe werd genomen dat ook ouders die niet of nauwelijks iets te verwijten viel in het agressieve fraudeonderzoek werden meegenomen (de '80/20' benadering), de wijze waarop 'opzet/grove schuld' werd gehanteerd, waardoor 25.000 tot 30.000 ouders onder deze categorie vielen met als gevolg dat ze geen persoonlijke betalingsregeling kregen, terwijl achteraf werd vastgesteld dat in 94% (!) van de gevallen deze kwalificatie

5 Verslag POK, p. 7.

6 Verslag POK, p.7.

7 Verslag POK, p. 7 en 8.

naar huidige maatstaven als onterecht kon worden bestempeld,⁸ maar vooral vanwege de ‘alles-of-niets’ benadering. ‘Vooral’, omdat het nu net die benadering was waardoor er in zoveel gevallen het volledige als voorschot ontvangen bedrag aan kinderopvangtoeslag werd teruggevorderd. Zonder die ‘alles-of-niets’ benadering zouden de meeste ouders niet in zulke buitensporige financiële problemen zijn geraakt. De groepsgewijze aanpak en de opzet/grote schuld benadering hebben de financiële en menselijke ramp voor de ouders nog verder verslechterd.

Wat was de exacte oorsprong van deze ‘alles-of-niets’ benadering, die niet alleen werd toegepast bij het geheel of gedeeltelijk ontbreken van een eigen bijdrage maar ook bij administratieve tekortkomingen zoals het ontbreken van een handtekening? Volgens de POK volgde deze benadering niet rechtstreeks uit de wet of de parlementaire behandeling daarvan.⁹ Het is de bewuste keuze geweest van de Belastingdienst/Toeslagen, daarbij vele jaren gesteund door de rechtspraak van de Afdeling totdat deze in 2019 ‘omging’. Uitvoering en rechtspraak hebben elkaar daardoor jarenlang wederzijds versterkt, aldus de POK.

Deze constatering van de POK staat enigszins op gespannen voet met de samenvatting van de constatering van diezelfde POK. Op p. 7 van het Verslag wordt de wetgever namelijk verweten dat hij wetgeving heeft gemaakt ‘die spijkerhard was en die onvoldoende de mogelijkheid in zich had recht te doen aan individuele situaties’, waarbij de POK met name verwijst naar het ontbreken van een hardheidsclausule en het ‘veel te weinig’ aandacht geven ‘aan noodzakelijke beginselen van behoorlijk bestuur, met name het evenredigheidsbeginsel’. Het is de vraag of in het geval de wetgever wel een hardheidsclausule in de kinderopvangtoeslagwetgeving had opgenomen de ‘alles-of-niets’ benadering was voorkomen. Van Ettekoven suggereert dat een hardheidsclausule door het bestuursorgaan en bestuursrechter had kunnen worden gebruikt ‘om te voorkomen dat burgers worden vermalen door de combinatie van rigide wetgeving en (te) strenge uitvoering’ (p. 107). Naar mijn mening is het nog maar de vraag of een hardheidsclausule dit effect in het onderhavige geval zou hebben gehad. De opvatting van de Belastingdienst/Toeslagen was immers dat het ‘alles-of-niets’ beleid de uitdrukkelijke bedoeling is geweest van de wetgever. Dan helpt een hardheidsclausule niet omdat deze alleen werkt voor zover het gaat om niet door de wetgever

8 Verslag POK, p. 25.

9 Verslag POK, p. 22.

voorzien gevallen. Dat met de kennis achteraf van de kinderopvangtoeslagenaffaire in 2020 in art. 49 lid 1 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) een specifiek voor de kinderopvangtoeslag bedoelde hardheidsclausule is toegevoegd met de Wet hardheidsaanpassing Awir¹⁰ doet hieraan niets af.

Hetzelfde geldt voor de vraag of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 Awb, algemene toepassing hebben en een formele wet aan de kant kunnen zetten. Dat is nu in de voormelde Wet hardheidsaanpassing Awir in art. 13b expliciet geregeld. Maar het is de vraag of het opnemen van een dergelijke bepaling in de oorspronkelijke wetgeving de 'alles-of-niets' benadering had kunnen voorkomen, omdat ook dan de stelling van de uitvoerders van de Belastingdienst/Toeslagen zou zijn geweest dat deze benadering uitdrukkelijk door de wetgever was bedoeld.

Hierbij speelt de toenmalige interpretatie van art. 26 Awir een belangrijke rol. Dit artikel bepaalt het volgende: 'Indien een herziening van een tegemoetkoming of een herziening van een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag dan wel een verrekening van een voorschot met een tegemoetkoming daartoe leidt, is de belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel verschuldigd.' Volgens Van Ettehoven geeft de tekst van deze bepaling geen ruimte voor interpretatie, in zijn woorden: 'als een herziening van een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag (is) de belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel (...) verschuldigd. Ik herhaal: *in zijn geheel*. Dit is geen vergissing maar de wil van de wetgever. *No Mercy*'.¹¹ Ook door de uitvoeringsambtenaren en (tot 2019) de Afdeling werd uit deze tekst afgeleid dat het de wil van de wetgever was dat als een burger een fout maakte, ook als dat een kleine fout was, hij geen recht op een toeslag had. Bij het constateren van die fouten werd de Wet op de kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen (Wko) als leidraad genomen. Zo dient de kinderopvang te berusten op een overeenkomst (art. 1.52 Wko), die evenals alle aanpassingen door alle betrokkenen moet worden ondertekend. De hoogte van de kinderopvangtoeslag berust op grond van art. 1.7 Wko op het aantal afgenomen uren opvang en het wettelijk vastgestelde tarief. De kosten gemaakt voor de kinderopvang moeten op tijd, volledig en aantoonbaar zijn betaald. Wordt aan een van die vereisten niet (volledig) voldaan, dan

¹⁰ *Stb.* 2020/227, in werking per 7 juli 2020.

¹¹ Bart Jan van Ettehoven, *t.a.p.*, p. 102; zie ook p. 99.

moet op grond van de voormelde interpretatie van art. 26 Awir het gehele bedrag van het betaalde voorschot teruggevorderd.

Naar mijn mening was en is die interpretatie onjuist. Art. 26 Awir zegt alleen dat indien en voor zover er sprake is van een te vorderen bedrag, belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel is verschuldigd. Dit laat onverlet dat de Belastingdienst/Toeslagen de omvang van die terugvordering hadden kunnen en moeten bepalen met in acht name van de volstrekt disproportionele gevolgen van het ‘alles-of-niets’ beleid. De Belastingdienst/Toeslagen had dus wel degelijk discretionaire ruimte bij de vaststelling van het terug te vorderen bedrag. Die afweging had er toe moeten leiden dat het bedrag van de terugvordering in de meeste gevallen aanzienlijk lager zou uitvallen. Art. 26 Awir zou dan op die verlaagde terugvordering van toepassing zijn geweest, zonder de enorme schade aan te richten die nu heeft plaatsgehad. Dat is ook de uitkomst van de oktober 2019-uitspraken van de Afdeling.

4. De rol van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Vanwege de preciaire verhouding binnen de trias politica tussen het parlement en de rechter, heeft de POK er verstandig aan gedaan om een onafhankelijk ‘paper’ te vragen over de jurisprudentie van de Afdeling over de ‘alles-of-niets’ benadering vanaf 2010 tot en met 23 oktober 2019, de datum van de twee uitspraken waarop de instemming met deze benadering is verlaten.¹² De onafhankelijke deskundige waar de POK bij te rade is gegaan, is S.E. Zijlstra, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de VU. Deze concludeert op basis van de aanvankelijke dwingendrechtelijke rechtspraak van de Afdeling dat de belangrijkste elementen van de ‘alles-of-niets’ benadering dwingendrechtelijk uit de betrokken wetgeving voortvloeiden, ‘dat de juridische mogelijkheden voor de Belastingdienst/Toeslagen tot het voeren van een soepeler beleid, zo zij daartoe al behoefte zou hebben gevoeld, nagenoeg nihil waren’.¹³ Volgens Zijlstra is de beëindiging van de ‘alles-of-niets’ jurisprudentie ingegeven door de ‘zware, negatieve gevolgen voor de financiële positie van belanghebbenden, waarbij de Afdeling zich mede baseert op rapporten van de Nationale ombudsman en de WRR’.¹⁴ Zijlstra geeft ook aan dat na deze rechterlijke ommezwaai de Belastingdienst/Toeslagen het evenredigheidsbeginsel

¹² ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI:NL:RVS:2019:3535.

¹³ Verslag POK, p. 127.

¹⁴ Verslag POK, p. 131.

van art. 3:4 Awb dient toe te passen bij het terugvorderingsbeleid.¹⁵ Volgens Van Ettekoven had de bestuursrechter twee opties om te komen tot meer rechtvaardige uitkomsten: 1. Het evenredigheidsbeginsel laten prevaleren boven de dwingendrechtelijke bepalingen uit de wet, of 2. Een nadere duiding van de relevante wettelijke bepalingen, door te oordelen 'dat die bepalingen bij nader inzien toch ruimte bieden voor differentiatie en dat de Belastingdienst/Toeslagen de bevoegdheid toekomt maatwerk te leveren, om vervolgens te verlangen dat de Belastingdienst/Toeslagen bij de toepassing van die bevoegdheid het evenredigheidsbeginsel in acht neemt'.¹⁶ De Afdeling heeft gekozen voor de tweede optie, hoewel die optie volgens Van Ettekoven 'schuurt met de tekst van art. 26 Awir'. Hij vindt deze optie beter dan de eerste optie, die hij karakteriseert als 'een brug te ver', het corrigeren van een formele wet met toepassing van art. 3:4 lid 2 Awb is bij zijn weten nog nooit eerder gebeurd.¹⁷ Dat de Afdeling pas in oktober 2019 is omgegaan, verklaart Van Ettekoven, evenals Zijlstra, uit het pas later vernemen van de desastreuze gevolgen van het 'alles-of-niets' beleid én het feit dat jaar na jaar noch de wetgever noch het bestuur ingreep, ook niet na de rapporten van 2017 van de WRR en de Nationale ombudsman. Daarom moest volgens Van Ettekoven een 'noodgreep' worden toegepast.¹⁸ Daarnaast wijst van Ettekoven er onder meer op dat de Afdeling weinig tegengas heeft gehad van de zijde van de rechtbanken (met uitzondering van de Rechtbank Rotterdam) en de rechtswetenschap, waarbij hij er expliciet aan toevoegt dat dit is bedoeld als een feitelijke constatering en niet als verwijt.¹⁹

5. Commentaar

Door te spreken over een 'noodgreep' die 'schuurt' met de tekst van art. 26 Awir, waar de Afdeling zich toe genoodzaakt zag vanwege de uit de rapporten van de WRR en de Nationale ombudsman gebleken desastreuze gevolgen van de 'alles-of-niets' benadering en het uitblijven van ingrijpen van de Belastingdienst/Toeslagen en van de wetgever, neemt Van Ettekoven naar mijn mening onvoldoende afstand van de aanvankelijke rechtspraak van de Afdeling over het 'alles-of-niets' beleid. In feite zegt hij dat die rechtspraak voortvloeyde uit zowel de tekst van art. 26 Awir als de bedoeling van de wetgever met die bepaling. Omdat

¹⁵ Verslag POK, p. 131.

¹⁶ Bart Jan van Ettekoven, t.a.p., p. 104 en 105.

¹⁷ Bart Jan van Ettekoven, t.a.p., p. 105.

¹⁸ Bart Jan van Ettekoven, t.a.p., p. 100 en 104.

¹⁹ Bart Jan van Ettekoven, t.a.p., p. 100 en 105.

bestuur en wetgever jaar na jaar niets deden met de alarmerende signalen uit de praktijk, heeft de Afdeling er zijns inziens voor moeten (‘noodgreep’) kiezen om uit te gaan van een andere interpretatie van art. 26 Awir. Hierbij past dat in onderdeel 7 getiteld ‘Hand in eigen boezem’, waarin hij toegeeft dat achteraf gezien de duiding door de Afdeling van relevante wettelijke bepalingen ‘ongelukkig’ is geweest, hij bij die bepalingen niet art. 26 Awir noemt maar alleen de relevante bepalingen uit de Wko.²⁰ De duiding van die bepalingen als dwingendrechtelijk voor alle situaties kwalificeert hij, ‘achteraf, gelet op de nadien gebleken gevolgen voor de uitvoering, ongelukkig’.²¹ Naar mijn mening was dit niet alleen ongelukkig maar *onjuist*. Dat geldt te meer voor de aanvankelijke interpretatie van art. 26 Awir. In de daaropvolgende passage zegt Van Ettekoven dat het ‘achteraf beter (was) geweest’ als de (Afdeling) niet alle soorten fouten en tekortkomingen over één kam had geschoren maar had gedifferentieerd.²² Ook hier: naar mijn mening was dat niet ‘beter’ geweest, de Afdeling had *moeten* differentiëren naar soorten fouten en tekortkomingen. Dat betekent ook dat de oktober 2019-uitspraken van de Afdeling niet moeten worden gezien als uitspraken die op gespannen voet staan met de tekst van en de bedoeling van de wetgever; het zijn volstrekt terechte uitspraken, die de Afdeling al had moeten doen toen het ‘alles-of-niets’ beleid voor het eerst aan haar werd voorgelegd, uiteraard zonder ook maar iets te willen afdoen aan het respect voor en de goede bedoelingen van de rechters destijds.

Waarom zijn deze kanttekeningen zo belangrijk? Niet omdat de gedupeerde ouders er zoveel mee zouden opschieten als de Afdeling bij monde van haar voorzitter nog dieper door het stof zou gaan. Daarmee zou ook niet worden weggepoetst dat de Belastingdienst/Toeslagen het ‘alles-of-niets’ beleid heeft bedacht en niet heeft aangepast, ook al wisten ze dat ouders er zwaar door werden getroffen. Evenmin zou de schuld van de wetgever die veel te lang heeft gewacht met ingrijpen, worden goed gepraat (de inactiviteit van de wetgever bij de toeslagenaffaire staat in schril contrast met de vele voorbeelden waarin de wetgever – terecht overigens – signalen uit de Belastingdienst van oneigenlijk gebruik voortvarend oppikt om reparatiewetgeving in te voeren).²³ Een kwalifi-

20 Bart Jan van Ettekoven, t.a.p., p. 105.

21 Bart Jan van Ettekoven, t.a.p., p. 105.

22 Bart Jan van Ettekoven, t.a.p., p. 105.

23 Zie ook L.G.M. Stevens, ‘Was het onrecht rond de toeslagen wel zo ongekend?’, *WFR* 2021/7, p. 38.

catie van de aanvankelijke rechtspraak van de Afdeling als 'onjuist' in plaats van 'ongelukkig' is echter wel van groot belang om te vermijden dat in de toekomst zich wederom situaties gaan voordoen waarin de grondbeginselen van de rechtsstaat zo worden geschonden als in de kinderopvangtoeslag affaire.

Het al dan niet opnemen van een hardheidsclausule in een wet kan en mag naar mijn mening nooit een rechtvaardiging zijn voor een optreden van de overheid waarin de menselijke maat is uitgeschakeld.²⁴ Als de uitvoering van een wet leidt tot situaties zoals bij het 'alles-of-niets' beleid waarvan naar alle redelijkheid kan worden verondersteld dat deze, als ze bij de wetgever bekend waren geweest tijdens de behandeling van het desbetreffende wetsvoorstel, nooit zouden zijn geaccepteerd, dan moet dat voor de uitvoerders en rechterlijke macht een rood stoplicht betekenen om met dat beleid door te gaan. Dat geldt ook voor de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur in dit soort situaties. De zorg van onder meer Van Eetkoven dat het gevaar dreigt dat een democratisch aangenomen formele wet met toepassing van art. 3:4 lid 2 Awb door de uitvoerende macht opzij wordt gezet, deel ik niet. Als de wetgever bijvoorbeeld bewust een harde grens heeft gewild, bijvoorbeeld bij het uren criterium van ten minste 1225 uren gedurende het gehele kalenderjaar (art. 3.6 Wet IB 2001) voor het in aanmerking komen voor ondernemingsfaciliteiten zoals de zelfstandigenaftrek (art. 3.76 Wet IB 2001) of de aftrek speur- en ontwikkelingswerk (art. 3.77 Wet IB 2001) dan wel een grens van € 400.000 hanteert van de koopprijs van een huis om als starter op de woningmarkt te kunnen vallen onder een vrijstelling van overdrachtsbelasting, dan is het uiteraard niet zo dat een inspecteur op grond van art. 3:4 Awb mag stellen dat indien een ondernemer in een jaar 1224 uren heeft gewerkt in zijn onderneming, toch zelfstandigenaftrek kan worden verleend. Idem, in het geval een woning een koopprijs van € 400.001 heeft, de inspecteur dan alsnog de vrijstelling overdrachtsbelasting mag toepassen.²⁵ Dit is een vorm van belasting die door onze Oosterburen wordt aangeduid als 'Dummensteuer', oftewel 'Steuern, die auf legalem Wege vermeidbar sind'.²⁶ Deze vallen onder de categorie 'jammer, maar helaas'. Je kunt niet met terugwerkende kracht doen alsof in een jaar meer uren zijn gewerkt dan wel een lagere koopprijs is

24 Vergelijk: J. Baron en E. Poelmann, 'De menselijke maat in rechtsvinding', *TFB* 2020/4-20.

25 Zie Michiel Spanjers, 'Alles of niets' (column), *WFR* 2021/16.

26 <https://www.Was ist eine „Dummensteuer“? Bedeutung, Definition, Erklärung - Bedeutung Online>.

betaald. Als de wetgever dat niet had gewild, dan had hij bijvoorbeeld een glijdende schaal in de wet opgenomen. Maar indien, zoals bij het ‘alles-of-niets’ beleid bijvoorbeeld het niet betalen van een fractie van de eigen bijdrage door de ouders voor de kinderopslag of het ontbreken van een handtekening ertoe leidt dat zonder pardon tienduizenden euro’s aan ontvangen kinderopvangtoeslagen moeten worden terugbetaald (in plaats van alleen het bedrag van de ontbrekende eigen bijdrage) en de ‘overtreder’ wordt weggezet en behandeld als een fraudeur, dan is dat een disproportioneel gevolg dat de wetgever nooit zou hebben goedgekeurd als hij hiervan op de hoogte was geweest. Een dergelijk beleid gaat immers volledig voorbij aan de menselijke maat. Vandaar mijn stelling dat de aanvankelijke uitspraken van de Afdeling waarin het ‘alles-of-niets’ beleid werd goedgekeurd wel degelijk onjuist waren, zonder ook iets te willen afdoen aan de mogelijke verklaringen voor deze opstelling van de Afdeling, zoals aangegeven door Van Ettekoven.

De uitspraken van de Afdeling van 23 oktober 2019 waren naar mijn mening dan ook volledig juist, zij het dat ze te laat kwamen. Daarover zegt Van Ettekoven terecht dat ‘als de (Afdeling) eerder was omgegaan, dan had dat voor de ouders waarschijnlijk meer zoden aan de dijk gezet, dan de belangrijke, maar relatief kleine grenscorrecties in het voordeel van ouders in de periode na 2015’.²⁷

Ten slotte mag de rechtswetenschap het zich aanrekenen dat aan de aanvankelijke jurisprudentie van de Afdeling waarin het ‘alles-of-niets’ beleid werd goedgekeurd, tot 2018 geen aandacht is besteed. In dat jaar schreef H.A. Elbert hierover in het *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht (NtFR)* een kritisch artikel.²⁸ M. Scheltema publiceerde hierover in mei 2019 in *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht (NTB)*.²⁹ Andere bijdragen in de rechtswetenschap over deze jurisprudentie dateren van na de uitspraken van 23 oktober 2019.

6. Conclusies

Volgens de POK hebben alle drie de hoofdrolspelers van de trias politica schuld gehad aan het kinderopvangtoeslagdrama waarin grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden. Deze – terechte – constatering

²⁷ Verslag POK, p. 106.

²⁸ H.A. Elbert, ‘Onrecht en ander te voorkomen fiscaal leed in de wereld van de fiscale toeslagen’, *NtFR* 2018/1201.

²⁹ M. Scheltema, ‘De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief’, *NTB* 2019/24.

laat onverlet dat de 'alles-of-niets' benadering de meest directe oorzaak is geweest van het leed dat bijna 30.000 ouders is aangedaan. Volgens de POK volgde deze benadering niet rechtstreeks uit de wet of de parlementaire behandeling daarvan.³⁰ Het is de bewuste keuze geweest van de Belastingdienst/Toeslagen, daarbij vele jaren gesteund door de rechtspraak van de Afdeling totdat deze in 2019 'omging'. Uitvoering en rechtspraak hebben elkaar daardoor jarenlang wederzijds versterkt. Anders dan de voorzitter van de Afdeling, Van Ettehoven, ben ik van mening dat de uitspraken van oktober 2019 waarin de Afdeling 'omging' niet als een 'noodgreep' moeten worden aangemerkt. Ook is het niet voldoende om de aanvankelijke rechtspraak van de Afdeling waarin de 'alles-of-niets' benadering werd gesteund, als 'ongelukkig' te kwalificeren. Deze rechtspraak was naar mijn mening onjuist. Het al dan niet opnemen van een hardheidsclausule in een wet kan en mag naar mijn mening nooit een rechtvaardiging zijn voor een optreden van de overheid waarin de menselijke maat is uitgeschakeld. Als de uitvoering van een wet leidt tot situaties zoals bij het 'alles-of-niets' beleid waarvan naar alle redelijkheid kan worden verondersteld dat deze, als ze bij de wetgever bekend waren geweest tijdens de behandeling van het desbetreffende wetsvoorstel, nooit zouden zijn geaccepteerd, dan moet dat voor de uitvoerders en rechterlijke macht een rood stoplicht betekenen om met dat beleid door te gaan. Dat geldt ook voor de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur in dit soort situaties. Het in aanmerking nemen van de menselijke maat is een eis waar alle betrokkenen zich aan moeten houden. Er bestaan geen excuses om dat niet te doen. In de kinderopvangtoeslagaffaire is sprake geweest van schending van fundamentele regels van de rechtsstaat. De hoofdrolspelers van de trias politica zijn in deze zaak geen schuldige geweest voor kwetsbare burgers. Het is van groot belang dat hieruit lering wordt getrokken en dat alle verantwoordelijken maatregelen nemen en waarborgen inbouwen om een soortgelijk schandaal in de toekomst te vermijden.

7. Nawoord

Marc Groenhuijsen is altijd een groot voorvechter geweest van het vooropstellen van de rechten van slachtoffers. Hoe wrang is het dat dit ook slachtoffers kunnen zijn van het niet in aanmerking nemen van de grondbeginselen van de rechtsstaat in Nederland.

Marc, geniet van je welverdiende emeritaat!

³⁰ Verslag POK, p. 22.