

Verslag van de werkgroep juridische reflectie

Ten behoeve van de reflectie van de Afdeling bestuursrechtspraak
van de Raad van State over de kinderopvangtoeslagzaken

Verslag van de werkgroep juridische reflectie

Ten behoeve van de reflectie van de Afdeling bestuursrechtspraak
van de Raad van State over de kinderopvangtoeslagzaken

November 2021

Colofon

Tekst

Afdeling bestuursrechtspraak
van de Raad van State

Lay-out

Studio Piraat

Den Haag, november 2021

Inhoudsopgave

1. Inleiding 11

- 1.1 De werkgroep juridische reflectie: instelling en opdracht 12
- 1.2 De opbouw van het rapport 12

2. Kinderopvangtoeslag 15

- 2.1 Waarover gingen de zaken? 16
 - 2.1.1 *Kinderopvang op basis van een overeenkomst*
 - 2.1.2 *Arbeid of traject gericht op arbeidsparticipatie*
 - 2.1.3 *Ouder exploiteert kinderopvangcentrum of gastouderbureau*
 - 2.1.4 *De termijn van betaling*
 - 2.1.5 *Herziening recht op toeslag*
 - 2.1.6 *Termijn voor herziening*
 - 2.1.7 *Persoonlijke betalingsregeling*
- 2.2 Alles-of-nietszaken: de jurisprudentielijn tot het omgaan in 2019 21
 - 2.2.1 *Het wettelijk kader*
 - 2.2.2 *Enkele vroege uitspraken over niet betalen*
 - 2.2.3 *De eerste uitspraak over de alles-of-niets-benadering*
 - 2.2.4 *Latere uitspraken volgens dezelfde lijn*
 - 2.2.5 *Eerste ijkmoment; de uitspraak van 2 april 2014*
 - 2.2.6 *Tweede ijkmoment; de uitspraak van 8 juni 2016*
 - 2.2.7 *Twee nuanceringen in de jurisprudentie*
 - 2.2.8 *De verdere rechterlijke praktijk tot 23 oktober 2019*
 - 2.2.9 *Artikel 26 Awir*
- 2.3 De uitspraken van 23 oktober 2019 40
 - 2.3.1 *De eerste uitspraak van 23 oktober 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:3535)*
 - 2.3.2 *De tweede uitspraak van 23 oktober 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:3536)*
- 2.4 Reflectie op de jurisprudentie 44
- 2.5 Signalen vóór 23 oktober 2019 48
- 2.6 Resumerend 51
- 2.7 Juridische literatuur na 23 oktober 2019 51
 - 2.7.1 *Inleiding*
 - 2.7.2 *Het al dan niet dwingende karakter van de wet*
 - 2.7.3 *Had de Afdeling de wet opzij kunnen zetten door eerder te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel en/of andere beginselen?*
 - 2.7.4 *Andere mogelijkheden tot ontsnapping aan de alles-of-niets-lijn*
 - 2.7.5 *Bevindingen en suggesties*

>

- 3. Terugbetaling van toeslagschulden 65
 - 3.1 Inleiding 66
 - 3.2 De wettelijke regels en het beleid 66
 - 3.2.1 *De formele wet*
 - 3.2.2 *De ministeriële regeling*
 - 3.2.3 *Het beleid van de Belastingdienst/Toeslagen*
 - 3.2.4 *Hoofdpijnen wet en beleid*
 - 3.3 De jurisprudentie 75
 - 3.3.1 *Uitleg van de wet- en regelgeving*
 - 3.3.2 *Persoonlijke betalingsregeling of opzet/grove schuld*
 - 3.3.3 *Is de betalingscapaciteit juist vastgesteld?*
 - 3.4 Reflectie 108

- 4. Enkele ontwikkelingen na de uitspraken van 23 oktober 2019 112
 - 4.1 Ontwikkelingen met betrekking tot vaststelling en terugvordering toeslagen 113
 - 4.2 Ontwikkelingen met betrekking tot betalingsregelingen 114
 - 4.3 Compensatie 117

- 5. Knellende regelgeving en strenge uitvoeringspraktijken 119
 - 5.1 Aanpak 120
 - 5.2 De reacties 120
 - 5.3 De verdere werkwijze 122
 - 5.4 Bewijzen gezinsband (met name nareis Eritrea) 123
 - 5.4.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.4.2 *Wettelijke regel*
 - 5.4.3 *Beleid*
 - 5.4.4 *Hoofdpijn rechtspraak Afdeling*
 - 5.5 (Vrijstelling van) het mvv-vereiste 125
 - 5.5.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.5.2 *Wettelijke regel*
 - 5.5.3 *Beleid*
 - 5.5.4 *Hoofdpijn rechtspraak Afdeling*
 - 5.6 Buitenschuldvergunning 126
 - 5.6.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.6.2 *Wettelijke regel*
 - 5.6.3 *Hoofdpijn rechtspraak Afdeling*
 - 5.6.4 *Actualiteit*

- 5.7 Artikel 16 Dublinverordening 128
 - 5.7.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.7.2 *Wettelijke regel*
 - 5.7.3 *Beleid*
 - 5.7.4 *Hoofdlijn rechtspraak Afdeling*
- 5.8 De Chavez-rechtspraak 131
 - 5.8.1 *Aangedragen knelpunten*
 - 5.8.2 *Wettelijke regel*
 - 5.8.3 *Beleid*
 - 5.8.4 *Hoofdlijn rechtspraak Afdeling*
 - 5.8.5 *Actuele rechtspraak na inventarisatie knelpunt*
- 5.9 Middelen-vereiste 133
 - 5.9.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.9.2 *Wettelijke regel*
 - 5.9.3 *Beleid*
 - 5.9.4 *Hoofdlijn rechtspraak Afdeling*
- 5.10 Waardering iMMO-rapport bij beoordeling geloofwaardigheid
asielrelaas/medisch steunbewijs 134
 - 5.10.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.10.2 *Beleid*
 - 5.10.3 *Hoofdlijn rechtspraak Afdeling*
- 5.11 Bewijslast aannemelijk maken nationaliteit/identiteit/herkomst
en de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren 137
 - 5.11.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.11.2 *Wettelijke regel*
 - 5.11.3 *Hoofdlijn rechtspraak Afdeling*
- 5.12 Steunbewijs seksuele gerichtheid 139
 - 5.12.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.12.2 *Wettelijke regel*
 - 5.12.3 *Beleid*
 - 5.12.4 *Hoofdlijn rechtspraak Afdeling*
 - 5.12.5 *Actuele rechtspraak na inventarisatie knelpunt*
- 5.13 Beschikbaarheid en feitelijke toegankelijkheid zorg in land van
herkomst (art 64 Vw) 141
 - 5.13.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.13.2 *Wettelijke regel*
 - 5.13.3 *Beleid*
 - 5.13.4 *Hoofdlijn rechtspraak Afdeling*
 - 5.13.5 *Actualiteit*

- 5.14 Verruimde gezinshereniging / art. 8 EVRM 143
 - 5.14.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.14.2 *Wettelijke regel*
 - 5.14.3 *Beleid*
 - 5.14.4 *Hoofdlijn rechtspraak Afdeling*
- 5.15 Dublinzaken en bewijs minderjarigheid, interstatelijke vertrouwen 144
 - 5.15.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.15.2 *Wettelijke regel*
 - 5.15.3 *Beleid*
 - 5.15.4 *Hoofdlijn rechtspraak Afdeling*
- 5.16 Onjuiste gegevens en niet doorgeven nieuwe gegevens over met name eigen middelen te snel beschouwd als fraude 146
 - 5.16.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.16.2 *Wettelijke regel*
 - 5.16.3 *Beleid*
 - 5.16.4 *Hoofdlijn rechtspraak Afdeling*
- 5.17 Beoordeling geloofwaardigheid bekering 148
 - 5.17.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.17.2 *Wettelijke regel*
 - 5.17.3 *Beleid*
 - 5.17.4 *Hoofdlijn rechtspraak Afdeling*
- 5.18 Formalisme bij verblijfsgeen, ook bij Nederlanderschap 150
 - 5.18.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.18.2 *Hoofdlijnen rechtspraak van de Afdeling*
- 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 152
 - 5.19.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.19.2 *Wettelijke regels*
 - 5.19.3 *Beleid*
 - 5.19.4 *Hoofdlijnen rechtspraak Afdeling*
 - 5.19.5 *Actualiteit*
- 5.20 Woningssluitingen op grond van artikel 13b Opiumwet 155
 - 5.20.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.20.2 *Wettelijke regel*
 - 5.20.3 *Beleidsregels*
 - 5.20.4 *Jurisprudentielijn Afdeling*
 - 5.20.5 *Conclusie gevraagd*
 - 5.20.6 *Actuele rechtspraak na inventarisatie knelpunt*

- 5.21 Koppelingsbeginsel 164
 - 5.21.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.21.2 *Wettelijke regels*
 - 5.21.3 *Jurisprudentie*
- 5.22 Recht op gesubsidieerde rechtsbijstand bij afwijzing aanvraag
bijstandsuitkering omdat aanvrager zelfredzaam zou zijn 179
 - 5.22.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.22.2 *Wettelijke regels*
 - 5.22.3 *Beleid*
 - 5.22.4 *Jurisprudentie van de Afdeling*
- 5.23 Recht op gesubsidieerde rechtsbijstand bij afwijzing verzoek om
een persoonlijke betalingsregeling door de Belastingdienst/
Toeslagen 184
 - 5.23.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.23.2 *Wettelijke regels*
 - 5.23.3 *Jurisprudentie van de Afdeling*
- 5.24 Besluitvorming over schuldhulpverlening 187
 - 5.24.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.24.2 *Wettelijke regels*
 - 5.24.3 *Beleidsregels*
 - 5.24.4 *Jurisprudentie*
- 5.25 Verklaring omtrent het gedrag (VOG) en verwijderen gegevens uit
Justitieel Documentatie Systeem (JDS) 191
 - 5.25.1 *De verklaring omtrent het gedrag (VOG)*
 - 5.25.2 *Aangedragen knelpunten*
 - 5.25.3 *Wettelijke regels*
 - 5.25.4 *Beleid*
 - 5.25.5 *Jurisprudentie*
 - 5.25.6 *Actualiteit*
- 5.26 Opleggen bestuurlijke maatregel door CBR terwijl betrokkene is
vrijgesproken in combinatie met een ex-tunc-toetsing 210
 - 5.26.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.26.2 *Wettelijke regels*
 - 5.26.3 *Jurisprudentie van de Afdeling*
- 5.27 Bewijsvermoeden bij handhaving van verkeerd aangeboden
huisvuil 214
 - 5.27.1 *Aangedragen knelpunt*
 - 5.27.2 *Wettelijke regels*
 - 5.27.3 *Beleidsregels*
 - 5.27.4 *Jurisprudentielijn Afdeling*

>

- 5.28 De urgentieverklaring 218
 - 5.28.1 Aangedragen knelpunt
 - 5.28.2 Wettelijke regels
 - 5.28.3 Jurisprudentie
- 5.29 Terugblik op de knelpunten 229

6. Enkele instrumenten 232

- 6.1 Inleiding 233
- 6.2 Voorlichtingsplicht en bewijslastverdeling 234
- 6.3 Aanvulling van de feiten op grond van artikel 8:69 lid 3 Awb 238
- 6.4 Een uitleg van de wet met extra aandacht voor het perspectief van de burger 239
- 6.5 Toetsing bestreden besluit aan norm van artikel 3:4 lid 2 Awb 240
 - 6.5.1 Beschikkingen
 - 6.5.2 Algemeen verbindende voorschriften
 - 6.5.3 Concretiserende besluiten van algemene strekking
 - 6.5.4 Rechtstreekse versus exceptieve toetsing
- 6.6 Exceptieve toetsing van door het bestuur vastgestelde beleidsregels 244
- 6.7 Toetsing boete op evenredigheid, ook als rechter het door het bestuursorgaan vastgestelde boetebeleid als zodanig niet onredelijk acht 245
- 6.8 Toetsing van overeenkomstig redelijk geachte beleidsregel genomen besluit op onevenredigheid (art. 4:84 Awb) 246
- 6.9 Toepassing hardheidsclausule 247
- 6.10 Exceptieve toetsing van een algemeen verbindend voorschrift, niet zijnde wet in formele zin 248
- 6.11 Exceptieve toetsing van de wet in formele zin 251
- 6.12 Toetsing aan het EU-evenredigheidsbeginsel 254
- 6.13 Toetsing aan art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM 257
- 6.14 Toetsing aan internationale regels ter bescherming van kinderen 262
- 6.15 Inzet van instrumenten 263

7. Samenvatting en aanbevelingen 265

- 7.1 Samenvatting 266
- 7.2 Aanbevelingen 269

Bijlage: inventarisatie ingekomen reacties 272

Categorie A:

Reacties die aandacht vragen voor andere harde regelgeving
of uitvoeringspraktijk 273

Categorie B:

Reacties die aandacht vragen voor de harde regelgeving
of uitvoeringspraktijk in vreemdelingenzaken 275

Categorie C:

Meldingen waaruit meer algemene onvrede over de werking
van het bestuurs(proces)recht blijkt 277

Categorie D:

Meldingen met een klacht over een individuele zaak 278

Categorie E:

Meldingen in zaken waar een andere rechter dan
de Afdeling bestuursrechtspraak bevoegd is 279

1. Inleiding

1.1 De werkgroep juridische reflectie: instelling en opdracht

Op 9 februari 2021 heeft de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State het programma van reflectie bestuursrechtspraak ingesteld. Doel van dit programma is om te leren van het verleden en mogelijke lessen te vertalen naar de toekomst ten behoeve van betere bestuursrechtspraak. Hiertoe wordt blijkens het instellingsbesluit onder meer teruggekeken naar de jurisprudentie over kinderopvangtoeslagen en breder gekeken naar de jurisprudentie van de Afdeling op terreinen waar burgers in de knel kunnen komen door strenge wetgeving en uitvoering. Deze twee deelonderwerpen van het programma zijn ondergebracht bij de werkgroep juridische reflectie, een van de twee werkgroepen die tegelijk met het programma zijn ingesteld. De werkgroep juridische reflectie bestaat uit de volgende leden: mr. C.J. Borman (voorzitter), mr. I.S. Ouwehand (secretaris), mr. dr. H.G. Sevenster, mr. E.J. Daalder, mr. dr. M.K.G. Tjepkema en mr. J.H. Roelfsema.

Op 23 maart 2021 hebben de Stuurgroep en de Projectgroep reflectie bestuursrechtspraak in een gezamenlijke vergadering ingestemd met het projectplan van de werkgroep juridische reflectie. Hierin is beschreven dat het project wordt uitgevoerd binnen het rechterlijk domein en dat het de volgende onderdelen bevat:

1. een terugkijken op de jurisprudentie in kinderopvangtoeslagzaken;
2. een breder kijken naar de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak op terreinen waar burgers in de knel kunnen komen door strenge wetgeving en uitvoering;
3. een bespreking van juridische mechanismen om hardheid te lijf te gaan;
4. het doen van aanbevelingen aan de Afdeling bestuursrechtspraak met betrekking tot toekomstige zaken waarin hardheid speelt.

In het onderhavige rapport doet de werkgroep verslag van haar bevindingen aan de projectgroep.

1.2 De opbouw van het rapport

In de hoofdstukken 2 tot en met 4 staat de jurisprudentie over de kinderopvangtoeslag centraal. Hoofdstuk 2 van het rapport is het algemene hoofdstuk waarin wordt teruggeblikt op de kinderopvangtoeslagjurisprudentie. Hiertoe zal allereerst worden aangegeven welke categorieën zaken over kinderopvangtoeslag aan de Afdeling bestuursrechtspraak werden voorgelegd. Daarna concentreert het rapport zich op de rechtspraak over de zogenoemde alles-of-nietszaken, dat wil zeggen de zaken waarin de kosten van kinderopvang niet geheel aantoonbaar zijn betaald en de toeslag om die reden in zijn geheel moest worden terugbetaald. Dit is de categorie zaken waarop de nadruk viel in het parlementair onderzoek naar de kinderopvangtoeslag.

Na een weergave van de relevante regelgeving wordt verslag gedaan van de jurisprudentie over deze categorie zaken, die zich heeft gevormd vanaf 2011. Er wordt stilgestaan bij twee ijkmomenten in deze jurisprudentie, in 2014 en 2016, alsmede bij nuanceringen die later werden aangebracht op de ingezette strenge jurisprudentielijn. Ook de praktijk van het schikken van zaken ter zitting komt hierbij aan de orde.

Vervolgens worden de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 23 oktober 2019 besproken, waarin de Afdeling de tot dan gevolgde lijn wijzigde. In de paragraaf die dan volgt, heeft de werkgroep terugblikkend getracht na te gaan waarom de Afdeling niet eerder "omging". Hierbij komt ook aan de orde in hoeverre er vóór 23 oktober 2019 signalen vanuit de buitenwereld waren die aanleiding hadden kunnen vormen voor eerdere wijziging van de rechtspraaklijn. Daarbij komen ook publicaties van de WRR en rapportages van de Nationale Ombudsman aan bod.

Aan het slot van hoofdstuk 2 wordt weergegeven welke reacties in de juridische literatuur zijn verschenen *na* de uitspraken van 23 oktober 2019 en worden suggesties opgenomen die zijn gedaan om situaties als de onderhavige in de toekomst te voorkomen.

In hoofdstuk 3 komt een specifiek aspect van de kinderopvangtoeslag aan de orde: de terugbetaling van teveel ontvangen toeslagen. In de aandacht die dit aspect in de publiciteit rond de toeslagen heeft gekregen, heeft de werkgroep aanleiding gevonden hieraan een apart hoofdstuk te wijden. De werkgroep gaat in op de regelgeving, het beleid en de uitvoeringspraktijk met betrekking tot invordering en betalingsregelingen. Besproken wordt vervolgens hoe de Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde over de aan haar voorgelegde zaken over betalingsregelingen en de in dit verband van belang zijnde begrippen opzet en grove schuld. De werkgroep is zich ervan bewust dat dit hoofdstuk relatief lang is. Gelet op het belang van het onderwerp heeft zij ervoor gekozen om een compleet beeld te geven van de jurisprudentie. Dit hoofdstuk sluit af met een eigen reflecterende paragraaf, waarin de wijze van het rechterlijk beoordelen van dit soort situaties tegen het licht wordt gehouden.

In hoofdstuk 4 wordt kort beschreven welke gevolgen de formele wetgever en de Minister van Financiën hebben verbonden aan de lijn die de Afdeling bestuursrechtspraak heeft uitgezet in haar uitspraken van 23 oktober 2019.

Na de hoofdstukken over de kinderopvangtoeslag wordt in hoofdstuk 5 breder gekeken naar regelingen waarbij, op een wijze die mogelijk vergelijkbaar is met de kinderopvangtoeslag, sprake is van knellende regelgeving of strenge uitvoeringspraktijken. Deze knelpunten zijn niet door de Afdeling zelf

geselecteerd maar zijn aangedragen door tal van partijen na oproepen daartoe. De wijze waarop de selectie van deze dossiers heeft plaatsgevonden wordt gemotiveerd aan het begin van hoofdstuk 4. Van deze regelgeving en uitvoeringspraktijken wordt besproken wat deze inhouden en wat de jurisprudentie van de Afdeling ten aanzien van in dit kader genomen besluiten inhoudt.¹ Verslag wordt gedaan van de wijze waarop mogelijke knellende regelingen en strenge uitvoeringspraktijken zijn gesignaleerd en van de selectie hierbinnen van categorieën zaken die in het rapport zijn uitgewerkt. Hierbij valt grosso modo een onderscheid te maken tussen vreemdelingenzaken en zaken behorend tot het overige bestuursrecht, voor zover behorend tot de competentie van de Afdeling bestuursrechtspraak. De functie van dit hoofdstuk is vooral signalerend en beschrijvend. De werkgroep beoogt in beeld te brengen waar met de kinderopvangtoeslag mogelijk vergelijkbare hardheden worden ervaren en hoe de hoogste bestuursrechter hierover oordeelt. Het is niet de positie van de werkgroep om concrete aanbevelingen te doen om de jurisprudentie te wijzigen. De beslissing hierover is uiteraard aan de zittingskamers in toekomstige zaken over deze onderwerpen.

Hoofdstuk 6 bevat een beschrijving van een aantal juridische instrumenten die de rechter ter beschikking staan om in situaties van knellende regelgeving of strenge uitvoeringspraktijken de ervaren hardheid te lijf te gaan. Het overzicht is geen wetenschappelijk werk en is niet uitputtend. De werkgroep hoopt met de opsomming van deze juridische instrumenten wel eraan te kunnen bijdragen dat men zich bewust is van het bestaan van juridische hulpmiddelen die in gevallen waarin burgers in de knel dreigen te komen door hard overheidsoptreden mogelijk van dienst kunnen zijn. Omdat toekomstige zittingskamers vrij moeten zijn in hun onafhankelijke oordeelsvorming, geeft de werkgroep ook hier geen aanwijzing tot toepassing van bepaalde juridische instrumenten in concrete situaties.

Hoofdstuk 7 bevat een samenvatting van het rapport en enkele slotopmerkingen.

¹ Jurisprudentie tot in de eerste week van oktober 2021 is verwerkt.

2. Kinderopvangtoeslag

2.1 Waarover gingen de zaken?

In het publieke debat heeft één bepaalde categorie zaken veel aandacht getrokken, de zogenaamde “alles-of-niets”-zaken. Kort gezegd komt deze erop neer dat bij het niet volledig betalen van de gestelde kosten voor kinderopvang geen aanspraak op kinderopvangtoeslag werd erkend en alle voor het betrokken jaar betaalde voorschotten moesten worden terugbetaald. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft deze alles-of-nietsbenadering in overeenstemming met de wet geacht tot haar uitspraken van 23 oktober 2019.

De alles-of-niets-zaken vormen slechts een beperkt deel binnen het brede palet aan geschillen over kinderopvangtoeslagzaken. De Afdeling heeft uitspraken gedaan over een grote variëteit aan onderwerpen en geschilpunten, 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 koppelingsbeginsel en over vele andere onderwerpen. In veel (getalsmatig omvangrijke)² zaken ging het verder niet om de ‘alles-of-niets’-vraag maar om formaliteiten bij de toepassing van de Algemene wet bestuursrecht, zoals de tijdigheid van bezwaar of beroep, het voldoen van griffierecht en het maken van aanspraak op proceskostenvergoeding.

Getalsmatig is het beeld het volgende: van 2009 tot en met 2020 is in circa 1600 zaken over kinderopvangtoeslag waarbij de Belastingdienst/Toeslagen partij was uitspraak gedaan; in circa 1000 zaken na behandeling ter zitting. In een achtste deel van de gevallen vond behandeling plaats door een meervoudige kamer. Voor behandeling ter zitting werd in de regel voor enkelvoudige zaken 30 minuten uitgetrokken; voor meervoudige 45 minuten.³ Door de jaren heen werden de zaken afgedaan door in totaal 61 staatsraden. In ongeveer 1000 zaken was sprake van een nihilstelling van de toeslag. Dit zijn voor een groot deel zaken waarin de alles-of-nietsbenadering is toegepast. Circa 100 zaken hebben niet tot een uitspraak geleid, omdat het geschil ter zitting is opgelost doordat een schikking tussen partijen werd bereikt.

In dit hoofdstuk zal de aandacht vooral uitgaan naar de alles-of-nietsbenadering. Dat strookt ook met de focus van het onderzoek van de Parlementaire Onderzoekingscommissie Kinderopvangtoeslag, die op die benadering lag. De andere genoemde onderwerpen en overige onderwerpen waarover slechts incidenteel werd geprocedeerd,⁴ blijven hierbij buiten bespreking.

² Deze zaken behoren tot de groep van 600 waarin zonder zitting uitspraak is gedaan.

³ Wanneer dit voor de behandeling van het concrete dossier nodig was, werd deze geagendeerde duur overschreden.

⁴ Zoals geschillen over de registratie van een kindercentrum of gastouderbureau.

Om de specifiek onderzochte categorie enigszins in een bredere context te plaatsen, wordt in deze paragraaf echter eerst stilgestaan bij de belangrijkste andere onderwerpen die in de kinderopvangjurisprudentie aan bod kwamen.

2.1.1 Kinderopvang op basis van een overeenkomst

Op grond van artikel 1.5, eerste lid, van de Wko⁵ bestaat slechts aanspraak op kinderopvangtoeslag als de gastouderopvang plaatsvindt door tussenkomst van een geregistreerd gastouderbureau of kinderdagverblijf. Ingevolge artikel 1.52, eerste lid, van de Wko moet er aan de kinderopvang een schriftelijke overeenkomst tussen de houder van een kindercentrum of van een gastouderbureau en de ouder ten grondslag liggen. Aan de Afdeling werden zaken voorgelegd waarin de toeslag geweigerd was omdat de overeenkomst niet alle gegevens vermeldde die werden vereist door artikel 11, derde lid, aanhef en onder c, van de Regeling Wko, zoals de prijs per uur en het aantal uren opvang. Aanvankelijk volgde de Afdeling de Belastingdienst/Toeslagen op dit punt. In een belangrijke uitspraak uit 2017⁶ heeft de Afdeling haar jurisprudentie genuanceerd:

“Een schriftelijke overeenkomst is (...) een vereiste voor de aanspraak op kinderopvangtoeslag, maar niet doorslaggevend voor het bepalen van de hoogte van die toeslag. De overeenkomst dient in samenhang te worden gezien met, bijvoorbeeld, maandelijkse facturen en jaargaven. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat de Belastingdienst/Toeslagen niet aan de ouder mag tegenwerpen dat de overeenkomst niet alle vereiste gegevens bevat, indien uit de overige overgelegde stukken duidelijk blijkt dat de kinderen zijn opgevangen, voor hoeveel uur en tegen welk tarief, en dat de kosten voor de opvang tijdig en volledig zijn voldaan.”

De overeenkomst tussen de ouder en de houder van een kindercentrum of een gastouderbureau hoeft dus niet alle op grond van de Regeling Wko vereiste gegevens te bevatten, als uit de overeenkomst en de andere voorhanden gegevens maar duidelijk is wat de kosten voor kinderopvang waren en dat die zijn betaald.

⁵ De nummering van de artikel van de Wko is gewijzigd per 1 augustus 2010. In dit rapport wordt voor de duidelijkheid een eenduidige nummering aangehouden. Gekozen is voor de nieuwe nummering. Vóór de wetswijziging ontbrak de aanduiding “1.” in de nummers van alle artikelen uit de Wko die in dit rapport worden vermeld.

⁶ ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3264.

2.1.2 Arbeid of traject gericht op arbeidsparticipatie

Een ander vereiste om aanspraak op kinderopvangtoeslag te kunnen maken is dat arbeid wordt verricht of wordt deelgenomen aan een traject gericht op arbeidsparticipatie. Iemand die niet werkt of niet aan zo'n traject deelneemt kan zijn kinderen zelf opvangen en heeft geen kinderopvang nodig.⁷ Van belang is voorts dat in beginsel *betaalde* arbeid moet worden verricht. Maar hierop bestaan uitzonderingen. De Afdeling heeft zich diverse keren uitgesproken over de vraag of sprake was van het verrichten van arbeid en over de vraag of dat betaalde arbeid moest zijn om aanspraak op kinderopvangtoeslag te kunnen maken. Bij betaalde arbeid was het dan nog de vraag of het moest gaan om inkomen in de zin van de Wet IB 2001. Twee voorbeelden van zaken waarin de Afdeling de Belastingdienst/Toeslagen in het ongelijk stelde zijn ABRvS 12 oktober 2016⁸ (partner aanvraagouder hoeft geen betaalde arbeid te verrichten) en ABRvS 18 juli 2018⁹ (ook beurspromovendus verricht betaalde arbeid).

2.1.3 Ouder exploiteert kinderopvangcentrum of gastouderbureau

De Afdeling heeft zich ook verschillende keren gebogen over de vraag of een ouder aanspraak kan maken op kinderopvangtoeslag als zijn kind wordt opgevangen door een kinderdagverblijf of gastouderbureau dat hij zelf exploiteert. In uitspraken van de Afdeling van 29 januari 2014¹⁰ en 21 oktober 2015¹¹, heeft de Afdeling uiteengezet dat dit anders dan door de Belastingdienst/Toeslagen werd betoogd, onder bepaalde omstandigheden mogelijk is. In de eerste zaak leidde dit ertoe dat de betrokken ouder in het gelijk werd gesteld.

2.1.4 De termijn van betaling

Diverse uitspraken betreffen de vraag of de kosten voor kinderopvang tijdig zijn betaald. Voor zover het gaat om zaken die zien op de periode vóór 1 januari 2012, komt deze kwestie aan de orde bij de hieronder te bespreken alles-of-nietszaken. De regelgeving ter zake is per 1 januari 2012 gewijzigd met als doel te voorkomen dat ingeval van controle achteraf alsnog een betalingsstroom voor feitelijk niet plaatsgevonden opvang werd gecreëerd. Vanaf die datum werd daarom voorgeschreven dat de vraagouder periodiek de kosten voor gastouderopvang moet betalen uiterlijk binnen twee kalendermaanden na afloop van het tijdvak waarover de kosten op grond van de overeenkomst worden berekend. Over de toepassing van deze bepaling oordeelde de

⁷ ABRvS 21 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1636.

⁸ ECLI:NL:RVS:2016:2703.

⁹ ECLI:NL:RVS:2018:2439.

¹⁰ ECLI:NL:RVS:2014:176.

¹¹ ECLI:NL:RVS:2015:3224.

Afdeling op 15 februari 2017.¹² De opvatting van de Belastingdienst/Toeslagen dat uit deze bepaling volgt dat een factuur over september uiterlijk 1 december van het desbetreffende jaar betaald moet zijn, werd door de Afdeling niet gedeeld. Deze opvatting zou betekenen dat het te laat betalen van één maandfactuur zou leiden tot verlies van de kinderopvangtoeslag voor het gehele berekeningsjaar. Dat zou volgens de Afdeling een onevenredig gevolg zijn. De kosten moeten volgens haar betaald zijn binnen twee maanden na afloop van het berekeningsjaar en dat was hier het geval. Als de Belastingdienst/Toeslagen het vermoeden heeft dat achteraf een betalingsstroom is gecreëerd, dan moet de dienst dit aannemelijk maken aan de hand van een onderzoek naar de feiten en omstandigheden, aldus de Afdeling. Omdat de Belastingdienst/Toeslagen dit niet kon, stelde de Afdeling de aanvrager in het gelijk.

2.1.5 Herziening recht op toeslag

De Awir voorziet er in dat een toeslag eerst bij wijze van voorschot kan worden vastgesteld in een zogenoemde voorschotbeschikking. Als na afloop van het toeslagjaar alle gegevens die nodig zijn om het recht op toeslag te kunnen vaststellen bekend zijn, wordt de toeslag vastgesteld. In dat geval wordt gesproken van een definitieve vaststelling of van de toekenning van een tegemoetkoming. Het recht op toeslag wordt uiteindelijk dus altijd in een definitieve vaststelling vastgelegd.

Zowel voorschotbeschikkingen als definitieve vaststellingen kunnen worden herzien. De Awir stelt geen eisen aan de herziening van een voorschotbeschikking. Die eisen zijn er wel als het gaat om de herziening van een definitieve vaststelling. Zo is herziening van definitieve vaststelling op grond van artikel 21, eerste lid, Awir uitsluitend mogelijk (a) op grond van feiten of omstandigheden waarvan de Belastingdienst/Toeslagen bij de toekenning redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn en op grond waarvan de tegemoetkoming vermoedelijk tot een te hoog bedrag is toegekend, of (b) indien de tegemoetkoming tot een te hoog bedrag is toegekend en de belanghebbende of zijn partner dit wist of behoorde te weten. In nogal wat zaken waarin de Belastingdienst/Toeslagen de definitieve vaststelling had herzien, kreeg de Afdeling de vraag voorgelegd of aan een van deze twee (of allebei de) voorwaarden voor herziening werd voldaan. Een voorbeeld is ABRvS 24 april 2013¹³, waarin de ouder met succes betoogde dat zich geen van de in artikel 21, eerste lid, Awir vermelde gronden voor herziening voordeed en de Belastingdienst/Toeslagen dus ten onrechte tot herziening had besloten.

¹² ECLI:NL:RVS:2017:428.

¹³ ECLI:NL:RVS:2013:BZ8408.

2.1.6 Termijn voor herziening

In de Awir was de termijn waarbinnen de Belastingdienst/Toeslagen een voorschotbeschikking of een definitieve vaststelling nog kon herzien aanvankelijk niet gelimiteerd. De Afdeling is in zes zaken gevraagd zich uit te laten over de vraag of deze bevoegdheid van de Belastingdienst/Toeslagen toch niet na verloop van tijd vervalt. De Afdeling was van oordeel dat dit inderdaad het geval is. De termijn waarbinnen de Belastingdienst/Toeslagen een voorschot in het nadeel van de aanvrager kan herzien of waarbinnen hij de definitieve toeslag lager kan vaststellen, vervalt vijf jaar na de laatste dag van het berekeningsjaar. Dit betekent dat de Belastingdienst/Toeslagen na die termijn niet meer een deel van de verstrekte kinderopvangtoeslag mag terugvorderen. De voorzitter van de Afdeling had in deze zaken staatsraad advocaat-generaal Keus gevraagd een conclusie te nemen. Deze heeft op 27 januari 2016 geconcludeerd.¹⁴ Het ging in deze zaken om bedragen variërend van 500 euro tot 16.000 euro die ouders moesten terugbetalen. Zie voor een van deze uitspraken ABRvS 1 juni 2016.¹⁵

In ABRvS 27 juni 2018¹⁶ ging het om de vraag hoe lang een ouder nog om herziening van de definitieve vaststelling van de tegemoetkoming in de kosten van kinderopvang kan verzoeken, als de Belastingdienst/Toeslagen kort voor of op enig moment na het verstrijken van de vijfjaarstermijn een besluit neemt over de definitieve vaststelling. In een dergelijke situatie, die niet uitzonderlijk is, wordt de mogelijkheid om herziening te verzoeken in feite illusoir gemaakt. De Afdeling oordeelde dat de ouder in die situatie altijd minimaal een jaar de mogelijkheid moet hebben om herziening te vragen.

2.1.7 Persoonlijke betalingsregeling

Tot slot gingen veel zaken bij de Afdeling over het treffen van een betalingsregeling voor het terugbetalen van een toeslagschuld (zie bijvoorbeeld ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3136, 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3389 en 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:686). Op deze categorie zaken wordt afzonderlijk teruggekomen in hoofdstuk 3 van dit rapport.

¹⁴ ECLI:NL:RVS:2016:159.

¹⁵ ECLI:NL:RVS:2016:1484.

¹⁶ ECLI:NL:RVS:2018:2140.

2.2 Alles-of-nietszaken: de jurisprudentie tot het omgaan in 2019

2.2.1 Het wettelijk kader

Zoals hiervoor beschreven, wordt de toeslag doorgaans eerst in de vorm van een voorschot verstrekt. Voorschotten worden per maand betaald. Na afloop van het jaar waarin kinderopvang heeft plaatsgevonden, vindt de definitieve vaststelling van het recht op kinderopvangtoeslag voor dat jaar plaats. Voor die vaststelling is leidend artikel 1.7 van de Wko.

Artikel 1.7 Wko

1. De hoogte van de kinderopvangtoeslag is afhankelijk van:
 - a. de draagkracht, en
 - b. de kosten van kinderopvang per kind die worden bepaald door:
 - 1° het aantal uren kinderopvang per kind in het berekeningsjaar,
 - 2° de voor die kinderopvang te betalen prijs, met inachtneming van het bedrag, bedoeld in het tweede lid, en
 - 3° de soort kinderopvang.
2. De uurprijs die bij de hoogte van de kinderopvangtoeslag, bedoeld in het eerste lid, in aanmerking wordt genomen gaat een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag niet te boven. Dat bedrag kan per opvangsoort verschillend worden vastgesteld.
3. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld over de redelijke verhouding tussen het aantal uren dat de ouder en zijn partner arbeid verrichten, gebruik maken van een voorziening die gericht is op arbeidsinschakeling, of scholing, een opleiding of een cursus volgen, alsmede de in verband daarmee benodigde reistijd, en het aantal uren kinderopvang waarvoor kinderopvangtoeslag kan worden aangevraagd.
4. Het aantal uren kinderopvang dat in aanmerking wordt genomen bij de hoogte van de kinderopvangtoeslag, bedoeld in het eerste lid, gaat een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen maximum, dat per soort kinderopvang of per leeftijdsgroep verschillend kan worden vastgesteld, niet te boven.

De kinderopvangtoeslag wordt dus berekend per jaar (het berekeningsjaar of tegemoetkomingsjaar) en is onder meer afhankelijk van de draagkracht. Om de draagkracht te bepalen, wordt gekeken naar het toetsingsinkomen. Dat bestaat uit het verzamelinkomen of het belastbare loon. Gegevens dus die afkomstig zijn van de Belastingdienst en betrekking hebben op een bepaald jaar. In de toelichting op artikel 10 Wko staat dat de vaststelling van een tegemoetkoming zich laat vergelijken met de definitieve aanslag.

Het is aan de ouder, als aanvrager, om aan te tonen dat hij kosten heeft gehad en wat de hoogte is van die kosten. Dit wordt afgeleid uit artikel 18 van de Awir¹⁷, gelezen in samenhang met artikel 1.7 van de Wko. Omdat de Wko uitgaat van vaststelling van het recht op kinderopvangtoeslag over een heel jaar, moet de ouder dus aantonen welke kosten aan kinderopvang hij in dat jaar heeft gehad.

2.2.2 Enkele vroege uitspraken over niet betalen

Uit het hiervoor geschetste systeem is door de Belastingdienst/Toeslagen afgeleid dat de totale kosten over het berekeningsjaar moeten zijn voldaan, wil recht bestaan op toeslag. Zijn niet de totale kosten voldaan, dan bestaat geen recht op kinderopvangtoeslag voor dat jaar. Enkele van de eerste uitspraken van de Afdeling waarin een herziening van het voorschot naar nihil aan de orde was, zijn de volgende.

In de uitspraak van 22 juni 2011¹⁸ ging het om een geval waarin de Belastingdienst/Toeslagen het voorschot over het jaar 2008 had herzien naar nihil omdat niet was aangetoond dat de aanvrager kosten voor kinderopvang heeft gemaakt en de gastouder heeft betaald. Contante betaling werd niet aannemelijk gemaakt. De Afdeling deelde het oordeel van de rechtbank dat niet blijkt van door de aanvrager gemaakte kosten van kinderopvang.

In haar uitspraak van 30 mei 2012¹⁹, die ging over 2009 en ook een casus betrof waarin betalingen contant zouden zijn gedaan, sloot de Afdeling aan bij de uitspraak van 22 juni 2011. Ook in die zaak was er onvoldoende bewijs van enige betaling. De aanvrager heeft niet aannemelijk gemaakt dat hij de gastouder heeft betaald en kosten voor kinderopvang heeft gemaakt. Een uitspraak van 24 augustus 2011²⁰ over toeslagjaar 2008 volgde dezelfde benadering.

2.2.3 De eerste uitspraak over de alles-of-niets-benadering

De uitspraak van 19 december 2012²¹ is de eerste uitspraak waarin expliciet wordt overwogen dat gedeeltelijke betaling niet voldoende is voor enige

¹⁷ Artikel 18, eerste lid, Awir luidt: "Een belanghebbende, een partner en een medebewoner verstrekken de Belastingdienst/Toeslagen desgevraagd alle gegevens en inlichtingen die voor de beoordeling van de aanspraak op of de bepaling van de hoogte van de tegemoetkoming van belang kunnen zijn."

¹⁸ ECLI:NL:RVS:2011:BQ8833.

¹⁹ ECLI:NL:RVS:2012:BW6900.

²⁰ ECLI:NL:RVS:2011:BR5679.

²¹ ECLI:NL:RVS:2012:BY6772. Ook prof. mr. S.E. Zijlstra noemt deze uitspraak als eerste van deze soort in diens overzicht van de rechtspraak van de Afdeling; bijlage 2 bij het rapport van de Parlementaire Onderzoekingscommissie Kinderopvangtoeslag.

aanspraak en dus van de alles-of-nietsbenadering.²² Onder 'verschuldigde kosten' worden daarbij door de Afdeling verstaan alle over het berekeningsjaar verschuldigde kosten, waaronder de kosten die de ouder volgens de wet zelf moet dragen. Is niet het volledige bedrag betaald, dan bestaat geen recht op kinderopvangtoeslag. In deze uitspraak overweegt de Afdeling:

"3. [Appellant] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de Belastingdienst zich op het standpunt kon stellen dat hij geen recht heeft op kinderopvangtoeslag. Daartoe voert hij aan dat het ontbreken van betaalbewijzen van de eigen bijdrage het gevolg is van de in de overeenkomst vastgelegde afspraak dat de gastouder aan hem de verschuldigde eigen bijdrage schenkt en dat deze afspraak niet onrechtmatig is. Voorts voert [appellant] aan dat hij ten minste recht heeft op kinderopvangtoeslag over het bedrag dat hij aantoonbaar heeft betaald voor de kosten van kinderopvang van zijn zoon. (...)

3.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer de uitspraken van 24 augustus 2011 in zaak nr. 201102962/1/H2 en van 22 juni 2011 in zaak nr. 201010918/1/H2) volgt uit artikel 18 van de Awir, gelezen in samenhang met artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wko, dat degene die kinderopvangtoeslag ontvangt moet kunnen aantonen dat hij kosten voor kinderopvang heeft gemaakt en wat de hoogte is van deze kosten. (...)

De te betalen vergoeding aan de gastouder bedroeg (...) € 9.275,00. [appellant] heeft evenwel slechts € 7.276,00 aan de gastouder betaald. Hij heeft niet aangetoond dat hij het resterende bedrag van € 1.999,00 ook heeft betaald. (...) Nu [appellant] niet heeft aangetoond dat hij de in de overeenkomst opgenomen kosten voor de gastouder, waarop de toeslag mede is gebaseerd, geheel heeft voldaan, heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat de Belastingdienst het voorschot kinderopvangtoeslag terecht heeft herzien en op nihil heeft gesteld."

Appellant had aangevoerd dat hij ten minste recht heeft op kinderopvangtoeslag over het bedrag dat hij aantoonbaar heeft betaald. Op dit betoog wordt niet uitdrukkelijk ingegaan. Een motivering voor het oordeel dat alle kosten moeten zijn voldaan om een recht te hebben op kinderopvangtoeslag, is in de uitspraak dan ook niet te vinden. Wel wordt overwogen dat wordt aangesloten bij de eerdergenoemde uitspraken van 22 juni 2011 en 24 augustus 2011, die evenmin overwegingen bevatten die zijn toegesneden op de situatie waarin de betalingen deels worden verantwoord.

²² Van nog vroeger datum is ABRvS 24 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5679. Deze uitspraak is echter minder expliciet en bevat weinig feiten. Uit dossieronderzoek blijkt dat de casus dicht aanligt tegen de categorie "in het geheel niet betalen": van de te verantwoorden circa € 60.000 aan kosten over twee jaar was slechts circa € 1.600 verantwoord.

2.2.4 Latere uitspraken volgens dezelfde lijn

Kort op de uitspraak van 19 december 2012 volgde een uitspraak van 27 december 2012.²³ In deze uitspraak – een zaak over 2008 en 2009 – sluit de Afdeling aan bij de eerdergenoemde uitspraak van 30 mei 2012. De uitspraak vermeldt evenwel expliciet een nieuw element, te weten de “eigen bijdrage”. Als zodanig pleegt te worden aangemerkt het deel van de kosten dat niet wordt gedekt door de toeslagvoorschotten en dat de ouder dus uit eigen middelen moet betalen. Wij bespreken enige rechtspraak over de eigen bijdrage, nu deze laat zien dat ook het niet of niet tijdig betalen van de eigen bijdrage kan leiden tot het vervallen van het recht op kinderopvangtoeslag. De Afdeling overweegt:

“Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder andere uitspraak van 30 mei 2012 (...)) volgt uit artikel 18, eerste lid, van de Awir, gelezen in samenhang met artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wko, dat degene die kinderopvangtoeslag ontvangt, moet kunnen aantonen dat hij kosten voor kinderopvang heeft gemaakt en wat de hoogte is van deze kosten. Op basis van de door [appellant] naar aanleiding van het ingevolge artikel 18 van de Awir gedane verzoek door de Belastingdienst overgelegde rekeningafschriften heeft de rechtbank geoordeeld dat de Belastingdienst zich op goede gronden op het standpunt heeft kunnen stellen dat [appellant] niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij de gastouder een eigen bijdrage heeft betaald voor de oppaswerkzaamheden en daardoor kosten voor kinderopvang heeft gemaakt. De rechtbank merkt met juistheid op dat de overgelegde rekeningafschriften slechts laten zien dat door het gastouderbureau bedragen op de rekening van [appellant] zijn overgemaakt en dat er onvoldoende ondersteunende gegevens zijn voor het oordeel dat [appellant] voor 2008 en 2009 kosten voor kinderopvang heeft gemaakt.”

De volgende uitspraak waarin de lijn van 19 december 2012 is gevolgd, is die van 17 juli 2013.²⁴ Het betrof een geval waarin de Belastingdienst/Toeslagen aan appellant voorschotten kinderopvangtoeslag over 2008 en 2009 had toegekend van € 25.324,00 onderscheidenlijk € 30.747,00. De Belastingdienst/Toeslagen vond dat appellant over 2008 en 2009 geen recht heeft op een voorschot kinderopvangtoeslag omdat hij betaling van de eigen bijdrage niet heeft aangetoond en hij daarom zelf geen kosten voor kinderopvang heeft gemaakt. In 2013 heeft appellant die kosten alsnog voldaan. De Afdeling overweegt daarover:

²³ ECLI:NL:RVS:2012:BY7304.

²⁴ ECLI:NL:RVS:2013:371.

“Daargelaten binnen welke termijn de betaling van de verschuldigde kosten exact dient te geschieden, is betaling in 2013 van de zogenoemde eigen bijdrage voor de toeslagjaren 2008 en 2009 in ieder geval te laat om aan deze toeslagjaren te kunnen worden toegerekend. Gelet hierop heeft de rechtbank met juistheid overwogen dat de Belastingdienst het verleende voorschot kinderopvangtoeslag over de jaren 2008 en 2009 op nihil heeft mogen vaststellen.”

In beide uitspraken (van 27 december 2012 en 17 juli 2013) kwam het deel van de kosten dat niet (of pas na vier à vijf jaar) was betaald overeen met de zogenoemde eigen bijdrage, dat wil zeggen het deel van de kosten dat niet wordt gedekt uit het voorschot kinderopvangtoeslag.

Een volgende uitspraak is van 20 november 2013.²⁵ In deze zaak is – net als in die van 17 juli 2013 – allereerst aan de orde op welk tijdstip de kosten van kinderopvang moeten zijn voldaan om deze in aanmerking te kunnen nemen bij het bepalen van het recht op kinderopvangtoeslag. Overwogen wordt dat een betaling in 2012 voor het toeslagjaar 2009 te laat is om aan dit jaar te kunnen worden toegerekend. Alleen de kosten voor kinderopvang die daadwerkelijk ten tijde van die opvang of uiterlijk kort daarna zijn voldaan worden in aanmerking genomen bij het bepalen van het recht op kinderopvangtoeslag. Betrokkene had de verschuldigde kosten ten tijde van de opvang of uiterlijk kort daarna niet alle voldaan.

Ten tweede speelde de vraag of het slechts gedeeltelijk tijdig betalen van de kosten mocht leiden tot nihilstelling. Hierover overwoog de Afdeling het volgende:

“2. Aan het besluit van 25 april 2012 heeft de Belastingdienst/Toeslagen ten grondslag gelegd dat [appellante] niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij in 2009 kosten voor kinderopvang heeft gehad. Daartoe heeft de dienst in aanmerking genomen dat [appellante] op basis van de jaaropgave van het gastouderbureau € 10.394,40 had moeten betalen, maar uit de door haar overgelegde bankafschriften blijkt dat zij in totaal € 9.442,80 aan het gastouderbureau heeft betaald. Nu het gastouderbureau voorts in totaal € 454,80 aan haar heeft terugbetaald, heeft zij per saldo zelfs slechts € 8.988,00 aan het gastouderbureau betaald. Aangezien niet het volledige bedrag aan opvangkosten aan het gastouderbureau is betaald en [appellante] geen eigen bijdrage heeft betaald, heeft zij niet aangetoond dat zij daadwerkelijk kosten voor kinderopvang heeft gehad, aldus de Belastingdienst/Toeslagen.

²⁵ ECLI:NL:RVS:2013:2006.

(...)

4.1. De achtergrond van de regeling voor het toekennen van kinderopvangtoeslag en het verstrekken van voorschotten daarvoor en het belang van controle op een juiste besteding van overheidsgelden brengen met zich dat de verschuldigde kosten voor kinderopvang daadwerkelijk ten tijde van die opvang of uiterlijk kort daarna worden voldaan. Daargelaten binnen welke termijn de betaling van de verschuldigde kosten exact dient te geschieden, is betaling in 2012 van de zogenoemde eigen bijdrage voor het toeslagjaar 2009 in ieder geval te laat om aan dit jaar te kunnen worden toegerekend. Gelet hierop, heeft de rechtbank met juistheid overwogen dat de Belastingdienst/Toeslagen het verleende voorschot kinderopvangtoeslag over 2009 op nihil heeft mogen vaststellen.”

Ook in deze uitspraak wordt niet expliciet gemotiveerd waarom geen kinderopvangtoeslag wordt toegekend op basis van het wél betaalde deel van de kosten. Wél komt in de uitspraak tot uitdrukking dat het – net als in de uitspraken van 19 december 2012 en 17 juli 2013 – een situatie betrof waarin de eigen bijdrage in het geheel niet was betaald in de relevante periode.²⁶ Blijkens de uitspraak was het standpunt van de Belastingdienst/Toeslagen: omdat geen eigen bijdrage is betaald, heeft de aanvrager niet daadwerkelijk kosten van opvang gehad. De rechtbank onderschreef deze benadering in een uitspraak die door de Afdeling bestuursrechtspraak werd bevestigd. De Afdeling geeft de weergave van het rechtbankoordeel als volgt weer:

“3. De rechtbank heeft geoordeeld dat de Belastingdienst/Toeslagen het voorschot kinderopvangtoeslag terecht op nihil heeft gesteld. Daartoe heeft zij, voor zover thans van belang, overwogen dat de term ‘te betalen kosten’ in artikel 5, eerste lid, van de Wko, moet worden opgevat als ‘daadwerkelijk gedane uitgaven, waardoor het vermogen van degene die de uitgave heeft gedaan, wordt aangetast’. Volgens de rechtbank brengt de omstandigheid dat [appellante] de kosten van kinderopvang die uitstegen boven het ontvangen voorschot kinderopvangtoeslag niet volledig in 2009 heeft voldaan, met zich dat zij niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij in 2009 kosten voor kinderopvang heeft gehad, nu zij niet aannemelijk heeft gemaakt dat haar vermogen door de betalingen in 2009 is aangetast.”

²⁶ Deze uitspraak werd gedaan in het jaar waarin de zogenoemde ‘Bulgarenfraude’ door publicaties in de media aan het licht kwam. Die fraude kwam op 25 april 2013 aan de orde in een overleg van de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid met minister Asscher van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (TK 2012/2013, 29 407, nr.170). Verwezen wordt hier verder naar het ‘Feitenrelaas fraude met toeslagen’ (Handelingen TK 2012/2013, nr. 81 item 13). Op 15 januari 2014 diende het lid Koolmees c.s. bij een plenair debat van de Tweede Kamer een motie in waarin de regering werd opgeroepen zich maximaal in te zetten op het innen van de onterecht uitgekeerde toeslagen en opgelegde boetes inzake de Bulgaarse toeslagenfraude toeslagen (Kamerstuk 17 050, nr. 465).

Ook in een uitspraak van 5 februari 2014²⁷ speelde het niet voldoen van de eigen bijdrage een rol:

“3.1. (...) De rechtbank heeft met juistheid geoordeeld dat de Belastingdienst door [appellant] met de door hem overgelegde kwitanties en bankafschriften niet aangetoond heeft hoeven achten dat hij de vereiste eigen bijdrage in de kosten voor de kinderopvang over 2008, 2009 en 2010 heeft betaald.

(...)

4.1. De rechtbank heeft terecht overwogen dat het frauduleuze handelen van het gastouderbureau, waarvan [appellant], naar hij stelt, het slachtoffer is geworden, onverlet laat dat hij, om voor toekenning van kinderopvangtoeslag in aanmerking te kunnen komen, moet kunnen aantonen dat hij kosten van kinderopvang heeft gehad en wat de hoogte ervan is. Nu [appellant] daarin niet is geslaagd, mocht de Belastingdienst de voorschotten kinderopvangtoeslag over 2008, 2009 en 2010 herzien, als deze heeft gedaan, en heeft de dienst niet in strijd met het proportionaliteitsbeginsel gehandeld door de voorschotten op nihil te stellen.”

Hoewel 4.1 de indruk zou kunnen wekken dat er in het geheel geen betaling plaatsvond, valt uit 3.1 af te leiden dat het ook in deze zaak specifiek ging om het niet betalen van de ‘eigen bijdrage’.

2.2.5 Eerste ijkmoment; de uitspraak van 2 april 2014²⁸

De datum van 2 april 2014 is aan te merken als een eerste ijkmoment. Op deze datum deed de Afdeling opnieuw een uitspraak in een zaak waarin de Belastingdienst/Toeslagen de toeslag op nihil stelde omdat de eigen bijdrage niet was betaald. Deze zaak was op 7 november 2013 ter zitting behandeld. Op dezelfde zitting werden andere zaken behandeld waarin dezelfde problematiek speelde. De zaak week als zodanig niet af van andere gelijksoortige zaken die aan de Afdeling werden voorgelegd, maar werd benut om in vervolg op de eerdere uitspraken in één uitspraak duidelijk weer te geven wat de handelwijze van de Belastingdienst/Toeslagen is bij de besluitvorming omtrent vaststelling of herziening van bevoorschotting en aan te geven wat de Afdeling hiervan vindt.

Deze problematiek is voorafgaand aan de uitspraak van 2 april 2014 binnen een overleg van staatsraden en juristen uitgebreid besproken. Bij de bespreking kwamen pro’s en contra’s van verschillende benaderingen aan de orde. Gelet op het geheim van de raadkamer kan geen gedetailleerde weergave

²⁷ ECLI:NL:RVS:2014:290.

²⁸ ECLI:NL:RVS:2014:1114.

van standpunten worden gegeven. Wel wordt hier vermeld dat ook kritische geluiden over de tot dan gevormde jurisprudentie naar voren kwamen: nu in elk geval een deel van de kosten daadwerkelijk is betaald, zou de Belastingdienst/Toeslagen ook de toeslag gedeeltelijk kunnen toekennen en dus niet geheel kunnen terugvorderen. Hierbij is een vergelijking getrokken met de inkomstenbelasting: als in de aangifte ten onrechte een te hoog bedrag is opgenomen als aftrekpost, heeft dat niet tot gevolg dat geheel geen recht meer bestaat op belastingteruggave. Hiertegenover stonden andere argumenten, waaronder de op subsidieterrein niet ongebruikelijke benadering dat bij het niet voldoen aan subsidievoorwaarden de gehele subsidie wordt geweigerd. Bij fraude met subsidies is het voorts niet ongevoel het gehele subsidiebedrag terug te vorderen.

Alle pro's en contra's afwegend, heeft de verantwoordelijke zittingskamer bij uitspraak van 2 april 2014 vastgehouden aan de eerder ingezette benadering. Het lijkt erop dat een belangrijke rol heeft gespeeld dat in casusposities als hier aan de orde de aanvrager nadat hem voorafgaand aan de definitieve vaststelling is gevraagd wat de hoogte van de werkelijk gemaakte kosten was, heeft gepretendeerd hogere kosten te hebben gemaakt dan in werkelijkheid het geval was, wat zou leiden tot toekenning van een te hoge toeslag. Dat de Belastingdienst/Toeslagen in zo'n situatie de toeslag niet zou aanpassen aan de werkelijk gemaakte kosten, is in zoverre niet onbegrijpelijk dat zo'n benadering ertoe zou leiden dat een onjuiste, te hoge kostenclaim óf geen gevolg heeft (als deze niet wordt ontdekt) óf slechts tot gevolg heeft dat alsnog de toeslag wordt vastgesteld waar bij juiste informatieverstrekking aanspraak op zou bestaan. Er zou aldus geen stimulans zijn om de kosten correct te verantwoorden, zo werd – samenvattend weergegeven – door de Belastingdienst aangevoerd. Dat de Afdeling voor dit argument vatbaar is geweest, valt op te maken uit de uitspraak zelf, waarin getracht is de systematiek van het aanvragen en verantwoorden uiteen te zetten. Verder biedt de uitspraak wat meer zicht op de juridische redenering die dan wordt gevolgd en die – kort gezegd – op het volgende neerkomt: de daadwerkelijk gemaakte kosten stemmen niet overeen met de overeengekomen kosten en ook niet met de uiteindelijk opgegeven kosten. Vertaald naar de wet: dit betekent dat de kinderopvang niet is geschied op basis van een overeenkomst als bedoeld in art. 1.52 Wko. De Afdeling verwoordde dit als volgt:

“2. Aan het besluit op bezwaar heeft de Belastingdienst/Toeslagen ten grondslag gelegd dat [appellante] niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij in 2009 kosten voor kinderopvang heeft gehad, omdat zij geen eigen bijdrage heeft betaald.

(...)

3.1.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 20 november 2013 (...)), dienen alle verschuldigde kosten voor kinderopvang

daadwerkelijk ten tijde van die opvang of uiterlijk kort daarna te worden voldaan om voor toepassing van de Wko in aanmerking te kunnen worden genomen. De reden hiervoor is gelegen in het belang van de Belastingdienst/Toeslagen om betrekkelijk kort na afloop van het kalenderjaar – aan de hand van de verstrekte gegevens over de tussen partijen gemaakte afspraken – definitief te kunnen vaststellen of voor dat jaar aanspraak bestaat op kinderopvangtoeslag en wat in dat geval de hoogte van de tegemoetkoming is.

In dit kader is van belang dat de Belastingdienst/Toeslagen zich bij de vaststelling van de tegemoetkoming baseert op de tussen partijen gemaakte afspraken. De hoogte van de toeslag is ingevolge artikel 7, eerste lid, van de Wko namelijk onder meer afhankelijk van de tussen partijen gemaakte afspraken over het aantal kinderen dat wordt opgevangen, het aantal uren opvang en het gehanteerde uurtarief. Deze afspraken dienen, gelet op artikel 52 van de Wko, te zijn vastgelegd in een door partijen gesloten schriftelijke overeenkomst, om te vermijden dat onduidelijkheid bestaat over de hoogte van de kosten voor kinderopvang voor het desbetreffende jaar.

3.1.2. Opmerking verdient dat het beleid van de Belastingdienst/Toeslagen inhoudt dat niet in alle gevallen strikt aan de hiervoor in 3.1.1 weergegeven regels wordt vastgehouden. Zo heeft de dienst ter zitting te kennen gegeven dat hij kosten van kinderopvang ook aanvaardt indien zij niet ten tijde van de opvang of kort daarna zijn gemaakt, mits aannemelijk wordt gemaakt dat tijdige voldoening niet mogelijk was en een door partijen overeengekomen uitstel van de voldoening tijdig aan hem wordt doorgegeven. De Belastingdienst/Toeslagen heeft ter zitting verder te kennen gegeven dat de omstandigheden van de vraag- of gastouder gedurende het toeslagjaar kunnen wijzigen, waardoor behoefte kan bestaan af te wijken van de in de schriftelijke overeenkomst vastgelegde afspraken omtrent de kinderopvang of de betaling daarvan. In beginsel is de Belastingdienst/Toeslagen in een dergelijk geval bereid om de kinderopvangtoeslag te berekenen aan de hand van de aan hem doorgegeven gewijzigde afspraken. Volgens het beleid van de Belastingdienst/Toeslagen kan, indien een dergelijke wijziging tot uitdrukking komt in de jaaropgave van het gastouderbureau, de aanspraak op kinderopvangtoeslag berekend worden aan de hand van het op de jaaropgave vermelde bedrag aan kosten voor kinderopvang, namelijk indien deze jaaropgave het daadwerkelijk genoten aantal uren kinderopvang per kind en de daarvoor afgesproken prijs vermeldt.

3.2. Vast staat dat [appellante] een deel van de kosten over toeslagjaar 2009 pas op 3 november 2011 heeft voldaan. Nu deze betaling niet ten tijde van de opvang of kort daarna heeft plaatsgevonden, is deze in beginsel te laat om voor toepassing van de Wko in aanmerking te kunnen worden genomen. Volgens [appellante] is de reden van deze

late voldoening dat zij in betalingsnood verkeerde en met de gastouder had afgesproken een deel van het verschuldigde bedrag te betalen op het moment dat zij daartoe in staat zou zijn. [Appellante] heeft deze gewijzigde afspraak, wat daar van zij, evenwel niet, bijvoorbeeld door middel van een mutatieformulier, doorgegeven aan de Belastingdienst/Toeslagen. Evenmin heeft zij in haar reactie van 10 september 2010 op de brief van de Belastingdienst/Toeslagen van 31 augustus 2010, waarin zij werd verzocht om ten behoeve van de definitieve vaststelling van haar tegemoetkoming voor 2009 door te geven wat de daadwerkelijk gemaakte kosten over dat jaar waren, te kennen gegeven dat de betalingsafspraken waren gewijzigd. Gelet hierop, heeft de Belastingdienst/Toeslagen zich, ook indien rekening wordt gehouden met het hiervoor in 3.1.2 vermelde beleid, terecht op het standpunt gesteld dat de kosten over 2009 die [appellante] in 2011 heeft voldaan voor toepassing van de Wko niet kunnen worden aangemerkt als kosten van in 2009 verleende opvang.

3.3. Ook het betoog van [appellante] dat de rechtbank heeft miskend dat de Belastingdienst/Toeslagen de toeslag had moeten herberekenen aan de hand van het bedrag dat zij wel tijdig heeft betaald en de toeslag aldus evenredig lager had moeten vaststellen, faalt. Uit de tussen partijen gesloten overeenkomst blijkt dat [appellante] met het gastouderbureau is overeengekomen dat haar twee kinderen in 2009 ieder 53 uur per maand worden opgevangen tegen een uurtarief van € 6,10, zodat zij voor kinderopvang in dat jaar € 7.759,20 zou moeten betalen. In vermelde reactie op het verzoek van de Belastingdienst/Toeslagen van 31 augustus 2010 heeft [appellante] gegevens verstrekt, waaronder de jaaropgave van 2009. Ook volgens deze gegevens zou zij voor kinderopvang in 2009 – overeenkomstig de afspraken die zijn vastgelegd in de overeenkomst – € 7.759,20 hebben betaald. Zoals hiervoor onder 3.2 is overwogen, had [appellante] ten tijde van haar reactie een deel van deze kosten evenwel niet voldaan, noch had zij op dat moment aan de dienst doorgegeven dat zij met de gastouder had afgesproken dit deel van de kosten later te voldoen, zodat deze kosten voor de toepassing van de Wko, ook met inachtneming van het ter zake door de Belastingdienst/Toeslagen gevoerde beleid, niet kunnen worden aangemerkt als kosten van in 2009 verleende kinderopvang.

Als gevolg hiervan stemt het bedrag aan kosten dat aan [appellante] volgens de overeenkomst aan kosten van kinderopvang verschuldigd is niet overeen met de voor de toepassing van de Wko in aanmerking te nemen daadwerkelijk betaalde kosten. Mede gelet op het hiervoor onder 3.1.1 weergegeven belang van de Belastingdienst/Toeslagen om betrekkelijk kort na afloop van het kalenderjaar op basis van de verstrekte gegevens over de gemaakte afspraken te kunnen vaststellen of voor dat jaar aanspraak bestaat op kinderopvangtoeslag, moet onder deze

omstandigheden worden aangenomen dat de kinderopvang niet heeft plaatsgevonden op basis van een overeenkomst als bedoeld in artikel 52 Wko. Het gevolg daarvan is dat [appellante] voor het jaar 2009 geen aanspraak heeft op kinderopvangtoeslag. De Belastingdienst/Toeslagen heeft de toeslag derhalve terecht op nihil gesteld.”

Opvallend is dat de zaak waarover de Afdeling in deze uitspraak oordeelde, net als de eerdere zaken waarin de Afdeling nihilstelling aanvaardbaar achtte, de tekortkoming in de betaling betrekking had op de eigen bijdrage. De uitkomst is dezelfde als in die eerdere zaken, zij het dat er nu een uitgebreider motivering met een verwijzing naar art. 52 Wko aan is toegevoegd.²⁹ De Belastingdienst/Toeslagen is in volgende besluiten uitdrukkelijk deze bepaling aan zijn besluiten ten grondslag gaan leggen, ook in gevallen waar het niet betaalde deel kleiner was dan de eigen bijdrage.

De uitspraak van 2 april 2014 vormde de basis voor een reeks latere uitspraken. In het algemeen kwam de rechtspraak van de rechtbanken hiermee overeen. Een uitzondering vormde de rechtbank Rotterdam, die een tijd aan de lijn heeft vastgehouden dat recht bestond op kinderopvangtoeslag naar evenredigheid van de betaalde kosten. Maar ook na heroverweging van de eigen jurisprudentie hield de Afdeling vast aan haar eigen benadering: in de periode 9 juli 2014 – 29 maart 2017 werden negentien hoger beroepen van de Belastingdienst/Toeslagen tegen uitspraken waarin de rechtbank haar eigen lijn volgde gegrond verklaard. De rechtbank Rotterdam heeft zich vervolgens naar de jurisprudentie van de Afdeling gevoegd.

2.2.6 Tweede ijkmoment; de uitspraak van 8 juni 2016³⁰

In deze uitspraak was aan de orde of aan de lijn van de uitspraak van 2 april 2014 moest worden vastgehouden in een casus waarin de kosten van kinderopvang € 9.589 bedroegen en het tekort aan betaling € 296. Appellant deed een beroep op het evenredigheidsbeginsel. Allereerst overweegt de Afdeling:

“7. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 22 juni 2011(...)) volgt uit artikel 18, eerste lid, van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen, gelezen in verbinding met artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wet kinderopvang, dat degene die aanspraak maakt op kinderopvangtoeslag, moet kunnen aantonen dat hij kosten van kinderopvang heeft gehad en wat de hoogte ervan is. (...)

²⁹ Ingevolge artikel 1.52 lid 1 Wko geschiedt kinderopvang op basis van een schriftelijke overeenkomst tussen de houder en de ouder.

³⁰ ECLI:NL:RVS:2016:1610.

8. In haar uitspraak van 2 april 2014 (...) heeft de Afdeling overwogen dat de Belastingdienst/Toeslagen zich bij de vaststelling van de tegemoetkoming kinderopvangtoeslag baseert op de tussen partijen gemaakte afspraken, die, gelet op artikel 52 van de Wko vastgelegd dienen te zijn in een schriftelijke overeenkomst. Daarbij wordt ook rekening gehouden met afwijkende afspraken ten gevolge van gedurende het toeslagjaar gewijzigde omstandigheden, mits die aan hem worden doorgegeven of blijken uit de jaaropgave. Indien niet kan worden aangetoond dat het bedrag aan kosten dat blijktens de gemaakte afspraken over kinderopvang verschuldigd is, daadwerkelijk is betaald, moet worden aangenomen dat de kinderopvang niet op basis van de gemaakte afspraken heeft plaatsgevonden. In genoemde uitspraak van 2 april 2014 is geoordeeld dat het gevolg daarvan is dat geen aanspraak bestaat op kinderopvangtoeslag en dat indien een deel van de kosten aantoonbaar is voldaan geen aanspraak kan worden gemaakt op een evenredig lager voorschot of lagere tegemoetkoming. (...)

12. In artikel 7, eerste lid, van de Wko is bepaald dat de hoogte van de tegemoetkoming afhankelijk is van de draagkracht en de hoogte van de kosten van kinderopvang. De hoogte van de kosten van kinderopvang (per kind) wordt bepaald aan de hand van het aantal afgenomen uren opvang maal het uurtarief. De kosten van kinderopvang zijn aldus objectief bepaalbaar. Artikel 7, eerste lid, van de Wko is dwingendrechtelijk geformuleerd zodat hiervan wat betreft de vaststelling van de hoogte van de kosten, overeenkomstig de gemaakte afspraken over kinderopvang, niet kan worden afgeweken. (...)

13. Ingevolge artikel 26 van de Awir is de belanghebbende, 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, het bedrag van de terugvordering in zijn geheel verschuldigd.

In dit artikel staat met zoveel woorden dat het bedrag van de terugvordering in zijn geheel is verschuldigd. In dit verband wordt verwezen naar vaste jurisprudentie van de Afdeling (zie bijvoorbeeld de uitspraken van 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5166, en 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:714). Volgens deze jurisprudentie is in artikel 26 van de Awir dwingendrechtelijk bepaald dat indien een herziening of een verrekening leidt tot een terug te vorderen bedrag, de belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel is verschuldigd. In de Awir is geen bepaling opgenomen op grond waarvan de Belastingdienst/Toeslagen van terugvordering kan afzien dan wel de terugvordering kan matigen."

Daarna wordt specifiek met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel het volgende overwogen:

“14. (...) De belangenafweging die een bestuursorgaan dient te maken, wordt ingevolge artikel 3:4, eerste lid, van de Awb beperkt voor zover dit voortvloeit uit een wettelijk voorschrift. Uit de hiervoor genoemde artikelen volgt dat geen ruimte bestaat voor een belangenafweging bij de vaststelling van de hoogte van de kinderopvangtoeslag indien niet alle kosten aantoonbaar zijn betaald en, zoals de Afdeling in de hierboven genoemde uitspraak van 17 augustus 2011 eerder heeft overwogen, bij de terugvordering. Bij de herziening van het voorschot, de vaststelling van de tegemoetkoming en bij de terugvordering kon de Belastingdienst/Toeslagen dan ook geen rekening houden met kosten van kinderopvang die [appellant] aantoonbaar heeft betaald. [appellant] betoogt dus tevergeefs dat de rechtbank het besluit van 14 augustus 2014 in strijd had moeten achten met het evenredigheidsbeginsel.”

In de uitspraak komt verder aan de orde dat de Belastingdienst/Toeslagen heeft toegelicht dat een uitzondering geldt bij zogenoemde afrondingsverschillen: als sprake is van kleine verschillen tussen de totale kosten en de aantoonbaar gemaakte kosten, wordt er van uitgegaan dat alle kosten zijn voldaan. De Afdeling overweegt in dit verband:

“16. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 15 april 2015(...)) volgt uit artikel 1, eerste lid, aanhef en onder n, van de Wko dat kinderopvangtoeslag een tegemoetkoming van het Rijk in de kosten van kinderopvang is. Dit betekent dat, zoals ook volgt uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Wko (Kamerstukken II 2001/02, 28 447, nr. 3, blz. 20-21), een deel van de kosten van kinderopvang voor rekening van de ouder blijft. De wetgever gaat er dus vanuit dat de kosten van kinderopvang door de ouder worden gedragen. Gezien dit uitgangspunt bij de toekenning van aanspraak op kinderopvangtoeslag dient het niet aantoonbaar betaalde gedeelte van de kosten van kinderopvang, anders dan [appellant] heeft betoogd, te worden gerelateerd aan dat deel van de kosten dat voor rekening van de ouder blijft. In dit geval betekent dit dat [appellant] 23,21% van de voor zijn rekening komende kosten van kinderopvang niet aantoonbaar heeft betaald. Dit is niet een gering gedeelte van de totale kosten die [appellant] moet dragen. Daarom is in dit geval geen sprake van een (...) afrondingsverschil.”

De aanvrager meende dat wel sprake was van een afrondingsgeschild, omdat slechts 3,09% van de totale kosten niet aantoonbaar was betaald. De Afdeling ging niet in dit standpunt mee, maar deelde het standpunt van

de Belastingdienst/Toeslagen dat het niet betaalde gedeelte van de kosten moet worden gerelateerd aan de kosten die voor rekening van de vraagouder komen (de eigen bijdrage). Daarvan had de aanvrager bijna een kwart niet voldaan.

2.2.7 Twee nuancerings in de jurisprudentie

De uitspraak van 8 maart 2017³¹ geeft een nuancering van de alles-of-niets-jurisprudentie. Deze heeft betrekking op de categorie zaken waarin de Belastingdienst/Toeslagen vanwege fraudevermoeden de bevoorschotting had gestaakt in afwachting van een controle. De Afdeling oordeelde dat bij de stopzetting niet de vereiste zorgvuldigheid is betracht en in strijd met de voor opschorting geldende regels is gehandeld. Volgens de Afdeling kan in een dergelijk geval een uitzondering worden gemaakt op de regel dat de kosten voor het hele jaar moeten zijn voldaan. Dit leidt ertoe dat over de periode vóór de stopzetting en over de periode ná de stopzetting afzonderlijk moet worden bezien of is voldaan aan de voorwaarden om voor kinderopvangtoeslag in aanmerking te komen. De belangrijkste overwegingen van deze uitspraak luiden als volgt:

“4.2. In dit geval doet zich de bijzondere omstandigheid voor dat de Belastingdienst/Toeslagen, in afwachting van de resultaten van een controle, lopende het toeslagjaar de voorschotten heeft stopgezet, terwijl de kinderopvang wel doorliep en [wederpartij] in eerste instantie ook aanspraak maakte op toeslag voor de kinderopvang na de stopzetting, dus voor het gehele toeslagjaar. (...)

4.3. De Afdeling is van oordeel dat de Belastingdienst/Toeslagen bij de stopzetting van het voorschot niet heeft gehandeld in overeenstemming met de systematiek van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir), zoals [wederpartij] in hoger beroep terecht heeft aangevoerd. Daartoe wordt het volgende overwogen.

De Awir regelt in artikel 23 het opschorten van de uitbetaling van een voorschot. Ingevolge het eerste lid, aanhef en onder a, van dat artikel kan de Belastingdienst/Toeslagen de uitbetaling van een voorschot geheel of gedeeltelijk opschorten indien redelijkerwijs kan worden vermoed dat het voorschot ten onrechte of tot een te hoog bedrag is verleend. Ingevolge het tweede lid wordt de belanghebbende in dat geval van de opschorting schriftelijk in kennis gesteld. Blijkens de memorie van toelichting bij de Awir (Kamerstukken II 2004/05, 29 764, nr. 3, p. 53-54) zal de dienst slechts van deze bevoegdheid gebruik kunnen maken als er sprake is van een concrete aanwijzing die het

³¹ ECLI:NL:RVS:2017:589. Dit is de uitspraak waarover het memo van mevr. Palmen-Schlagen gaat. Mevr. mr. M.E. González Pérez was de advocaat van de ouder in deze zaak.

onmiddellijk stopzetten van de uitbetaling wenselijk maakt. Hiervan zal in de regel sprake zijn in het geval van een aan de belanghebbende toe te rekenen handeling of nalaten. Een voorbeeld daarvan is de situatie waarin de belanghebbende door de Belastingdienst/Toeslagen is gevraagd informatie te verstrekken en hij daaraan geen gehoor geeft binnen de gestelde termijn. De opschorting van de uitbetaling zal belanghebbende schriftelijk kenbaar worden gemaakt. Deze mededeling kan worden aangemerkt als een beschikking. Bezwaar en beroep tegen de opschorting is derhalve mogelijk, aldus de memorie van toelichting. In dit geval heeft de Belastingdienst/Toeslagen bij brief van 15 juli 2014 mededeling gedaan van de voorgenomen stopzetting van het voorschot. Daarbij is niet duidelijk gemaakt wat er niet in orde was en is geen toepassing gegeven aan artikel 23 van de Awir. Het besluit van 21 augustus 2014 kan, zoals de rechtbank dit besluit ook heeft verstaan, worden aangemerkt als besluit tot beëindiging van het voorschot. In zijn brief van 28 oktober 2016 als reactie op vragen van de Afdeling, heeft de Belastingdienst/Toeslagen toegelicht dat vanwege systeemtechnische redenen is besloten om met toepassing van artikel 16 van de Awir het voorschot te herzien naar nihil voor de periode september tot en met december 2014, waarbij het voorschot voor de periode januari tot en met augustus 2014 is gehandhaafd. Hiermee wordt volgens de dienst hetzelfde effect gesorteerd als de opschorting van de betalingen. Daarmee wordt echter voorbijgegaan aan de specifieke regeling voor de opschorting, met de daarvoor geldende eisen en de daarbij geldende rechtsbescherming. Afgezien daarvan had het [wederpartij] uit de formulering van het besluit van 21 augustus 2014, waarbij over de periode tot dan toe wel een voorschot is toegekend maar op ondergeschikte wijze is vermeld dat is verwerkt dat de toeslag is beëindigd, niet duidelijk kunnen en hoeven zijn dat zij daartegen bezwaar had moeten maken indien zij het niet eens was met de beëindiging. Onder deze omstandigheden kan [wederpartij], anders dan de Belastingdienst/Toeslagen meent, niet worden tegengeworpen dat zij geen bezwaar heeft gemaakt tegen de beëindiging van het voorschot per september 2014 maar pas tegen het besluit van 21 november 2014 tot nihilstelling van het voorschot over 2014.

4.4. In gevallen zoals dit waarin de Belastingdienst/Toeslagen bij de stopzetting van het voorschot niet de vereiste zorgvuldigheid heeft betracht en in strijd met de voor opschorting geldende regels heeft gehandeld, kan een uitzondering worden gemaakt op de regel dat de kosten voor het hele jaar moeten zijn voldaan. Dit leidt ertoe dat over de periode vóór de stopzetting en over de periode ná de stopzetting afzonderlijk moet worden gezien of is voldaan aan de voorwaarden om voor kinderopvangtoeslag in aanmerking te komen. Anders dan de Belastingdienst/Toeslagen heeft betoogd kan [wederpartij] in deze

omstandigheden niet worden tegengeworpen dat zij de kosten van kinderopvang over de maanden september tot en met december niet volledig heeft voldaan en is het in dit geval voldoende dat [wederpartij] aantoonst dat zij de kosten over de maanden januari tot en met augustus 2014, waarover een voorschot was verstrekt, heeft voldaan. (...)”³²

De uitspraak van 29 maart 2017³³ betrof een vergelijkbare zaak. Ook hier waren in de loop van 2014 de voorschotten stopgezet en ook hier wordt overwogen dat de periode vóór en na de stopzetting afzonderlijk moeten worden bezien. Maar de Afdeling geeft nu ook aan hoe bij een nieuw te nemen besluit de periode na stopzetting bekeken moet worden:

“Om ook een aanspraak te hebben over het gedeelte van het berekeningsjaar na het tijdstip van de stopzetting, is het in dit geval voldoende dat [appellante] aantoonst dat uitstel van betaling is verkregen bij [kindercentrum], dat sprake is van betalingsonmacht en dat het bedrag dat voor eigen rekening komt wel tijdig is betaald. Daarbij is van belang dat, zoals eerder is overwogen (uitspraak van 16 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3044), het niet ontvangen van een voorschot op zichzelf geen argument oplevert voor het niet betalen van in ieder geval een deel van de kosten in de periode na de stopzetting, nu altijd een deel van de kosten voor eigen rekening komt.”

Voor de periode na stopzetting geldt dus dat onder de vermelde omstandigheden betaling van de eigen bijdrage voldoende is.

In de beide uitspraken is dus deels afstand gedaan van de alles-of-niets-benadering, te weten in gevallen van onrechtmatige stopzetting van de voorschotverlening. In de periode voorafgaand aan het tijdstip van de onrechtmatige stopzetting van de toeslag bleef de eis dat alle gestelde kosten moesten zijn voldaan om recht te hebben op toeslag over die periode. Voor de periode na de stopzetting wordt de eis van volledige betaling van de kosten niet (meer) gesteld. De ouder ontving over die periode immers geen kinderopvangtoeslag waaruit hij die kosten kon voldoen.³⁴ Voor die periode

³² Zie voor een kritische analyse van de wijze waarop binnen de Belastingdienst/Toeslagen met de uitspraak is om gegaan het PWC-rapport *Reconstructie en tijdlijn van het memo-Palmen*, 29 september 2021.

³³ ECLI:NL:RVS:NL:2017:806.

³⁴ Vgl. ook rechtsoverweging 12.1. van de uitspraak van 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1333, waarin werd overwogen: “[appellante] kan niet worden verweten dat zij niet de volledige kosten voor kinderopvang na stopzetting van de voorschotten heeft voldaan. Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat zij de voorschotten die zij tot september 2014 heeft ontvangen, heeft aangewend voor de betaling van de kosten van kinderopvang en een deel van de kosten zelf heeft doorbetaald. Er moet van worden uitgegaan dat zij de voorschotten september tot en met december 2014 aan [gastouderbureau] zou hebben overgemaakt als deze aan haar zouden zijn uitbetaald.

geldt dat onder de in de tweede uitspraak vermelde omstandigheden betaling van de eigen bijdrage voldoende is.

2.2.8 De verdere rechterlijke praktijk tot 23 oktober 2019

Bij herhaling is binnen het eerder vermelde overleg van bij kinderopvangtoeslagen betrokken staatsraden en juristen (het zogenaamde Kinderopvangtoeslagberaad) stilgestaan bij aan de Afdeling voorgelegde zaken waarin de alles-of-nietsbenadering aan de orde was. In het bijzonder in situaties waarin de eigen bijdrage gedeeltelijk wél was betaald en in gevallen waarin de tekortkomingen in de betaling betrekkelijk gering waren, kwam de vraag naar voren of de bestaande jurisprudentielijn diende te worden gehandhaafd. Zoals uit het voorgaande blijkt, leidde dit ertoe dat de hoofdlijn voor een aantal categorieën zaken is genuanceerd, namelijk bij afrondingsverschillen en situaties van stopzetting.

Van belang is verder dat in de praktijk nogal wat zaken niet tot een uitspraak zijn gekomen, omdat partijen ter zitting tot een schikking zijn gekomen. Het gaat dan om gevallen waarin de ouder stelde dat de Belastingdienst/Toeslagen ten onrechte aannam dat de kosten niet volledig waren betaald. Soms had(den) de behandelende rechter(s) op grond van de dossierstukken de indruk dat het benodigde bewijs wél was op te maken uit de stukken. Of dat het schriftelijke bewijs weliswaar niet compleet was, maar uit het samenstel van stukken voldoende waarschijnlijk werd dat betaling wel degelijk volledig had plaatsgevonden. In zulke gevallen is de zitting vaak gebruikt om de betrokkene te vragen om een toelichting op de gang van zaken en zoveel mogelijk feiten boven tafel te krijgen. Soms werd nader bewijs van betaling ter zitting getoond; soms werd een termijn afgesproken waarbinnen dit bewijs mocht worden geleverd. Aldus werd nogal eens het beeld zodanig gecompleteerd, dat het gerechtvaardigd was de Belastingdienst/Toeslagen voor te houden dat er voldoende aanknopingspunten leken te zijn om anders tegen de zaak aan te kijken. De ervaring is dat de vertegenwoordigers van de Belastingdienst/Toeslagen hier doorgaans welwillend tegenover stonden. Voordeel van deze benadering is dat over en weer naar elkaar werd geluisterd en in een gezamenlijk gesprek tot een voor allen aanvaardbare oplossing werd gekomen. Nadeel is dat op deze manier veel zaken waarin besluiten van de Belastingdienst/Toeslagen geen stand hielden niet naar buiten kwamen en ten onrechte de indruk ontstond dat vrijwel alle ouders ongelijk kregen en dat de Belastingdienst/Toeslagen koste wat kost vasthield aan zijn standpunt. In het vaker genoemde overleg van staatsraden en juristen was de schikkingsspraktijk ook onderwerp van beraad. Het schikken van zaken werd gezien als een aantrekkelijke manier om schrijnende gevallen aan een passende oplossing te helpen.

Zoals onder 2.1 al is opgemerkt, is in de periode van 2009 tot en met 2020 in circa 1.600 zaken over kinderopvangtoeslag uitspraak gedaan, waarvan 1.000 na behandeling ter zitting. Het aantal gevallen waarin een schikking is bereikt, is niet exact bekend, maar bedroeg ongeveer 100. Afgezet tegen het aantal uitspraken na zitting een percentage dus van ongeveer tien.

2.2.9 Artikel 26 Awir

In een aantal van de tot nu toe besproken uitspraken kwam artikel 26 Awir ter sprake. Daarom is het goed op deze plaats even stil te staan bij deze bepaling. Art. 26 Awir luidde ten tijde van de tot 23 oktober 2019 geldende jurisprudentie van de Afdeling als volgt:

“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 terugvordering een tegemoetkoming daartoe leidt, is de belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel verschuldigd!”

Al in 2008 heeft de Afdeling – in een huurtoeslagzaak – uitgesproken dat, als geen recht bestaat op een toeslag, de Belastingdienst/Toeslagen het volledige bedrag aan toeslagen dat al is uitgekeerd moet terugvorderen.³⁵ De Afdeling overwoog:

“Artikel 16, vierde en vijfde lid van de Awir geeft de Belastingdienst de bevoegdheid een voorschot te herzien. In artikel 26 van de Awir is vervolgens dwingendrechtelijk bepaald dat indien een herziening van een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag dan wel een verrekening van een voorschot met een tegemoetkoming daartoe leidt, de belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel is verschuldigd. Voorts wordt met de rechtbank geoordeeld dat in de Awir geen bepaling is opgenomen op grond waarvan de Belastingdienst van terugvordering kan afzien.

De stelling van [appellant] dat het herzien van het voorschot en het terugvorderen in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, omdat hij het geld al heeft uitgegeven en het bedrag niet kan betalen, faalt evenzeer. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat niet in strijd is gehandeld met het bepaalde in artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht reeds omdat de Belastingdienst aan [appellant] een betalingsregeling heeft aangeboden. In het verweerschrift is toegelicht dat naast een

³⁵ ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8262.

standaardbetalingsregeling kan worden gekozen voor een betalingsregeling op maat.”³⁶

De oudste uitspraak over het dwingendrechtelijke karakter van artikel 26 Awir bij de terugvordering van kinderopvangtoeslag is ABRvS 28 november 2012.³⁷ De Afdeling overwoog:

“Aangezien artikel 26 van de Awir dwingendrechtelijk voorschrijft dat indien een herziening van een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag, de belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel is verschuldigd en in de Awir geen bepaling is opgenomen op grond waarvan de Belastingdienst/Toeslagen van terugvordering kan afzien, kan de stelling van [appellante] dat zij door de terugvordering in financiële problemen komt te verkeren, niet leiden tot gegrondbevinding van het beroep.”

Deze uitleg van artikel 26 Awir, die aansloot op de lijn die in 2008 met betrekking tot huurtoeslag was gevolgd, is tot 23 oktober 2019 in alle toeslagzaken gevolgd, onder meer in de eerder besproken zaak die leidde tot ABRvS 8 juni 2016.³⁸ Daarin overwoog de Afdeling:

“Ingevolge artikel 26 van de Awir is de belanghebbende, 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, het bedrag van de terugvordering in zijn geheel verschuldigd. In dit artikel staat met zoveel woorden dat het bedrag van de terugvordering in zijn geheel is verschuldigd. In dit verband wordt verwezen naar vaste jurisprudentie van de Afdeling (zie bijvoorbeeld de uitspraken van 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5166, en 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:714). Volgens deze jurisprudentie is in artikel 26 van de Awir dwingendrechtelijk bepaald dat indien een herziening of een verrekening leidt tot een terug te vorderen bedrag, de belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel is verschuldigd. In de Awir is geen bepaling opgenomen op grond waarvan de Belastingdienst/

³⁶ In het besluit op bezwaar dat in deze zaak aan de orde was, wordt aan het slot vermeld dat geen argumenten zijn gevonden die aanleiding geven tot kwijtschelding van de vordering. Over de beslissing op een verzoek om kwijtschelding zijn weinig uitspraken gedaan. In ABRvS 9 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY7998, werd het verzoek om kwijtschelding van de invordering van een toeslag-schuld door de Belastingdienst/Toeslagen opgevat als een verzoek om een persoonlijke betalingsregeling en werd op grond van de vastgestelde betalingscapaciteit van appellant een betalingsregeling van € 230,00 per maand gedurende twee jaren vastgesteld. Het hoger beroep werd ongegrond verklaard.

³⁷ ECLI:NL:RVS:2012:BY4444.

³⁸ ECLI:NL:RVS:2016:1610.

Toeslagen van terugvordering kan afzien dan wel de terugvordering kan matigen.”

In de jurisprudentie over kinderopvangtoeslag stond die over de toepassing van artikel 26 Awir niet voorop. De uitleg van de Wko is daarin bepalend geweest. Op grond van de bepalingen van die wet werd – en wordt – het recht op kinderopvangtoeslag vastgesteld. Werd het recht op kinderopvangtoeslag op nihil vastgesteld omdat niet alle kosten waren betaald, dan werd bij de toepassing van artikel 26 Awir die nihilstelling gevolgd. Geen recht op kinderopvangtoeslag betekende dat alle over het desbetreffende berekeningsjaar uitbetaalde voorschotten moesten worden terugbetaald.

2.3 De uitspraken van 23 oktober 2019

In twee uitspraken van 23 oktober 2019 is de Afdeling omgegaan. We bespreken beide uitspraken.

2.3.1 De eerste uitspraak van 23 oktober 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:3535)

In de eerste zaak ging het over de afwijzing door de Belastingdienst/Toeslagen van een verzoek om herziening van voorschotten kinderopvangtoeslag over 2014 en 2015. De Belastingdienst/Toeslagen had deze op nihil gesteld omdat appellante niet had aangetoond de volledige kosten van kinderopvang te hebben voldaan. Over 2014 had appellante van het totaalbedrag aan kosten van € 15.769,00 voor kinderopvang een bedrag van € 2.174,30 niet aantoonbaar betaald. Over 2015 had appellante van het totaalbedrag aan kosten van € 15.937,00 een bedrag van € 8.016,00 niet aantoonbaar betaald.

Na een uiteenzetting van de bestaande jurisprudentie, ging de Afdeling over tot een andere uitleg van artikel 26 Awir dan tot dan toe was gevolgd. De kernoverweging van de eerste uitspraak is:

“8.10. (...) Door het grote aantal vergelijkbare zaken dat in de loop der jaren aan de Afdeling is voorgelegd, zijn de ernst en omvang van de financiële gevolgen van de jurisprudentie als hiervoor beschreven in meerdere gevallen kenbaar geworden. Het is de Afdeling in deze periode niet gebleken dat dergelijke gevolgen in ernst of omvang zijn afgenomen. Deze zaak staat dus niet op zichzelf. Verschillende publicaties bevestigen dat gezinnen in situaties zoals hier aan de orde in grote financiële problemen terecht kunnen komen. De Afdeling wijst in dat verband op de publicatie van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (hierna: de WRR), ‘Eigen schuld? Een gedragswetenschappelijk perspectief op problematische schulden’ (WRR-Verkenning, nr. 33 van 30 juni 2016) en naar het rapport van de Nationale Ombudsman van 9 augustus 2017, ‘Geen powerplay maar fair play. Onevenredig harde aanpak van 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag’. Daarnaast wijst de Afdeling

op het rapport van de WRR 'Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid' (WRR-rapport nr. 97 van 24 april 2017).

8.11. In artikel 1.7, eerste lid, van de Wko is bepaald dat de hoogte van de tegemoetkoming afhankelijk is van de draagkracht en de hoogte van de kosten van kinderopvang in het berekeningsjaar. In het licht van het voorgaande komt de Afdeling thans tot een uitleg van die bepaling waarbij uit deze bepaling, op zichzelf en in samenhang met artikel 1.52, eerste lid, wordt afgeleid dat de Belastingdienst/Toeslagen wettelijk gezien ruimte heeft om ook een recht op kinderopvangtoeslag vast te stellen als de aanvrager een deel van de kosten van kinderopvang heeft voldaan. Dit brengt mee dat, anders dan de Afdeling eerder heeft overwogen (bijvoorbeeld in de uitspraak van 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610), de Belastingdienst/Toeslagen bij de bepaling van het recht op voorschotten kinderopvangtoeslag kan beoordelen welk bedrag aan kinderopvangtoeslag moet worden vastgesteld indien een deel van de kosten is betaald. Bij deze beoordeling moet de Belastingdienst/Toeslagen ingevolge artikel 3:4, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afwegen. Daarbij mogen, ingevolge het tweede lid van artikel 3:4 van de Awb, de nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

(...)

8.14. Het gevolg van deze nieuwe uitleg van de wettelijke bepalingen is dat de Belastingdienst/Toeslagen bij de kinderopvangtoeslagen meer mogelijkheden krijgt om in individuele gevallen maatwerk te leveren. Daarbij worden het belang van het voorkomen van misbruik en oneigenlijk gebruik en de gerechtvaardigde belangen van de burger meer met elkaar in evenwicht gebracht.

(...)

10. Dit betekent dat de Belastingdienst/Toeslagen het bezwaar van [appellante] opnieuw moet beoordelen, waarbij de dienst moet uitgaan van de nieuwe uitleg van artikel 1.7 van de Wko, zoals hiervoor beschreven onder 8.11. (...)

De Afdeling heeft geen aanleiding gezien het geschil definitief te beslechten, waarbij van belang is geacht dat het eerst aan de Belastingdienst/Toeslagen is om te beoordelen hoe hij het door de dienst gevolgde beleid in overeenstemming wil brengen met de thans gewijzigde jurisprudentie. Om de Belastingdienst/Toeslagen in staat te stellen zich hier goed over te beraden, zal de Afdeling de dienst een termijn van 26 weken geven om het nieuwe besluit op bezwaar te nemen.

11. Het ligt op de weg van de Belastingdienst/Toeslagen te bepalen hoe hij om zal gaan met andere gevallen waarin hij eerder heeft beslist dat geen recht bestaat op kinderopvangtoeslag omdat niet is aangetoond dat de kosten volledig zijn voldaan."

De WRR-Verkenning waarnaar de Afdeling verwijst, zet uiteen dat problematische schulden mede ontstaan doordat de overheid de financiële zelfredzaamheid van burgers overschat. Het tweede WRR-document dat de Afdeling noemt, het WRR-rapport uit 2017, sluit hierop aan. Geconcludeerd wordt daarin dat naast denkvermogen 'doenvermogen' minstens zo belangrijk is om aan de hoge eisen van de participatiesamenleving te kunnen voldoen. De overheid verwacht van burgers steeds vaker dat ze zelfredzaam zijn op het gebied van gezondheid, persoonlijke financiën en de arbeidsmarkt. De WRR vestigt met dit rapport aandacht op het belang van niet-cognitieve vermogens, zoals een doel stellen, in actie komen, volhouden en om kunnen gaan met verleiding en tegenslag.

Het door de Afdeling vermelde rapport van de Nationale ombudsman had betrekking op de aanpak die de Belastingdienst/Toeslagen heeft gekozen heeft ten aanzien van de ongeveer 232 toeslaggerechtigde vraagouders, die in juli 2014 kinderopvang afnamen van een gastouderbureau en bij wie de kinderopvangtoeslag per 1 september 2014 werd beëindigd (de CAF 11-zaak). Veel ouders kwamen door de beëindiging van de lopende toeslag in grote (financiële) problemen: zij konden de (vaak hoge) opvangkosten niet meer betalen en bouwden – bij voortzetting van de kinderopvang – een schuld op bij het gastouderbureau of moesten zelf hun kinderen weer gaan opvangen. De Nationale ombudsman oordeelde dat de Belastingdienst/Toeslagen het burgerperspectief onvoldoende heeft laten meewegen. Gebleken is dat de aanpak van de Belastingdienst/Toeslagen grote nadelige (financiële) gevolgen heeft gehad voor de ouders en dat deze niet in verhouding staan tot het met de actie beoogde doel, namelijk het voorkomen van onterecht uitgekeerde kinderopvangtoeslag. De Belastingdienst/Toeslagen heeft het risico op grote nadelige financiële gevolgen voor een grote groep bonafide ouders onvoldoende onderkend. Er waren bovendien minder ingrijpende manieren voorhanden om hetzelfde doel te bereiken. Het rapport van de Nationale ombudsman ging dus niet over de alles-of-niets-benadering, maar over de zogenoemde Kosta-problematiek. In haar eerder vermelde uitspraak van 8 maart 2017 oordeelde de Afdeling de stopzetting van de voorschotverlening lopende het toeslagjaar onrechtmatig. De Nationale ombudsman verwijst in zijn rapport ook naar die uitspraak. Rapport en uitspraak hebben dus betrekking op dezelfde casus. Zij gaven beide richting aan een oplossing van de door de onrechtmatige stopzettingen ontstane problemen.

Na de uitspraak van 23 oktober 2019 en het uitkomen van het Interim-advies van de Adviescommissie uitvoering toeslagen (de Commissie Donner) op 14 november 2019³⁹ stelde het Ministerie van Financiën een hersteloperatie

³⁹ Het Eindadvies van deze commissie volgde op 12 maart 2020.

vast en zette deze in gang. Die hersteloperatie valt buiten het bestek van dit rapport. Er wordt hier volstaan met de vermelding dat zij nog niet is afgerond.

2.3.2 De tweede uitspraak van 23 oktober 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:3536)

In de tweede uitspraak van 23 oktober 2019 ging het om de herziening en vaststelling door de Belastingdienst/Toeslagen van een voorschot kinderopvangtoeslag over 2010 op nihil en terugvordering van het te veel betaalde. Centraal stond de toepassing van artikel 33, derde lid, van de Awir en de redelijkheid van de terugvordering op grond van artikel 26 van de Awir. Appellante had in 2010 gebruik gemaakt van kinderopvang voor haar vijf kinderen via een gastouderbureau, waarvoor zij een bedrag van € 34.566,00 aan voorschotten kinderopvangtoeslag had ontvangen. Dit bedrag moest appellante van de Belastingdienst/Toeslagen terugbetalen. Het gezin van appellante kwam hierdoor langdurig in ernstige financiële moeilijkheden. Op grond van eenzelfde redenering als is neergelegd in rechtsoverweging 8.10 van de eerder vermelde uitspraak van 23 oktober 2019, zag de Afdeling aanleiding om tot een andere uitleg van de Awir te komen, ditmaal van artikel 26. Zij overwoog:

“5.12. (...) Anders dan de Afdeling eerder heeft geoordeeld, is weliswaar in die bepaling een betalingsverplichting van de belanghebbende neergelegd, maar is hierin niet imperatief voorgeschreven dat de Belastingdienst/Toeslagen het gehele bedrag van de belanghebbende moet terugvorderen. De bepaling biedt de Belastingdienst/Toeslagen dus discretionaire ruimte bij de vaststelling van het bedrag dat wordt teruggevorderd. Dit betekent dat de Belastingdienst/Toeslagen op grond van artikel 3:4, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen moet afwegen en onder bijzondere omstandigheden van terugvordering kan afzien of het terug te vorderen bedrag kan matigen, ook als die omstandigheden al bij de vaststelling van de kinderopvangtoeslag aan de orde konden komen. Op grond van artikel art. 3:4, tweede lid, van de Awb mogen de nadelige gevolgen van dat besluit voor een belanghebbende namelijk niet onevenredig zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen.

5.13. Het gevolg van deze nieuwe uitleg van artikel 26 van de Awir is dat de Belastingdienst/Toeslagen bij de terugvordering van toeslagen meer mogelijkheden krijgt om in individuele gevallen maatwerk te leveren. Daarbij wordt in gevallen waarin dat aan de orde is het belang van het voorkomen van misbruik en oneigenlijk gebruik meer in evenwicht gebracht met de gerechtvaardigde belangen van de burger.”

Deze nieuwe uitleg pakte voor appellante gunstig uit:

“5.14. Naar niet in geschil is, zijn [persoon B] en [persoon A] strafrechtelijk veroordeeld voor het medeplegen van delicten die verband houden met onjuiste aanvragen kinderopvangtoeslag, waaronder die van [appellante]. Zij heeft niet zelf de voorschotten kinderopvangtoeslag ontvangen. Deze zijn overgemaakt op de bankrekening van het [gastouderbureau]. Ook heeft de overeengekomen kinderopvang, naar [appellante] onweersproken heeft gesteld, nauwelijks plaatsgevonden. Onverkorte terugvordering van de teveel betaalde voorschotten van [appellante], die slachtoffer is geworden van voormelde delicten, acht de Afdeling onder deze omstandigheden onevenredig.
(...)

6. (...) De Belastingdienst/Toeslagen dient een nieuw besluit op het bezwaar te nemen met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen. Dit betekent dat de Belastingdienst/Toeslagen het bezwaar van [appellante] opnieuw moet beoordelen, uitgaande van de nieuwe uitleg die onder 5.12 aan artikel 26 van de Awir is gegeven.

7. De Afdeling ziet geen aanleiding tot definitieve geschilbeslechting. Het is eerst aan de Belastingdienst/Toeslagen om te beoordelen hoe hij de thans gewijzigde jurisprudentie wil gaan toepassen. Om de Belastingdienst/Toeslagen in staat te stellen zich hier goed over te beraden, zal de Afdeling de dienst een termijn van 26 weken geven om het nieuwe besluit op bezwaar te nemen.

8. Het ligt op de weg van de Belastingdienst/Toeslagen te bepalen hoe hij om zal gaan met andere gevallen waarin hij eerder heeft beslist over de terugvorderingen.”

In deze tweede uitspraak van 23 oktober 2019 leest de Afdeling in artikel 26 van de Awir dus niet langer een verplichting voor de Belastingdienst/Toeslagen de gehele toelagschuld van de belanghebbende terug te vorderen. De Belastingdienst/Toeslagen heeft discretionaire ruimte bij de vaststelling van het bedrag dat wordt teruggevorderd. In dit geval achtte de Afdeling gehele terugvordering van de teveel betaalde voorschotten onevenredig.

2.4 Reflectie op de jurisprudentie

Zonder het geheim van de raadkamer te schenden kunnen enkele algemene opmerkingen worden gemaakt over het tot stand komen en tot oktober 2019 vasthouden aan de alles-of-nietslijn.

De eerste zaken waarover de Afdeling te oordelen kreeg, waren situaties waarin ieder bewijs van betaling aan de gastouder ontbrak en er dus niet was vast te stellen dat kosten waren gemaakt. In dergelijke gevallen accepteerde

de Afdeling dat de Belastingdienst/Toeslagen voor een tegemoetkoming in dergelijke kosten, die de toeslag is, geen plaats zag. Deze lijn is voortgezet in de vervolgens voorgelegde situaties waarin wel de voorschotten (na aftrek van bemiddelingskosten die het gastouderbureau inhield) aan de gastouder waren doorbetaald, maar de resterende kosten niet waren betaald en de aanvrager zelf dus niets bijdroeg in de kosten van opvang. Ook in die situaties was van door de aanvrager gemaakte kosten die voor eigen rekening kwamen (de eigen bijdrage) immers geen sprake. De Afdeling vond het, gezien het karakter van tegemoetkoming, gerechtvaardigd dat de Belastingdienst/Toeslagen voor toekenning het uitgangspunt hanteerde dat de aanvrager daadwerkelijk zelf kosten voor de opvang had gehad. Deze benadering past bij de gedachte dat de toeslag het karakter heeft van een tegemoetkoming in de kosten. Hiertegenover staat evenwel dat het niet voldoen aan de voorwaarde van een eigen betaling in de praktijk leidde tot een terugvordering van het gehele voorschot, waardoor het eigen vermogen van de vraagouder uiteindelijk wél werd aangetast. Die aantasting heeft tot 23 oktober 2019 niet tot een aanpassing van de jurisprudentie geleid, omdat in de afweging meer belang werd gehecht aan de op de aanvrager rustende verplichting om de voor zijn rekening komende kosten van kinderopvang te betalen.

Wat betreft de wetsbepalingen uit de Wko leidde de Afdeling haar benadering af uit de artikelen 1.5 en 1.7, lid 1, sub b, Wko. Ingevolge artikel 1.5 bestaat alleen aanspraak *in de door de ouder of zijn partner betaalde kosten* van kinderopvang. Volgens artikel 1.7 lid 1, aanhef en sub b, worden de kosten van kinderopvang bepaald door het aantal uren opvang en de voor die opvang te betalen prijs. De Afdeling ging er vanuit dat tekst en systeem van de Wko, in combinatie met de inlichtingenplicht van artikel 18 van de Awir, bij het ontbreken van een eigen betaling tot een nihilstelling leidde. In de uitspraak van 2 april 2014 heeft de Afdeling het juridische fundament van haar redenering aangevuld door een koppeling te leggen met artikel 1.52 van de Wko, ingevolge welke bepaling kinderopvang geschiedt op basis van een schriftelijke overeenkomst. De juridische redenering was als volgt: de toekenning van toeslag is onder meer afhankelijk van de hoogte van de kosten, te weten uurprijs maal het aantal uren. De afspraken over deze gegevens zijn vastgelegd in de overeenkomst. Geschiedt de opvang niet volgens aldus gemaakte afspraken, dan is geen sprake van volgens de wet voor toeslag in aanmerking komende gemaakte kosten. Goed voorstelbaar is echter dat een vooraf gesloten overeenkomst door veranderingen gedurende het toeslagjaar niet precies zo wordt uitgevoerd als aanvankelijk afgesproken. Daarom is in de uitspraak van 2 april 2014 tevens tot uitdrukking gebracht dat wijzigingen van bijvoorbeeld prijs en uren aantal lopende het toeslagjaar konden worden doorgegeven, waarna de overeenkomst aldus gecorrigeerd gold. Bovendien was er nog een correctiemogelijkheid voorafgaand aan het moment dat de Belastingdienst/Toeslagen de toeslag definitief gaat vaststellen.

Het stelsel voorzag erin dat de Belastingdienst/Toeslagen voorafgaand aan de vaststelling aan de aanvrager vroeg wat de uiteindelijk gemaakte kosten waren en tevens vroeg om bewijs van betaling hiervan. Werden bij deze tweede correctiemogelijkheid de werkelijke kosten vermeld en de betaling daarvan onderbouwd, dan golden deze als overeengekomen en geschiedde vaststelling volgens de gecorrigeerde opgave, aannemend dat opvang was geschied ingevolge de aldus aangepaste overeenkomst.

Bleef correctie, ondanks geboden gelegenheid hiertoe, evenwel uit en werden ten behoeve van de eindafrekening hogere kosten geclaimd die voortvloeiden uit gepretendeerde afspraken die niet waren nagekomen, dan was geen sprake van kinderopvang op basis van afgesproken uren en prijzen zoals vereist door artikel 1.7 in samenhang met artikel 1.52 Wko. Met als gevolg dat de wél werkelijk gemaakte lagere kosten voor de toepassing van de Wko niet konden worden aangemerkt als subsidiabele kosten van opvang.

Zoals aangegeven bij de bespreking van de uitspraak van 2 april 2014 hierboven, had de tekortkoming in de betaling blijkens de weergave van het standpunt van de Belastingdienst/Toeslagen, evenals de eerder weergegeven uitspraken over gedeeltelijke betaling, betrekking op de eigen bijdrage.⁴⁰ Na de uitspraak van 2 april 2014 heeft de Belastingdienst/Toeslagen ook ter verdediging van situaties waarin het niet betaalde deel van de kosten kleiner was dan de volledige eigen bijdrage, verwezen naar de overwegingen van de Afdeling van 2 april 2014. Omdat dezelfde juridische redenering ook voor die, schrijnender, situaties kon worden gehouden, heeft de Afdeling ook in die gevallen dezelfde redenering gevolgd en vastgehouden aan de alles-of-nietsbenadering. Omdat in deze redenering de wet zelf noopte tot de nihilstelling, is in de uitspraak van 8 juni 2016 geoordeeld dat geen ruimte bestond voor een belangenafweging met toepassing van artikel 3:4, tweede lid, Awb. Ditzelfde dwingende karakter dat in de weg stond aan toepassing van artikel 3:4 Awb werd aangenomen ten aanzien van de terugvordering die is geregeld in artikel 26 Awir.

De mate van schrijnendheid van de alles-of-nietsbenadering is door de eronder gebrachte typen zaken dus toegenomen in de loop van de jaren, zou je kunnen zeggen. Dat de gevolgen in individuele gevallen groot konden zijn,

⁴⁰ Ook ABRvS 17 januari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:137), waarin sprake is van een bedrag van € 190 van een totaal aan kosten van € 17.061 dat niet werd verantwoord, lijkt op het eerste gezicht te vallen in de categorie "eigen bijdrage niet betaald". De zaak wijkt er echter in zoverre vanaf dat hier het ontvangen voorschot (€ 18.067) hoger was dan de gestelde kosten van opvang. De opvang had hier dus volledig betaald kunnen worden met het voorschot, zonder dat de ouder op dat moment zelf iets hoefde bij te dragen. Overigens is in de uitspraak daargelaten of twee posten van bij elkaar ruim € 2.000 aan het betrokken opvangjaar konden worden toegerekend, zodat niet zeker was dat de tekortkoming beperkt was tot € 190.

werd door de betrokken ouders en hun gemachtigden uiteraard onder de aandacht gebracht van de Afdeling. Naarmate het aantal voorgelegde zaken groter werd, steeg ook het aantal gevallen waarin schrijnendheid zich opdroeg. In verschillende stadia is door zittingskamers en in overleggen stilgestaan bij die schrijnendheid. Er is in 2017 overgegaan tot nuanceringen op deel-terreinen; maar deze waren beperkt. Bovendien is in veel gevallen waarin het dossier hiertoe mogelijkheden bood bij de Belastingdienst/Toeslagen ter zitting aangedrongen op een schikking. Dit had het voordeel dat een deel van de schrijnende gevallen direct werd geholpen en dat dit geschiedde in een vaak constructief gesprek ter zitting tussen partijen. Maar natuurlijk ook het nadeel dat niet via uitspraken naar buiten kwam in welke situaties de Afdeling de alles-of-nietslijn te hard vond.

Verder is van belang dat door de Belastingdienst/Toeslagen bij hoge terugvorderingsbedragen ter zitting steeds werd aangegeven dat onder bepaalde voorwaarden een betalingsregeling mogelijk was en de beslagvrije voet in aanmerking werd genomen. Aldus werd de indruk gewekt dat de hardste kanten van de terugvorderingen werden afgehaald. Aan deze beide aspecten wordt hieronder afzonderlijk aandacht besteed.

Op enig moment was het aantal aan de Afdeling voorgelegde zaken waarin kleine betalingstekortkomingen tot grote terugvorderingen leidden zodanig groot en getuigden deze structureel van een zodanige hardheid, dat – mede in het licht van de publicaties waarnaar in de uitspraken van 23 oktober 2019 wordt verwezen – de Afdeling aanpassing van de jurisprudentie geboden achtte. Hiertoe was het noodzakelijk dat niet langer werd uitgegaan van de dwingendheid van de betrokken wetsbepalingen die tot dan werd aangenomen. De Afdeling heeft bij nader inzien ruimte gezien om bij gedeeltelijke betaling toch een toeslag vast te stellen en om bij terugvordering het bedrag te matigen of zelfs geheel van terugvordering af te zien.

De hiervóór beschreven omstandigheden vormen gezamenlijk een verklaring van het feit dat het aanpassen van de jurisprudentie niet eerder plaatsvond. Daarnaast maakte het gegeven dat veel zaken jarenlang volgens dezelfde lijn waren afgedaan, het steeds moeilijker om anders te oordelen. Nu de stap van het omgaan in oktober 2019 eenmaal is gezet, valt het uiteraard te betreuren dat dit niet eerder is geschied. Zeker voor de ouders in zaken waarin de Afdeling de strenge lijn in de voorgaande jaren had toegepast, is het wrang te ervaren dat deze lijn wordt verlaten. Om deze reden heeft de Afdeling in een slotoverweging van haar uitspraken van 23 oktober 2019 uitdrukkelijk ook voor deze gevallen met terugwerkende kracht een opening geboden.

2.5 Signalen vóór 23 oktober 2019

De Afdeling heeft voor haar uitspraken van 23 oktober 2019 ten eerste van belang geacht dat de ernst en omvang van de financiële gevolgen van de jurisprudentie in meerdere gevallen kenbaar is geworden. Bron van deze signalen is allereerst wat werd aangevoerd in de voorgelegde zaken zelf. Naarmate meer zaken werden behandeld, werd steeds duidelijker dat het aantal gevallen waarin beperkte tekortkomingen leidden tot grote gevolgen omvangrijk was. Ook werd steeds duidelijker dat de financiële gevolgen voor ouders groot waren. Uiteindelijk hebben deze signalen uit de praktijk eraan bijgedragen dat de Afdeling ervoor heeft gekozen juridische ruimte te vinden om een oplossing te vinden voor de probleemsituatie waarin veel ouders terecht waren gekomen. Ter motivering van haar uitspraken van 23 oktober 2019 wijst de Afdeling ten tweede op publicaties van de WRR en de Nationale Ombudsman.

De rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak is vaak onderwerp van bespreking in de juridische literatuur, bijvoorbeeld door becommentariëring van concrete uitspraken in annotaties in de vaktijdschriften. Daarom is de vraag gerechtvaardigd of de Afdeling vóór 23 oktober 2019 kritische signalen vanuit de rechtswetenschap heeft gemist.

Dit lijkt niet of nauwelijks het geval. In zijn paper dat als bijlage bij het verslag van de Parlementaire Onderzoekingscommissie Kinderopvangtoeslag is gevoegd, merkt prof. mr. S.E. Zijlstra op dat in de periode tot de uitspraken van 23 oktober 2019 in de vakliteratuur slechts enkele uitspraken over kinderopvangtoeslag zijn gepubliceerd. Hij heeft geen uitspraken kunnen vinden die zijn voorzien van een annotatie die betrekking heeft op de alles-of-niets-benadering. Uitspraken met een annotatie waarin de alles-of-niets-benadering aan de orde komt, heeft de werkgroep over de periode tot 23 oktober 2019 ook niet kunnen vinden. Wél gepubliceerde uitspraken gingen over andere aspecten dan de alles-of-niets-benadering.

In de juridische literatuur is in de periode tot 23 oktober 2019, zoals ook Zijlstra heeft geconstateerd, slechts door twee auteurs over de 'alles-of-niets'-jurisprudentie geschreven, te weten mr. H.A. Elbert en prof. mr. M. Scheltema.

Elbert is oud-belastinginspecteur, thans belastingadviseur. Van haar is op 31 mei 2018 in NTFR een artikel gepubliceerd onder de titel 'Onrecht en ander te voorkomen fiscaal leed in de wereld van de fiscale toeslagen'. Zij schrijft onder meer:

“Stel: u ontvangt € 18.000 vergoeding voor een kostenpost van € 18.001, en dat gaat goed. Stel: het volgende jaar ontvangt u dezelfde € 18.000, maar de kostenpost is dit jaar € 17.999. Gaat dat ook goed? Natuurlijk niet! U moet in dat geval namelijk de totale (!) vergoeding van € 18.000 terugbetalen, een van de vele voorbeelden hiervan is te vinden in een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State [...] van 8 maart 2017 [verwijzing naar ABRS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2519; ABRS 14 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3301 en ABRS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610]. Bij de kinderopvangtoeslag, want daar hebben we het hier over, kan de Belastingdienst/Toeslagen, indien niet alles volledig is betaald, geen rekening houden met de kosten die men aantoonbaar wel heeft betaald. U kunt in zo’n geval geen aanspraak maken op een evenredig deel van de kinderopvangtoeslag, het zij toegegeven. Wanneer het om slechts kleine afrondingsverschillen gaat, levert dit geen problemen op, maar in de overige gevallen krijgt u geen respijt. Op grond van art. 26 Algemene Wet inkomensafhankelijke regelingen (hierna: de Awir) bent u het bedrag van de terugvordering namelijk in zijn geheel verschuldigd [verwijzing naar ABRS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5166, en 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:714]. In de Awir is geen bepaling opgenomen op grond waarvan de Belastingdienst/Toeslagen van terugvordering kan afzien dan wel de terugvordering kan matigen. Maar troost u: sinds de verplichte eigen bijdrage duidelijk vermeld staat op de website van de Belastingdienst/Toeslagen, vindt zelfs de Nationale ombudsman dat u beter had kunnen weten. Pleister op de wonde is wel dat u relatief eenvoudig een betalingsregeling kunt treffen. En ja, dat bedoel ik cynisch. Leg dit namelijk maar eens uit aan uw cliënt.

Naar mijn mening is dit een groot onrecht dat voorkomen zou moeten worden. Ik pleit er dan ook voor om in dergelijke gevallen de terugbetaling te beperken tot het bedrag dat nodig is. In mijn voorbeeld zou de klant dan € 2 terug moeten betalen in plaats van € 18.000. Zet daar desnoods een kleine verhoging op voor administratiekosten om te bevorderen dat men het juiste bedrag aanvraagt.”

Eind mei 2019 verscheen een artikel van de hand van prof. mr. M. Scheltema onder de titel ‘De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief’.⁴¹ Het artikel vormt een bewerking van een lezing die hij op 5 april 2019 ten overstaan van een publiek van onder andere verschillende leden van de Afdeling bestuursrechtspraak had gehouden. In die lezing en het daarop volgende artikel besteedde Scheltema aandacht aan de hardheid van de besluiten over kinderopvangtoeslag. Hij merkte daarover in zijn artikel op:

⁴¹ NTB 2019/24, 31 mei 2019.

“Een beginsel in de Awb dat de burger aanspreekt is artikel 3:4 lid 2 Awb. Het bepaalt dat de nadelige gevolgen van een besluit voor een burger niet onevenredig groot mogen zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen. Er mag dus geen onevenredigheid bestaan tussen de nadelen voor de burger en de voordelen voor de overheid. Nu een voorbeeld uit de praktijk. Iemand krijgt een toeslag om een kinderdagverblijf te betalen van 10.000 euro. Hij moet dan zelf wel een eigen bijdrage van 1.300 euro betalen. Nu blijkt bij controle achteraf dat de 10.000 euro van de toeslag aan het kinderdagverblijf is betaald, maar dat van de eigen bijdrage slechts 1.000 euro verantwoord kan worden, en de laatste 300 euro niet. Wat doet de overheid? Die vordert de hele som van 10.000 euro terug. Is dat geen wanverhouding? In wat voor problemen komt iemand die niet draagkrachtig is en nooit zelf die 10.000 euro aan het kinderdagverblijf zou hebben betaald? Kan allemaal niet schelen, zegt de rechter. Dus helemaal terugbetalen is de uitspraak [noot: Vgl. ABRS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610; getallen zijn enigszins vereenvoudigd]. Waar blijft die mooie algemene bepaling? Helemaal schrijnend wordt het wanneer men zich het WRR rapport herinnert. Dat geeft immers aan dat het doenvermogen van de burger om een goede financiële administratie bij te houden, vaak ontbreekt. Dan heeft deze burger het nog behoorlijk goed gedaan nu hij bijna alles kan verantwoorden. Dit resultaat is aan de burger niet uit te leggen. Het doel van de toeslag is volledig bereikt: de kinderen van minder draagkrachtigen zijn naar de kinderopvang geweest. De toeslag is daar ook volledig aan ten goede gekomen. Het is dan een wanverhouding tussen het niet helemaal voldoen aan een voorschrift, en het terugvorderen van een zo hoog bedrag. Bovendien draagt de overheid zo bij tot het ontstaan van probleem-schulden: dit grote bedrag terugbetalen betekent voor een weinig draagkrachtige burger de weg naar huisuitzetting en schuldsanering. Het vervelende is dat dit geen geïsoleerd geval is van wanverhouding tussen voor- en nadelen van een besluit. Lees maar eens in de rapporten van de Nationale ombudsman.”

Het artikel van Scheltema bevat een krachtig signaal, ook aan de Afdeling. Dit signaal heeft de Afdeling bereikt via het artikel en de lezing. Het artikel heeft – samen met de rapporten van de WRR en de Nationale ombudsman waar Scheltema naar verwijst – het denken over het gaan hanteren van een evenredigheidstoets in kinderopvangtoeslagzaken een impuls gegeven. Het heeft de Afdeling gestimuleerd om de alles-of-niets-benadering los te laten en te vervangen door een benadering waarbij de nadelige gevolgen van het besluit van de Belastingdienst/Toeslagen voor de burger niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

2.6 Resumerend

Zoals hierboven aangegeven, is vóór 23 oktober 2019 wel bij herhaling de strikte lijn in de jurisprudentie heroverwogen, bijvoorbeeld bij de beoordeling in hoger beroep van de uitspraken waarin de rechtbank Rotterdam bewust van de Afdeling afweek. De heroverweging heeft vanwege de aangegeven redenen evenwel niet eerder dan op 23 oktober 2019 geleid tot een aanpassing van de jurisprudentie.

Vanaf 2016 verschenen steeds meer rapporten en andere publicaties waarin aandacht werd gevraagd voor de positie van de burger die door ingewikkelde overheidsregels die teveel van hen verwachten financieel knel komt te zitten. Mogelijk dat deze publicaties voor de Afdeling al eerder een signaal hadden kunnen zijn dat de aan haar voorgelegde zaken deel uitmaakten van dit breder gesignaleerde probleem. Maar pas het samenstel aan publicaties in combinatie met het, mede door het artikel van Scheltema geïnspireerde, vinden van juridische ruimte voor een andere benadering, heeft de Afdeling ertoe gebracht in oktober 2019 de bakens te verzetten.

2.7 Juridische literatuur na 23 oktober 2019

2.7.1 Inleiding

Naar aanleiding van de uitspraken van 23 oktober 2019 is een debat ontstaan in de literatuur over de rol van de bestuursrechter, in het bijzonder van de Afdeling bestuursrechtspraak in de kinderopvangtoeslagaffaire. Dat debat wordt hieronder op hoofdlijnen weergegeven, waarbij de focus ligt op wetenschappelijke literatuur. De werkgroep onderscheidt drie thema's in het debat:

- het al dan niet dwingende karakter van het wettelijk stelsel;
- had de Afdeling de wet opzij kunnen zetten door eerder te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel en/of andere beginselen?
- andere mogelijkheden tot ontsnapping aan de alles-of-niets-lijn.

Tot slot volgt een kort overzicht van enkele suggesties die in de literatuur zijn gedaan om in de toekomst situaties als deze te voorkomen, voor zover deze zijn gericht aan de bestuursrechter.

2.7.2 Het al dan niet dwingende karakter van de wet

Een belangrijk punt in het debat, is de vraag naar het al dan niet dwingende karakter van de wet. In zijn reactie op het rapport van de Commissie POK stelt Van Ettehoven daarover dat art. 1.7 en art. 1.52 Wko, in samenhang met de inlichtingenplicht uit art. 18 Awir, een soepeler lijn toestonden. Een minder stringente benadering had volgens hem echter niet kunnen worden gekozen op basis van de wet Awir. Art. 26 Awir geeft namelijk geen ruimte voor interpretatie. Van Ettehoven wijst in dit kader op de tekst van de wet, die spreekt

van het 'in zijn geheel' terugvorderen en op de wil van de wetgever, die erop neerkwam dat een burger die een fout maakt, ook een kleine fout, geen recht op toeslag had: "no mercy", aldus Van Ettehoven.⁴² Deze lijn volgt ook uit de uitspraak van 8 juni 2016. In verschillende commentaren kan deze uitleg van de wet op instemming rekenen. Tjeenk Willink wijst de wetgever aan als de hoofdverantwoordelijke. De Wko was spijkerhard en kende doelbewust tot 2020 geen hardheidsclausule. Een andere belangrijke verantwoordelijke is de Tweede Kamer, die als medewetgever niet ingreep.⁴³ Hoekstra vindt de kritiek op de rechtspraak onterecht, omdat de politiek zelf de spijkerharde wetten heeft opgesteld, waaraan rechters zich niet kunnen onttrekken: technisch was er geen mogelijkheid om anders te beslissen.⁴⁴ Kapteyn vindt de kritiek vanuit de Kamer opportunistisch: de kamer had zelf de wetgeving eerder moeten veranderen. Hij vindt het een 'wondere wereld' dat vanuit de Tweede Kamer rechters wordt verweten dat zij te laat een rechterlijk paardenmiddel (zoals Van Ettehoven het heeft genoemd) hebben toegepast, nu het rigoureuze stelsel met instemming van de Tweede Kamer welbewust in de wet is opgenomen.⁴⁵ Ook Van den Brink en Ortlep⁴⁶ zien art. 26 Awir als 'dwingendrechtelijk' en verklaren het feit dat vaak het gehele bedrag aan voorschotten werd teruggevorderd door het ontbreken van normering in de wet van de bevoegdheid om voorschotten te herzien. Wel stellen zij dat het de vraag is of nihilstelling van voorschotten en tegemoetkoming dwingend was wanneer een deel van de kosten voor kinderopvang niet konden worden aangetoond. Hoewel een andere interpretatie met de kennis van nu beter kan worden genoemd, is de destijds gemaakte keuze naar hun oordeel niet onbegrijpelijk en evenmin in strijd met de wet. Van den Brink en Ortlep wijzen primair de wetgever aan als bron van de ellende: deze formuleerde art. 26 Awir dwingend maar gaf geen antwoord op de vraag in welke gevallen een voorschot naar nihil kan of moet worden herzien en de tegemoetkoming op nihil kan of moet worden vastgesteld. Daarbij wijzen zij voorts op de maatschappelijke context waarin de wetgeving tot stand kwam. Ook stellen zij dat bij evenredige vaststelling na controle de aanvragers geen risico lopen, zodat zij in de verleiding kunnen komen te hoge kosten van de opvang op te geven.

42 B.J. van Ettehoven, "'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 2021/100, afl. 2, p. 98 e.v.

43 H. Tjeenk Willink, 'Kamer moet bij Toeslagen zelf in de spiegel kijken', NRC 13 januari 2021.

44 Volkskrant, 14 januari 2021.

45 P.J.G. Kapteyn, 'Kritiek commissie-Van Dam in strijd met onafhankelijke rechtspraak', NRC 16 januari 2021.

46 J.E. van den Brink en R. Ortlep, 'Kinderopvangtoeslagaffaire. De democratische rechtsstaat wordt als staal in de wind gehard', NJB 2021/353.

Volgens De Poorter bevat art. 26 Awir geen discretionaire bevoegdheid. Dit artikel kan niet los worden gezien van art. 1.7 Wko. Als uit art. 1.7 Wko zou moeten worden afgeleid dat wanneer niet alle kosten zijn verantwoord de kinderopvangtoeslag op nihil moet worden gesteld, dan laat art. 26 Awir geen ruimte voor een andere conclusie dan dat het gehele voorschot moet worden teruggevorderd. Echter, art. 1.7 Wko zegt dat niet en biedt ruimte voor evenredige vaststelling van de wel verantwoorde kosten, waarmee ook ruimte bestaat voor terugvordering van alleen het te veel betaalde op grond van art. 26 Awir. In de tweede uitspraak van 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536 ging het volgens De Poorter niet om toepassing van art. 1.7 Wko maar 'slechts om de uitoefening van de terugvorderingsbevoegdheid' ex art. 26 Awir. In zo'n geval, zo stelt De Poorter, biedt art. 26 Awir 'geen ruimte om iets anders te doen dan het gehele voorschot terug te vorderen'. Zelfs al zou dat tot onevenredige uitkomsten leiden, dan kan het evenredigheidsbeginsel niet worden toegepast omdat de formele wet niet aan een rechtsbeginsel kan worden getoetst. De uitspraak van 23 oktober 2019 noemt De Poorter dan ook 'uiterst creatief' en 'met recht een nood-greep'. Ook de toenmalige procureur-generaal bij de Hoge Raad Silvis heeft in zijn oriënterend onderzoek naar aanleiding van de aangifte tegen bewindspersonen in de Toeslagenaffaire bevonden dat vooral de wetgever blaam treft: 'Een basale beschouwing van de wetgeving inzake de toeslagen kinderopvang leert al dat bij de wetgeving een keuze is gemaakt waar de last van uitvoeringsproblematiek wordt gelegd. Zo worden strikte eisen gesteld aan ouders wat betreft de kwaliteit van informatie die zij aandragen, de verzameling en indiening van bewijs, de termijnen die zij daarbij in acht moeten nemen, met ingrijpende gevolgen wanneer door een aanvrager niet in alle opzichten volgens de normen wordt geleverd. Aan de andere kant gelden voor Toeslagen/Belastingdienst termijnen van orde, een krachtig en in de tijd weinig begrensd kader voor terugvordering, waarbij een 'alles of niets' uitgangspunt in de wet is neergelegd (art. 26 Awir) terwijl in de hier relevante periode geen specifieke hardheidsclausule toepasselijk is. Dat in een dergelijk systeem grote problemen kunnen ontstaan voor bureaucratisch niet zeer vaardige aanvragers (een grote groep ouders) is bij het opstellen van de wetgeving niet onderkend. Belangrijke juridische middelen voor rechtsbescherming, zoals de genoemde hardheidsclausule en een systeem van evenredigheidstoetsing bij terugvordering, zijn door de wetgever indertijd bewust niet in de wet verankerd.'⁴⁷

Anderen zijn minder overtuigd van het dwingende karakter van de wet. Dat blijkt allereerst uit annotaties bij de uitspraak van 23 oktober 2019. Terugblikkend op de uitspraak van 8 juni 2016 slaagt Marseille er niet in

⁴⁷ <https://www.hogeraad.nl/over-ons/publicaties/>

het dwingendrechtelijke karakter van de wet af te leiden uit de bepalingen van art. 7 lid 1 Wko, art. 52 Wko en art. 26 Awir. Wel merkt Marseille over art. 26 Awir op dat het geen sinecure is om uit de tekst af te leiden dat de Belastingdienst een bevoegdheid zou hebben om het gehele bedrag terug te vorderen en geen verplichting. Afgaande op de formulering van deze bepaling beoogde de wetgever, aldus Marseille, met art. 26 Awir aan de Belastingdienst een gebonden bevoegdheid toe te kennen. Hij merkt echter ook op dat het voor hem een 'raadsel' is hoe de Afdeling tot haar uitleg is gekomen, nu een bepaling in de trant van 'Toeslag wordt slechts toegekend als alle kosten aantoonbaar zijn betaald' ontbreekt. Hoewel art. 26 Awir inderdaad dwingend is geformuleerd, is het artikel in de zaak die leidde tot de uitspraak van 8 juni 2016 niet van toepassing, omdat daarin geen herziening van een tegemoetkoming of van een voorschot aan de orde was. Uit art. 1.7 Wko leidt hij af dat de kinderopvangtoeslag moet worden vastgesteld naar een bedrag dat evenredig is aan de wel verantwoorde kosten. Volgens Marseille had de Belastingdienst van meet af aan de beleidsruimte om bij de vaststelling van (een voorschot) kinderopvangtoeslag rekening te houden met het gedeelte van de kosten dat wel aantoonbaar was betaald. De Afdeling heeft er welbewust van afgezien te toetsen of de Belastingdienst die beleidsruimte op een redelijke manier heeft ingevuld en heeft zich in de uitspraak van 8 juni 2016 doelbewust in een machteloze positie gemanoeuvreed.⁴⁸ In zijn verhoor voor de commissie-POK heeft Marseille zijn standpunt herhaald.⁴⁹ Marseille merkt daar het volgende op: "Wat betreft die andere helft, artikel 26 Awir, kan ik mij het wel voorstellen, want zoals ik die bepaling lees, is die ook streng. Daar klopt eigenlijk de redenering, het beeld dat in die uitspraak is neergelegd, met de juridische werkelijkheid. En wat betreft de bepalingen in de wet op de kinderopvangtoeslag klopt die redenering niet en is er een discrepantie. Mijn verwijt, om het zo maar te zeggen, is eigenlijk dat de Afdeling zich moedwillig machteloos heeft opgesteld terwijl ze wel de mogelijkheid had om naar de Belastingdienst toe meer de vinger aan de pols te houden."⁵⁰ In zijn noot besluit Marseille met de opmerking dat het te prijzen valt dat de Afdeling met haar uitspraak van 23 oktober 2019 heeft gekozen voor een niet-letterlijke interpretatie van die bepaling, om zo de Belastingdienst ook bij terugvoeringsbesluiten de ruimte te geven voor een evenredige uitvoering van de wet.⁵¹

48 A.T. Marseille, 'Kinderopvangtoeslagen: wel of geen beleidsvrijheid voor de Belastingdienst/Toeslagen?', annotatie bij ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, AA 2020/0393.

49 Ongekend onrecht, p. 92.

50 Ongekend onrecht, p. 92.

51 AA 2020/0393, p. 399.

Annotator Stijnen richt zich op art. 1.7 lid 1 Wko en stelt dat de tekst daarvan niet noopt tot een alles-of-niets-lijn.⁵² De redactie van Vakstudie Nieuws oordeelt dat de wettekst en de parlementaire geschiedenis 'geen aanleiding [geven] tot de stelligheid, waarmee het huidige oordeel in het verleden van tafel is geveegd'.⁵³

Ook Damen is uitvoerig op de kwestie ingegaan.⁵⁴ Hij meent dat de Afdeling uit een bewijsprobleem (kan de belanghebbende aantonen dat het bedrag dat aan kosten verschuldigd is, daadwerkelijk is betaald?) afleidt dat moet worden aangenomen dat de kinderopvang niet op basis van de gemaakte afspraken heeft plaatsgevonden. In zijn opvatting neemt de Afdeling ten onrechte aan dat geen ruimte zou bestaan voor een evenredig lager voor-schot of een lagere tegemoetkoming: de ouder zal het andere deel van de kosten immers niet hebben betaald zonder dat er enige kinderopvang plaats-vond.⁵⁵ Verder stelt Damen vast dat de Afdeling haar interpretatie van de wet (hij richt zich vooral op de Awir) niet motiveert aan de hand van gangbare interpretatiemethoden (tekst, parlementaire geschiedenis, systeem). In reactie op de uitspraak van 2 april 2014 stelt Damen dat de Afdeling niet motiveert waarom de kinderopvang niet op basis van een overeenkomst als bedoeld in art. 52 Wko heeft plaatsgevonden als niet alle kosten, maar slechts een deel ervan aantoonbaar zijn betaald. Damen gaat ook in op andere uitspraken dan die van 2 april 2014 en 8 juni 2016, maar concludeert dat ook daarin geen overtuigende motivering valt te vinden. Dat de Afdeling in deze laatste uit-spraak wijst op de letterlijke tekst van art. 26 Awir ('met zoveel woorden') zegt volgens Damen niets, want dat het bedrag van de terugvordering in zijn geheel is verschuldigd, betekent nog niet dat ook een 100% terugvorde-ringsplicht bestaat. Damen citeert ook nog enkele andere auteurs die op zichzelf positief zijn over de koerswijziging van 23 oktober 2019, maar die vinden dat niet alleen de wetgever, maar ook de Afdeling onderdeel van het probleem is geweest.⁵⁶ In een (later geschreven, maar eerder verschenen) bijdrage in het NJB heeft Damen in grote lijnen in gelijke zin betoogd.⁵⁷

In reactie op het rapport van de Commissie-Van Dam meent Brenninkmeijer dat de tekst van art. 26 Awir slechts dwingend is ten aanzien van het teveel betaalde, terwijl de Wko ook ruimte bood voor een proportionele benadering, getuige de discussie die bestond tussen de DG Belastingdienst en de DG van

⁵² Gst. 2020/29.

⁵³ V-N 2019/52.21.

⁵⁴ L.J.A. Damen, 'Houd de boef! Is de Afdeling bestuursrechtspraak soms ook een boef?', in: L. Verboeket e.a. (red.), Bestuursrecht in het echt (Den Ouden-bundel), Wolters Kluwer 2021, p. 433 e.v.

⁵⁵ Ibid, p. 438.

⁵⁶ Damen 2021, p. 449.

⁵⁷ L.J.A. Damen, 'Ik was het niet, ik was het niet, het was de wetgever!', NJB 2021/354.

SZW over de alles-of-niets-lijn.⁵⁸ Besselink moet weinig hebben van een verwijt aan de wetgever en legt de verantwoordelijkheid van de ernstige gevolgen van de terugvorderingspraktijk geheel op het bord van de Afdeling.⁵⁹ Deze zou zelfs tegenwettelijk recht hebben gesproken: noch de tekst van de wet, noch de toelichting geeft een grondslag voor alles-of-niets. Art. 26 Awir stelt dat het bedrag van de terugvordering in zijn geheel is verschuldigd, wat niet hetzelfde is als 'het bedrag van de tegemoetkoming of het voorschot in zijn geheel is verschuldigd'. De MvT bij art. 26 Awir stelt dat het te veel betaalde bedrag 'kan' worden teruggevorderd: als te veel is voorgeschoten, kan dus alleen het te veel worden teruggevorderd, het meerdere dus, niet het hele bedrag van het voorschot. Ook in de Wet kinderopvangtoeslag is geen bepaling te vinden dat altijd de gehele tegemoetkoming of het hele voorschot moet worden teruggevorderd. Zelfs al is deze regeling op dit punt 'lacuneus', zij geeft geen uitdrukkelijke grondslag voor een 'alles of niets'-benadering. Hij is dan ook van mening dat de uitspraken van 23 oktober 2019 geen voorbeeld zijn van contra legem-rechtspraak.

Van Gestel stemt in met de analyses van Besselink en Damen.⁶⁰ Art. 1.7 Wko jo art. 1.52 Wko geven z.i. op geen enkele manier aanleiding voor een harde uitleg, maar bepalen enkel dat de hoogte van de tegemoetkoming afhankelijk is van de draagkracht en de hoogte van de kosten van kinderopvang in het berekeningsjaar. Ook in samenhang met art. 26 Awir gelezen zeggen deze bepalingen niets over de hoogte van enig bedrag dat zou moeten worden teruggevorderd. Zijlstra pleit voor het onderscheiden tussen het systeem van de Wko (over de omvang van het bedrag aan kinderopvangtoeslag waar men recht op heeft) en de omvang van de terugvordering op grond van art. 26 Awir.⁶¹ Hoewel Zijlstra vaststelt dat de wetgever nergens heel duidelijk bepaalt dat alles moet worden teruggevorderd als maar een deel niet kan worden verantwoord, komt hij om een aantal redenen tot de conclusie dat de 100%-terugvordering-jurisprudentie niet juist was: 1) deze is niet onderbouwd met een verwijzing naar de wettekst of de parlementaire geschiedenis, 2) aangenomen mag worden dat de bestuursrechter alleen concludeert tot een voor de burger ongunstige dwingendrechtelijke uitleg van een bestuursbevoegdheid als die uitleg eenduidig volgt uit de wettekst of de PG, maar daarvan is geen sprake en 3) het ontbreken van een hardheidsclausule is een te mager verweer.

⁵⁸ A.F.M. Brenninkmeijer, "'De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden'" als "verschrikkelijk ongeluk": Over de noodzaak van behoorlijk bestuur", NJB 2021/2, p. 6 e.v.

⁵⁹ L.F.M. Besselink, 'De Afdeling bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire', NJB 2021/201.

⁶⁰ R.A.J. van Gestel, 'Een (toe)slag in de lucht', RegelMaat 2021/2.6.

⁶¹ S.E. Zijlstra, 'Lessen uit de toeslagaffaire', NTB 2021/60.

Van de Beeten en Van de Beeten richten zich met name op art. 26 Awir.⁶² Dit artikel bevat volgens hen geen gebonden bevoegdheid, want de tekst geeft überhaupt geen antwoord op de vraag wat de Belastingdienst moet doen zodra een belanghebbende een bedrag verschuldigd is. De auteurs menen dat het een misverstand is dat de wetgever met de Awir beoogde fraude streng aan te pakken. Dat kan niet kloppen, want de Awir stamt uit 2006, toen de Bulgarenfraude nog niet speelde. Van Ettekooven alsook Van den Brink en Ortlep kennen volgens de auteurs een bedoeling aan de wetgever toe die niet strookt met de feiten; van een verplichting tot terugvordering, laat staan 100%, is nergens in de parlementaire geschiedenis sprake.

2.7.3 Had de Afdeling de wet opzij kunnen zetten door eerder te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel en/of andere beginselen?

Een ander belangrijk discussiepunt betreft de vraag in hoeverre de Afdeling zich door het verbod om formele wetten te toetsen aan rechtsbeginselen (die voortvloeit uit het Harmonisatiewet-arrest van de Hoge Raad) had moeten laten weerhouden het door haar als streng geduide wetgevingskader opzij te zetten. Scheltema heeft betoogd dat het formeelwettelijke karakter van een wet daaraan niet in de weg staat. In zijn visie heeft het evenredigheidsbeginsel altijd voorrang ten opzichte van een wettelijke regeling die daarmee in strijd is. Voor beslissingen over kinderopvangtoeslagen betekent dat dat die te allen tijde moeten voldoen aan het evenredigheidsbeginsel.⁶³ Niet iedereen denkt daar hetzelfde over.

Lokin-Sassen⁶⁴ meent dat er een Babylonische spraakverwarring is ontstaan over de toetsing van de wet aan rechtsbeginselen. Volgens haar had niet de wet, maar hadden de besluiten van de Belastingdienst aan de beginselen en aan de betreffende wetgeving moeten worden getoetst. Daarvoor zag de Afdeling gelet op art. 3:4, eerste lid Awb ("voor zover niet uit een wettelijk voorschrift een beperking voortvloeit") echter geen ruimte.

De Poorter is van oordeel dat zelfs als een 100%-terugvordering tot onevenredige uitkomsten zou leiden, het evenredigheidsbeginsel niet kan worden toegepast omdat de formele wet niet aan een rechtsbeginsel kan worden getoetst. De uitspraak van 23 oktober 2019 noemt De Poorter dan ook 'uiterst creatief' en 'met recht een noodgreep'. Veel andere auteurs kijken daar anders tegen aan. Zwart wijst op de doorbraakarresten van de Hoge Raad en oordeelt dat deze een ontsnappingsroute hadden kunnen bieden voor de

⁶² J. van de Beeten en R.H. van de Beeten, 'De mythe van de hardheidsclausule. De toeslagenaffaire en de interpretatie van artikel 26 Awir', te verschijnen in het NTB van mei 2021.

⁶³ M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', NTB 2019/24.

⁶⁴ P. Lokin-Sassen, 'Hoogste bestuursrechter liet forse steken vallen in affaire kinderopvangtoeslagen', Financieel Dagblad 28 februari 2021.

door Van Ettekovén veronderstelde problematische toepassing van het evenredigheidsbeginsel contra legem: ‘Bijzondere gevallen zijn denkbaar waarin strikte wetstoepassing in die mate in strijd kan komen met het ongeschreven recht (t.a.p: algemene rechtsbeginselen, dan wel algemene beginselen van behoorlijk bestuur, F.Z.) dat zij op grond daarvan geen rechtsplicht kan zijn.’ Daarbij wordt niet de wet zelf getoetst, maar de toepassing in het concrete geval.⁶⁵ Op die jurisprudentie wijst ook Tak.⁶⁶ Van Gestel betreurt dat Van Ettekovén geen positie kiest in het debat over de vraag of het mogelijk is dat de rechter het evenredigheidsbeginsel uit de Awb inzet om de toepassing van de wet in formele zin te corrigeren. Hij verwacht van de Raad van State in dit verband ‘leiderschap’. Bovendien wijst ook Van Gestel op rechtspraak van de Hoge Raad, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven waarin de mogelijkheid is erkend van het buiten toepassing laten van formele wetgeving die in strijd komt met algemene rechtsbeginselen. ‘Zo gedurfd is dat met andere woorden nu ook weer niet’, aldus Van Gestel. Ook hij wijst op rechtspraak van de Hoge Raad, de CRvB en het CBB, waarin de mogelijkheid is erkend van buiten toepassing van formele wetgeving die in strijd is met algemene rechtsbeginselen: ‘Zo gedurfd is dat met andere woorden nu ook weer niet’. Van den Brink en Ortlep menen dat het goed is dat Van Ettekovén oproept tot debat binnen de instituties van de rechtsstaat over de vraag of het wenselijk is dat de rechter het evenredigheidsbeginsel uit de Awb kan inzetten om de toepassing van formele wetten te corrigeren. Zij formuleren de vraag echter anders: is de bestuursrechter gerechtigd om een dwingendrechtelijke bepaling (ook in een formele wet) vanwege strijd met een rechtsbeginsel buiten toepassing te laten? Zij wijzen op de doorbraak-arresten van de Hoge Raad en de CRvB waarin die vraag positief is beantwoord.⁶⁷

Zijlstra is door de commissie-Van Dam gevraagd hoe de Afdeling haar jurisprudentie heeft gemotiveerd. Hij deelt de opvatting van Ettekovén dat het toetsingsverbod aan contra legem toepassing van het evenredigheidsbeginsel in de weg stond. Zijlstra heeft in zijn paper niet zijn persoonlijke visie gegeven op de vraag of de Afdeling de alles-of-niets-lijn op de wet kon baseren, maar heeft ‘slechts’ de jurisprudentie bestudeerd. De oudste door hem gevonden uitspraak waarin expliciet wordt overwogen dat de Awir geen ruimte laat voor proportionele terugvordering betreft ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5166 (huurtoeslag). Na de ‘bekende’ overweging dat artikel 26 Awir dwingendrechtelijk bepaalt dat een belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel is verschuldigd, overweegt de Afdeling:

⁶⁵ F. Zwart, ‘Wat mij heeft verbaasd...’, NJB 2021/202.

⁶⁶ A.Q.C. Tak, ‘Het Masker van de Grootvizier’, NJB 2021/845.

⁶⁷ Van den Brink en Ortlep 2021, p. 369.

“In de Awir is geen bepaling opgenomen op grond waarvan de Belastingdienst van terugvordering kan afzien dan wel de terugvordering kan matigen, zoals door [appellant] voorgesteld.”

Uit latere jurisprudentie blijkt dat de Afdeling de onmogelijkheid van proportionele terugvordering rechtstreeks baseert op art. 26 Awir en dat zij geen ruimte ziet voor corrigerende werking van het evenredigheidsbeginsel. Zijlstra citeert rechtspraak waarin de onmogelijkheid om aan 3:4, tweede lid, Awb te toetsen voortvloeit uit art. 3:4, eerste lid, Awb: de Wko en de Awir zijn de in dat lid genoemde beperkingen. Dit zou immers neerkomen op *contra legem*-toepassing van de a.b.b.b. Zijlstra vervolgt:

“Omdat de belangrijkste elementen van de ‘alles-of-niets’ jurisprudentie in de ogen van de Afdeling dwingendrechtelijk uit de betrokken wetgeving voortvloeiden, kan op basis van de uitspraken niet anders geconcludeerd worden dan 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. Maar omdat de Belastingdienst/Toeslagen geen belangrijk soepeler beleid ging hanteren, blijft het intussen speculeren hoe de Afdeling daarmee zou zijn omgegaan.”

2.74 Andere mogelijkheden tot ontsnapping aan de alles-of-niets-lijn

In deze paragraaf wordt besproken welke opvattingen in de literatuur bestaan om op andere wijze dan de toetsing aan algemene rechtsbeginselen een uitweg of een ‘ventiel’ had. Daarbij gaat het ten eerste om de *hardheidsclausule*. Bij de uitspraak van 8 juni 2016 heeft voor de Afdeling een rol gespeeld dat ‘in de Awir geen bepaling [is] opgenomen op grond waarvan de Belastingdienst/Toeslagen van terugvordering kan afzien dan wel de terugvordering kan matigen’. Dit roept de vraag op in hoeverre het ontbreken van een hardheidsclausule een rechtvaardiging kan zijn voor de alles-of-niets-lijn. Deze vraag ligt in het verlengde van de bespreking van het beeld van de strenge wet. Als de wet geen uitdrukkelijke ruimte laat voor proportionele terugvordering, zal ook een toets aan het evenredigheidsbeginsel op niets uitlopen. Van Ettekoven wijst er in zijn reactie op dat de wetgever er uitdrukkelijk – ondanks een oproep van de Afdeling Advisering van de Raad van State – van heeft afgezien een dergelijke clausule op te nemen.⁶⁸ Deze is er pas later gekomen, in art. 47 en art. 49 Awir.

⁶⁸ Van Ettekoven 2021, p. 100, p. 102.

Van de Beeten en Van de Beeten stellen in hun artikel 'de mythe van de hardheidsclausule' centraal.⁶⁹ Zij wijzen erop dat de oorspronkelijke wil van de wetgever, uit 2006, niet gericht was op een strenge fraudeaanpak. Pas in 2011 komt fraudeaanpak meer in de belangstelling van de wetgever te staan, maar art. 26 Awir veranderde daarbij niet. De stelling dat art. 26 Awir streng is, kwalificeren zij als 'anachronistisch'. Zij zien verder niet in hoe een hardheidsclausule een uitkomst had kunnen bieden als de wetgever een strenge en dwingendrechtelijke uitleg van de wet door de rechter zou hebben beoogd. Het ontbreken van een hardheidsclausule zou volgens de auteurs ook kunnen worden verklaard door het ontbreken van de wil om streng te zijn. In 2005 is alleen Kamerdebat over een hardheidsclausule gevoerd naar aanleiding van onbillijkheden bij de toekenning van toeslagen, niet bij de terugvordering. Ook de AARvS had het in haar advies uit 2004/05 slechts over toekenning van toeslagen, niet over problemen bij terugvordering. Zij menen dat sprake is van 'beeldvorming omtrent de hardheidsclausule' die leidt tot een verkeerde lezing van art. 26 Awir. Jue is van oordeel dat een hardheidsclausule vrijwel zeker geen verschil zou hebben gemaakt. Ook de jurisprudentie over een geslaagd beroep op dit soort clausules is 'snoeihard'. Ook als er sprake zou zijn geweest van meer beleidsruimte, had de bestuursrechter een beleidsregel over nietsontziende fraudeaanpak waarschijnlijk als niet onredelijk bestempeld.⁷⁰

Niet alle auteurs zijn er dus van overtuigd dat een wettelijk ventiel een oplossing had kunnen bieden voor de gedupeerde ouders. Oplossingen worden soms langs andere wegen gevonden. Damen vindt dat de Afdeling ondanks het ontbreken van een expliciete bevoegdheid tot matiging van de terugvordering, een impliciete bevoegdheid daartoe had kunnen aannemen, want dit was alleen maar in het voordeel van de burger geweest. Damen concludeert: 'noch de tekst noch de wetsgeschiedenis van art. 26 Awir dwingt tot de interpretatie die de Afdeling steeds heeft gevolgd en nog steeds aanhangt. Zij dwongen eerder tot de tegengestelde interpretatie: het ging om een discretionaire bevoegdheid met beleidsruimte'.⁷¹

Ook de toetsing van de formele wet aan het rechtstreeks werkende verdragsrecht is in de literatuur besproken. Van Ettekoen heeft gesteld dat 'de terugvordering van een voorschot op een financiële tegemoetkoming, waar achteraf geen recht op bestaat, wordt opgevat als een reparatoire (en niet als punitieve) maatregel, die geen aantasting van eigendomsrechten oplevert

⁶⁹ J. van de Beeten en R.H. van de Beeten, 'De mythe van de hardheidsclausule', NTB 2021/136.

⁷⁰ R. Jue, 'Onrecht in de rechtsbescherming', NTB 2021/67.

⁷¹ Damen 2020, p. 354.

(artikel 1 Protocol 1 EVRM) en ook geen boete (artikel 6 EVRM) oplevert.⁷² Het EVRM zou daarom geen soelaas hebben geboden. Zijlstra is echter van oordeel dat art. 1 EP EVRM en art. 6 EVRM (de criminal charge-jurisprudentie) een uitweg hadden kunnen bieden. Hij vindt het uiteindelijk te makkelijk om de handelwijze van de Belastingdienst/Toeslagen helemaal te wijten aan de Afdeling. Als de Afdeling een streep had gezet door de handelwijze van de B/T, had de wetgever onmiddellijk ingegrepen, aldus Zijlstra. Hij toont begrip voor het feit dat een rechter niet graag afwijkt van een bestendige lijn. De ontsnappingsroute via het EVRM was weliswaar aantrekkelijk, maar ook onzeker, gelet op de Straatsburgse jurisprudentie. Toch oordeelt hij ook dat de rechter bij onaanvaardbare uitkomsten ‘verplicht [is] alle middelen te onderzoeken en zo mogelijk toe te passen om voor dat geval, of ter voorkoming van andere soortgelijke gevallen, een rechtvaardige oplossing te bieden.’⁷³ Al Khatib en Linders hebben minder twijfel over hoe de Straatsburgse rechtspraak over art. 1 EP EVRM moet worden geduid. Zij menen dat de Afdeling ten onrechte veronderstelt dat art. 1 EP geen toegevoegde waarde zou hebben. Een voorschotbeschikking die te goeder trouw is aangevraagd, kan als een ‘asset’ worden aangemerkt en daarmee onder het eigendomsrecht van art. 1 EP EVRM vallen. Ook zou degene die te goeder trouw een voorschot heeft aangevraagd en gekregen een legitieme verwachting kunnen hebben in de zin van art. 1 EP EVRM. Het EVRM zou dan ook zonder meer een geschikt en voor de hand liggend instrument zijn om de alles-of-niets-benadering die de Afdeling in de formele wetgeving heeft gelezen te onderwerpen aan een evenredigheidstoetsing. Zij pleiten voor nuancering van de jurisprudentie van de Afdeling op dit punt en zien voorts een rol weggelegd voor art. 8 EVRM (privé-, familie- en gezinsleven), gelet op de ‘schrijnende gevolgen voor gedupeerde ouders’. Tot slot pleiten zij er onder meer voor om beroepen op het EVRM niet af te doen met standaardoverwegingen, nu deze onvoldoende rekening houden met specifieke omstandigheden.⁷⁴

2.7.5 Bevindingen en suggesties

Van de vele reacties die de rechtspraak van de Afdeling heeft ontlokt is een minderheid instemmend. Een meerderheid van de auteurs plaatst kanttekeningen bij de uitleg die de Afdeling heeft gegeven aan art. 26 Awir. Echter, noch onder de instemmende, noch onder de kritische reacties is sprake van eenstemmigheid ten aanzien van de redenen waarom de Afdeling al dan niet voor een bepaalde uitleg van de wet had moeten kiezen. De Afdeling heeft zich in de uitspraak van 8 juni 2016 mede gebaseerd op de tekst van de wet

⁷² Van Etekoven 2021, p. 100.

⁷³ Zijlstra 2021, p. 125 e.v.

⁷⁴ A. al Khatib & T. Linders, ‘Het EVRM als anker om een nieuwe toeslagenaffaire te voorkomen’, NJB 2021/18, p. 1479 e.v.

(‘met zoveel woorden’) en Van Ettekovén wijst daar eveneens op (“Ik herhaal: *‘in zijn geheel.’* Dit is geen vergissing maar de wil van de wetgever. *‘No mercy.’*). Tjeenk Willink, Hoekstra, Kapteyn en Silvis zien de wet ook als dwingend. Andere auteurs zien het dwingende karakter vooral in de context van fraudebestrijding waarin de wetgeving tot stand kwam (Van den Brink en Ortlep) of in het samenstel van art. 26 Awir jo art. 1.7 Wko (De Poorter).

De auteurs die kritisch zijn over de lijn van de Afdeling zijn het er in het algemeen over eens dat de tekst van de wet geen letterlijke grondslag biedt voor terugvordering van het geheel als slechts een deel niet kan worden verantwoord. Ook wordt betoogd (Marseille, Brenninkmeijer) dat de Wko juist ruimte liet voor een proportionele benadering. Alleen Besselink meent dat de tekst en de toelichting bij de wet (zowel de Wko als de Awir) zodanig duidelijk was dat de Afdeling haar conclusies over algehele terugvordering nooit heeft kunnen en mogen trekken. Damen betoogt echter dat wanneer eenmaal wordt aangenomen dat rechtmatig de alles-of-niets-lijn kan worden toegepast, altijd het hele bedrag te veel betaald is. Eenstemmigheid is er echter niet over de vraag hoe een eventueel afwijken van de alles-of-niets-lijn had moeten worden vormgegeven. Van de Beeten en Van de Beeten menen dat het een mythe is dat een hardheidsclausule daarvoor nodig was geweest, omdat de wil van de wetgever niet zo streng was als Van Ettekovén veronderstelt. Damen en Zijlstra zitten ook op die lijn. Zijlstra is het wel eens met Van Ettekovén dat voor contra legem toepassing van het evenredigheidsbeginsel geen ruimte was. Anderen (Van den Brink en Ortlep, Zwart, Tak) wijzen op de doorbraakjurisprudentie, die die ruimte wel biedt. Zijlstra en Al Khatib & Linders tot slot menen dat een strenge interpretatie van de wet op zichzelf niet in de weg stond van een toets aan art. 1 EP EVRM.

In de literatuur zijn tal van suggesties gedaan over de bijdrage die de bestuursrechter kan leveren om toekomstig ‘jurisprudentieel’ te voorkomen. Deze komen samengevat op het volgende neer:⁷⁵

1. Van Ettekovén pleit voor een dialoog met rechters, rechtshulpverleners, wetenschappers en anderen over de balans tussen wet en recht, de gereedschapskist van de bestuursrechter, de verhouding tussen de bijzondere wet en rechtsbeginselen, de wenselijke interactie tussen rechtbanken en hoogste rechter en over gemiste signalen.⁷⁶
2. De bestuursrechter moet minder terugvallen op bouwstenen (bijv. Van de Beeten en Van de Beeten en ten aanzien van art. 1 EP EVRM Al Khatib & Linders). Koenraad meent dat deze gewoonte het risico met zich brengt dat

⁷⁵ Alleen van hiervoor niet eerder genoemde auteurs wordt de volledige vindplaats vermeld.

⁷⁶ Van Ettekovén 2021, p. 106.

het unieke karakter van een zaak verdwijnt onder een tapijt van uniformiteit, en dat vaste jurisprudentie van de rechter 'een onwrikbaar gegeven wordt'.⁷⁷

3. De rechter zou een dwingendrechtelijke uitleg van een wetsartikel altijd moeten onderbouwen met de wettekst en de wetsgeschiedenis (Zijlstra).
4. De rechter moet een voor de burger ongunstige uitleg van een bestuursbevoegdheid alleen kiezen als die uitleg eenduidig volgt uit de wettekst of de parlementaire geschiedenis (Zijlstra).
5. De Afdeling moet niet schromen om de door Scheltema bepleite stap tot toetsing aan het evenredigheidsbeginsel te zetten; dit blijft binnen de grenzen die de Hoge Raad met het Harmonisatiewet-arrest heeft getrokken (Brenninkmeijer en Marseille).⁷⁸
6. De bestuursrechter moet waken voor het 'Droste-effect' in uitspraken: verwijzen naar eerdere jurisprudentie, die weer verwijst naar eerdere jurisprudentie, zonder dat sprake is van een 'moederuitspraak' waarin een sluitende motivering gegeven wordt (Zijlstra, Damen).
7. De Poorter meent dat het in de reflectie vooral moet gaan over de gereedschapskist van de rechter en het toepasselijke procesrecht, dat in beperkte mate is toegerust op de beslechting van bovenindividuele geschillen. Hij stelt onder meer het volgende voor:
 - a. Rechtbanken moeten zaken clusteren en eventueel onderling coördineren, zodat de Afdeling kan worden geholpen een beeld te krijgen van de massaliteit en de bovenindividuele aard van het geschil. Het zou ook goed zijn als de rechtbanken de bevoegdheid krijgen de Afdeling prejudiciële vragen te stellen.
 - b. De Afdeling moet overwegen haar strenge jurisprudentie over collectieve acties te corrigeren. Volgens die jurisprudentie is het, om in rechte op te kunnen komen voor een collectief belang, van belang dat de rechtspersoon voor het collectieve belang van haar leden opkomt. Bij beschikkingen is het vaak echter zo dat de geadresseerde van de beschikking naast een individueel belang niet ook een zelfstandig collectief belang heeft. Als beleidsbeslissingen niet in algemene regels maar in bundelingen van beschikkingen tot uiting komen, zouden belangenorganisaties net zo'n belangrijke rol moeten kunnen spelen. Dit voorkomt dat individuele burgers 'verdrinken' in een individuele strijd tegen een machtige overheid.
 - c. De rechter moet onderzoek doen naar de doorwerking van zijn uitspraak op bovenindividueel niveau. De *amicus curiae* kan daarbij helpen, maar ook is denkbaar dat er permanente onderzoekscommissies worden ingesteld die worden belast met empirisch onderzoek op terreinen waarop de bestuursrechter rechtspreekt.

⁷⁷ L. Koenraad, 'Empathisch bestuursrecht', NTB 2021/61.

⁷⁸ A.F.M. Brenninkmeijer en A.T. Marseille, 'Een dialoog met de Raad van State na de toeslagenaffaire', NJB 2021/575.

8. Overwogen zou moeten worden een systeem van dissenting opinions in te voeren, zodat de openbare discussie over rechterlijke uitspraken wordt aangemoedigd (Jacobs⁷⁹).
9. Er moet tegenspraak worden georganiseerd door royaler gebruik te maken van de mogelijkheid een conclusie-AG te vragen. De conclusie blijft onderbe- nut, ook door andere hoogste beroepsrechters (Brenninkmeijer en Marseille).
10. De bestuursrechter zou de kinderopvangtoeslagaffaire te baat kunnen nemen door invulling te geven aan het evenredigheidsbeginsel over- eenkomstig de striktere en meer gestructureerde toetsing door de Duitse rechters en het Europese Hof van Justitie.⁸⁰ Verder zou de Afdeling haar jurisprudentie over art. 1 EP EVRM moeten herzien en in lijn moeten brengen met de Straatsburgse jurisprudentie, waardoor de mogelijkheid van een toets aan het evenredigheidsbeginsel ontstaat (Al Khatbib & Linders).

⁷⁹ A. Jacobs, 'Lessen uit de kinderopvangtoeslagaffaire', NJB 2021/498.

⁸⁰ D. Sanderink, 'Bestuursrechter schiet op meer fronten tekort', Advocatenblad 2021/2, p. 48 e.v.

3. Terugbetaling van toeslagschulden

3.1 Inleiding

Door de alles-of-niets benadering moesten ouders regelmatig grote bedragen terugbetalen aan de Belastingdienst/Toeslagen. In de media is bericht dat de Belastingdienst/Toeslagen ouders in die gevallen vaak geen persoonlijke betalingsregeling aanbood, omdat het ontstaan van de toeslagschuld volgens de dienst aan hun opzet of grove schuld te wijten was. Door het ontbreken van een betalingsregeling, werd er bij de terug- en invordering niet gekeken naar de persoonlijke omstandigheden en kwamen de ouders financieel in de problemen, aldus de berichtgeving.⁸¹

De beslissing op een verzoek om een (persoonlijke) betalingsregeling is een appellabel besluit, waarbij uiteindelijk hoger beroep bij de Afdeling kan worden ingesteld. Dit gebeurde ook regelmatig.⁸² Hierna zal de relevante wet- en regelgeving, alsmede de jurisprudentie in kaart worden gebracht.

3.2 De wettelijke regels en het beleid

3.2.1 De formele wet

Artikel 28 Awir⁸³ luidt als volgt:

1. De belanghebbende heeft de verplichting om het bedrag van een terugvordering alsmede de op de voet van artikel 27 verschuldigde rente binnen zes weken na de dagtekening van de beschikking tot terugvordering te betalen aan de Belastingdienst/Toeslagen.
2. Het bedrag van een bestuurlijke boete moet worden betaald binnen zes weken na de dagtekening van de boetebeschikking.
3. De Algemene termijnenwet is niet van toepassing op de in dit artikel gestelde termijnen.”

Artikel 31 Awir:

“Bij ministeriële regeling worden regels gesteld met betrekking tot het verlenen van uitstel van betaling.”

Artikel 32 Awir:

“1. Indien de belanghebbende het bedrag van de terugvordering, daaronder begrepen de in artikel 27 bedoelde rente alsmede bestuurlijke boeten, niet binnen de gestelde termijn betaalt, maant de Belastingdienst/Toeslagen hem schriftelijk aan om alsnog binnen twee weken na de dagtekening van de aanmaning te betalen.

⁸¹ Zie bijvoorbeeld: Belastingdienst bracht gezinnen in grote financiële problemen | RTL Nieuws.

⁸² Het gaat hier niet altijd om kinderopvangtoeslag, maar ook om huur- en zorgtoeslag en het kindgebonden budget. Wel zijn de bedragen veelal hoger als het gaat om een kinderopvangtoeslagschuld.

⁸³ NB: het wettelijk kader is gewijzigd per 1 juli 2020 (zie hierna par. 3.4). Voor de hier gegeven weergave is uitgegaan van het recht zoals dit ten tijde van de in par. 3.3 weergegeven jurisprudentie gold.

2. De invordering van het bedrag van de terugvordering kan geschieden bij een door de Belastingdienst/Toeslagen uit te vaardigen dwangbevel. In afwijking van artikel 4:119, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht kunnen bij het dwangbevel tevens de kosten van de aanmaning, de kosten van het dwangbevel en de verschuldigde renten worden ingevorderd.
3. De betekening van het dwangbevel geschiedt met overeenkomstige toepassing van artikel 13 van de Invorderingswet 1990.
4. De artikelen 14, 15 en 18 van de Invorderingswet 1990 zijn van overeenkomstige toepassing.
5. De belanghebbende kan met overeenkomstige toepassing van artikel 17 van de Invorderingswet 1990, tegen de tenuitvoerlegging van het dwangbevel in verzet komen.
6. Een derde die aan de belanghebbende loon, pensioen, lijfrente of uitkeringen, een en ander als bedoeld in artikel 19 van de Invorderingswet 1990, verschuldigd is, of een bank als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht waarbij belanghebbende een tegoed op een rekening heeft, kan op vordering van de Belastingdienst/Toeslagen met overeenkomstige toepassing van artikel 19 van de Invorderingswet 1990 worden verplicht het door de belanghebbende verschuldigde bedrag aan terugvordering te betalen.
7. Artikel 27, eerste lid, van de Invorderingswet 1990 is van overeenkomstige toepassing."

3.2.2 De ministeriële regeling

De ministeriële regeling als bedoeld in artikel 31 van de Awir is de Uitvoeringsregeling Awir.

Artikel 7 Uitvoeringsregeling Awir:

- "1. De Belastingdienst/Toeslagen stelt de belanghebbende in de gelegenheid een terugvordering te betalen in maandelijkse termijnen van € 40 mits hij voldoet aan door de Belastingdienst/Toeslagen nader te stellen voorwaarden.
2. De Belastingdienst/Toeslagen kan ambtshalve een betaling in termijnen bewerkstelligen door middel van verrekening van de terugvordering met aan dezelfde belanghebbende periodiek uit te betalen bedragen. Indien een verrekening als bedoeld in de vorige volzin plaats vindt, wordt het totaal van de maandelijks aan de belanghebbende uit te betalen bedragen met ten hoogste € 40 verminderd.
3. Een betaling van de terugvordering in maandelijkse termijnen eindigt uiterlijk op de dag waarop sedert de vervaldag van de voor de terugvordering geldende betalingstermijn 24 maanden zijn verstreken. Indien de omvang van de terugvordering betaling in 24 maandelijkse termijnen van € 40 niet toelaat, kan de Belastingdienst/Toeslagen, in afwijking van het eerste en tweede lid, een betaling in maandelijkse termijnen van meer dan € 40 verlangen.

4. Op schriftelijk verzoek van de belanghebbende die aangeeft niet in staat te zijn de terugvordering overeenkomstig de voorgaande leden te betalen kan de Belastingdienst/Toeslagen, in afwijking in zoverre van de voorgaande leden, een betaling in termijnen toestaan gebaseerd op de betalingscapaciteit. De berekening van de betalingscapaciteit vindt plaats op de voet van artikel 13 van de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990, met dien verstande dat de Belastingdienst/Toeslagen het netto-besteedbare inkomen van de belanghebbende vermeerderd met het netto-besteedbare inkomen van de persoon die ten tijde van de indiening van het verzoek als partner in de zin van artikel 3 van de wet kan worden beschouwd.

5. Een betalingsregeling als bedoeld in het vierde lid wordt niet toegestaan indien de belanghebbende of de in dat lid bedoelde partner over voldoende vermogen in de zin van artikel 12 van de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 beschikken voor de voldoening van de terugvordering, met dien verstande dat bevoorrechte schulden op het vermogen in mindering worden gebracht.

6. De voorgaande leden zijn niet van toepassing indien het ontstaan van de terugvordering is te wijten aan opzet of grove schuld van de belanghebbende of diens partner.”

3.2.3 Het beleid van de Belastingdienst/Toeslagen

De Belastingdienst/Toeslagen voert ten slotte nog beleid t.a.v. de invordering van schulden. Dit beleid is neergelegd in de Leidraad invordering 2008. Artikel 79 van de Leidraad ziet specifiek op de invordering van toeslagschulden.

Artikel 79

“Hoofdstuk 2 van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) bevat de procedureregels die gelden voor de inkomensafhankelijke regelingen die door Belastingdienst/Toeslagen worden uitgevoerd, te weten:

- de Wet op de huurtoeslag;
- de Wet op de zorgtoeslag;
- de Wet kinderopvangtoeslag;
- de Wet op het kindgebonden budget.

Paragraaf 3 van hoofdstuk 2 Awir omschrijft de bevoegdheden die Belastingdienst/Toeslagen heeft om een teruggevorderde toeslag in te vorderen. Dit hoofdstuk beschrijft het beleid bij invordering van toeslagschuld.

De directeur van Belastingdienst/Toeslagen heeft de in artikel 4, tweede lid, van de Uitvoeringsregeling Belastingdienst 2003 bedoelde landelijk directeurs van de Belastingdienst die zijn belast met de invordering van rijksbelastingen, mandaat verleend om namens Belastingdienst/Toeslagen toeslagschuld in te vorderen. In de uitoefening van die invorderingstaak

treden zij niet op in hun hoedanigheid van ontvanger maar als het bestuursorgaan Belastingdienst/Toeslagen.

De belastingdeurwaarder is in de Awir bevoegd verklaard voor het verrichten van deurwaarderswerkzaamheden in opdracht van Belastingdienst/Toeslagen.

Het volgende beleid is in dit artikel opgenomen:

- de betalingsherinnering en toeslagschuld;
- invordering toeslagschuld door middel van vordering;
- faillissement, WSNP en toeslagschuld;
- toeslagschuld na de toepassing van de WSNP en MSNP;
- toeslagschuld ontstaan gedurende faillissement, WSNP of MSNP;
- minnelijke schuldsaneringsregeling en toeslagschuld;
- verrekening en beslagvrije voet;
- verrekening en toeslagschuld;
- verrekening en uitstel van betaling toeslagschuld;
- standaardbetalingsregeling toeslagschuld;
- toeslagschuld te wijten aan opzet of grove schuld;
- betalingsregeling toeslagschuld op basis van betalingscapaciteit;
- uitstel van betaling in verband met bezwaar of herzieningsverzoek;
- uitstel van betaling voor een bestuurlijke boete;
- geen verdere invorderingsmaatregelen voor toeslagschuld treffen;
- aansprakelijkheid partner voor toeslagschuld;
- beslag door derden op toeslag;
- informatieverzoek gerechtsdeurwaarder omtrent toeslag;
- rijksadvocaat in civiele procedures over toeslagen;
- verzoekschriften aan andere instellingen;
- aansprakelijkheid van derden voor uitbetaalde toeslagen;
- uitbetaling van toeslagen aan een derde die failliet is gegaan of dreigt te faillieren;
- versnelde invordering toeslagen;
- afboeking van de betaling van een toeslagschuld."

Artikel 79.5a. Verrekening en beslagvrije voet

"Als de belanghebbende door de verrekening van een voorschot huurtoeslag, zorgtoeslag of kindgebonden budget of een voorlopige teruggaaf inkomstenbelasting een lager bedrag aan bestaansmiddelen overhoudt dan overeenkomt met de voor hem geldende beslagvrije voet, kan hij de Belastingdienst/Toeslagen verzoeken de verrekening ongedaan te maken voor zover hierdoor de beslagvrije voet is aangetast. Als de belanghebbende voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de beslagvrije voet is aangetast, zal de Belastingdienst/Toeslagen rekening houden met de beslagvrije voet bij de laatste verrekening die plaatsvond vóór de indiening van het verzoek en bij de daaropvolgende verrekeningen.

Als sprake is van een notoire wanbetaler als bedoeld in artikel 19, tweede lid, van de wet, past de ontvanger de in de artikel 19, eerste lid, laatste volzin van de wet geregelde mogelijkheid tot doorbreking van de beslagvrije voet op overeenkomstige wijze toe. Het bepaalde in artikel 19.1.7 van deze leidraad is hierbij van toepassing.”

79.6. Verrekening en uitstel van betaling toeslagschuld

“Zolang door Belastingdienst/Toeslagen uitstel is verleend voor de betaling van een toeslagschuld, vindt met betrekking tot deze toeslagschuld in beginsel geen verrekening plaats met termijnbedragen die worden uitbetaald:

- op basis van een verleend voorschot op de toeslag;
- op grond van een voorlopige teruggaaf inkomstenbelasting.

Verrekening met termijnbedragen is echter wel toegestaan indien en voor zover deze worden aangewend voor de aflossing van een toeslagschuld door middel van een betalingsregeling als bedoeld in de artikelen 79.7 en 79.8 van deze leidraad. De verrekening wordt altijd geacht op basis van termijnen (niet ineens) plaats te vinden.”

79.7. Standaardbetalingsregeling toeslagschuld

“Uitgangspunt is dat de belanghebbende die teveel ontvangen toeslag moet terugbetalen in de gelegenheid wordt gesteld om het bedrag van de toeslagschuld te voldoen met een standaardbetalingsregeling. De standaardregeling wordt zonder nader onderzoek in te stellen door Belastingdienst/Toeslagen aangeboden en gaat uit van een af te lossen bedrag van € 20 per maand voor iedere terugvordering afzonderlijk.

De periode waarover de regeling zich uitstrekt is maximaal 24 maanden te rekenen vanaf één maand na de dagtekening van de terugvorderingsbeschikking. De eerste termijn moet zijn voldaan op de vervaldag van de terugvorderingsbeschikking. Als het teruggevorderde bedrag meer bedraagt dan € 480 wordt het maandelijks af te lossen bedrag zodanig verhoogd dat aflossing binnen 24 maanden mogelijk is.

Aflossing kan op twee manieren plaatsvinden:

1. De belanghebbende maakt maandelijks het termijnbedrag over naar de rekening van de Belastingdienst.
2. Belastingdienst/Toeslagen verrekent het termijnbedrag met het maandelijks uit te keren voorschot aan de belanghebbende.

De situatie kan zich voordoen dat de belanghebbende tijdens de looptijd van een standaardregeling te maken krijgt met een nieuwe terugvordering voor dezelfde toeslag. In dat geval vindt een herziening van het bedrag van de standaardregeling plaats. Het bedrag van de nieuwe terugvordering wordt opgeteld bij het nog resterende bedrag van de terugvordering waarvoor de standaardregeling loopt. Voor het totaalbedrag geldt dan weer de aflossings-systeematiek van ten minste € 20 per maand gedurende maximaal 24 maanden.”

79.8. Betalingsregeling toeslagschuld op basis van betalingscapaciteit

“Belastingdienst/Toeslagen kan een andere betalingsregeling toestaan dan de standaardregeling. Dit kan alleen als de belanghebbende schriftelijk kenbaar maakt dat hij niet in staat is de toeslagenschuld te voldoen onder de condities die gelden voor de standaardregeling. De belanghebbende moet dan op het daartoe bestemde formulier de benodigde informatie verstrekken aan Belastingdienst/Toeslagen zodat beoordeeld kan worden of er sprake is van onvoldoende betalingscapaciteit om een maandelijkse aflossing overeenkomstig de standaardregeling te voldoen.

De artikelen 11, 12 en 13 van de regeling zijn hierbij van overeenkomstige toepassing met dien verstande dat:

- naast het netto besteedbaar inkomen van de belanghebbende ook rekening wordt gehouden met het netto besteedbaar inkomen van een eventuele partner als bedoeld in artikel 3 van de Awir, met dien verstande dat met het netto besteedbaar inkomen van de partner alleen rekening wordt gehouden als die partner belanghebbendes partner was gedurende de periode waarop belanghebbendes toeslagenschuld betrekking heeft;
- bevoorrechte schulden (zoals belastingschulden) op het vermogen in mindering mogen worden gebracht.

Als uit de verstrekte gegevens blijkt dat de betalingscapaciteit voldoende is om de toeslagenschuld af te lossen volgens de standaardregeling, zal Belastingdienst/Toeslagen het verzoek om een andere betalingsregeling afwijzen.

Zo'n betalingsregeling wordt ook afgewezen als de belanghebbende of de in artikel 7, vierde lid, van de Uitvoeringsregeling Awir bedoelde partner over voldoende vermogen in de zin van artikel 12 van de regeling beschikt voor de voldoening van de terugvordering, met dien verstande dat bevoorrechte schulden op het vermogen in mindering worden gebracht.

Als echter blijkt dat de betalingscapaciteit lager is dan € 20 per maand, maar voldoende om het bedrag van de toeslagenschuld in maximaal 24 maanden te voldoen – zij het met een lager bedrag dan € 20 – dan zal Belastingdienst/

Toeslagen een betalingsregeling toestaan die is gebaseerd op die betalingscapaciteit.

Als de belanghebbende wel over betalingscapaciteit beschikt, maar deze is niet voldoende om de toeslagenschuld af te lossen in 24 maanden, dan zal Belastingdienst/Toeslagen een regeling voor 24 maanden treffen, gebaseerd op die betalingscapaciteit. In de uitstelbeschikking zal worden opgenomen dat de regeling opnieuw wordt gezien na verloop van twaalf maanden.

Na twaalf maanden kan Belastingdienst/Toeslagen de belanghebbende opnieuw een vragenformulier toesturen. Als na ontvangst van het formulier een inkomensverbetering wordt geconstateerd, dan wordt het lopende uitstel ingetrokken en een nieuwe uitstelregeling getroffen op basis van het hogere bedrag van de betalingscapaciteit, gedurende de resterende twaalf maanden. Als een inkomensvermindering wordt geconstateerd, dan wordt een nieuwe uitstelregeling getroffen op basis van het lagere bedrag voor de resterende periode van twaalf maanden."

Artikel 79.8a. Toeslagenschuld te wijten aan opzet of grove schuld

"Voor toeslagenschulden regelt artikel 7 van de Uitvoeringsregeling Awir het uitstel van betaling in verband met betalingsproblemen. De leden 1 tot en met 6 van dat artikel 7 zijn niet van toepassing als het ontstaan van de terugvordering te wijten is aan opzet of grove schuld (artikel 7, zesde lid, van de Uitvoeringsregeling Awir). In aanvulling op dat zesde lid geldt het volgende.

Voor een toeslagenschuld die is te wijten aan opzet of grove schuld van de belanghebbende of diens partner kan de Belastingdienst/Toeslagen een betalingsregeling van ten hoogste 24 maanden toestaan als aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- De belanghebbende verzoekt de Belastingdienst/Toeslagen om zo'n regeling.
- De belanghebbende of diens partner maakt aannemelijk dat zij niet meer beschikken over het ten onrechte geïnde voorschot, belichaamd in de toeslagenschuld.
- De regeling leidt tot betaling van de volledige schuld binnen 24 maanden.

Als het mogelijk is om een regeling van korter dan 24 maanden te treffen, moet die kortere regeling worden overeengekomen, afhankelijk van de betalingscapaciteit.

Een toeslagenschuld die is te wijten aan opzet of grove schuld van de belanghebbende of diens partner en waarvoor geen betalingsregeling

overeengekomen kan worden, moet geheel worden ingevorderd. Als belanghebbende of diens partner aannemelijk maakt dat zij niet meer beschikken over het ten onrechte ontvangen voorschot, belichaamd in de toeslagschuld, houdt de Belastingdienst/Toeslagen, op verzoek, bij de verrekening van een voorschot met die toeslagschuld, er rekening mee dat belanghebbende een bedrag aan bestaansmiddelen overhoudt dat overeenkomt met de voor hem geldende beslagvrije voet.”

79.9. Geen verdere invorderingsmaatregelen voor toeslagschuld treffen

“Als de belanghebbende een betalingsregeling is toegestaan, als bedoeld in artikel 79.8 van deze leidraad, die rekening houdt met een betalingscapaciteit die ontoereikend is om het teruggevorderde bedrag binnen 24 maanden te voldoen, zal Belastingdienst/Toeslagen na afloop van die regeling de belanghebbende mededelen geen invorderingsmaatregelen te zullen nemen voor de nog openstaande schuld.

Als aan de hand van de gegevens op het door de belanghebbende ingevulde vragenformulier is vastgesteld dat hij niet over enige betalingscapaciteit beschikt, dan zal Belastingdienst/Toeslagen de belanghebbende na die vaststelling mededelen geen invorderingsmaatregelen te zullen nemen voor de toeslagenschuld in kwestie.

In beide situaties wordt aan de mededeling de voorwaarde verbonden dat gedurende 3 jaar te rekenen vanaf de datum van de mededeling, eventuele toeslagen en teruggaven inkomstenbelasting – voor zover die niet in maandelijkse termijnen worden uitbetaald – zullen worden verrekend met de buiten de invordering gelaten schuld. De Belastingdienst/Toeslagen ziet niet af van het nemen van invorderingsmaatregelen als de terugvordering is te wijten aan opzet of grove schuld van de belanghebbende of diens partner.”

3.2.4 Hoofdpijnen wet en beleid

De hoofdregel is dat een toeslagschuld, inclusief eventuele wettelijke rente, *binnen zes weken* moet worden terugbetaald (artikel 28 Awir). Kon de belanghebbende dit niet betalen, dan kon er uitstel van betaling worden verleend. De voorwaarden voor uitstel van betaling waren neergelegd in artikel 7 van de Uitvoeringsregeling Awir.

Artikel 7 van de Uitvoeringsregeling onderscheidde twee soorten betalingsregelingen:

1. De standaard betalingsregeling (lid 1, 2 en 3). Deze kwam er op neer dat de belanghebbende gedurende 24 maanden maximaal € 40,- per maand betaalde, of, als de schuld meer bedroeg dan $(40 \times 24 =) € 960,-$, het bedrag van de toeslagschuld / 24.

2. De persoonlijke betalingsregeling (lid 4 en 5). Als de belanghebbende onvoldoende geld had om aan de standaard betalingsregeling te kunnen voldoen, kon hij de Belastingdienst/Toeslagen verzoeken om een persoonlijke betalingsregeling. Deze regeling was gebaseerd op de betalingscapaciteit van de belanghebbende en diens evt. partner. Had iemand (te) veel vermogen, dan werd een verzoek om een persoonlijke betalingsregeling afgewezen.

Opzet of grove schuld. In lid 6 was bepaald dat “de voorgaande leden” niet van toepassing waren in het geval het ontstaan van de toeslagschuld was te wijten aan opzet of grove schuld.

Ten slotte voerde de Belastingdienst/Toeslagen het beleid uit artikel 79 van de Leidraad. Hier werden drie soorten betalingsregelingen onderscheiden:

1. De standaard betalingsregeling (artikel 79.7). Dit kwam er op neer dat de belanghebbende gedurende 24 maanden maximaal € 20 per maand betaalde, of, als de schuld meer bedroeg dan $(20 \times 24 =) € 480,-$, het bedrag van de toeslagschuld / 24.
2. De persoonlijke betalingsregeling (artikel 79.8). Als de belanghebbende onvoldoende geld had om aan de standaard betalingsregeling te kunnen voldoen, kon hij de BT verzoeken om een persoonlijke betalingsregeling. Deze regeling was gebaseerd op de betalingscapaciteit van de belanghebbende en diens evt. partner. Had iemand (te) veel vermogen, dan werd een verzoek om een persoonlijke betalingsregeling afgewezen.
3. Betalingsregeling in geval van opzet of grove schuld (artikel 79.8a). Deze betalingsregeling werd toegestaan als voldaan was aan drie voorwaarden:
 - De belanghebbende verzocht de Belastingdienst/Toeslagen om zo'n regeling.
 - De belanghebbende of dienst partner maakte aannemelijk dat zij niet meer beschikten over het ten onrechte geïnde voorschot, belichaamd in de toeslagschuld.
 - De regeling leidde tot betaling van de volledige schuld binnen 24 maanden.

Verder volgde uit de Leidraad dat in het geval er een persoonlijke betalingsregeling overeengekomen was, en de belanghebbende op grond van de betalingscapaciteit de schuld niet binnen 24 maanden kon afbetalen, er na die 24 maanden voor het restant van de schuld van invordering werd afgezien (artikel 79.9). Wel gold de voorwaarde dat gedurende 3 jaar te rekenen vanaf de datum van de mededeling (dat van invordering werd afgezien), eventuele toeslagen en teruggaven inkomstenbelasting – voor zover die niet in maandelijkse termijnen worden uitbetaald – zouden worden verrekend met de buiten de invordering gelaten schuld.

Was sprake van een schuld die was ontstaan door opzet of grove schuld van de belanghebbende of diens partner, dan zag de Belastingdienst/Toeslagen niet af van het nemen van invorderingsmaatregelen.

NB: feitelijk komt de betalingsregeling in geval van opzet of grove schuld dus overeen met de standaardbetalingsregeling, met dien verstande dat in geval van opzet of grove schuld een alternatieve betalingsregeling, die uitgaat van de betalingscapaciteit, geen optie was. Wel werd rekening gehouden met de beslagvrije voet, mits daar om werd verzocht.

3.3 De jurisprudentie

De eerste uitspraak over een betalingsregeling is door de Afdeling op 12 december 2012 gedaan.⁸⁴ Deze uitspraak ging over de wijze waarop de betalingscapaciteit van de belanghebbende werd vastgesteld. Ook de uitspraken daarna gingen daarover.⁸⁵ Vanaf 2015 zag de Afdeling een toename in het aantal zaken over betalingsregelingen. Rond die tijd kwam ook het criterium 'opzet of grove schuld' voor het eerst in beeld.

De jurisprudentie laat zich grofweg onderverdelen in drie categorieën:

1. Uitleg van de wet- en regelgeving;
2. Persoonlijke betalingsregeling of niet (vanwege opzet/grove schuld);
3. Is de betalingscapaciteit juist vastgesteld?⁸⁶

3.3.1 Uitleg van de wet- en regelgeving

In beginsel diende een belanghebbende op grond van artikel 7 lid 3 Uitvoeringsregeling Awir binnen 24 maanden de gehele toeslagschuld terug te betalen. Dit betekende dat hij een betalingsregeling 'aangeboden' kreeg, die inhield dat hij per maand 1/24 van de schuld moest aflossen. Als het om een substantiële schuld ging, was het maandelijks aflossingsbedrag dus ook hoog, vaak variërend van enkele honderden tot soms meer dan 1.000 euro.⁸⁷ Dit waren bedragen die een belanghebbende vaak niet kon betalen en waartegen dan ook werd opgekomen.

⁸⁴ ABRvS 12 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5907.

⁸⁵ ABRvS 2 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1377, ABRvS 19 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:994, ABRvS 7 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1614, ABRvS 2 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2440, ABRvS 29 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3875 en ABRvS 26 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4259.

⁸⁶ Voor het jurisprudentieonderzoek is gebruik gemaakt van rechtspraak.nl. Er is gezocht op de termen 'betalingsregeling' en 'Belastingdienst', en specifiek op jurisprudentie van de Afdeling. Deze zoekcriteria leverde 254 resultaten op. Een deel daarvan bleek niet relevant, bijvoorbeeld omdat het om Wav-boetes ging of omdat het ging om de zaken over het recht op toeslag, waarbij wordt overwogen dat voor zover een belanghebbende door een terug te betalen bedrag in financiële problemen komt, hij om een betalingsregeling kan verzoeken. De hier aangegeven categorieën zijn gebaseerd op de overige zoekresultaten.

⁸⁷ Overigens: ook bij een persoonlijke betalingsregeling kan het bedrag dat maandelijks moet worden terugbetaald behoorlijk hoog zijn.

3.3.1.1 Reële betalingsregeling en onderscheid schulden 'te goeder trouw' en 'te kwader trouw'

In de jurisprudentie is de vraag aan de orde geweest of de Belastingdienst/ Toeslagen niet een reële betalingsregeling moest vaststellen in plaats van een regeling waarbij werd uitgegaan van het maandelijks betalen van 1/24^e van de schuld en of het onderscheid tussen een 'te goeder trouw' of 'te kwader trouw' ontstane schuld wel mocht worden gemaakt:

"3. De rechtbank heeft overwogen dat uit de Awir voortvloeit dat terugbetaling binnen zes weken of door middel van een op verzoek van de belanghebbende getroffen betalingsregeling plaatsvindt. Volgens haar zijn in de Awir noch in de geschiedenis van de totstandkoming daarvan argumenten te vinden die rechtvaardigen dat er bij het treffen van een betalingsregeling onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds belanghebbenden wiens toeslagschuld 'te goeder trouw' is ontstaan en anderzijds belanghebbenden wiens toeslagschuld 'te kwader trouw' (dat wil zeggen: door opzet of grove schuld) is ontstaan. Volgens de rechtbank kan uit de Awir alleen worden afgeleid dat pas als een toeslagschuld niet vrijwillig wordt voldaan, betaling wordt afgedwongen.

De rechtbank overweegt voorts dat, om een vrijwillige terugbetaling te realiseren, er een reële betalingsregeling dient te worden getroffen met de belanghebbende. Dit impliceert dat er een betalingsregeling naar draagkracht wordt getroffen en dat er rekening wordt gehouden met de financiële situatie en de betalingscapaciteit van de belanghebbende. Volgens de rechtbank is er in het geval van [wederpartij] geen sprake van een reële betalingsregeling, aangezien is gebleken dat zij niet in staat is om per maand € 253,00 terug te betalen. De betalingsregeling die [wederpartij] is aangeboden leidt er dan ook toe dat zij direct zal worden geconfronteerd met een invorderingstraject als bedoeld in artikel 32 van de Awir, hetgeen in strijd is met het systeem van de Awir. Volgens de rechtbank is er thans geen regeling voor belanghebbenden zoals [wederpartij], die een toeslagschuld te wijten aan opzet of grove schuld willen terugbetalen, maar niet de draagkracht hebben om de gehele schuld binnen 24 maanden af te lossen.

De rechtbank heeft, gelet op het voorgaande, aanleiding gezien artikel 7 van de Uitvoeringsregeling Awir en de artikelen 79.7 tot en met 79.8a van de Leidraad buiten toepassing te laten en de Belastingdienst/ Toeslagen opgedragen een nieuw besluit op bezwaar te nemen, waarbij een reële betalingsregeling met [wederpartij], rekening houdend met haar draagkracht, dient te worden getroffen."

De Belastingdienst/Toeslagen kwam hiertegen in hoger beroep:

“4. De Belastingdienst/Toeslagen betoogt dat de rechtbank aldus heeft miskend dat de wetgever in artikel 31 van de Awir bewust een bepaling heeft opgenomen op basis waarvan bij ministeriële regeling nadere regels kunnen worden gesteld tot het verlenen van uitstel van betaling. Voorts heeft de rechtbank miskend dat het feit dat de Belastingdienst/Toeslagen geen betalingsregeling op maat toestaat, niet betekent dat bij de invordering geen rekening wordt gehouden met de financiële situatie en de beslagvrije voet.”

De Afdeling volgde dit betoog:

“4.1. Ingevolge artikel 28, eerste lid, van de Awir, dient het bedrag van de terugvordering met eventuele rente in beginsel binnen zes weken na de beschikking tot terugvordering te worden terugbetaald. Indien dit niet mogelijk is, kan, in de gevallen waarin wordt voldaan aan de voorschriften die ingevolge artikel 31 van de Awir zijn neergelegd in de Uitvoeringsregeling Awir, door de Belastingdienst/Toeslagen uitstel van betaling worden verleend. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van die bepaling volgt dat die uitvoeringsvoorschriften betrekking hebben op de procedure voor het in aanmerking komen voor uitstel van betaling, de periode waarover het uitstel zich uitstrekt alsmede de voorwaarden waaronder uitstel van betaling wordt verleend (Kamerstukken II 2004-05, 29 764, nr. 3, blz. 57).

4.2. Uit artikel 7, eerste lid, gelezen in verbinding met het tweede en het derde lid, van de Uitvoeringsregeling Awir en artikel 79.7 van de Leidraad, volgt dat in beginsel aan de belanghebbende een standaardbetalingsregeling wordt aangeboden, waarbij het gehele bedrag van de terugvordering in maximaal 24 gelijke termijnen dient te worden betaald. Als de belanghebbende niet in staat is het bedrag van de terugvordering te voldoen onder de condities die gelden voor de standaardbetalingsregeling, dan kan de Belastingdienst/Toeslagen, zo volgt uit artikel 7, vierde en vijfde lid van de Uitvoeringsregeling Awir, gelezen in verbinding met artikel 79.8 van de Leidraad, op verzoek een persoonlijke betalingsregeling aanbieden waarbij rekening wordt gehouden met de betalingscapaciteit van de belanghebbende en van diens eventuele toeslagpartner. De Belastingdienst/Toeslagen heeft in het hogerberoepschrift uiteengezet dat de belanghebbende in dat geval gedurende 24 maanden per maand maximaal 80% van het bedrag aan inkomsten dat overblijft na aftrek van de voor hem geldende beslagvrije voet dient af te lossen en dat in die periode geen dwanginvordering plaatsvindt. Indien na 24 maanden nog een terug te betalen bedrag openstaat, wordt gedurende

drie jaar nog verrekend met toeslagen waar de belanghebbende in die drie jaar recht op heeft of met een teruggave door de Belastingdienst. Indien de belanghebbende de persoonlijke betalingsregeling niet naleeft, kan uiteindelijk, blijkens de website van de Belastingdienst/ Toeslagen, die regeling worden gestopt, kunnen de terug te betalen bedragen worden verrekend met lopende toeslagen en een eventuele teruggave door de Belastingdienst en kan tot dwanginvordering worden overgegaan.

Ingevolge artikel 7, zesde lid, van de Uitvoeringsregeling Awir komt een belanghebbende met een schuld die te wijten is aan zijn opzet of grove schuld niet in aanmerking voor de standaardbetalingsregeling of een persoonlijke betalingsregeling. Volgens artikel 79.8a van de Leidraad kan in een dergelijke situatie onder bepaalde voorwaarden wel een betalingsregeling van ten hoogste 24 maanden worden toegestaan. De regeling moet dan wel leiden tot betaling van de volledige schuld binnen die periode. Bij de invordering wordt, voor zover de toeslag-schuld wordt verrekend met een voorschot voor toeslag waar de belanghebbende in – een deel van – die 24 maanden recht op heeft, op verzoek rekening gehouden met de voor de belanghebbende geldende beslagvrije voet. In die gevallen dient hij per maand het gehele bedrag dat overblijft na aftrek van die beslagvrije voet af te lossen.

4.3. Anders dan de rechtbank heeft overwogen vindt ingevolge de Awir betaling aldus niet binnen zes weken óf door middel van een op verzoek van de belanghebbende getroffen betalingsregeling plaats. Aan een op verzoek van de belanghebbende getroffen betalingsregeling (de persoonlijke betalingsregeling) wordt immers pas toegekomen indien de schuld niet binnen zes weken volledig kan worden afgelost, de belanghebbende aan de voorwaarden voldoet om voor een betalingsregeling in aanmerking te komen en hij vervolgens niet in staat is aan de voorwaarden voor de standaardbetalingsregeling te voldoen. Van een vrijwillige terugbetaling is, anders dan de rechtbank heeft overwogen, geen sprake.

Dat, zoals de rechtbank heeft overwogen, in de Awir noch in de geschiedenis van de totstandkoming daarvan argumenten kunnen worden aangetroffen die rechtvaardigen dat er bij het treffen van een betalingsregeling onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds belanghebbenden wier toeslagschuld ‘te goeder trouw’ is ontstaan en anderzijds belanghebbenden wier toeslagschuld door opzet of grove schuld is ontstaan, betekent, gelet op de delegatiebepaling van artikel 31 van de Awir, niet dat dit onderscheid niet mag worden gemaakt. De wetgever heeft immers, zoals ook volgt uit de hiervoor onder 4.1 weergegeven geschiedenis van de totstandkoming van die bepaling, toegestaan dat

voorwaarden worden gesteld waaronder uitstel van betaling wordt verleend. Dat de voorwaarden voor een betalingsregeling anders zijn voor toeslagschulden die door opzet of grove schuld zijn ontstaan dan voor schulden die 'te goeder trouw' zijn ontstaan, is, anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, niet ontoelaatbaar. Daar komt bij dat, gelet op het feit dat artikel 7, zesde lid, van de Uitvoeringsregeling Awir uitsluitend bepaalt dat de standaard- of persoonlijke betalingsregeling niet van toepassing is in de gevallen waarin de toeslagschuld is ontstaan door opzet of grove schuld van de belanghebbende of diens toeslagpartner, het in artikel 79.8a van de Leidraad geformuleerde beleid, waarin alsnog de mogelijkheid van een betalingsregeling voor die gevallen wordt geregeld, gunstiger is voor de belanghebbenden dan strikte toepassing van artikel 7, zesde lid, van de Uitvoeringsregeling Awir. Zonder artikel 79.8a van de Leidraad zou immers worden teruggevallen op de in artikel 28, eerste lid, van de Awir geformuleerde hoofdregel dat de schuld binnen zes weken moet worden terugbetaald, waarna, indien dat niet gebeurt, ingevolge artikel 32, tweede lid, van de Awir, tot dwanginvordering kan worden overgegaan.

Ten slotte heeft de rechtbank overwogen dat de betalingsregeling die de belanghebbenden wordt aangeboden niet reëel is en dat die regeling ertoe leidt dat zij direct zullen worden geconfronteerd met een invorderingstraject als bedoeld in artikel 32, tweede lid, van de Awir, hetgeen volgens de rechtbank in strijd is met het systeem van de Awir. De rechtbank heeft hiermee miskend dat in de gevallen waarin een persoonlijke betalingsregeling niet aan de orde is omdat de schuld door opzet of grove schuld van de belanghebbende is ontstaan, op verzoek van die belanghebbende wel rekening kan worden gehouden met de beslagvrije voet, en dat niet direct tot dwanginvordering hoeft te worden overgegaan. Dat tot dwanginvordering kan worden overgegaan indien de getroffen betalingsregeling door de belanghebbende niet wordt nageleefd, is niet in strijd met het systeem van de Awir, maar vloeit daar juist uit voort.”⁸⁸

De Afdeling achtte de betalingsregeling in het kader van opzet of grove schuld ook niet onevenredig:

“5.2. Onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 13 juli 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:1933) overweegt de Afdeling dat nu het ontstaan van de terugvordering, zoals hiervoor overwogen onder 3.2, is te wijten aan grove schuld, volgens artikel 7, zesde lid, van de Uitvoeringsregeling

⁸⁸ ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:925. Idem: ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:926. Beide zaken zijn MK afgedaan en voor zover bekend niet aan een overleg voorgelegd.

Awir een persoonlijke betalingsregeling waarbij rekening wordt gehouden met de draagkracht van [appellante] niet mogelijk is. Voorts staat de Uitvoeringsregeling Awir niet toe om bij de vaststelling van een betalingsregeling op basis van artikel 79.8a van de Leidraad rekening te houden met de persoonlijke financiële situatie van [appellante]. Uit de Leidraad volgt dat in dit geval de gehele toeslagschuld in maximaal 24 maanden wordt terugbetaald.

Onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 16 december 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:3886) overweegt de Afdeling evenwel dat in een geval waarin een persoonlijke betalingsregeling niet aan de orde is omdat de toeslagschuld door opzet of grove schuld van de belanghebbende of diens partner is ontstaan, in het invorderingstraject rekening kan worden gehouden met de beslagvrije voet en niet direct tot dwanginvordering hoeft te worden overgegaan. De belanghebbende moet dan wel, zoals volgt uit artikel 79.8a van de Leidraad, verzoeken rekening te houden met de beslagvrije voet.

Gelet op het voorgaande bestaat geen grond voor het oordeel dat de Belastingdienst/Toeslagen in zijn besluitvorming meer rekening had moeten houden met de financiële situatie van [appellante], omdat die besluitvorming [appellante] onevenredig treft.”⁸⁹

3.3.1.2 *Betalingstermijn van 24 maanden of ook langer?*

De Afdeling heeft geoordeeld dat de Belastingdienst/Toeslagen geen langere betalingstermijn dan 24 maanden hoeft toe te staan:

“7.2. Zoals hiervoor onder 5.3 is overwogen, mocht de Belastingdienst/Toeslagen het verzoek van [wederpartij] om een persoonlijke betalingsregeling afwijzen, omdat het ontstaan van de toeslagschuld is te wijten aan grove schuld. De Uitvoeringsregeling Awir staat in een dergelijke situatie de Belastingdienst/Toeslagen niet toe om bij de vaststelling van de betalingsregeling rekening te houden met de persoonlijke financiële situatie van de belanghebbende of met andere toeslagschulden. Uit de Leidraad volgt dat in dit geval de gehele toeslagschuld in maximaal 24 maanden wordt terugbetaald. De Belastingdienst/Toeslagen is niet gehouden een langere terugbetalingstermijn te bieden, nu de Uitvoeringsregeling Awir daarvoor geen ruimte biedt. Hierbij zij aangetekend dat de Belastingdienst/Toeslagen, in het geval die dienst de toeslagschuld verrekent met het voorschot op een tegemoetkoming, op verzoek van de belanghebbende rekening dient te houden met de omstandigheid

⁸⁹ ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1275.

dat de belanghebbende maandelijks een bedrag aan bestaansmiddelen overhoudt dat overeenkomt met de voor hem geldende beslagvrije voet.”⁹⁰

Een betalingstermijn van maximaal 24 maanden is ook niet in strijd met het evenredigheidsbeginsel geacht:

“3.3. In geschil is of een betalingsregeling met een betalingstermijn langer dan 24 maanden had moeten worden toegestaan. Daarbij is van belang dat, zoals hiervoor overwogen, de wet niet voorziet in de mogelijkheid om af te wijken van de betalingstermijn zoals opgenomen in artikel 7, derde lid, van de Uitvoeringsregeling Awir. De vraag die derhalve voorligt is of het evenredigheidsbeginsel vergt dat de Belastingdienst/Toeslagen in dit geval in afwijking van die bepaling bij het toestaan van de standaardbetalingsregeling een langere betalingsstermijn had moeten hanteren.

3.4. Over artikel 7, derde lid, van de Uitvoeringsregeling Awir is in de totstandkomingsgeschiedenis uiteengezet dat de regelgever met dit artikel beoogd heeft om de mogelijkheid te bieden om een teruggevoerd bedrag te voldoen. De termijn van 24 maanden is opgenomen om de looptijd van de standaardbetalingsregeling te begrenzen (Stcrt. 2005, nr. 251). Anders dan de rechtbank heeft overwogen volgt uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 7 van de Uitvoeringsregeling Awir niet dat de regelgever met het vaststellen van een termijn van 24 maanden een verband heeft gelegd met de termijn waarbinnen de toeslagen definitief moeten worden vastgesteld door de Belastingdienst/Toeslagen, als bedoeld in artikel 19 van de Awir.

Verder volgt uit de toelichting bij de regeling dat deze termijn samenhangt met de vraag of een persoonlijke betalingsregeling kan worden toegestaan, aangezien een dergelijke betalingsregeling enkel wordt toegestaan indien de vastgestelde betalingscapaciteit onvoldoende is om een maandelijks aflossing overeenkomstig de standaardbetalingsregeling te kunnen verrichten. De regelgever heeft daarmee gekozen voor een systeem waarbij, in het geval betaling niet binnen zes weken na dagtekening van de beschikking mogelijk is, ofwel een standaardbetalingsregeling wordt getroffen, ofwel een persoonlijke betalingsregeling. Deze keuze voor een dergelijk systeem is niet onredelijk. Voor welke regeling een belanghebbende in aanmerking komt is, naast de

⁹⁰ ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:892. Zie in vergelijkbare zin: ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1196.

vraag of sprake is van opzet of grove schuld van de belanghebbende of diens partner, afhankelijk van de vraag of de terugvordering gelet op de betalingscapaciteit van betrokkene binnen 24 maanden kan worden afbetaald. De hoogte van de schuld en de door de regelgever gehanteerde looptijd van 24 maanden zijn daarmee bepalend voor de toe te kennen betalingsregeling. Dat [wederpartij] zich bij brief van 15 december 2015 geconfronteerd zag met een hoge terugvordering, is dan ook een omstandigheid die de regelgever met het opnemen van een termijn van 24 maanden heeft beoogd te ondervangen. Indien de betalingscapaciteit immers onvoldoende is om de vordering binnen 24 maanden te voldoen, kan een persoonlijke betalingsregeling worden toegekend. Dat de hoogte van de schuld het gevolg is van meerdere beschikkingen, maakt het voorgaande niet anders. In het systeem van de regelgever is alleen de hoogte van de schuld van belang en niet het aantal beschikkingen waaruit deze voortvloeit.

Gelet op de systematiek zoals opgenomen in artikel 7 van de Uitvoeringsregeling Awir is de Afdeling, anders dan de rechtbank, van oordeel dat het onverkort toepassen van de termijn van 24 maanden zoals opgenomen in het derde lid van deze bepaling in dit geval niet onevenredig in verhouding tot het met het bestreden besluit te dienen doel. Het betoog slaagt.”⁹¹

3.3.1.3 Beslagvrije voet?

Uit artikel 79.8a van de Leidraad volgde dat de Belastingdienst/Toeslagen bij een terugbetalingsregeling in geval van opzet of grove schuld, waarbij verrekening van een voorschot met die toeslagschuld plaatsvond, rekening hield met de beslagvrije voet. De belanghebbende moest hier wel om verzoeken. In de Leidraad werd niets gezegd over rekening houden met de beslagvrije voet op het moment dat er *geen* verrekening plaatsvond. Ook dan werd evenwel rekening gehouden met de beslagvrije voet:

“7.1. Ter zitting bij de Afdeling heeft de Belastingdienst/Toeslagen toegelicht dat een persoonlijke betalingsregeling wordt toegekend voor een periode van twee jaar en dat bij een dergelijke regeling geen dwanginvordering door de deurwaarder plaatsvindt. Indien door de Belastingdienst/Toeslagen geen persoonlijke betalingsregeling is toegestaan en de belanghebbende in gebreke blijft de toeslagschuld te voldoen, zal wel dwanginvordering plaatsvinden. Dit laat onverlet dat de deurwaarder ook in die situatie verplicht is rekening te houden met de beslagvrije

⁹¹ ABRvS 5 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2922. Deze zaak is MK afgedaan. Zie ook: ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:598.

voet van de schuldenaar als bedoeld in artikel 475d van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering. De toeslagschuld wordt dan afhankelijk van de hoogte van de beslagruimte ingevorderd.”⁹²

Of dit op de juiste wijze gebeurde, lag echter niet bij de bestuursrechter voor:

“72 (...) Het betoog van [wederpartij] heeft betrekking op de vraag in hoeverre de deurwaarder van de Belastingdienst/Toeslagen beslag mag leggen en of de beslagvrije voet daarbij in acht wordt genomen. Dit moet worden onderscheiden van de vaststelling van de hoogte van de maandelijkse termijnen van de betalingsregeling door die dienst, waar de in geding zijnde besluitvorming over gaat. De vraag of de deurwaarder bij de dwanginvordering van de toeslagschuld op de juiste wijze rekening houdt met de beslagvrije voet kan in deze procedure niet aan de orde komen. Voor zover [wederpartij] meent dat haar inkomen door de invordering van de toeslagschuld beneden de beslagvrije voet komt, zal zij zich tot de Belastingdienst/Toeslagen en zo nodig tot de burgerlijke rechter moeten wenden.”⁹³

3.3.2 Persoonlijke betalingsregeling of opzet/grove schuld

Was het ontstaan van een toeslagschuld te wijten aan opzet of grove schuld van de belanghebbende of diens partner, dan kwam de belanghebbende niet in aanmerking voor een persoonlijke betalingsregeling en diende de gehele schuld binnen 24 maanden te worden terugbetaald. Daarbij werd in beginsel niet gekeken naar de betalingscapaciteit (maar bij dwanginvordering door de deurwaarder wel naar de beslagvrije voet). Ook werd (het restant van) de schuld actief ingevorderd als deze na 24 maanden nog niet was afgelost. Een veel strengere (terug)betalingsregime dus.

Voor de vraag of sprake was van opzet of grove schuld sloot de Belastingdienst/Toeslagen aan bij de tekst van paragraaf 2, eerste en tweede lid, van het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst/Toeslagen:

“1. Grove schuld is een in laakbaarheid aan opzet grenzende mate van verwijtbaarheid en omvat mede grove onachtzaamheid. Daarbij kan gedacht worden aan laakbare slordigheid of ernstige nalatigheid. Bij grove schuld had belanghebbende redelijkerwijs moeten of kunnen begrijpen dat zijn gedrag tot gevolg kon hebben dat een te hoog bedrag aan tegemoetkoming zou kunnen worden toegekend.

⁹² ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:892.

⁹³ ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:892.

2. Opzet is het willens en wetens handelen of nalaten. Onder opzet wordt mede verstaan voorwaardelijk opzet. Onder voorwaardelijk opzet wordt verstaan het willens en wetens aanvaarden van de aanmerkelijke kans dat een handelen of nalaten tot gevolg heeft dat de beboetbare gedraging wordt begaan.”

De Afdeling heeft geoordeeld dat de Belastingdienst/Toeslagen hier ook bij aan *mocht* sluiten. Zie ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:686:

“Het zesde lid van artikel 7 van de Uitvoeringsregeling Awir bepaalt dat de mogelijkheid tot het treffen van een persoonlijke betalingsregeling als bedoeld in de eerste vijf leden van artikel 7, niet van toepassing is indien het ontstaan van de terugvordering is te wijten aan opzet of grove schuld van de belanghebbende of diens partner. Door voor de uitleg van het begrip ‘grote schuld’ aan te sluiten bij paragraaf 2, eerste lid, van het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst/Toeslagen, zoals onder 2 vermeld, heeft de dienst een redelijke uitleg aan dat begrip gegeven. Voor zover die uitleg, zoals [appellante] betoogt, niet overeenkomt met de uitleg die bijvoorbeeld de CRvB in het kader van andere regelingen aan dat begrip geeft, doet dit niet aan het voorgaande af.”

Voorts heeft de Afdeling geoordeeld dat het aan de Belastingdienst/Toeslagen was om aannemelijk te maken dat de toeslagschuld van de belanghebbende was ontstaan als gevolg van opzet of grove schuld. Zie bijvoorbeeld ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3389.

Wanneer was er dan sprake van opzet of grove schuld? Dit hing af van de omstandigheden van het geval, maar grofweg is in de jurisprudentie een aantal factoren te onderscheiden, dat van belang was voor de vraag of sprake was van opzet of grove schuld.

- Een factor die in ieder geval van belang was, was of er überhaupt opvang had plaatsgevonden. Zo niet, dan was er al heel snel sprake van opzet/ grove schuld. Was de opvang stopgezet, dan moest dat ook snel worden doorgegeven. Soms kwam een ouder er in die gevallen pas na een nieuwe voorschotbeschikking (en die werden als er geen wijzigingen werden doorgegeven in beginsel 1x per jaar verstrekt) achter dat de voorschotten nog werden uitbetaald (namelijk in de gevallen dat de voorschotten niet op eigen rekening werden uitbetaald) en trok hij dan pas aan de bel. Dat kon laat zijn maar werd doorgaans niet als té laat aangemerkt; eerder kon de ouder het immers niet weten.
- Van belang was verder of de toeslag op eigen rekening van de vraagouder was gestort of op rekening van het gastouderbureau of kinderdagverblijf. In het eerste geval had de vraagouder er immers weet van hoeveel er

werd gestort (was dat bijvoorbeeld veel meer dan het bedrag aan kosten?) en hoe lang de uitbetaling van de voorschotten doorliep (ging het kind niet meer naar de opvang maar naar school, dan had de vraagouder erop alert moeten zijn als de toeslag bleef doorlopen). Bovendien had de ouder er in het eerste geval de beschikking over. Werd het voorschot op eigen rekening gestort, dan was dat een indicatie voor opzet/grove schuld.

- Ook van belang was of de ouder reageerde op verzoeken van de Belastingdienst/Toeslagen om informatie, en hoe snel. Reageerde een ouder helemaal niet op (herhaalde) verzoeken van de dienst, dan kon de ouder weten dat hij de toeslag moest terugbetalen. In een dergelijk geval werd in beginsel opzet/grove schuld aangenomen. Dat de ouder niet alle gegevens die gevraagd zijn kón overleggen, betekende immers niet dat hij in het geheel niet kon reageren; je kon de Belastingdienst/Toeslagen ook laten weten wat je wel of niet aan bewijs had, zo was de gedachte.
- Verder was van belang hoe groot de verschillen waren tussen de opgegeven gegevens en wat er feitelijk had plaatsgevonden. Hoeveel uren opvang waren er bijvoorbeeld daadwerkelijk afgenomen en hoeveel uren opvang waren er doorgegeven aan de Belastingdienst/Toeslagen? Van welk inkomen was de dienst uitgegaan en wat was het daadwerkelijk genoten inkomen? Waren de verschillen groot, dan werd van de ouder verwacht dat hij, zodra hij erachter kwam dat er een groot verschil was, bij de dienst aan de bel zou trekken.
- Het enkele feit dat niet aan alle voorwaarden voor toeslag was voldaan (terwijl er wel opvang was geweest) is door de Afdeling onvoldoende geacht om opzet of grove schuld aan te nemen.

Al met al speelde de mate van verwijtbaarheid dus een grote rol. Deze werd vastgesteld aan de hand van – veelal – de combinatie van de hiervoor weergegeven vijf factoren. Een aantal voorbeelden uit de jurisprudentie:

3.3.2.1 *Wel opzet/grove schuld aangenomen*

*ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3170*⁹⁴

“3. (...) De Belastingdienst/Toeslagen heeft aan dit oordeel ten grondslag gelegd dat het aantal aangevraagde uren sterk afwijkt van de daadwerkelijk genoten uren kinderopvang. Tot 1 januari 2010 heeft haar oudste kind gebruik gemaakt van dagopvang. Omdat dit kind daarna naar school is gegaan, is met ingang van die datum geen gebruik meer gemaakt van dagopvang, maar enkel nog van buitenschoolse opvang. Het aantal uren opvang dat bij de Belastingdienst/Toeslagen bekend was, is echter niet aangepast. Het aantal uren gedeclareerde opvang wijkt sterk af van het aantal daadwerkelijk genoten uren opvang,

⁹⁴ Vergelijkbaar: ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3257.

waardoor er een groot verschil is tussen de ontvangen voorschotten en de definitieve tegemoetkomingen, waarop [appellante] bedacht had moeten zijn, aldus de Belastingdienst/Toeslagen. Dit klemt temeer nu zij hierdoor gedurende een periode van drie jaar meer aan voorschotten ontving dan zij aan feitelijke kosten had. Bovendien ontving zij de voorschotten op haar eigen rekening. Verder heeft zij begin 2012 wel aanleiding gezien om voor de door haar jongste kind vanaf dat jaar genoten opvang toeslag aan te vragen, maar heeft zij hierbij niks gewijzigd in de gegevens omtrent de opvang van haar oudste kind. Ten slotte heeft de Belastingdienst/Toeslagen van belang geacht dat zij deze dienst pas eind december 2012 in kennis heeft gesteld van de wijzigingen in de door haar kinderen genoten opvang.

[...]

6.1. De rechtbank heeft terecht overwogen dat de Belastingdienst/Toeslagen zich terecht op het standpunt stelt dat de terugvordering is te wijten aan grove schuld. Hiertoe is redengevend dat [appellante] gedurende drie jaar aanzienlijke voorschotten kinderopvangtoeslag op haar eigen rekening ontving, waarbij de ontvangen voorschotten aanzienlijk hoger waren dan de kosten van de daadwerkelijk genoten opvang. Verder is van belang dat zij begin 2012 wel een wijziging heeft doorgegeven die betrekking had op haar jongste kind, waardoor zij hogere voorschotten ontving, maar de Belastingdienst/Toeslagen pas eind december 2012 in kennis heeft gesteld van wijzigingen in de opvang van haar oudste kind per 1 januari 2010. De Belastingdienst/Toeslagen heeft zich gelet op dit samenstel van omstandigheden terecht op het standpunt gesteld dat sprake is van grove schuld. De omstandigheden die [appellante] daartegenover heeft gesteld, te weten dat zij de Belastingdienst/Toeslagen medio 2012 heeft geïnformeerd zodra zij bekend raakte met de te hoge betalingen, maakt niet dat de Belastingdienst/Toeslagen tot een ander oordeel had dienen te komen, reeds omdat de rechtbank terecht heeft overwogen dat zij dit contact niet met bewijsstukken aannemelijk heeft gemaakt.”

ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3176

“6.2. De Afdeling is van oordeel dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat de Belastingdienst/Toeslagen zich terecht op het standpunt stelt dat de terugvordering is te wijten aan grove schuld. Hiertoe is allereerst redengevend dat [appellant] te kennen heeft gegeven dat de op 23 maart 2010 ingediende aanvraag kinderopvangtoeslag in zijn aanwezigheid is ingevuld door de gastouder met gebruikmaking van de DigiD van [appellant]. Hierbij is met terugwerkende kracht tot 1 januari 2010 toeslag aangevraagd voor 230 uur gastouderopvang per

maand. Uit niets blijkt echter dat [appellant] gebruik heeft gemaakt van opvang. [appellant] heeft in het geheel geen stukken overgelegd waaruit kan worden afgeleid dat er iets van opvang heeft plaatsgevonden. De rechtbank heeft in dit verband onbestreden overwogen dat [appellant] daar naar voren heeft gebracht dat de opvang niet met regelmaat plaatsvond, aangezien de gastouder tot medio 2010 één of twee keer per maand zijn kinderen opving. In het proces-verbaal van de zitting bij de rechtbank staat voorts vermeld dat [appellant] ter zitting van de rechtbank heeft verklaard dat de gastouder bij [appellant] kwam om zaken te regelen, maar niet om op de kinderen te passen. Daarnaast is van belang dat de toeslag na een daartoe strekkende wijziging van 18 juni 2010 is uitbetaald op de rekening van [appellant], waarbij het om aanzienlijke bedragen gaat. Daarbij komt dat [appellant] heeft aangegeven dat deze wijziging in zijn bijzijn bij hem thuis is doorgegeven door de gastouder. Weliswaar stelt hij dat het zijn bedoeling was dat de gastouder de toeslag op of omstreeks 18 juni 2010 zou stopzetten en dat het hem verbaasde dat hij voorschotten bleef ontvangen, maar uit niets blijkt dathij enig initiatief heeft genomen deze betalingen alsnog stop te zetten. Ook stelt hij meermalen bij de Belastingdienst/Toeslagen te zijn geweest om hierover te praten, maar deze bezoeken zijn niet met stukken aannemelijk gemaakt. De Belastingdienst/Toeslagen heeft hierover verklaard niet te beschikken over bezoek- of gespreksnotities van de gestelde bezoeken. Weliswaar heeft de echtgenote van [appellant] ter zitting in hoger beroep verklaard dat meerdere bezoeken aan de Belastingdienst/Toeslagen zijn gebracht, maar zij heeft niet aangegeven dat daarbij expliciet is verzocht de betalingen van de voorschotten stop te zetten. De Belastingdienst/Toeslagen heeft zich gelet op dit samenstel van omstandigheden terecht op het standpunt gesteld dat sprake is van grove schuld. De omstandigheden die [appellant] daartegenover heeft gesteld, te weten dat hijzelf en zijn echtgenote de Nederlandse taal nauwelijks machtig waren en dat zij mochten vertrouwen op de gastouder en het gastouderbureau, maken niet dat de Belastingdienst/Toeslagen tot een ander oordeel had dienen te komen."

ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3502

"3.2. Niet in geschil is dat [appellante] in een gedeelte van het berekeningsjaar 2009 en in de jaren 2010 en 2011 voor haar kinderen geen gebruik heeft gemaakt van gastouderopvang of opvang in een kindercentrum, dat zij over die periode zelf geen inkomen uit arbeid heeft ontvangen en dat zij de Belastingdienst/Toeslagen hierover niet heeft geïnformeerd. Zij heeft ingevolge artikel 6 van de Wet kinderopvang (hierna: Wko), vanaf 1 augustus 2010 artikel 1.6 van de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen (hierna: Wkqp), geen recht op kinderopvang-toeslag over de betrokken periode en zij heeft toen geen kosten van

kinderopvang gemaakt waarvoor aanspraak kan bestaan op kinderopvangtoeslag, als bedoeld in artikel 5 van de Wko, vanaf 1 augustus 2010 artikel 1.5 van de Wkpw. Gelet hierop had [appellante] redelijkerwijs moeten of kunnen begrijpen dat zij geen aanspraak had op kinderopvangtoeslag, zodat haar ten onrechte voorschotten waren toegekend. Zij behoorde ook te weten dat tussenschoolse opvang niet voor kinderopvangtoeslag in aanmerking komt. Bovendien was het bedrag dat zij aan voorschotten op haar rekening gestort kreeg vele malen hoger dan het bedrag dat zij voor de tussenschoolse opvang diende te betalen. Gelet op al deze omstandigheden heeft de rechtbank met juistheid overwogen dat de Belastingdienst/Toeslagen zich terecht en genoegzaam gemotiveerd op het standpunt heeft gesteld dat [appellante] in de betrokken periode ernstig nalatig is geweest de juiste gegevens over haar recht op kinderopvangtoeslag te verstrekken en dat het ontstaan van de toelagschuld van [appellante] is te wijten aan grove schuld. Dat zij, zoals zij ter zitting nogmaals heeft toegelicht, door persoonlijke omstandigheden destijds niet bezig was met financiële en administratieve zaken, hoe begrijpelijk dat op zichzelf ook is, leidt niet tot een ander oordeel. De nalatigheid wordt hierdoor niet minder en [appellante] had voor deze zaken hulp kunnen zoeken. Haar grove schuld wordt voorts niet verzacht doordat het, naar zij stelt, gedeeltelijk aan de handelwijze van de Belastingdienst/Toeslagen te wijten is dat er te hoge voorschotten kinderopvangtoeslag zijn uitgekeerd. Zoals de Afdeling meermalen heeft overwogen (onder meer de uitspraak van 17 augustus 2011 in zaak nr. 201100343/1/H2) vloeit uit het bepaalde in artikel 16, eerste lid, gelezen in samenhang met het vierde en vijfde lid, en artikel 24, tweede lid, gelezen in samenhang met het derde lid, van de Awir voort dat aan de verlening van een voorschot niet het gerechtvaardigde vertrouwen kan worden ontleend dat een met dat voorschot overeenkomende aanspraak op toeslag bestaat. Daarbij is niet van belang of de Belastingdienst/Toeslagen de door de aanvrager van de toeslag verstrekte gegevens heeft gecontroleerd en of de dienst actief om informatie over de actuele situatie heeft verzocht.”

ABRvS 9 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3769

“5.1. Uit artikel 18, eerste lid, van de Awir vloeit voort dat [appellant] gehouden was aan de Belastingdienst/Toeslagen alle gegevens en inlichtingen te verstrekken die voor het vaststellen van zijn recht op en de hoogte van de tegemoetkoming van belang kunnen zijn. De rechtbank heeft terecht overwogen dat [appellant] ondanks diverse informatieverzoeken van de Belastingdienst/Toeslagen daartoe geen stukken heeft overgelegd, waaruit blijkt dat zijn kinderen in 2008, 2009 en 2010 opvang hebben genoten en de kosten daarvan volledig zijn voldaan, hetgeen voor de Belastingdienst/Toeslagen aanleiding is geweest de

tegemoetkoming voor die jaren definitief vast te stellen op nihil en de uitbetaalde voorschotten geheel terug te vorderen.

Over het jaar 2006 heeft [appellant] alleen een jaaropgave overgelegd, die er blijk van geeft dat in dat jaar 999 uur kinderopvang is genoten, hetgeen substantieel minder is dan het vooraf opgegeven aantal van 2400 uur. Ingevolge artikel 17, eerste lid, van de Awir, gelezen in samenhang met artikel 5, eerste en vijfde lid, van de Uitvoeringsregeling was [appellant] gehouden om wijzigingen in het aantal uren kinderopvang binnen vier weken aan de Belastingdienst/Toeslagen kenbaar te maken. De rechtbank heeft terecht overwogen dat [appellant] heeft verzuimd door te geven dat een wijziging in het aantal uren kinderopvang heeft plaatsgehad, waardoor, gelet op het voorschot van € 20.268,00 en de uiteindelijke definitieve vaststelling van de tegemoetkoming op € 3.240,00, een aanzienlijke terugvordering van € 17.028,00 is ontstaan.

Gelet op het grote belang van het overleggen van gegevens omtrent genoten kinderopvang teneinde het recht op en de hoogte van de tegemoetkoming kinderopvangtoeslag te kunnen vaststellen, heeft [appellant], door het niet verstrekken van de gevraagde gegevens en het niet doorgeven van wijzigingen in het aantal uren, ernstig nalatig gehandeld en had hij kunnen en moeten begrijpen dat dit zou leiden tot een terugvordering van de aan hem verstrekte voorschotten kinderopvangtoeslag.

Anders dan [appellant] betoogt, doet daar niet aan af dat het gastouderbureau de benodigde stukken aan de Belastingdienst/Toeslagen zou zenden en dat mogelijk niet heeft gedaan, noch dat er andere oorzaken kunnen zijn dan het niet ter post bezorgen ervan, waardoor de informatie niet bij de dienst is aangekomen. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in de uitspraak van 20 maart 2013 in zaak nr. 201208358/1/A2, waarbij het hoger beroep van [appellant] in de zaak over de nihilstelling van de tegemoetkoming over 2008 ongegrond is verklaard, was het aan hem om aannemelijk te maken dat die stukken ter post zijn bezorgd, hetgeen hij niet heeft gedaan.

Gelet op het voorgaande heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat de Belastingdienst/Toeslagen zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de onderhavige toeslagschuld van € 64.155,00, zijnde het totaal van de voor de jaren 2006, 2008, 2009 en 2010 teruggevorderde bedragen, te wijten is aan grove schuld.”

ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3886

“3.1. Niet in geschil is dat de toeslagschuld is ontstaan door opzet of grove schuld. In geschil is of de rechtbank [appellante] hiervoor terecht verantwoordelijk heeft gehouden.

Ter zitting heeft [appellante] naar voren gebracht dat zij haar DigiD, in goed vertrouwen, aan haar ex-partner ter beschikking heeft gesteld. Nu de gebruikersnaam en het wachtwoord voor de DigiD strikt persoonlijk zijn en de digitale aanvragen en digitale wijzigingen op naam van [appellante] zijn gedaan, zijn deze aan haar toe te rekenen. Voorts is van belang dat de voorschotten kinderopvangtoeslag zijn overgemaakt op de bankrekening van [appellante]. Dat zij, zoals zij ter zitting heeft verklaard, niet bijhield wat met die bankrekening gebeurde, laat onverlet dat zij uit de toekenningbeslissingen had kunnen weten dat zij voor substantieel meer uren voorschotten ontving dan de daadwerkelijk genoten uren kinderopvang. Het betoog leidt dan ook niet tot vernietiging van de aangevallen uitspraak.”

ABRvS 10 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:340

“4.1. [appellante] betwist niet dat [persoon] niet haar kind of pleegkind is en dat het kind niet bij haar stond ingeschreven in de GBA. Met de overgelegde verklaring van de moeder van [persoon] van 11 januari 2012, waarbij deze toestemming verleent tot het regelen van opvang voor haar kind, heeft [appellante] niet aannemelijk gemaakt dat zij beoogde namens de moeder kinderopvangtoeslag aan te vragen. [appellante] heeft op het aanvraagformulier haar eigen burgerservicenummer en bankrekeningnummer ingevuld. Zij heeft in strijd met artikel 1.5 van de Wkbp, gelezen in samenhang met artikel 1.1, eerste lid, van deze wet en artikel 4 van de Awir, voor zichzelf kinderopvangtoeslag aangevraagd. Nu er geen misverstand over kan bestaan dat kinderopvangtoeslag is bedoeld voor ouders, moet [appellante] hebben beseft dat zij ten onrechte aanspraak maakte op die toeslag. Haar kan derhalve tenminste grove schuld worden verweten. Zij had kunnen en moeten begrijpen dat dit zou leiden tot een terugvordering van het over 2011 verstrekte voorschot kinderopvangtoeslag. De Afdeling is dan ook met de rechtbank van oordeel dat [appellante] aan het beleid geen aanspraak op een persoonlijke betalingsregeling kon ontlenen.”

ABRvS 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1111⁹⁵

“2.2. De Afdeling is van oordeel dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat de Belastingdienst/Toeslagen zich terecht op het standpunt stelt dat de terugvordering is te wijten aan grove schuld. Het door [appellante] in haar aanvraag om kinderopvangtoeslag over 2009 vermelde aantal uren kinderopvang voor haar twee kinderen is aanzienlijk hoger dan het aantal uren kinderopvang dat zij volgens de jaaropgaven daadwerkelijk heeft

⁹⁵ Vergelijkbaar: ABRvS 16 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2179. Hier gaat het om groot verschil in inkomen en aantal afgenomen opvanguren. Hoe groot het verschil is blijkt evenwel niet uit de uitspraak.

afgenomen. Zij had kunnen en moeten begrijpen dat dit zou leiden tot een terugvordering van een aanmerkelijk deel van de over 2009 uitbetaalde voorschotten. [appellante] heeft op basis van het door haar in de aanvraag vermelde aantal opvanguren in totaal € 13.948,00 aan voorschotten kinderopvangtoeslag over 2009 ontvangen, terwijl zij op basis van het daadwerkelijk afgenomen aantal opvanguren recht heeft op € 8.709,00. Voorts is van belang dat [appellante] de toeslag over 2009 op 16 april 2009 met terugwerkende kracht vanaf 26 januari 2009 heeft aangevraagd en zij toen al had kunnen weten dat het aantal opvanguren over de voorliggende periode aanmerkelijk lager is dan zij in de aanvraag heeft vermeld. Gelet op deze omstandigheden heeft de Belastingdienst/Toeslagen zich terecht op het standpunt gesteld dat sprake is van grove schuld. Dat [appellante] psychische problemen heeft, zoals zij stelt, leidt niet tot een ander oordeel, omdat zij als aanvrager van de kinderopvangtoeslag een deugdelijke administratie dient bij te houden van onder meer het aantal opvanguren. Zij is daarvoor zelf verantwoordelijk en dat is niet anders indien zij, naar zij stelt, haar administratie heeft laten verzorgen door sociaal raadslieden.”

*ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1933*⁹⁶

“4.2. De rechtbank is terecht tot het oordeel gekomen dat de Belastingdienst/Toeslagen zich met juistheid op het standpunt heeft gesteld dat het ontstaan van de terugvordering is te wijten aan opzet of grove schuld. Hiertoe is redengevend dat, zoals de rechtbank heeft overwogen en in hoger beroep niet is bestreden, de dochter van [appellante] in 2014 geen kinderopvang genoot, [appellante] wel kinderopvangtoeslag ontving en dat zij de ontvangen bedragen van € 1.256,00 per maand aan andere zaken heeft uitgegeven. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat [appellante] onder deze omstandigheden had moeten begrijpen dat zij de uitgekeerde bedragen ten onrechte ontving en dat zij deze diende terug te betalen.

4.3. Dat de Belastingdienst/Toeslagen [appellante] niet heeft meegedeeld dat zij nog toeslag ontving terwijl geen opvang plaatsvond, maakt dat niet anders, reeds omdat [appellante] nooit aan de Belastingdienst/Toeslagen heeft doorgegeven dat geen opvang meer plaatsvond. Dat [appellante] – naar zij stelt – geen brieven van de Belastingdienst/Toeslagen heeft ontvangen doordat zij in de schuldsanering zat, leidt evenmin tot een ander oordeel. Ook zonder die brieven had [appellante], gelet op het in artikel 17, eerste lid, van de Awir bepaalde het stoppen van de kinderopvang tijdig moeten doorgeven.”

⁹⁶ Vergelijkbaar: ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1275, ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2058 en ABRvS 19 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3033.

*ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2902*⁹⁷

"4. Met betrekking tot de in geding zijnde toeslagen en kindgebonden budget staat vast dat de voorschotten zijn toegekend op basis van een gezamenlijk toetsingsinkomen van [appellante] en haar toeslagpartner van € 16.183,00 (voor 2012), € 14.929,00 (voor 2013) en € 15.296,00 (voor 2015). Het gezamenlijke toetsingsinkomen was echter in werkelijkheid veel hoger, te weten € 31.956,00 in 2012 en € 39.166,00 in 2013. Nu [appellante] steeds op de hoogte is gesteld van de te ontvangen voorschotten en het gezamenlijk toetsingsinkomen waarop deze waren gebaseerd, wist zij of had zij kunnen weten dat de Belastingdienst/Toeslagen bij de toekenning van de voorschotten is uitgegaan van een te laag toetsingsinkomen en dat zij aldus te hoge voorschotten kreeg uitgekeerd. Zij heeft dit ten onrechte niet gemeld aan de Belastingdienst/Toeslagen. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat op grond van artikel 17, eerste lid, van de Awir een belanghebbende is gehouden een wijziging die van belang is voor de hoogte van de tegemoetkoming te melden aan de Belastingdienst/Toeslagen. Dat de Belastingdienst/Toeslagen zich via de basisregistratie inkomen inzage had kunnen verschaffen in de inkomensgegevens van [appellante] en haar toeslagpartner, maar dit heeft nagelaten nu hij pas na 4 jaar heeft vastgesteld dat er geen toekenning van toeslagen mogelijk was, zoals [appellante] stelt, ontslaat [appellante] niet van de op haar rustende verplichting om er bij de Belastingdienst/Toeslagen melding van te maken dat bij de toekenning van de voorschotten was uitgegaan van een te laag toetsingsinkomen.

Gelet op het voorgaande heeft de rechtbank met juistheid en op goede gronden geoordeeld dat de Belastingdienst/Toeslagen zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat er met betrekking tot de reeds toegekende voorschotten huurtoeslag over de jaren 2012, 2013 en 2015, zorgtoeslag over de jaren 2012 en 2013 en kindgebonden budget over de jaren 2012 en 2013 sprake is van grove schuld aan de zijde van [appellante], omdat zij ernstig nalatig is geweest de juiste gegevens te verstrekken. De Belastingdienst/Toeslagen heeft dan ook met toepassing van artikel 7, zesde lid, van de Uitvoeringsregeling Awir het verzoek van [appellante] om een persoonlijke betalingsregeling, die is gebaseerd op haar betalingscapaciteit, op goede gronden afgewezen."

ABRvS 22 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:482

"(...) Naar het oordeel van de Afdeling heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat de Belastingdienst/Toeslagen het verzoek van [appellante] om

⁹⁷ Vergelijkbaar: ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1494 (inkomen partner niet doorgegeven; niet nagegaan of beëindiging opvang was doorgegeven).

een persoonlijke betalingsregeling voor de jaren 2013 en 2014 terecht heeft afgewezen, omdat het ontstaan van haar toeslagschuld is te wijten aan grove schuld in de zin van ernstige nalatigheid. Hiertoe neemt de Afdeling in aanmerking dat [appellante] in 2013 in totaal € 35.178,00 aan voorschotten kinderopvangtoeslag heeft ontvangen, terwijl zij dat jaar recht had op een bedrag van € 19.657,00, en dat zij in 2014 in totaal € 36.505,00 heeft ontvangen, terwijl zij recht had op een bedrag van € 10.043,00. De voorschotten werden vanaf 8 april 2013 uitbetaald op de rekening van [appellante]. Maar ook als zij deze bedragen niet heeft gezien, zoals zij stelt, had zij kunnen weten dat zij een te hoog bedrag aan voorschotten zou ontvangen, omdat zij te veel uren had doorgegeven. Dat zij de Nederlandse taal niet machtig is, zoals zij stelt, neemt niet weg dat zij verantwoordelijk is voor de door haar gedane aanvraag om kinderopvangtoeslag. Naar het oordeel van de Afdeling had [appellante] dan ook moeten weten dat zij een te hoog bedrag aan voorschotten ontving. Verder heeft de rechtbank terecht van belang geacht dat de Belastingdienst/Toeslagen [appellante] er in de voorschotbeschikking op heeft gewezen dat zij haar gegevens dient te controleren en zij eventuele wijzigingen via Mijn Toeslagen dient door te geven. Overigens volgt ook uit artikel 17 van de Awir dat het aan de aanvrager van kinderopvangtoeslag is om wijzigingen door te geven die relevant zijn voor de verlening van de toeslag. Dat [appellante] hiervan niet op de hoogte was, zoals zij stelt, komt voor haar rekening.”

*ABRvS 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:99*⁹⁸

“2.4. De rechtbank is terecht tot het oordeel gekomen dat de Belastingdienst/Toeslagen zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat het ontstaan van de terugvordering is te wijten aan grove schuld van [appellante]. Zoals de Afdeling heeft geoordeeld in de uitspraak van 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3511, is het niet verstrekken van gegevens voldoende om grove schuld aan te nemen. Ingevolge artikel 18, eerste lid, van de Awir is [appellante] er toe gehouden alle gegevens en inlichtingen te verstrekken die voor de beoordeling van de aanspraak op of de bepaling van de hoogte van de tegemoetkoming van belang kunnen zijn. De Belastingdienst/Toeslagen heeft [appellante] herhaaldelijk verzocht om voor de periode vanaf 1 augustus 2012 tot en met 14 september 2013 een aantal documenten, waaronder de opvangcontracten met de kinderopvanginstelling en bankafschriften waaruit de betalingen van

⁹⁸ Vergelijkbaar zijn: ABRvS 18 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1270, waarin appellant documenten had overgelegd die niet juist waren en ABRvS 13 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1926, waarin appellante wel de overeenkomst en jaaropgave had overgelegd, maar geen bewijsstukken van betaling. Zie ook: ABRvS 30 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:257 (niet gereageerd op verzoeken om informatie, wel aannemelijk dat die verzoeken zijn ontvangen) en ABRvS 16 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3501.

[appellante] voor de kinderopvang blijken, op te sturen. [appellante] heeft niet gereageerd hierop. De rechtbank heeft terecht overwogen dat de dienst zonder de informatie niet in staat is om het recht op kinderopvangtoeslag voor 2013 vast te stellen.

De stelling van [appellante] dat zij een gemachtigde had ingeschakeld die de door haar verstrekte informatie niet heeft doorgezonden naar de Belastingdienst/Toeslagen heeft [appellante] niet aannemelijk gemaakt. De Belastingdienst/Toeslagen heeft voorts terecht het standpunt ingenomen dat het inschakelen van een gemachtigde [appellante] niet van haar verantwoordelijkheid voor het verstrekken van de verzochte informatie, als aanvrager van de kinderopvangtoeslag, ontslaat. Mede gelet op de door de Belastingdienst/Toeslagen verzonden herinneringsbrief, had [appellante] moeten nagaan of de gemachtigde daadwerkelijk de door haar verstrekte stukken had doorgestuurd naar de Belastingdienst/Toeslagen. Hieraan doet niet af dat [appellante], naar zij stelt, een leek is op juridisch vlak, reeds omdat hiervoor geen juridische kennis is vereist.”

*ABRvS 9 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1560*⁹⁹

“9. Uit de stukken volgt dat [wederpartij] in het toeslagjaar 2013 kinderopvangtoeslag ontving voor opvang van haar zoon voor 228 uur per maand terwijl zij feitelijk 94 uur per maand opvang afnam. [wederpartij] ontving hierdoor over het gehele jaar 2013 € 731,00 per maand teveel aan kinderopvangtoeslag. Uit bij de schriftelijke uiteenzetting gevoegde stukken volgt dat [wederpartij] gedurende het jaar 2013 onder behandeling stond van een psychiater wegens klachten van depressie met suïcidale gedachten. De behandelend psychiater kwalificeert de depressie evenwel als matig. Hoewel [wederpartij] last heeft van sombere stemmingen en suïcidale gedachten is zij helder van bewustzijn en is haar denken coherent. De Afdeling acht het gelet hierop aannemelijk dat [wederpartij] werd bemoeilijkt in het voeren van een deugdelijke administratie en het doorgeven aan de Belastingdienst/Toeslagen van een wijziging in het aantal opvanguren, maar op grond van de psychiatrische rapportages kan naar het oordeel van de Afdeling niet worden geconcludeerd de ernstige nalatigheid haar niet kan worden aangerekend.

Gelet op het vorenstaande slaagt het betoog van de Belastingdienst/Toeslagen. De rechtbank heeft het beroep van [wederpartij] tegen de afwijzing van een persoonlijke betalingsregeling dan ook ten onrechte gegrond verklaard.”

⁹⁹ Vergelijkbaar: ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1720.

ABRvS 3 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2154

"4.3. [appellant] heeft tijdens de zitting bij de Afdeling in de vorige procedure verklaard dat hij niet direct in 2008 kinderopvangtoeslag had aangevraagd, omdat het gastouderbureau in 2008 nog niet in beeld was en een particuliere opvangregeling gold tussen hem en zijn inwonende huurder. In deze procedure stelt [appellant] zich op het standpunt dat op 5 januari 2008 een overeenkomst is getekend tussen de gastouder (de inwonende huurder), het gastouderbureau en hem. De Afdeling deelt de twijfels die de Belastingdienst/Toeslagen bij de authenticiteit van deze overeenkomst heeft, gezien de eerdere verklaring van [appellant], het feit dat van de voorgedrukte datum '201...' de '1' is doorgehaald en vervangen door '08', en de omstandigheid dat hij pas in 2009 kinderopvangtoeslag heeft aangevraagd voor 2008. [appellant] heeft geen afdoende verklaringen voor deze feiten en omstandigheden gegeven.

Daarnaast heeft de inwonende huurder volgens de Belastingdienst/Toeslagen tegen de politie verklaard geen gastouder te zijn geweest in de jaren 2008 en 2009. De dienst heeft het proces-verbaal van aangifte verstrekt en de Afdeling met verwijzing naar artikel 8:29 van de Awb verzocht te bepalen dat alleen zij van het stuk kennis zal nemen. De geheimhoudingskamer van de Afdeling heeft dat verzoek toegewezen. [appellant] heeft de Afdeling geen toestemming verleend om mede op grondslag van dit stuk uitspraak te doen. De Afdeling heeft het proces-verbaal daarom niet kunnen inzien in deze procedure. Door zijn weigering de Afdeling toestemming te geven om kennis te nemen van het proces-verbaal, heeft [appellant] de Afdeling in zoverre de mogelijkheid ontnomen de juistheid van de stelling van de Belastingdienst/Toeslagen, zoals neergelegd in het besluit van 24 oktober 2018, te toetsen. De gevolgen van een dergelijke weigering zijn in dit geval voor risico van [appellant]. Hij heeft de gestelde verklaring van de inwonende huurder betwist, maar ter onderbouwing daarvan geen stukken overgelegd. Zoals hiervoor is overwogen, kan aan de overeenkomst niet de betekenis worden toegekend die [appellant] daaraan gehecht wenst te zien. Gelet hierop ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat de Belastingdienst/Toeslagen niet mocht uitgaan van het proces-verbaal van de inwonende huurder.

De twijfels over de authenticiteit van de overeenkomst, gezien in samenhang met de verklaring van de inwonende huurder zoals die volgens de Belastingdienst/Toeslagen luidt, leiden tot de conclusie dat de dienst aannemelijk heeft gemaakt dat [appellant] grove schuld heeft aan het ontstaan van de toeslagschuld voor de jaren 2008 en 2009."

3.3.2.2 *Geen opzet/grove schuld aangenomen*

ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3136

“4.1. De rechtbank heeft ten onrechte geoordeeld dat de Belastingdienst/Toeslagen zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de terugvordering is te wijten aan opzet of grove schuld. Dat uit de door [appellante] overgelegde stukken blijkt dat zij niet alle kosten voor die opvang heeft betaald, en de toeslag daarom op nihil is gesteld, is daarvoor onvoldoende. Uit die stukken blijkt dat zij daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt van kinderopvang en de voorschotten kinderopvangtoeslag aantoonbaar zijn aangewend voor die opvang, aangezien die rechtstreeks op de rekening van het kinderdagverblijf zijn gestort.

Dat [appellante] de toeslag pas eind november 2011 heeft stopgezet, terwijl haar dochter sinds augustus 2011 niet meer naar het kinderdagverblijf ging, is evenmin voldoende ondersteuning van het standpunt van de Belastingdienst/Toeslagen, dat de terugvordering is ontstaan door opzet of grove schuld van [appellante]. De voorschotten kinderopvangtoeslag zijn op de rekening van het kinderdagverblijf gestort, zodat aannemelijk is dat [appellante] zich er niet van bewust is geweest dat de toeslag niet was stopgezet en zij niet over die toeslag heeft kunnen beschikken, en [appellante] heeft in november 2011 uit eigen beweging de kinderopvangtoeslag stopgezet. Gelet hierop heeft de Belastingdienst/Toeslagen het verzoek van [appellante] om een persoonlijke betalingsregeling ten onrechte afgewezen.”

ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3389

“[wederpartij] heeft gesteld dat zij in 2008 een reïntegratietraject volgde en dat haar dochter daarom kinderopvang genoot bij [kindercentrum]. Het door de gemeente ingeschakelde reïntegratiebureau heeft [wederpartij] over kinderopvang geadviseerd en heeft voor haar een DigiD-code aangevraagd om een aanvraag om kinderopvangtoeslag over 2008 te kunnen indienen. In december 2008 is [wederpartij] in verband met een zwangerschap gestopt met het reïntegratietraject en is ook de kinderopvang gestopt. Ter zitting heeft [wederpartij] desgevraagd te kennen gegeven dat de aanvraag om kinderopvangtoeslag over 2009 niet door haar is ingediend en dat zij daar ook geen weet van had. Nu de Belastingdienst/Toeslagen ter zitting desgevraagd te kennen heeft gegeven dat uit onderzoek blijkt dat het rekeningnummer waarnaar de voorschotten zijn overgemaakt met grote waarschijnlijkheid dat van [kindercentrum] is en ter zitting bovendien is komen vast te staan dat in elk geval een aan [wederpartij] gericht besluit van 16 februari 2012 is verzonden naar een onjuist adres, is niet onaannemelijk dat [wederpartij] geen weet heeft gehad van de aan haar betaalde voorschotten.

Gelet op het voorgaande heeft de Belastingdienst/Toeslagen zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat [wederpartij] grove schuld heeft aan het ontstaan van de terugvordering.”

ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1984

“Hoewel [appellante], naar zij ter zitting heeft erkend, wist dat zij de kosten van kinderopvang betaald moest hebben om aanspraak te hebben op kinderopvangtoeslag, vormt het feit dat zij geen stukken heeft overgelegd waaruit blijkt dat zij die kosten heeft betaald en de toeslag daarom op nihil is gesteld onvoldoende grond voor het oordeel dat bij haar sprake is geweest van een dermate grote, aan opzet grenzende, mate van nalatigheid dat haar grove schuld kan worden verweten. In dat kader acht de Afdeling van belang dat de voorschotten kinderopvangtoeslag niet op rekening van [appellante], maar direct op rekening van het kinderdagverblijf zijn gestort. Nu voorts de Belastingdienst/Toeslagen niet bestrijdt dat [appellante] daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt van kinderopvang is aannemelijk dat de voorschotten zijn aangewend voor die opvang. Verder acht de Afdeling van belang dat uit het dossier blijkt dat [appellante] wel de intentie heeft gehad om voor het jaar 2013 zelf een deel van de kosten van kinderopvang te betalen. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat zij bij brief van 10 januari 2014 een voorstel voor een betalingsregeling over 2013 aan de kinderopvanginstelling heeft gedaan. Verder wordt in aanmerking genomen dat uit de bankafschriften die [appellante] in hoger beroep heeft overgelegd blijkt dat zij in 2013 een aantal betalingen aan de kinderopvanginstelling heeft gedaan. Hoewel de Afdeling het standpunt van de Belastingdienst/Toeslagen, dat hieruit niet blijkt op welk jaar de betalingen betrekking hebben, volgt, geven deze bankafschriften er wel blijk van dat [appellante] in 2013 de intentie had om de kosten voor kinderopvang te voldoen.”

ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2523

“8. De rechtbank heeft terecht als uitgangspunt genomen dat op de Belastingdienst/Toeslagen de bewijslast rust met betrekking tot de vraag of sprake is van opzet of grove schuld van [appellant sub 2]. De dienst moet de feiten en omstandigheden noemen die leiden tot het aannemen van opzet of grove schuld. De Afdeling is met de rechtbank van oordeel dat de Belastingdienst/Toeslagen er niet in is geslaagd om aannemelijk te maken dat [appellant sub 2] opzet of grove schuld kan worden verweten bij het ontstaan van de terugvordering ten aanzien van de oudste zoon [kind 1]. In haar tussen partijen gewezen uitspraak van 15 oktober 2014 heeft de Afdeling al overwogen dat vaststaat dat [toenmalige partner] en [appellant sub 2] gezien de leenovereenkomst uitstel van betaling zijn overeengekomen met de gastouder voor alle aan deze verschuldigde kosten voor kinderopvang. [appellant sub 2] heeft op deze

wijze geprobeerd een constructie toe te passen die ertoe zou leiden dat zij de kosten voor kinderopvang nog niet direct hoefde te voldoen maar pas vele jaren later. Dat de Afdeling in evengenoemde uitspraak heeft vastgesteld dat die constructie rechtens niet geoorloofd was heeft er, met de omstandigheid dat [appellant sub 2] niet anderszins had aangetoond daadwerkelijk kosten voor kinderopvang te hebben gemaakt, toe geleid dat [appellant sub 2] geen aanspraak had op kinderopvangtoeslag voor [kind 1] over de betrokken jaren en dat zij een groot bedrag aan ten onrechte verstrekte voorschotten dient terug te betalen. Dit kan echter op zichzelf niet leiden tot de conclusie dat sprake is van opzet of grove schuld bij het ontstaan van deze terugvordering. Daarvoor is meer nodig dan de laakbaarheid die [appellant sub 2] in deze concrete situatie kan worden verweten. De Afdeling neemt daarbij in aanmerking dat de constructie is toegepast in 2007, een periode waarin nog geen volstrekte duidelijkheid bestond over hetgeen was toegestaan. De stelling van [appellant sub 2] ter zitting dat de Belastingdienst/Toeslagen al in 2008 van de constructie op de hoogte had kunnen zijn doordat zij daarvan mededeling had gedaan is door de dienst ontkend, maar duidelijk is wel dat er destijds in de communicatie van de zijde van de Belastingdienst/Toeslagen niet actief op werd gewezen dat een dergelijk uitstel van betaling niet mocht. De rechtbank heeft hierbij, hoewel dit niet doorslaggevend is, ook van belang mogen achten dat [appellant sub 2], toen de Belastingdienst/Toeslagen kenbaar had gemaakt dat de constructie niet geoorloofd was, in september 2011 alsnog aan de vereisten voor kinderopvangtoeslag heeft willen voldoen en de aan de gastouder verschuldigde bedragen heeft betaald. Waarvoor de ontvangen voorschotten destijds wel zijn gebruikt – waarbij [appellant sub 2] heeft ontkend dat deze aan een verbouwing zijn besteed – is hier niet meer van belang.”

*ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:686*¹⁰⁰

“In de uitspraak van 18 juni 2015 heeft de rechtbank, voor zover thans van belang, overwogen dat [appellante] heeft erkend dat zij een bedrag van € 77,32 niet heeft betaald en dat de Belastingdienst/Toeslagen zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat een deel van de contante betalingen, waarvan kwitanties zijn overgelegd, niet wordt ondersteund door bankafschriften. Anders dan waarvan de Belastingdienst/Toeslagen lijkt uit te gaan, biedt de enkele omstandigheid dat [appellante] niet heeft aangetoond dat zij alle kosten voor de opvang in 2013 heeft betaald en de toeslag daarom op nihil is vastgesteld, echter onvoldoende grond voor het oordeel dat sprake is geweest van een dermate grote,

¹⁰⁰ Zie ook ABRvS 14 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:501 (niet voldaan aan kassiersfunctie) en ABRvS 19 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3031 (geen sluitende administratie bijgehouden).

aan opzet grenzende, mate van nalatigheid dat haar grove schuld kan worden verweten. In dit kader is van belang dat, zoals de rechtbank in de aangevallen uitspraak onbestreden heeft overwogen, [appellante] in 2013 wel gebruik heeft gemaakt van kinderopvang.”

ABRvS 18 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1267

“7. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat de Belastingdienst/Toeslagen niet aannemelijk heeft gemaakt dat [verzoeker] grove schuld kan worden tegengeworpen, omdat zich in dit geval een bijzonder samenstel van medische en psychosociale feiten en omstandigheden voordoet.

[verzoeker] ontvangt een uitkering op grond van de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten (hierna: Wajong-uitkering). Zij is arbeidsongeschikt geacht vanwege haar geringe vermogen om doelmatig en zelfstandig te handelen. Verder blijkt uit door haar overgelegde documenten dat zij in de van belang zijnde periode onder medische en psychologische behandeling stond in verband met borstkanker en hartklachten. Ter zitting bij de Afdeling heeft zij verklaard op het schoolplein in contact te zijn gekomen met een andere ouder, [persoon], die haar vertelde dat zij recht had op kinderopvangtoeslag, omdat zij medische problemen had én haar zoontje naar de peuterspeelzaal ging. [persoon] heeft vervolgens op de computer van de buurman van [verzoeker] een aanvraag voor kinderopvangtoeslag ingediend. [verzoeker] was daarbij aanwezig, maar [persoon] heeft de gegevens ingevuld. Toen zij vervolgens maandelijks een bedrag aan kinderopvangtoeslag ontving, ging zij ervan uit daar recht op te hebben, zoals zij ook recht heeft op zorgtoeslag, kinderbijslag en bijzondere bijstand. Dat zij niet tijdig op verzoeken om informatie van de Belastingdienst/Toeslagen heeft gereageerd, is te wijten aan haar medische situatie destijds. Zij is zich er inmiddels van bewust dat zij geen recht had op kinderopvangtoeslag en wil het onterecht ontvangen bedrag graag terugbetalen – waar zij overigens reeds mee is begonnen -, maar een maandelijkse aflossing van € 694,00 per maand is te hoog voor haar.

De Afdeling acht deze verklaring, gezien in het licht van de achtergrond van de toekenning van de Wajong-uitkering en in aanmerking nemende de ernstige medische situatie van [verzoeker] ten tijde van belang, niet ongeloofwaardig. De rechtbank heeft dan ook terecht geoordeeld dat wat in een ander geval het oordeel grove schuld kan opleveren, in het geval van [verzoeker] niet tot die conclusie leidt. Zij had niet redelijkerwijs kunnen begrijpen dat haar gedrag tot gevolg kon hebben dat een te hoog bedrag aan toeslag zou worden toegekend.”

ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1056

“4.2. De rechtbank heeft ten onrechte geoordeeld dat de Belastingdienst/Toeslagen terecht heeft aangenomen dat het ontstaan van de terugvorderingen over 2013 te wijten is aan opzet of grove schuld aan de zijde van [appellante]. Dat [appellante] niet de volledige kosten voor kinderopvang bij[kinderopvang A] tijdig heeft voldaan is daarvoor onvoldoende. Het feit dat [appellante] teveel voorschotten heeft ontvangen geeft, hoewel zij deze op haar eigen bankrekening heeft ontvangen, evenmin grond opzet of grove schuld aan te nemen. Daartoe is van belang dat sprake is van een bijzonder samenstel van omstandigheden. Zo is zij in januari 2013 plotseling in het ziekenhuis opgenomen geweest vanwege de bevalling met complicaties van haar tweeling waardoor haar twee andere kinderen in januari en februari 2013 onvoorzien geen gebruik hebben gemaakt van kinderopvang. Verder is van belang dat [appellante] nimmer onjuiste gegevens heeft verstrekt. Zo heeft zij op 28 februari 2013 aan de Belastingdienst/Toeslagen doorgegeven dat haar vier kinderen, onder wie ook [kind], naar opvang [kinderopvang A] gaan, waarbij zij in de veronderstelling was dat zij hiermee tevens had doorgegeven dat geen gebruik meer zou worden gemaakt van opvang bij [kinderopvang B]. Ook heeft zij schriftelijk doorgegeven dat [kind] naar school ging en geen gebruik meer zou maken van de opvang. De Afdeling acht voorts van belang dat uit het dossier blijkt dat de Belastingdienst/Toeslagen bij brief van 15 juni 2013 heeft gevraagd om informatie die zij vervolgens bij brief van 18 juni 2013 ook heeft verstrekt. De Afdeling acht het begrijpelijk dat [appellante] op basis van de omstandigheden zoals hiervoor geschetst, veronderstelde dat de Belastingdienst/Toeslagen het bedrag aan teveel uitbetaalde voorschotten naar aanleiding van de door haar verstrekte informatie zou corrigeren. Daarbij is nog van belang dat [appellante] gedurende enkele maanden geen voorschotten heeft ontvangen, waarbij het voorstelbaar is dat zij dacht dat dit reeds was ter compensatie van de eerder teveel betaalde bedragen.”

Opzet/grove schuld per periode beoordeeld

Uit de jurisprudentie blijkt verder dat indien een toeslagschuld op meer dan één toeslagjaar betrekking had, per jaar moet worden bekeken of de schuld is ontstaan als gevolg van opzet of grove schuld.¹⁰¹ Maar ook *binnen* één jaar kan dat onderscheid worden gemaakt:

¹⁰¹ Zie bijvoorbeeld ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3105.

ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3392

“3. (...) Bij besluit van 13 mei 2014, gehandhaafd bij besluit van 2 juli 2014, heeft de Belastingdienst/Toeslagen dit verzoek afgewezen omdat het ontstaan van de terugvordering te wijten is aan opzet of grove schuld van [appellante] of haar partner, omdat zij over 2011 te veel uren heeft gedeclareerd voor haar dochter en het aantal gedeclareerde uren sterk afwijkt van het aantal daadwerkelijk genoten uren kinderopvang. Zij heeft 217 uur per maand gedeclareerd terwijl rond de 150 uur per maand opvang werd genoten. Verder heeft [appellante] op 6 september 2011 met terugwerkende kracht kinderopvangtoeslag aangevraagd voor de periode van 6 juni 2011 tot en met 31 december 2011 terwijl eerst opvang is genoten vanaf 3 oktober 2011, aldus de Belastingdienst/Toeslagen. [appellante] heeft een voorschotbeschikking ontvangen waarin dit precies staat beschreven en bovendien een deel van de voorschotten op haar eigen rekening ontvangen. De Belastingdienst/Toeslagen is van oordeel dat [appellante] dit dan ook had kunnen weten en had moeten doorgeven en stelt zich op het standpunt dat zij reeds bij haar aanvraag willens en wetens onjuiste gegevens heeft verstrekt. De Belastingdienst/Toeslagen heeft [appellante] vervolgens op basis van artikel 79.8a van de Leidraad uitstel van betaling verleend onder de voorwaarde dat zij de terugvordering in 24 gelijke maandelijkse termijnen gaat voldoen.

[...]

6.2. Bij de beoordeling of de rechtbank terecht heeft overwogen dat de Belastingdienst/Toeslagen zich terecht op het standpunt stelt dat de terugvordering is te wijten aan opzet of grove schuld moeten twee periodes worden onderscheiden. Als eerste is er de periode vóór 3 oktober 2011, gedurende welke het kind van [appellante] dagopvang op sociaal-medische indicatie genoot bij de [opvang], waarvoor geen recht op kinderopvangtoeslag bestond. Vervolgens is er de periode vanaf 3 oktober 2011, gedurende welke periode haar kind bij dezelfde stichting gebruik heeft gemaakt van buitenschoolse opvang.

De periode vóór 3 oktober 2011

6.3. Voor de eerste periode, van 6 juni 2011 tot 3 oktober 2011, heeft de rechtbank terecht overwogen dat de Belastingdienst/Toeslagen zich terecht op het standpunt stelt dat de terugvordering is te wijten aan grove schuld. Hiertoe is allereerst redengevend dat in het voorschotbesluit van 21 september 2011 staat vermeld dat het om een voorschot gaat met ingang van 6 juni 2011, dat [appellante] het eerste voorschot kinderopvangtoeslag van € 5.075,00 op 15 september 2011 op haar

bankrekening heeft ontvangen en dat zij ter zitting van de Afdeling er blijk van heeft gegeven dat zij bij ontvangst van dit eerste voorschotbedrag gelet op de hoogte ervan reeds vermoedde dat er iets niet klopte. Daarnaast is van belang dat het eerste voorschot van € 5.075,00 niet in verhouding staat tot de werkelijke kosten van één maand kinderopvang. Dit voorschot is meer dan vijf keer zo hoog als de werkelijke kosten die [appellante] had voor één maand opvang. De Belastingdienst/Toeslagen heeft zich gelet op dit samenstel van omstandigheden terecht op het standpunt gesteld dat sprake is van grove schuld. De omstandigheid die [appellante] daartegenover heeft gesteld, te weten dat zij bij de Belastingdienst/Toeslagen heeft willen informeren naar aanleiding van de ontvangst van het eerste voorschot, maar hiervan heeft afgezien omdat haar toenmalige echtgenoot het geld intussen van de rekening had gehaald, maakt niet dat de Belastingdienst/Toeslagen tot een ander oordeel had dienen te komen. Voor zover zij zich voor deze periode beroept op haar gebrekkige kennis van het Nederlands en op de omstandigheid dat zij de aanvraag niet zelf heeft ingevuld, geven deze omstandigheden geen grond voor een ander oordeel, reeds nu zij zelf heeft aangegeven dat zij ten tijde van de ontvangst van het eerste voorschot vermoedde dat dit te hoog was. Op dat moment lag het zonder meer op haar weg contact op te nemen met de Belastingdienst/Toeslagen.

In zoverre faalt de grond.

De periode vanaf 3 oktober 2011

6.4. Voor wat betreft de tweede periode, van 3 oktober 2011 tot en met 31 december 2011, heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat de Belastingdienst/Toeslagen zich terecht op het standpunt stelt dat de terugvordering is te wijten aan opzet of grove schuld. Weliswaar is niet in geschil dat er voor 217 uur opvang per maand is aangevraagd, terwijl er uiteindelijk maar voor ongeveer 150 uur per maand gebruik is gemaakt van de opvang, maar daar staat tegenover dat evenmin in geschil is dat [appellante] de aanvraag heeft laten indienen door een medewerker van de [opvang] en dat zij de Nederlandse taal destijds niet machtig was. Bovendien heeft haar kind gedurende deze periode daadwerkelijk opvang genoten, heeft zij de in oktober en november 2011 uitbetaalde voorschotten niet op haar bankrekening ontvangen en heeft zij op het moment dat de Belastingdienst/Toeslagen om informatie omtrent de genoten opvang vroeg deze informatie aanstonds verschaft. Ten slotte is van belang dat het verschil in uren niet van dien aard is dat reeds om die reden onaannemelijk moet worden geacht dat [appellante] niet heeft beseft dat bij de aanvraag in zoverre is uitgegaan van verkeerde gegevens. Gelet hierop heeft de Belastingdienst/Toeslagen het verzoek van

[appellante] om een persoonlijke betalingsregeling voor de schuld die betrekking heeft op de periode van 3 oktober tot en met 31 december 2011 ten onrechte afgewezen.

In zoverre slaagt de grond.”

Zie voor andere voorbeelden: ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1752 en ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3518.¹⁰²

3.3.3 Is de betalingscapaciteit juist vastgesteld?

Bij de standaard en persoonlijke betalingsregeling was de betalingscapaciteit van de belanghebbende leidend. De betalingscapaciteit werd vastgesteld aan de hand van de artikelen 13 tot en met 15 van de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 (een fiscale regeling):¹⁰³

Artikel 13:

“1. Onder betalingscapaciteit, bedoeld in artikel 11, wordt verstaan het positieve verschil in de periode van 12 maanden vanaf de datum waarop het verzoek om kwijtschelding is ingediend van het gemiddeld per maand te verwachten netto-besteedbare inkomen van de belastingschuldige in die periode en de gemiddeld per maand te verwachten kosten van bestaan in die periode.

2. Het netto-besteedbare inkomen van de belastingschuldige, bedoeld in het eerste lid, wordt vermeerderd met het gemiddeld per maand te verwachten netto-besteedbare inkomen in de periode van twaalf maanden vanaf de datum waarop het verzoek om kwijtschelding is ingediend van zijn echtgenoot, bedoeld in artikel 3 van de Participatiewet.”

Artikel 14:

“1. Onder het netto-besteedbare inkomen, bedoeld in artikel 13, wordt verstaan het met de in artikel 15, eerste lid, vermelde uitgaven verminderde gezamenlijke bedrag van:

- a. de aan inhouding van loonbelasting/premie voor de volksverzekeringen onderworpen inkomsten verminderd met de wettelijke inhoudingen, zonder rekening te houden met de daarbij eventueel in mindering gebrachte jonggehandicaptenkorting, bedoeld in hoofdstuk 8 van de Wet inkomstenbelasting 2001, en de ingehouden pensioenpremies, bijdragen ingevolge een levensloopregeling en premies ziektekostenverzekering;

¹⁰² NB: het ging hier om een toeslagschuld van bijna € 100.000,-. Per maand moest appellante daarom ruim € 4.000,- terugbetalen. De eerste periode liep van 1 januari 2008 tot 3 juni 2009, de tweede periode van 3 juni 2009 tot en met 31 december 2009.

¹⁰³ Hier is de tekst van de bepalingen weergegeven, zoals deze luidde op 1 januari 2016. Er zijn daarvoor en daarna geen grote wijzigingen van de bepalingen geweest.

- b. uitkeringen voor levensonderhoud ingevolge de artikelen 157, 158 of 404 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek;
 - c. overige inkomsten met uitzondering van:
 - 1° de uitkeringen ingevolge de Algemene Kinderbijslagwet;
 - 2° [Red: vervallen;]
 - 3° de kinderopvangtoeslag, bedoeld in hoofdstuk 1, afdeling 2, van de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen, en de tegemoetkomingen ingevolge de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen;
 - 4°.de premie, bedoeld in artikel 31, tweede lid, onderdeel j, van de Participatiewet, alsmede een daarmee naar aard, strekking en omvang overeenkomende premie;
 - 5°.de individuele inkomstenstoelag, bedoeld in artikel 36 van de Participatiewet;
 - 6°.de vergoeding voor de verzorging en opvoeding van een pleegkind in het kader van de Jeugdwet;
 - 7°.het kindgebonden budget, bedoeld in de Wet op het kindgebonden budget;
 - 8°.de huurtoeslag, bedoeld in artikel 1, onderdeel e, van de Wet op de huurtoeslag, de krachtens de Participatiewet ontvangen woonkostentoeslag en de zorgtoeslag, bedoeld in artikel 1, onderdeel e, van de Wet op de zorgtoeslag;
 - 9°.de inkomsten uit arbeid, bedoeld in artikel 31, tweede lid, onderdelen n en r, van de Participatiewet;
 - 10°.een kostenvergoeding voor het verrichten van vrijwilligerswerk tot ten hoogste de bedragen, genoemd in artikel 2, zesde lid, van de Wet op de loonbelasting 1964.
2. Tot de inkomsten, bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, wordt ook gerekend de voorlopige teruggaaf, bedoeld in artikel 13, tweede lid, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen, daaronder begrepen de aanspraak op een zodanige teruggaaf."

Artikel 15:

"1. Als uitgaven als bedoeld in artikel 14, eerste lid, worden in aanmerking genomen:

- a. betalingen op belastingschulden, met uitzondering van die genoemd in artikel 8, tweede lid, en betalingen op terugvorderingen van tegemoetkomingen als bedoeld in artikel 2, eerste lid, aanhef en onderdeel h, van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen;
- b. het bedrag van de voor rekening van de belastingschuldige komende nettowoonlasten tot maximaal het bedrag, genoemd in artikel 13, eerste lid, onderdeel a, van de Wet op de huurtoeslag, voorzover dit meer is dan het bedrag, genoemd in artikel 17, tweede lid, van die wet;
- c. de niet door de werkgever ingehouden premies ziektekostenverzekering,

- de premie voor een zorgverzekering als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Zorgverzekeringswet en de premie voor verzekering ingevolge de Wet langdurige zorg, verminderd met de normpremie, bedoeld in artikel 2 van de Wet op de zorgtoeslag, voor zover reeds begrepen in de bijstandsnorm zoals die voor de belastingschuldige geldt ingevolge artikel 475d, eerste, tweede en vierde lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, en met de krachtens de Wet op de zorgtoeslag ontvangen zorgtoeslag;
- d. betaalde uitkeringen voor levensonderhoud ingevolge de artikelen 157, 158 of 404 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek;
 - e. aflossingen op leningen voor zover die zijn aangewend voor de betaling van belastingschulden, met uitzondering van die genoemd in artikel 8, tweede lid;
 - f. de met het houden van kostgangers verbonden kosten tot een totaal van € 10,35 per dag, met dien verstande dat bij de bepaling van het aantal dagen een volle maand op 30 dagen wordt gesteld;
 - g. uitgaven voor het levensonderhoud van kinderen, vastgesteld op het verschil tussen het maximale bedrag waarop de belastingschuldige, zijn toetsingsinkomen buiten beschouwing latend, op grond van artikel 2 van de Wet op het kindgebonden budget aanspraak zou kunnen maken en het bedrag van de krachtens die wet te ontvangen kindgebonden budget.
2. Onder betalingen op belastingschulden wordt mede begrepen een betaling ter zake van premie voor de volksverzekeringen en ter zake van de inkomensafhankelijke bijdrage, bedoeld in artikel 41 van de Zorgverzekeringswet.
3. Onder nettowoonlasten wordt verstaan: de op de belastingschuldige drukende huurprijs, bedoeld in artikel 5, eerste lid, van de Wet op de huurtoeslag, dan wel hypotheekrente en erfpachtcanon ter zake van een door hem bewoonde woning voor zover deze hem voor gebruik ter beschikking staat, verminderd met de te ontvangen huurtoeslag, bedoeld in artikel 1, onderdeel e, van die wet, of met de te ontvangen woonkostentoeslag.”

Artikel 16:

- “1. De kosten van bestaan, bedoeld in artikel 13, eerste lid, bedragen voor een belastingschuldige die wordt aangemerkt als:
- a. een echtgenoot als bedoeld in artikel 3 van de Participatiewet: 90 percent van de bijstandsnorm, bedoeld in artikel 21, onderdeel b, van die wet;
 - b. een alleenstaande of een alleenstaande ouder als bedoeld in artikel 4, eerste lid, onderdeel a, onderscheidenlijk onderdeel b, van de Participatiewet: 90 percent van de bijstandsnorm, bedoeld in artikel 21, onderdeel a, van die wet.
2. De kosten van bestaan, bedoeld in artikel 13, eerste lid, bedragen, in afwijking van het eerste lid, voor een belastingschuldige die wordt aangemerkt als:
- a. een echtgenoot als bedoeld in artikel 3 van de Participatiewet:
 - 1°. die tezamen met zijn echtgenoot de pensioengerechtigde leeftijd, bedoeld in artikel 7a, eerste lid, van de Algemene Ouderdomswet,

- heeft bereikt: 90 percent van de bijstandsnorm, bedoeld in artikel 22, onderdeel b, van de Participatiewet;
- 2°. die alleen of waarvan de echtgenoot de pensioengerechtigde leeftijd, bedoeld in artikel 7a, eerste lid, van de Algemene Ouderdomswet, heeft bereikt: 90 percent van de bijstandsnorm, bedoeld in artikel 22, onderdeel c, van de Participatiewet;
- b. een alleenstaande of een alleenstaande ouder als bedoeld in artikel 4, eerste lid, onderdeel a, onderscheidenlijk onderdeel b, van de Participatiewet, die de pensioengerechtigde leeftijd, bedoeld in artikel 7a, eerste lid, van de Algemene Ouderdomswet, heeft bereikt: 90 percent van de bijstandsnorm, bedoeld in artikel 22, onderdeel a, van de Participatiewet.
3. De kosten van bestaan, bedoeld in artikel 13, eerste lid, worden verhoogd:
- a. als de belastingschuldige en zijn echtgenoot, bedoeld in artikel 3 van de Participatiewet, de pensioengerechtigde leeftijd, bedoeld in artikel 7a, eerste lid, van de Algemene Ouderdomswet, hebben bereikt: met € 21,24;
- b. als de belastingschuldige of zijn echtgenoot, bedoeld in artikel 3 van de Participatiewet, de pensioengerechtigde leeftijd, bedoeld in artikel 7a, eerste lid, van de Algemene Ouderdomswet, heeft bereikt: met € 10,62.
4. De kosten van bestaan, bedoeld in artikel 13, eerste lid, bedragen, in afwijking van de vorige leden, voor de belastingschuldige die ter verzorging of verpleging in een daartoe bestemde inrichting is opgenomen: de prijs die is verschuldigd voor verzorging dan wel verpleging, verhoogd met twee derden van de op hem van toepassing zijnde bijstandsnorm, genoemd in artikel 23 van de Participatiewet.”

De Afdeling heeft meermaals overwogen dat de in artikel 15 opgenomen opsomming van in aanmerking te nemen uitgaven limitatief is. Zie in dit kader bijvoorbeeld ABRvS 12 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5907, ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1452, ABRvS 30 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3065, 17 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2451 en ABRvS 5 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:362. Dit betekent dat andere uitgaven *niet* worden meegenomen. Daarbij kan gedacht worden aan een schuld bij de bank en een schuld bij DUO,¹⁰⁴ maar ook hogere zorgkosten dan gemiddeld en de lasten voor de hypotheek (voor zover die boven een gemaximeerd bedrag uitkomen) en het water en licht¹⁰⁵ of de kosten van kinderopvang.¹⁰⁶ Een betoog dat ten onrechte niet met bepaalde uitgaven rekening wordt gehouden, wordt doorgaans op een manier, vergelijkbaar met de hierna weergegeven manier, afgedaan:

¹⁰⁴ ABRvS 5 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:362.

¹⁰⁵ ABRvS 20 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:112.

¹⁰⁶ ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:831.

“2. [appellante] heeft, naar aanleiding van de terugvordering van een bedrag van in totaal € 32.319,00 aan ten onrechte over 2008 en 2009 verstrekte voorschotten kinderopvangtoeslag, een verzoek om een persoonlijke betalingsregeling ingediend. Bij besluit van 9 oktober 2013 heeft de Belastingdienst/Toeslagen de betalingscapaciteit van [appellante] berekend op € 1.080,00 per maand. Bij besluit op bezwaar van 20 december 2013 heeft de Belastingdienst/Toeslagen de maandelijkse betalingscapaciteit opnieuw berekend en bepaald op een bedrag van € 633,00. De Belastingdienst/Toeslagen heeft zich in het besluit op bezwaar op het standpunt gesteld dat in artikel 15 van de Uitvoeringsregeling Invorderingswet uitputtend is geregeld met welke uitgaven rekening wordt gehouden bij de bepaling van de betalingscapaciteit. Met andere uitgaven, zoals bijvoorbeeld aflossingen op leningen of betalingen aan andere schuldeiseres kan geen rekening worden gehouden, aldus de dienst.

3. [appellante] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de Belastingdienst/Toeslagen bij de bepaling van haar betalingscapaciteit terecht geen rekening heeft gehouden met haar schulden. Volgens haar zien deze schulden wel degelijk op het aflossen van leningen die zijn aangewend voor de betaling van belastingschulden. Het is voor haar onmogelijk om het bedrag van € 633,00 per maand terug te betalen, aldus [appellante].

3.1. De rechtbank heeft terecht overwogen dat in artikel 15, eerste lid, van de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 in samenhang gelezen met artikel 7, vierde lid, van de Uitvoeringsregeling Awir limitatief is opgesomd welke uitgaven de Belastingdienst/Toeslagen mag meenemen in de bepaling van de maandelijkse betalingscapaciteit als bedoeld in artikel 13 van de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990. Uit die opsomming volgt dat alleen rekening wordt gehouden met schulden, voor zover het gaat om betalingen op belastingschulden en aflossingen op leningen die zijn aangewend voor de betaling van belastingschulden. De door [appellante] genoemde schulden zijn niet aan te merken als belastingschulden of aflossingen op leningen die zijn aangewend voor de betaling van belastingschulden, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen. De rechtbank heeft dan ook met juistheid geoordeeld dat de Belastingdienst/Toeslagen terecht de door [appellante] genoemde schulden niet heeft betrokken bij de berekening van de betalingscapaciteit en terecht het bedrag van de betalingsregeling heeft vastgesteld op € 633,00 per maand. Dat, naar gesteld, [appellante] niet in staat is om dat bedrag te betalen, leidt niet tot een ander oordeel.”¹⁰⁷

¹⁰⁷ ABRvS 30 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3065.

De Afdeling heeft geen reden gezien artikel 15 van de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 buiten toepassing te laten:

“4.6 Voor zover [appellant] betoogt dat de Belastingdienst/Toeslagen gelet op zijn persoonlijke omstandigheden de regeling in zijn geval buiten toepassing had moeten laten omdat toepassing van artikel 15, eerste lid, van de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 onredelijk uitpakt, heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat de Belastingdienst/Toeslagen daarvoor geen aanleiding heeft hoeven zien. Anders dan [appellant] betoogt, is er geen reden deze wettelijke bepaling in zijn geval buiten toepassing te laten. Het is de keuze van de regelgever om voor het stelsel van de toeslagen alleen de in artikel 15, eerste lid, van de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 genoemde kosten mee te nemen bij de berekening van de betalingscapaciteit. Die keuze is niet onredelijk, gelet op het doel van de toeslagen.”¹⁰⁸

Ten slotte wordt een wijziging van de situatie van een belanghebbende gedurende de procedure niet meegenomen. Daarvoor moet een nieuw verzoek om een persoonlijke betalingsregeling worden ingediend.¹⁰⁹

3.4 Reflectie

De alles-of-niets-jurisprudentie resulteerde regelmatig in hoge terugvorderingsbedragen, zeker als gedurende meerdere toeslagjaren niet alles aantoonbaar was betaald. Over de terugbetaling was de Awir streng: hoofdregeel was dat het bedrag in zes weken moest worden terugbetaald. Uit de Uitvoeringsregeling Awir volgde dat uitstel van betaling wel kon worden verleend, in de zin dat er een betalingsregeling voor de duur van 24 maanden kon worden getroffen, maar alleen als de schuld niet was ontstaan als gevolg van opzet of grove schuld. De Belastingdienst/Toeslagen stelde zich met zijn beleid in de praktijk nog weer iets coulanter op: ook bij opzet of grove schuld kon er een betalingsregeling worden getroffen, maar dan werd er geen rekening gehouden met de betalingscapaciteit. In de praktijk betekende dit dat de schuld in zo'n geval niet binnen zes weken, maar binnen 24 maanden moest worden terugbetaald.

In 2014 werden voor het eerst zaken bij de Afdeling aanhangig gemaakt waarin het criterium 'opzet of grove schuld' een belangrijke rol speelde. In die eerste zaken kwam de vraag aan de orde of het onderscheid tussen

¹⁰⁸ ABRvS 5 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:362. Zie ook: ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1351 (deze laatste zaak is MK afgedaan).

¹⁰⁹ ABRvS 17 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2253.

schulden 'te goeder trouw' en 'te kwader trouw' überhaupt gemaakt mocht worden. Deze vraag werd door de Afdeling in maart 2015 positief beantwoord. Vervolgens moest de Afdeling zich uitlaten over de vraag of een schuld al dan niet ontstaan was als gevolg van opzet of grove schuld van de belanghebbende. De Afdeling is zich er bij de beantwoording van die vraag bewust van geweest dat het oordeel dat een schuld is ontstaan als gevolg van opzet of grove schuld voor de belanghebbende tot een strenger terugbetalingsregime zou leiden. Over de factoren die van belang werden geacht voor het oordeel opzet of grove schuld, en die hiervoor in paragraaf 3.2 uiteen zijn gezet, heeft, vooral in 2015, toen de eerste zaken zich aandienden, intern overleg en afstemming plaatsgevonden. Daarbij heeft discussie plaatsgevonden over de vraag wanneer sprake is van opzet of grove schuld en welke factoren daarvoor van belang zijn. De hoofdlijn die uit de jurisprudentie is te halen, is dat de belanghebbende veel te verwijten moest zijn geweest om tot het oordeel opzet of grove schuld te komen. Het 'enkel' niet voldoen aan de voorwaarden om toeslag te krijgen was daarvoor in ieder geval niet voldoende. Verder is de hoogte van de schuld geen factor van belang geweest bij de vraag of deze schuld was ontstaan door opzet of grove schuld van de belanghebbende.

De jurisprudentie is in de loop van de tijd niet gewijzigd of genuanceerd. Mogelijke reden hiervoor is dat, hoewel het terugbetalingsregime in de gevallen van opzet of grove schuld strenger was, er door de Afdeling alleen opzet of grove schuld werd aangenomen als de ouder veel te verwijten viel, zodat er van uit werd gegaan dat slechts een klein aantal belanghebbenden met dat strengere regime te maken zou krijgen. Bovendien bleek uit de Leidraad en werd door de dienst ook meermaals ter zitting bevestigd dat (ook) in die gevallen de beslagvrije voet, eventueel desgevraagd,¹¹⁰ zou worden gerespecteerd. Hierdoor ontstond het beeld bij de Afdeling dat de belanghebbenden die opzet of grove schuld werden verweten weliswaar op papier maandelijks 1/24 van hun schuld moesten terugbetalen, maar in de praktijk moesten betalen wat aan bestedingsruimte overbleef na vaststelling van de beslagvrije voet.

Werd een persoonlijke betalingsregeling getroffen en was de schuld na 24 maanden nog niet afgelost, dan werd het restant van de schuld niet meer ingevorderd maar afgeschreven (hoewel er soms nog wel verrekening plaatsvond). Hierdoor bestond bij de Afdeling de indruk dat het merendeel van de belanghebbenden (namelijk diegenen die geen opzet of grove schuld te verwijten viel) na uiterlijk twee jaar van hun schuld af was, in de zin dat er

¹¹⁰ Te weten: als de Belastingdienst/Toeslagen over ging tot verrekening van de schuld met 'lopende' toeslagen.

daarna niet meer ingevorderd zou worden. Bovendien werd er gedurende die twee jaar uitgegaan van de betalingscapaciteit, waarbij niet 100%, maar 80% daarvan per maand aan de dienst moest worden voldaan.

Zoals hiervoor aangegeven, heeft de Afdeling onderkend dat belanghebbenden die opzet of grove schuld verweten kregen, onder een strenger terugbetalingsregime vielen en mogelijk ook te maken kregen met dwanginvordering. Niet valt echter uit te sluiten dat ook belanghebbenden die een persoonlijke betalingsregeling of standaardregeling hadden, in de problemen zijn gekomen. Bij de vaststelling van de betalingscapaciteit werd immers slechts rekening gehouden met limitatief in de regelgeving opgesomde inkomsten en uitgaven. Zo werden bijvoorbeeld een studieschuld of private schulden niet meegenomen. Omdat dit wel concrete uitgaven zijn, die de belanghebbende ook niet zomaar kan stopzetten (anders dan bijvoorbeeld abonnementskosten), was de vastgestelde betalingscapaciteit daarmee niet altijd ook de reële betalingscapaciteit. Daardoor was mogelijk dat een belanghebbende een betalingsregeling kreeg waarvan werd gedacht dat hij daaraan kon voldoen, terwijl dat in de praktijk niet het geval was. En aangezien een gevolg van de niet-naleving van een betalingsregeling kon zijn dat deze werd stopgezet, er alsnog werd verrekend en eventueel tot dwanginvordering werd overgegaan, is mogelijk dat ook belanghebbenden die een standaard- of persoonlijke betalingsregeling aangeboden hadden gekregen, te maken hebben gekregen met dwanginvorderingen.

Uit de jurisprudentie over de vaststelling van de betalingscapaciteit blijkt niet dat de Afdeling zich dit verband tussen deze vaststelling en de mogelijkheid van dwanginvordering heeft gerealiseerd. In totaal heeft de Afdeling in de periode 2012-2020 een twintigtal uitspraken over de vaststelling van de betalingscapaciteit gedaan.¹¹¹ De eerste uitspraak is op 12 december 2012 gedaan.¹¹² Dat tot dwanginvordering kon worden overgegaan in het geval een persoonlijke betalingsregeling niet werd nageleefd, is eerst ruim twee jaar later beschreven, in de twee uitspraken van 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:925 en 926 en in de uitspraak van 24 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1978. Deze uitspraken zien evenwel niet op de vaststelling van betalingscapaciteit, maar gingen over de vraag of voor het type betalingsregeling onderscheid gemaakt mocht worden tussen een 'te goeder trouw' of een 'te kwader trouw' ontstane schuld. In de daarna gedane uitspraken over de betalingscapaciteit is het verband tussen die capaciteit en de mogelijkheid van invordering indien een betalingsregeling niet werd nageleefd niet (alsnog) gelegd.

¹¹¹ Met de zoektermen 'betalingsregeling', 'Belastingdienst', 'uitvoeringsregeling', 'invorderingswet' komen er op rechtspraak.nl 36 uitspraken van de Afdeling uit. Daarvan gaan er circa 20 over het daadwerkelijk vaststellen van de omvang van de betalingscapaciteit.

¹¹² ECLI:NL:RVS:2012:BY5907.

3. Terugbetaling van toeslagschulden

De perceptie van de Afdeling lijkt al met al te zijn geweest dat alleen bij het aannemen van opzet of grove schuld tot dwanginvordering werd overgegaan en dat dit, doordat zij de drempel om dat aan te nemen hoog had gelegd, slechts in weinig gevallen gebeurde. Doordat eventuele invorderingstrajecten zich pas na de procedures over de betalingsregelingen afspeelden en zaken daarover ook niet bij de bestuursrechter aanhangig kunnen worden gemaakt, heeft de Afdeling jarenlang geen aanleiding gehad om aan te nemen dat de praktijk anders uitpakte. Dat dat het geval was, was (ook voor haar) een onaangename verrassing.

4. Enkele ontwikkelingen na de uitspraken van 23 oktober 2019

4.1 Ontwikkelingen met betrekking tot vaststelling en terugvordering toeslagen

Op 24 december 2019 heeft de Minister van Financiën het Verzamelbesluit Toeslagen vastgesteld.¹¹³ Hiermee heeft de minister invulling gegeven aan de nieuwe jurisprudentielijn van de Afdeling over de Wet kinderopvang. In dit besluit is onder meer bepaald dat als de ouder niet alle kosten van kinderopvang tijdig heeft betaald, de Belastingdienst/Toeslagen het recht op kinderopvangtoeslag vaststelt naar rato van het bedrag aan kosten dat de ouder wel tijdig heeft betaald aan de kinderopvangorganisatie.

Een uitspraak waarin dit Verzamelbesluit aan de orde kwam, is ABRvS 19 februari 2020.¹¹⁴ De Belastingdienst/Toeslagen kwam in deze zaak terug op zijn standpunt dat appellante geen recht had op kinderopvangtoeslag en gaf aan dat een herberekening moest plaatsvinden overeenkomstig het Verzamelbesluit. De Afdeling zag een mogelijkheid zelf in de zaak te voorzien en stelde het bedrag aan kinderopvangtoeslag waarop de ouder voor het jaar 2014 recht had zelf vast. Ook in ABRvS 9 september 2020¹¹⁵ leidde een herberekening overeenkomstig het Verzamelbesluit tot de vaststelling dat de ouder wel recht had op kinderopvangtoeslag

Op 17 april 2020 stelde de minister een tweede Verzamelbesluit vast¹¹⁶. Hiermee werd invulling gegeven aan de nieuwe jurisprudentielijn van de Afdeling over terugvordering van toeslagen. Zo wordt in artikel 2.1 van dit besluit een aantal omstandigheden genoemd waarin het bedrag van terugvordering kan worden gematigd of de terugvordering zelfs geheel achterwege kan worden gelaten. Sinds 1 juli 2020 geldt op grond van de op dit punt aangevulde Awir voor de Belastingdienst/Toeslagen een algemene verplichting tot het verrichten van een evenredigheidstoets (artikel 13b Awir) en een hardheidsclausule (artikel 47 Awir) (Wet hardheidsaanpassing Awir).

Per 1 januari 2021 is bovendien artikel 26 van de Awir aangevuld. In dit artikel is nu bepaald dat voor zover de nadelige gevolgen voor belanghebbenden van een volledige terugvordering van het bedrag ingevolge het eerste lid onevenredig zijn in verhouding tot de met die volledige terugvordering te dienen doelen, de Belastingdienst/Toeslagen een lager bedrag kan terugvorderen dan het bedrag dat op grond van het eerste lid werd teruggevorderd (Wet verbetering uitvoerbaarheid toeslagen).

¹¹³ Stcrt. 2019, 70486.

¹¹⁴ ECLI:NL:RVS:2020:531.

¹¹⁵ ECLI:NL:RVS:2020:2185.

¹¹⁶ Stcrt. 2020, 2270.

4.2 Ontwikkelingen met betrekking tot betalingsregelingen

Per 1 juli 2020 is onder meer artikel 7 van de Uitvoeringsregeling Awir gewijzigd, in de zin dat opzet of grove schuld niet langer een criterium is voor het al dan niet in aanmerking komen voor een persoonlijke betalingsregeling:

“2.1. Vervallen van het OGS-criterium voor terugvorderingen

In reactie op het eindadvies Omzien in verwondering 2 van de Adviescommissie heeft het kabinet besloten om het OGS-criterium niet langer toe te passen bij het al dan niet toekennen van een persoonlijke betalingsregeling bij terugvorderingen. De gedachte achter het OGS-criterium bij de invordering was destijds dat toeslaggerechtigden die frauderen, misbruik maken van toeslagen of ernstig tekortschieten in het nakomen van hun verplichtingen ten aanzien van hun tegemoetkoming geen gebruik kunnen maken van een persoonlijke betalingsregeling op basis van betalingscapaciteit en vermogen. Het kabinet is echter van mening dat de toepassing van het OGS-criterium bij terugvordering disproportionele gevolgen heeft gehad voor toeslaggerechtigden met een terugvorderingsbeschikking. Toeslaggerechtigden die tegen het OGS-criterium aanlopen, zijn genoodzaakt om binnen 24 maanden hun terugvordering (standaardregeling) volledig terug te betalen. Een dergelijke standaardregeling heeft tot gevolg dat lage inkomens met hoge terugvorderingen in de knel en onder het bestaansminimum terecht kunnen komen. Daarom heeft het kabinet besloten dat toekomstige verzoeken om een persoonlijke betalingsregeling bij terugvorderingen niet meer afgewezen kunnen worden vanwege het OGS-criterium. Het nieuwe beleid houdt in dat iedereen met een toeslagschuld in beginsel recht heeft op een persoonlijke betalingsregeling van twee jaar op basis van betalingscapaciteit, gevolgd door het afzien van inning van de restschuld. Gedurende de volgende drie jaar wordt deze restschuld wel verrekend met eenmalige teruggaven inkomstenbelasting en nabetalingen toeslagen. Evidente gevallen van misbruik en oneigenlijk gebruik van toeslagen worden voortaan in beginsel uitsluitend aangepakt door het opleggen van een (vergrijp)boete of strafrechtelijke vervolging. Het beleid zal op dit onderdeel worden verscherpt.

Daarnaast heeft het kabinet besloten om ook voor de openstaande toeslagschulden per 1 juli 2020, waarvoor door toepassing van het OGS-criterium geen persoonlijke betalingsregeling was getroffen, alsnog een persoonlijke betalingsregeling van twee jaar, te rekenen vanaf de datum van toekenning van de betalingsregeling, toe te staan, gevolgd door de toezegging om af te zien van verdere invordering waarbij vervolgens nog wel gedurende drie jaar wordt verrekend met

eenmalige teruggaven inkomstenbelasting en nabetalingen toeslagen.”¹¹⁷

Het minimale betalingsbedrag bij de standaardregeling is van € 40,- naar € 20,- gebracht. Verder is de Leidraad Invordering 2008 gewijzigd, o.m. door het schrappen van artikel 79.8a.¹¹⁸

Verder stelt de Belastingdienst/Toeslagen zich coulanter op, ook voor schulden die voor 1 juli 2020 zijn ontstaan. Dit blijkt o.m. uit een uitspraak van de rechtbank Den Haag van 11 juni 2020¹¹⁹, . Voor de duidelijkheid zijn hierna alle overwegingen opgenomen:

“Feiten

1. Eiseres heeft een verzoek om een persoonlijke betalingsregeling ingediend ter zake van een terugvorderingsbeschikking kinderopvangtoeslag voor het jaar 2015.

2. Bij besluit van 12 maart 2019 heeft verweerder het verzoek afgewezen, omdat de terugvordering te wijten is aan opzet of grove schuld. Wel heeft verweerder een standaardbetalingsregeling toegekend op grond waarvan de vordering in 24 maandelijkse termijnen van € 834 moet worden terugbetaald.

3. Bij beslissing op bezwaar heeft verweerder zich nader op het standpunt gesteld dat het ontstaan van de terugvordering niet is te wijten aan opzet of grove schuld van eiseres, zodat aan eiseres alsnog een betalingsregeling op basis van haar betalingscapaciteit kan worden toegekend.

4. Verweerder heeft vervolgens de maandelijkse betalingscapaciteit vastgesteld op een bedrag van € 2.182. Ervan uitgaande dat van dit bedrag niet meer dan 80 procent wordt opgeëist, is de opeisbare betalingscapaciteit van eiseres vastgesteld op € 1.746 per maand. Dit bedrag is volgens verweerder toereikend om de bestaande schuld binnen de standaardbetalingsregeling van 24 maanden te voldoen, resulterend in een maandelijks te betalen bedrag van € 911.

¹¹⁷ Stcrt. 2020, 35114 (voetnoten zijn in het citaat niet overgenomen).

¹¹⁸ Stcrt. 2020, 35181.

¹¹⁹ ECLI:NL:RBDHA:2020:5182, AB 2021/138 m.nt. van J.E. van den Brink en D.K. Jongkind.

Geschil

5. In geschil is of verweerder de maandelijkse betalingscapaciteit van eiseres juist heeft vastgesteld, onder toepassing van het wettelijk kader: artikel 7, vierde en vijfde lid van de Uitvoeringsregeling Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen en artikel 79.8 van de Leidraad Invordering 2008 in samenhang met de artikelen 11, 12 en 13 van de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990. De hoogte van en de verplichting tot terugbetaling van de te veel ontvangen toeslag zijn niet in geschil.

Beoordeling van het geschil

6. Ter zitting heeft verweerder zich nader op het standpunt gesteld dat hij bereid is om een op de feitelijke situatie afgestemde betalingsregeling te treffen, conform het voorstel van eiseres om € 400 per maand af te lossen. De echtgenoot van eiseres heeft ter zitting verklaard zich hierin te kunnen vinden.

7. Verweerder heeft het nadere standpunt, alsook de concrete gevolgen daarvan voor eiseres, desgevraagd niet nader kunnen onderbouwen en uiteenzetten, anders dan met een algemene verwijzing naar de maatschappelijke en politieke commotie over het wettelijke systeem en de uitvoering inzake het stelsel van toeslagen.

8. De rechtbank merkt hierover op dat in dat kader (alsook in de vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State) tot dusverre nog niet of nauwelijks aandacht is geweest voor de maatschappelijke en individuele problematiek in geval een – aanzienlijk – bedrag aan toeslagen moet worden terugbetaald. Veelal leidend tot te betalen maandbedragen die geen enkele reële verhouding hebben met de feitelijke en concrete maandelijkse inkomenssituatie en de gebruikelijke vaste lasten. Daargelaten een aantal uitspraken van rechtbanken over individuele situaties heeft vooral de Nationale Ombudsman er al eerder en vaker, maar tevergeefs, de aandacht voor gevraagd dat het maatschappelijk zeer problematisch en onwenselijk is dat “de overheid” geen of onvoldoende oog heeft voor wat wel wordt genoemd de schuldenproblematiek bij burgers jegens die overheid.

9. De rechtbank zal partijen volgen in de ter zitting bereikte overeenstemming over de hoogte van het als zodanig maandelijks terug te betalen bedrag. De rechtbank begrijpt dat het nadere standpunt van verweerder moet worden beschouwd als te betreffen een algemenere positieve grondhouding als gevolg van de (eindelijk) ontstane turbulentie rondom toeslagen.

Nu verweerder zelf geen aanleiding ziet vast te houden aan het bestreden besluit, komt dit besluit daarom voor vernietiging in aanmerking.

10. Echter, welke gevolgen dit nieuwe standpunt van verweerder heeft voor de totale terugbetalingsperiode, verschuldigde rente en/of bijkomende kosten is onbekend.

De rechtbank heeft onvoldoende aanknopingspunten om daarover nu zelf een concrete beslissing te geven in het kader van een oordeel over het onderhavig beroep.

Verweerder zal dat daarom moeten uitwerken en vastleggen in een nader te nemen besluit.

11. Voorts overweegt de rechtbank hierover nog het volgende.

Uit een oogpunt van rechtsgelijkheid dient te worden vastgelegd dat verweerder dus kennelijk alsnog aanleiding ziet om tot een ruimere uitleg en toepassing van het wettelijk kader te komen dan tot dusverre het geval was op basis van een strikte toepassing naar de letter van de regeling(en).

12. Gelet op het voorgaande zal het beroep gegrond worden verklaard en de beslissing op bezwaar dient te worden vernietigd. Verweerder dient met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen. Ook dient verweerder zich daarbij uit te laten omtrent de vraag of en wanneer een beschikking ‘niet verder bemoeilijken’ kan worden afgegeven.”

De rechtbank Den Haag heeft in juli 2020 in een zaak waarin de dienst zijn standpunt niet had aangepast, geoordeeld dat dit, gelet op voormelde uitspraak van 11 juni 2020, in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.¹²⁰

4.3 Compensatie

Los van de hiervoor vermelde wijzigingen in (toepassing van de) regelgeving heeft de overheid besloten de ouders die zijn gedupeerd door eerdere onjuiste besluitvorming inzake hun recht op kinderopvangtoeslag te compenseren. Omdat het verstrekken van tegemoetkomingen aan ouders te traag ging, heeft het kabinet in december 2020 besloten om gedupeerde ouders sneller en ruimer te compenseren. Eén van de afspraken is dat alle gedupeerde

¹²⁰ Zie rechtbank Den Haag 29 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6880.

ouders zo snel mogelijk € 30.000 krijgen (Toeslagen. Besluit forfaitair bedrag en verruiming compensatieregeling (Catshuisregeling Kinderopvangtoeslag))¹²¹, inmiddels vervangen door het Besluit uitbreiding Catshuisregeling Kinderopvangtoeslag¹²². Daarmee verwacht het kabinet ruim de helft van de gedupeerde ouders voldoende te helpen. Ouders die recht hebben op een hoger bedrag krijgen dat na een integrale beoordeling alsnog.

Het kabinet heeft gelet op het kritische advies van de Afdeling advisering van de Raad van State bij het wetsvoorstel Wet hersteloperatie toeslagen afgezien van indiening daarvan bij de Tweede Kamer. De staatssecretaris van Financiën heeft de hoop uitgesproken een aangepast wetsvoorstel Wet hersteloperatie toeslagen zo spoedig mogelijk bij de Tweede Kamer in te kunnen laten dienen.¹²³ Het wetsvoorstel moet voorzien in een wettelijke grondslag voor het kwijtschelden van publieke schulden en voor het overnemen van alle schulden van gedupeerden die in de schuldsaneringsregeling zitten.

¹²¹ Stcrt. 2021, 14691.

¹²² Stcrt. 2021, 28304.

¹²³ Zie de brief van de staatssecretaris aan de Tweede Kamer van 25 oktober 2021, kenmerk 2021-0000214014.

5. Knellende regelgeving en strenge uitvoerings- praktijken

5.1 Aanpak

Het debat over de jurisprudentie over de kinderopvangtoeslag is voor de Afdeling aanleiding geweest om breder te onderzoeken of er ook op andere terreinen die tot haar competentie behoren sprake is van regelgeving waarbij óf de strenge regels zelf óf een strenge uitvoeringspraktijk een rol spelen. Om een representatief beeld te krijgen, is aan verschillende doelgroepen gevraagd om zulke knellende regelgeving of strenge uitvoering onder de aandacht van de werkgroep te brengen. Een uitvraag hiertoe heeft allereerst plaatsgevonden onder de verschillende geledingen medewerkers van de Raad van State zelf. Daarnaast is een oproep tot melding van zulke regelgeving en uitvoering gedaan bij de advocatuur. De Nederlandse Orde van Advocaten heeft deze oproep op haar website geplaatst en er aandacht voor gevraagd in het *Advocatenblad*. Ook bestuursorganen zijn uitgenodigd door hen ervaren knellende regelgeving aan te dragen, via een oproep in het *VNG-magazine*. Ook rechtbanken zijn in de gelegenheid gesteld hun ervaringen op dit punt te delen. Ten slotte is via de website van de Raad van State iedereen die een knellende uitvoering ervaart in de gelegenheid gesteld dit kenbaar te maken. In dit hoofdstuk worden verschillende van de knelpunten besproken. Daarbij zij aangetekend dat het telkens gaat om *aangedragen* knelpunten. Met andere woorden, noch uit de selectie van die knelpunten, noch uit de bespreking daarvan in dit rapport kan worden afgeleid dat de Afdeling deze ook zelf als 'knellend' ervaart. Het is denkbaar dat in de jurisprudentie op termijn wijzigingen komen die kunnen leiden tot een minder knellende toepassing, maar de werkgroep kan vanzelfsprekend niet vooruitlopen op toekomstige rechtspraak of daaromtrent zekerheid bieden. Daar komt bij dat, zoals dit hoofdstuk laat zien, zeker ook bestuursorganen een belangrijke taak hebben om als knellend ervaren beleid te versoepelen. Gelet op dit alles heeft de werkgroep ervoor gekozen zich in dit hoofdstuk vooral te beperken tot een bespreking van de wetgeving en het beleid op het betrokken gebied en de weergave van de belangrijkste jurisprudentie van de Afdeling daarover. De werkgroep beperkt zich dus tot signalering en inventarisatie. Zij onthoudt zich van aanbevelingen om de jurisprudentie te wijzigen. De beslissing hierover is aan de zittingskamers in toekomstige zaken over deze onderwerpen. Afhankelijk van het onderwerp worden in de uitwerking nog enkele afrondende opmerkingen gemaakt.

5.2 De reacties

De oproepen hebben geleid tot ongeveer tachtig reacties van zeer uiteenlopende aard. Een geanonimiseerd overzicht van de ontvangen reacties wordt als bijlage bij dit rapport gevoegd.

De werkgroep heeft de reacties in vijf categorieën ingedeeld. De eerste twee categorieën betreffen reacties waarbij, soms naar aanleiding van een

concrete uitspraak van de Afdeling, in algemene zin aandacht wordt gevraagd voor andere harde regelgeving of uitvoeringspraktijken dan die van de kinderopvangtoeslagen. Dit zijn de categorieën zaken waarop de oproep van de reflectiewerkgroep betrekking had. Een relatief groot aantal reacties had betrekking op het vreemdelingenrecht. Omwille van de overzichtelijkheid zijn deze ondergebracht in een aparte categorie, te weten categorie B van de bijlage. De onderwerpen behorend tot de andere rechtsgebieden waarover de Afdeling oordeelt, zijn ondergebracht in categorie A van de bijlage.

Bijzondere vermelding verdient de bundel *Ongehoord. Onrecht in het vreemdelingenrecht* van de Vereniging Asieladvocaten en -Juristen Nederland (VAJN) en de Specialistenvereniging Migratierecht Advocaten (SVMA). In dit boek, dat op 12 april 2021 is aangeboden aan de voorzitter van Afdeling bestuursrechtspraak, is een groot aantal knelpunten gebundeld aangedragen.

De resterende drie categorieën zijn de volgende. In categorie C van de bijlage zijn de reacties ondergebracht die meer in het algemeen onvrede naar voren brengen over werking van het bestuurs(proces)recht en over de wijze waarop de Afdeling zaken behandelt. Deze reacties hebben dus geen betrekking op specifieke regelingen of uitvoeringspraktijken. Zij vallen daarom buiten de opdracht van de werkgroep. De werkgroep heeft ervoor gekozen deze reacties wel onder de aandacht te brengen van relevante onderdelen van de Afdeling bestuursrechtspraak, zodat deze kennis kunnen nemen van de naar voren gebrachte ervaringen.

In de vierde categorie, categorie D van de bijlage, zijn klachten ondergebracht die burgers of advocaten naar voren hebben gebracht over beslissingen van de Afdeling in hun eigen zaak, zonder dat een knellende wettelijke regeling of een strenge uitvoeringspraktijk aan de orde wordt gesteld. Ook deze vallen buiten het bestek van de reflectie. Ook voor deze reacties geldt dat zij ter kennisneming onder de aandacht zijn gebracht van de betrokken werkunits van de Afdeling bestuursrechtspraak. In enkele gevallen zijn de reacties zodanig geformuleerd, dat deze bedoeld lijken als concreet verzoek tot herziening van een ten aanzien van de betrokkene gedane uitspraak. In deze incidentele gevallen zijn de reacties ter behandeling aan de betrokken unit doorgezonden, teneinde na te gaan of inderdaad afhandeling als herzieningsverzoek geboden is.

De laatste categorie is categorie E van de bijlage. Hierin zijn de reacties ondergebracht die betrekking hebben op zaken waarin niet de Afdeling bestuursrechtspraak, maar een ander rechterlijk college bevoegd is. Hierop heeft de reflectie van de Afdeling geen betrekking. Degenen die deze reacties hebben gegeven zijn er van in kennis gesteld dat hun reactie door de

werkgroep niet kon worden meegenomen omdat deze zagen op geschillen waarin de Afdeling bestuursrechtspraak niet bevoegd is.

Ten slotte zijn enkele reacties ontvangen met algemene klachten en opmerkingen over de (rechtspraak van) de Afdeling bestuursrechtspraak die niet zijn onder te brengen in een van de vijf categorieën. Deze vallen ook buiten het onderzoek van de werkgroep en blijven buiten beschouwing. Ditzelfde geldt ook voor reacties waarin bepaalde maatschappelijke problemen aan de orde worden gesteld, zonder dat er een duidelijk verband is met rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak of een ander rechterlijke college.

5.3 De verdere werkwijze

De werkgroep had aanvankelijk het idee de tien onderwerpen die het vaakst vermeld waren dan wel in haar ogen de meeste relevantie hadden nader uit te werken in dit rapport. Naar aanleiding van de ontvangen reacties is deze aanpak iets bijgesteld. Belangrijke redenen hiervoor betreft het grote aantal reacties dat is ontvangen op het terrein van het vreemdelingenrecht, welk terrein verantwoordelijk is voor circa twee derde van alle uitspraken van de Afdeling. Begrijpelijkermijns kwamen knellende regels en strenge uitvoeringspraktijken die werden aangekaart in individuele reacties op dit rechtsterrein vaak overeen met knelpunten die werden aangedragen in de bundel *Ongehoord. Onrecht in het vreemdelingenrecht*. Gelet op de focus die op het vreemdelingenrecht is komen te liggen, heeft de werkgroep ervoor gekozen op het terrein van het vreemdelingenrecht zestien onderwerpen nader uit te werken.

Daarnaast is voor het overige deel van het bestuursrecht waarvoor de Afdeling bevoegd is een negental onderwerpen voor nadere uitwerking geselecteerd. De keuze is voor een deel ingegeven door het aantal malen dat een bepaald knelpunt is aangedragen en berust voor een deel op een inschatting van de mate van knellendheid door de werkgroep. Gelet op de diversiteit aan reacties zullen verschillende personen die hebben gereageerd hun eigen onderwerp niet uitgewerkt in dit rapport terugzien. Voor de niet uitgewerkte onderwerpen geldt ook dat de betrokken reacties wel onder de aandacht zijn gebracht van de relevante onderdelen van de Afdeling bestuursrechtspraak. Bij de keuze voor uit te werken onderwerpen heeft de werkgroep verder geprobeerd prioriteit te geven aan regels en uitvoeringspraktijken die voor individuele burgers knellend uitpakken op een wijze die enigszins vergelijkbaar is met de kinderopvangtoeslagzaken. Mede kenmerkend voor deze zaken is dat sprake is van een bestuursorgaan dat strikte regels of een strikte uitvoeringspraktijk toepast jegens een individuele burger die zich onmachtig voelt tegen de overheid. Dit verklaart dat bij de uitwerking geen geschillen aan de orde komen waarin meer dan twee partijen partij zijn. Hoewel

voorstelbaar is dat ook in zulke meerpartijengeschillen door betrokkenen onrecht wordt ervaren, gaat het om een andere categorie zaken: in zaken met derde-belanghebbenden hangt de beslissing meer af van een afweging van de belangen van de ene particulier tegen die van anderen. Deze zaken zijn dus minder op één lijn te stellen met de typische tweepartijengeschillen zoals de toelagzaken. Bij de keuze van uit te werken onderwerpen is verder getracht zoveel mogelijk recht te doen aan de diversiteit van de aangedragen knelpunten.

Bij de uitwerkingen van de geselecteerde categorieën zaken is geprobeerd zoveel mogelijk eenzelfde stramien te volgen. Eerst wordt het aangedragen knelpunt samengevat. Daarna volgen de relevante wettelijke regels en het bij de uitvoering gevoerde beleid. Ten slotte wordt aan de hand van voorbeelden uit de jurisprudentie weergegeven welke lijn is op te maken uit de jurisprudentie van de Afdeling. Eerst komen de aangedragen knelpunten uit het vreemdelingenrecht aan de orde; daarna die op andere deelterreinen van het bestuursrecht.

5.4 Bewijzen gezinsband (met name nareis Eritrea)

5.4.1 Aangedragen knelpunt

De verplichting om een toestemmingsverklaring van een achterblijvende biologische ouder over te leggen is aangedragen als knelpunt. De vreemdeling moet de identiteit van de achterblijvende ouder aannemelijk maken en aannemelijk maken dat die persoon daadwerkelijk zijn ouder is. Dit kan in de praktijk lastig zijn, bijvoorbeeld als een achterblijvende ouder niet naar een ambassade kan komen voor bijvoorbeeld DNA-onderzoek en/of het ondertekenen van een toestemmingsverklaring.

Als een vreemdeling geen toestemmingsverklaring overlegt, moet hij aannemelijk maken waarom hij geen toestemmingsverklaring over kan leggen. Dat kan in de praktijk lastig zijn, bijvoorbeeld als een achterblijvende ouder niet wil meewerken, onbekend is of onvindbaar is. Ook komt vaak voor dat gesteld wordt dat die ouder overleden is, maar dat er geen bewijs daarvan is.

5.4.2 Wettelijke regel

Artikel 29, tweede lid, van de Vw 2000.

De staatssecretaris kan aan de in deze bepaling vermelde gezinsleden een afgeleide asiilvergunning verlenen als zij op het moment van binnenkomst van referent behoorden tot zijn gezin.

5.4.3 Beleid

Par. C2/4.1.1 en C2/4.1.2 van de Vc 2000 en werkinstructie 2021/04 (voorafgegaan door werkinstructie 2018/20 en werkinstructie: 2020/13).

Als een biologische ouder van een minderjarig kind achterblijft, moet de vreemdeling een toestemmingsverklaring van die ouder overleggen of aannemelijk maken waarom hij dat niet kan. In beide situaties moet de vreemdeling de identiteit aannemelijk maken van de achterblijvende ouder en aannemelijk maken dat die persoon daadwerkelijk zijn ouder is.

5.4.4 Hoofdlijn rechtspraak Afdeling

Omdat de staatssecretaris moet beoordelen of een toestemmingsverklaring daadwerkelijk afkomstig is van hun biologische ouder, is vereist dat die ouder zowel zijn identiteit als de familierelatie met de minderjarige kinderen aantoont of aannemelijk maakt (ABRvS 24 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4492, onder 5).

Als de staatssecretaris beoordeelt of aannemelijk is gemaakt dat een overgelegde toestemmingsverklaring is getekend door de achterblijvende biologische ouder, moet hij een individuele beoordeling verrichten als bedoeld in het arrest van het Hof van Justitie van 13 maart 2019, E. tegen de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, ECLI:EU:C:2019:192. Hij moet ingaan op alle overgelegde stukken en een afweging maken tussen enerzijds het belang van het kind bij gezinshereniging en anderzijds het belang van het voorkomen van kinderontvoering (ABRvS 12 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4201).

Als een vreemdeling aannemelijk heeft gemaakt dat hij geen gebruik kan maken van het aangeboden aanvullend onderzoek, is het in overeenstemming met het arrest E. als de staatssecretaris die vreemdeling in beginsel niet vrijstelt van de verplichting om een toestemmingsverklaring over te leggen. Uit arrest E. volgt ook dat de staatssecretaris rekening moet houden met de belangen van betrokken kinderen en ervoor moet zorgen dat de eisen die hij stelt aan bewijsmiddelen, verklaringen en uitleg, evenredig zijn aan de aard en het niveau van de problemen waarmee de betrokkenen worden geconfronteerd. Dit betekent dat onder omstandigheden de staatssecretaris gehouden kan zijn om aanvullend onderzoek op enige wijze te faciliteren, bijvoorbeeld door tussenkomst van het IOM of de UNHCR, of om vrijstelling te verlenen van de verplichting om een toestemmingsverklaring over te leggen (ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2153).

Als geen toestemmingsverklaring is overgelegd, moet de vreemdeling aannemelijk maken dat hij daadwerkelijk inspanningen heeft verricht om de achterblijvende biologische ouder te vinden en een toestemmingsverklaring

te verkrijgen. Ook moet de vreemdeling de identiteit en de familierelatie met een achterblijvende ouder aannemelijk maken (o.m. ABRvS 8 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1000).

5.5 (Vrijstelling van) het mvv-vereiste

5.5.1 Aangedragen knelpunt

Een aanvraag van een vreemdeling om verlening van een verblijfsvergunning regulier wordt afgewezen als hij niet beschikt over een machtiging tot voorlopig verblijf (mvv). In de Vw 2000 staat het in de “kan-vorm”, terwijl het Vb 2000 dit dwingend voorschrijft. Het gaat in de kern om de voorwaarde dat een mvv al in het land van herkomst wordt aangevraagd; ook als een vreemdeling al in Nederland is en er voor de rest wordt voldaan aan de voorwaarden. In de praktijk kan dit problemen opleveren als een vreemdeling hiervoor moet terugkeren naar zijn land van herkomst, denk aan de medische situatie of de situatie van de achtergebleven partner of de kinderen. De vrijstellingsgronden in artikel 17 Vw 2000 en artikel 3.71, tweede lid, Vb 2000 zijn duidelijk. Het gaat met name om de toepassing van de hardheidsclausule in het derde lid van het Vb 2000.

5.5.2 Wettelijke regel

Artikel 16 Vw 2000 en artikel 3.71 Vb 2000

Volgens artikel 16 van de Vw 2000 kan de staatssecretaris een aanvraag afwijzen als een vreemdeling niet beschikt over een geldige mvv. Volgens artikel 3.71, eerste lid van het Vb 2000 wordt een aanvraag afgewezen als een vreemdeling niet beschikt over een mvv. In de artikelen 17 Vw 2000 en 3.72, tweede lid Vb 2000, zijn een aantal categorieën hiervan vrijgesteld. In het derde lid van artikel 3.71 van het Vb 2000 is een hardheidsclausule opgenomen.

5.5.3 Beleid

Par. B1/4.1 van de Vc 2000

De staatssecretaris noemt een aantal gevallen waarin hij de hardheidsclausule in ieder geval niet zal toepassen. Over wanneer hij haar wel toepast, heeft hij geen beleid. Op dat punt heeft hij ook beoordelingsruimte.

5.5.4 Hoofdlijn rechtspraak Afdeling

ABRvS 29 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1001.

Uit vaste jurisprudentie van de Afdeling (ABRvS 8 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:3389) volgt dat het mvvvereiste zoals neergelegd in de nationale regelgeving op zichzelf genomen niet in strijd is met het doel en het nuttig effect van de Gezinsherenigingsrichtlijn. In de uitspraak van 29 maart 2019 overweegt de Afdeling verder dat uit het arrest Yön volgt dat de staatssecretaris bij zijn beoordeling ook het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel moet betrekken. Gelet op dit beginsel en de richtlijn, legt de Afdeling de hardheidsclausule zo uit dat de staatssecretaris in bepaalde gevallen de omstandigheid dat een vreemdeling aan alle materiële vereisten voldoet in zijn beoordeling of die vreemdeling in aanmerking komt voor vrijstelling van het mvvvereiste moet betrekken. Dergelijke gevallen zullen zich voordoen wanneer een vreemdeling bijzondere, persoonlijke feiten en omstandigheden aanvoert, die wellicht op zichzelf genomen niet voldoende zijn voor vrijstelling van het mvvvereiste, maar in combinatie met de omstandigheid dat die vreemdeling aan alle materiële vereisten voldoet er wel toe kunnen leiden dat het verder zou gaan dan noodzakelijk is indien de staatssecretaris vast zou houden aan het mvvvereiste. De vraag of een vreemdeling aan alle materiële vereisten voor gezinshereniging voldoet kan in zo'n geval dus niet pas aan de orde komen nadat de staatssecretaris de vreemdeling heeft vrijgesteld van het mvvvereiste, maar speelt al een rol bij de beantwoording van de vraag of die vreemdeling van dat vereiste moet worden vrijgesteld, aldus de Afdeling.

De Afdeling legt met deze uitspraak een zwaardere motiveringseis neer bij de staatssecretaris, al blijkt uit de uitspraak van de Afdeling van 14 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:471 en haar uitspraak van 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1095 dat het voor een vreemdeling niet eenvoudig zal zijn om een geslaagd beroep te kunnen doen op de hardheidsclausule.

5.6 Buitenschuldvergunning

5.6.1 Aangedragen knelpunt

De voorwaarden om voor de verblijfsvergunning buiten schuld (regulier) in aanmerking te komen zijn erg streng. Het kan jaren duren voor een afgewezen vreemdeling heeft aangetoond dat hij er alles aan heeft gedaan om terug te keren, bijvoorbeeld omdat de autoriteiten in het land van herkomst niet de benodigde documenten willen verschaffen. Ook is niet altijd duidelijk wat de vreemdeling nog meer moet doen om aan te tonen dat hij Nederland niet kan verlaten. Omdat de vreemdeling geen verblijfsrecht heeft, heeft hij ook geen recht op voorzieningen en kan hij in bewaring worden geplaatst.

5.6.2 Wettelijke regel

Artikel 3.48, tweede lid, aanhef en onder a van het Vreemdelingenbesluit 2000 biedt de grondslag voor de buitenschuldvergunning. Hierin is bepaald dat een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd kan worden verleend aan vreemdelingen die buiten hun schuld niet uit Nederland kunnen vertrekken.

Beleid

De staatssecretaris verleent ambtshalve of op aanvraag een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd aan een vreemdeling die zonder resultaat heeft geprobeerd uit Nederland te vertrekken (par. B8/4.1 van de Vc 2000). Dit moet blijken uit een ambtsbericht met positief zwaarwegend advies van de Dienst Terugkeer en vertrek (DT&V) waarin wordt vermeld dat er een buitenschuldsituatie is.

De voorwaarden zijn:

1. er bestaat geen redelijke twijfel over de identiteit en nationaliteit van de vreemdeling;
2. de vreemdeling heeft de DT&V om bemiddeling verzocht ten behoeve van zijn vertrek uit Nederland of het verkrijgen van een (vervangend) reisdocument bij de autoriteiten van zijn land van herkomst of een ander land waarvan op basis van het geheel van feiten en omstandigheden kan worden aangenomen dat hem daar toegang zal worden verleend, en deze bemiddeling heeft niet het gewenste resultaat opgeleverd;
3. de vreemdeling heeft naar het oordeel van de DT&V in houding en gedrag laten zien dat hij wil terugkeren naar zijn land van herkomst of een ander land waarvan op basis van het geheel van feiten en omstandigheden kan worden aangenomen dat hem daar toegang zal worden verleend, hetgeen onder meer blijkt uit het feit dat hij zich heeft gehouden aan de afspraken die de DT&V met hem heeft gemaakt gedurende de bemiddelingsprocedure; en
4. op het moment van beslissen is er geen sprake van een lopende procedure in het kader van een aanvraag voor een verblijfsvergunning en voldoet de vreemdeling niet aan de voorwaarden voor verlening van een andere verblijfsvergunning.

5.6.3 Hoofdlijn rechtspraak Afdeling

Er komen niet veel zaken over de verblijfsvergunning buitenschuld bij de Afdeling terecht. Daarbij worden veel van die zaken via artikel 91, tweede lid, van de Vw 2000 afgedaan, omdat het strenge beleid meebrengt dat een vreemdeling veel moet aantonen en die drempel bijna nooit wordt gehaald. Het beleid geeft aanknopingspunten waar de vreemdeling aan moet voldoen. De staatssecretaris baseert zijn oordeel op het advies van de DT&V, maar de DT&V geeft in dat rapport niet aan wat de vreemdeling (nog meer) moet doen om wel aan de voorwaarden te voldoen. In de uitspraak van 25 juni 2019,

ECLI:NL:RVS:2019:1973, heeft de Afdeling daarom overwogen dat de staatssecretaris zelf moet beoordelen of de vreemdeling aan de vereisten voor verlening van een verblijfsvergunning buiten schuld voldoet. De staatssecretaris mag een aanvraag niet afwijzen op de grond dat de DT&V geen positief ambtsbericht heeft afgegeven, maar moet gemotiveerd duidelijk maken aan de vreemdeling wat hij nog meer moet doen om aan de voorwaarden te voldoen. In de uitspraak van 12 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3800, is deze lijn doorgezet. De uitspraak van 20 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:151 is de zaak waar in de casus naar wordt verwezen. De Afdeling heeft in deze uitspraak ook de hiervoor beschreven lijn gevolgd, door te overwegen dat staatssecretaris de afwijzing ondeugdelijk heeft gemotiveerd. Ook heeft de Afdeling overwogen dat de rechtbank niet zelf een vergunning had mogen verlenen.

5.6.4 Actualiteit

Op 21 december 2020 is het wetsvoorstel voor de Wet vaststellingsprocedure staatsloosheid ingediend. Nederland kent nog geen vaststellingsprocedure voor staatloosheid. In het advies van de Afdeling advisering van 8 december 2017 wordt ingegaan op de verhouding tussen de vaststellingsprocedure staatloosheid en de buitenschuldvergunning. In de memorie van toelichting is toegelicht dat staatlozen die geen vluchteling zijn ook een buitenschuldprocedure kunnen doorlopen. De Afdeling advisering heeft opgemerkt dat in de toelichting te weinig aandacht is besteed aan de vraag of de eisen die aan de staatloze worden gesteld voor een buitenschuldvergunning, gezien de bewijslast, proportioneel zijn en een reële mogelijkheid tot het verkrijgen van een verblijfsvergunning bieden.

5.7 Artikel 16 Dublinverordening

5.7.1 Aangedragen knelpunt

De lat voor het aannemen van afhankelijkheid van bepaalde familieleden in de zin van artikel 16 ligt volgens de inzenders te hoog. Er wordt onvoldoende rekening gehouden met de belangen van kinderen.

5.7.2 Wettelijke regel

Artikel 16 van de Dublinverordening (artikel 30 van de Vw 2000).

Als een vreemdeling niet valt onder de artikelen 9 t/m 11 over gezinsleden (bijvoorbeeld omdat hij geen gezinslid is als bedoeld in artikel 2, aanhef en onder g (kerngezin) of omdat hij wil verblijven bij een gezinslid dat al genaturaliseerd is) en er is sprake van 'afhankelijkheid' als bedoeld in artikel 16, is de staatssecretaris normaliter gehouden het asielverzoek wel inhoudelijk te behandelen. Het moet gaan om afhankelijkheid wegens een zwangerschap,

pasgeboren kind, ernstige ziekte, zware handicap of hoge leeftijd. Verder moet de verzoeker afhankelijk zijn van hulp van een kind/broer/zus/ouder of moet de verzoeker de persoon zijn van wiens hulp een kind/broer/zus/ouder afhankelijk is. Daarnaast is vereist dat in het land van herkomst familiebanden bestonden, dat kind/broer/zus/ouders/verzoeker in staat is voor de afhankelijke persoon te zorgen en dat de betrokkenen schriftelijk hebben verklaard dat zij dit wensen.

Artikel 17 bevat een discretionaire bevoegdheid en lidstaten kunnen met toepassing van artikel 17 de verantwoordelijkheid (onverplicht) aan zich trekken.

Artikel 8 gaat over minderjarigen. De verantwoordelijke lidstaat is de lidstaat waar een gezinslid of een broer of zus van de niet-begeleide minderjarige zich wettig ophoudt, voor zover dit in het belang van de minderjarige is. Als de niet-begeleide minderjarige vreemdeling een familielid heeft dat zich wettig ophoudt in een andere lidstaat en op basis van een individueel onderzoek vaststaat dat dat familielid voor hem kan zorgen, verenigt die lidstaat de minderjarige met zijn familielid en is die lidstaat de verantwoordelijke lidstaat, mits dit in het belang van de minderjarige is. Als er geen gezinsleden, broers of zussen of familieleden zijn, is de lidstaat waarbij de niet-begeleide minderjarige zijn verzoek om internationale bescherming heeft ingediend de verantwoordelijke lidstaat als dit in het belang is van de minderjarige.

5.7.3 Beleid

Par. C2/5 van de Vc 2000.

Het is aan de vreemdeling om aannemelijk te maken dat sprake is van afhankelijkheid als bedoeld in artikel 16. Of daarvan sprake is moet zo veel mogelijk worden beoordeeld op grond van objectieve elementen, zoals medische attesten. Als dergelijke elementen ontbreken, kan het alleen worden bewezen op grond van door de vreemdeling verstrekte overtuigende inlichtingen. De staatssecretaris wijkt alleen in uitzonderlijke situaties af van de verplichting om afhankelijke gezins- of familieleden samen te brengen.

De staatssecretaris maakt terughoudend gebruik van de bevoegdheid om het verzoek om internationale bescherming te behandelen op grond van artikel 17, eerste en tweede lid, als Nederland daartoe op grond van in de verordening neergelegde criteria niet verplicht is. De staatssecretaris gebruikt de bevoegdheid om het verzoek om internationale bescherming te behandelen in ieder geval in de volgende situaties:

- er zijn concrete aanwijzingen dat de voor de behandeling van het verzoek om internationale bescherming verantwoordelijke lidstaat zijn internationale verplichtingen niet nakomt;
- bijzondere, individuele omstandigheden maken dat de overdracht van de vreemdeling aan de voor de behandeling van het verzoek om

internationale bescherming verantwoordelijke lidstaat van een onevenredige hardheid getuigt; of

- er zijn naar het oordeel van de staatssecretaris proceseconomische redenen, met name wanneer de vreemdeling afkomstig is uit een veilig land van herkomst en na afhandeling van het verzoek in de procedure conform artikel 3.109ca, Vb, binnen afzienbare tijd terugkeer naar het land van herkomst gewaarborgd is.

De staatssecretaris start het onderzoek naar gezins- of familieleden van de niet-begeleide minderjarige vreemdeling (artikel 8) op het moment dat er concrete aanknopingspunten zijn waaruit het verblijf van het gezins- of familielid in een lidstaat blijkt. Het daadwerkelijk samenbrengen van de niet-begeleide minderjarige vreemdeling met zijn gezins- of familieleden zal alleen plaatsvinden indien dit in het belang van de minderjarige vreemdeling is. Uitgangspunt hierbij is dat het in het belang van de minderjarige vreemdeling is om herenigd te worden met zijn gezins- of familieleden. Indien het samenbrengen van de gezins- of familieleden in de andere lidstaat niet in het belang van de minderjarige vreemdeling is, zal de staatssecretaris het verzoek om internationale bescherming behandelen.

5.7.4 Hoofdlĳn rechtspraak Afdeling

Artikel 16, eerste lid, van de Dublinverordening gaat alleen over afhankelijkheid wegens een zwangerschap, een pasgeboren kind, een ernstige ziekte, een zware handicap of hoge leeftijd. Andere situaties, zoals afhankelijkheid alleen omdat het om heel jonge kinderen gaat, vallen er dus niet onder. Zie ABRvS 9 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1364, over een Syrische moeder van kinderen van drie, vijf en acht jaar. De echtgenoot en de kinderen hebben naast de Syrische ook de Nederlandse nationaliteit. De staatssecretaris is volgens de Afdeling niet gehouden artikel 17 toe te passen omdat de vreemdeling niet van haar kinderen zal worden gescheiden als zij naar Duitsland terug moet voor haar asielaanvraag. De vader en kinderen mogen immers als Unieburgers in Duitsland verblijven en kunnen met haar meereizen. Artikel 16 eist exclusieve afhankelijkheid, die betrokkenen aannemelijk moeten maken. (ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2064, en ABRvS 27 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4310, waarin ook artikel 17 speelt).

Dat de staatssecretaris er in beginsel van uit mag gaan dat het in het belang van een nietbegeleide minderjarige vreemdeling is om herenigd te worden met zijn gezins- of familieleden in een andere lidstaat, neemt niet weg dat hij moet toelichten hoe hij in het concrete geval rekening heeft gehouden met de belangen van die vreemdeling (ABRvS 27 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1281).

Van de staatssecretaris mag een meer actieve houding worden verwacht wanneer het gaat om het belang van het kind (ABRvS 21 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3043, over minderjarige vreemdelingen die meereisden met een meerderjarige oom, waarbij in het midden is gelaten of zij niet-begeleide minderjarige vreemdelingen zijn).

De staatssecretaris gaat, gelet op het interstatelijk vertrouwensbeginsel, terecht ervan uit dat de registratie van persoonsgegevens in Italië zorgvuldig heeft plaatsgevonden. Het is aan de vreemdeling om aannemelijk te maken dat die registratie onjuist is (ABRvS 16 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4220).

5.8 De Chavez-rechtspraak

5.8.1 Aangedragen knelpunten

De derdelander-ouder die bij het kind dat Unieburger is wil verblijven moet aannemelijk maken dat hij of zij meer dan marginale zorg-/opvoedingstaken verricht. Licht de lat te hoog? Gezinsleden komen in de knel als de derdelander-ouder een verblijfsrecht in een andere lidstaat heeft, omdat dan kind en ouder sowieso de Unie niet hoeven te verlaten. De derdelander-ouder moet zijn nationaliteit aantonen en er zijn derdelander-ouders die dat niet kunnen.

5.8.2 Wettelijke regel

Artikel 8, aanhef en onder e, van de Vw 2000 en artikel 20 VWEU.

5.8.3 Beleid

Paragraaf B10/2.2 van de Vc 2000

De vreemdeling moet meer dan marginale zorg-/opvoedingstaken verrichten. Bij de beoordeling of zo'n afhankelijkheidsverhouding bestaat dat het kind gedwongen zou zijn het grondgebied van de Unie te verlaten als aan de vreemdeling geen verblijfsrecht wordt verleend, betreft de staatssecretaris, in het hogere belang van het kind, alle relevante omstandigheden en meer in het bijzonder de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate van zijn affectieve relatie zowel met de Nederlandse ouder als met de vreemdeling en het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan als het van deze laatste zou worden gescheiden.

De vreemdeling moet zijn identiteit en nationaliteit aannemelijk maken. Als hij geen paspoort of geldig document voor grensoverschrijding kan overleggen, mag hij zijn identiteit en nationaliteit met andere documenten aannemelijk maken.

5.8.4 Hoofdlijn rechtspraak Afdeling

Het vereiste dat de derdelanderouder meer dan marginale zorg- en opvoedingstaken verricht, is in overeenstemming met artikel 20 VWEU en het arrest Chavez. Het is in eerste instantie aan de vreemdeling om de gegevens te verschaffen die aantonen dat een daadwerkelijke afhankelijkheidsverhouding bestaat. De beoordeling is casuïstisch. Voorbeeld, kort weergegeven: Een ouder die niet bij het kind woont, het kind regelmatig haalt en brengt van en naar school en hobby's en die aanwezig is bij rapportbesprekingen,

ouderavonden en schoolreisjes, verricht geen meer dan marginale taken (ABRvS 16 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:790).

Een derdelander-ouder die een verblijfsrecht in een andere lidstaat heeft, komt in beginsel niet in aanmerking voor een afgeleid verblijfsrecht, omdat het uitgangspunt is dat een weigering van een verblijfsrecht de Unieburger ertoe verplicht het grondgebied van de Unie *in het geheel* te verlaten. Er kan toch een afgeleid verblijfsrecht zijn als het verblijfsrecht in de andere lidstaat niet meer bestaat of dat het kind daar niet kan verblijven omdat dan niet aan de vereisten van de Verbljfsrichtlijn wordt voldaan. De derdelander-ouder moet dat aannemelijk te maken, bijv. met een verblijfsdocument of andere overgelegde stukken waaruit volgt dat het verblijfsrecht door de autoriteiten van de betreffende lidstaat is beëindigd (ABRvS 16 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:789).

Een derdelander-ouder moet zijn identiteit aannemelijk maken. Voor zover in het beleid staat dat hij zijn identiteit en nationaliteit pas met andere documenten mag aantonen als hij in bewijsnood is, is het niet in overeenstemming met het arrest Oulane. In de praktijk kijkt de staatssecretaris wel naar andere documenten, ook al is er geen bewijsnood. Zie ABRvS 24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:356.

5.8.5 Actuele rechtspraak na inventarisatie knelpunt

Inmiddels heeft enige nuancering van de rechtspraak plaatsgevonden. Een vreemdeling moet aan de hand van concrete gegevens aannemelijk maken dat een afhankelijkheidsverhouding bestaat. De Afdeling heeft benadrukt dat de vreemdeling dit niet hoeft aan te tonen, maar deze moet zijn betoog wel met stukken onderbouwen. Als een vreemdeling een afhankelijkheidsverhouding aannemelijk heeft gemaakt, moet de staatssecretaris aan de hand van het onderbouwde betoog van die vreemdeling onderzoeken en deugdelijk motiveren of een weigering van het verblijfsrecht tot gevolg heeft dat de burger van de Unie verplicht is het grondgebied van de Unie te verlaten. De staatssecretaris moet dan nader onderzoek doen naar de afhankelijkheidsrelatie en de gevolgen voor de betrokken kinderen als aan die vreemdeling geen verblijfsrecht wordt verleend. Zie ABRvS 17 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1821.

Hoewel de bewijskracht van getuigenverklaringen beperkt kan zijn, kunnen deze niet alleen om hun nietobjectieve karakter worden verworpen, vooral niet als zij tezamen worden genomen en worden ondersteund door verschillende stukken die wel als objectief zijn aangemerkt. Zie ABRvS 17 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2095.

5.9 Middelen-vereiste

5.9.1 Aangedragen knelpunt

Om in aanmerking te komen voor een verblijfsvergunning regulier moeten de vreemdelingen over voldoende inkomsten beschikken of in aanmerking komen voor vrijstelling van dat vereiste. Dit heeft in het verleden regelmatig geleid tot discussies over de vraag welke inkomsten meetellen en welke niet (zie bijv. ABRvS 3 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1306). Soms is het feitelijk niet mogelijk om te voldoen aan een eis, zoals bijvoorbeeld casus 13, waarbij een gemeente voor een duur van maximaal twee jaar vrijstelling verleent van de verplichting tot arbeidsinschakeling, terwijl het beleid een minimale duur van vijf jaar vereist.

5.9.2 Wettelijke regel

Artikel 16 Vw 2000 en artikel 3.73 tot en met 3.75 van het Vb 2000.

Volgens artikel 16, eerste lid, aanhef en onder c, van de Vw 2000 kan de staatssecretaris een aanvraag afwijzen als een vreemdeling niet zelfstandig en duurzaam beschikt over voldoende middelen van bestaan dan wel, indien de persoon bij wie de vreemdeling wil verblijven, niet zelfstandig en duurzaam beschikt over voldoende middelen van bestaan.

5.9.3 Beleid

Par. B1/4.3 VC2000 en B7/2.1 van de Vc 2000.

De vreemdeling moet op enig moment tussen de datum van de indiening van de aanvraag het moment waarop de staatssecretaris op die aanvraag beslist, gelijktijdig aan alle drie de elementen van de middeleneis voldoen, te weten:

- de middelen van bestaan moeten voldoende zijn;
- de middelen van bestaan moeten zelfstandig zijn; en
- de middelen van bestaan moeten duurzaam zijn.

De staatssecretaris wijst de aanvraag niet af op grond van artikel 16, eerste lid, onder c, van de Vw 2000 als de referent blijvend niet in staat is aan de plicht tot arbeidsinschakeling te voldoen. De staatssecretaris neemt in ieder geval aan dat de referent blijvend niet in staat is aan de plicht tot arbeidsinschakeling te voldoen als de referent voldoet aan de twee volgende voorwaarden:

- de referent is vijf jaar door B&W op grond van artikel 9, tweede lid, Participatiewet, volledig ontheven van de verplichting bedoeld in het eerste lid, onder a, (plicht tot arbeidsinschakeling); en

- gedeeltelijke of volledige arbeidsinschakeling van de referent is niet binnen één jaar te voorzien.

5.9.4 Hoofdlijn rechtspraak Afdeling

ABRvS 10 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:839:

In punt 48 van het arrest Chakroun is overwogen dat, aangezien de omvang van de behoeften van persoon tot persoon sterk kan verschillen, de lidstaten wel een bepaald referentiebedrag kunnen vaststellen, maar dat zij niet een minimuminkomen kunnen bepalen waaronder geen gezinshereniging wordt toegestaan, zonder enige concrete beoordeling van de situatie van iedere aanvrager.

ABRvS 22 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1231:

Uit het Chakroun-arrest volgt dat de staatssecretaris, naar aanleiding van wat door een vreemdeling naar voren wordt gebracht, een concrete beoordeling maakt van de situatie van die vreemdeling en de desbetreffende referent waarbij hij alle aangevoerde individuele omstandigheden betreft.

Zie ABRvS 23 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:636 voor een strikte toepassing van de (beleids)regels over de hierboven vermelde vrijstellingsgrond (vergelijkbaar met casus 13).

Bij een groot deel van de zaken gaat het om de vraag of de staatssecretaris een concrete beoordeling als bedoeld in het Chakroun-arrest heeft verricht en of die beoordeling deugdelijk gemotiveerd is, zie bijv. ABRvS 28 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:239.

5.10 Waardering iMMO-rapport bij beoordeling geloofwaardigheid asielrelaas/medisch steunbewijs

5.10.1 Aangedragen knelpunt

Het kan voorkomen dat een vreemdeling vanwege een trauma niet in staat is om in het asielrelaas consistent en duidelijk te verklaren. De Afdeling krijgt vaak zaken waarin de vreemdeling een medisch advies van het iMMO (instituut voor Mensenrechten en Medisch Onderzoek) heeft overgelegd, ter onderbouwing van het asielrelaas. Het iMMO kan onderzoeken of de medische en psychische problemen die een vreemdeling heeft van invloed zijn op diens vermogen om zijn asielrelaas consistent en duidelijk naar voren te brengen.¹²⁴ Het iMMO kan ook onderzoek instellen naar vreemdelingen die

¹²⁴ Zie voor de onderzoeksopdracht van het iMMO: <https://www.stichtingimmo.nl/onderzoek-en-advies-2/welk-onderzoek-doet-het-immo>.

stellen in hun land van herkomst slachtoffer te zijn geweest van marteling; het advies kan dan als steunbewijs dienen. Het advies van het iMMO lijkt vaak niet te worden gevolgd; de staatssecretaris heeft de ruimte om te overwegen dat het asielaanvraagstuk ongelofwaardig is, ook al blijkt uit het medisch advies dat de vreemdelingen wegens psychische beletselen niet in staat is coherent te verklaren, of dat littekens die de vreemdeling heeft, aansluiten bij wat de vreemdeling naar eigen zeggen in het verleden heeft meegemaakt. Als de staatssecretaris dit motiveert, hoeft hij geen medisch deskundige inschakelen voor een nader onderzoek.¹²⁵

5.10.2 Beleid

In de Vreemdelingencirculaire is geen beleid opgenomen specifiek over de iMMO rapporten. Het iMMO kan door verschillende partijen gevraagd worden om een medisch rapport op te stellen (de vreemdeling zelf, de staatssecretaris, de rechter, een rechtshulpverlener). In par. C1/4.4.4 van de Vc 2000 staat wel dat de staatssecretaris de door de vreemdeling overlegde medische stukken moet betrekken bij zijn beoordeling.

5.10.3 Hoofdlijn rechtspraak Afdeling

De Afdeling heeft in de uitspraken van 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2084, ECLI:NL:RVS:2018:2085 en ECLI:NL:RVS:2018:2086 een nieuw toetsingskader (ten opzichte van de uitspraak uit 28 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1783) uiteengezet voor de beoordeling van het vermogen om coherent te verklaren en van medisch steunbewijs.

¹²⁵ Casus 1 gaat over een vrouw wier asielvergunning na enkele jaren weer is ingetrokken, omdat de situatie in haar land is veranderd. Haar verhaal is volgens de staatssecretaris niet geloofwaardig, omdat ze vaag en tegenstrijdig heeft verklaard. In het iMMO-rapport staat dat haar klachten alleen kunnen zijn ontstaan na langdurig en ernstig martelen, als gevolg waarvan zij herinneringen en gebeurtenissen heeft verdrongen en daar niet meer in detail en consequent over kan vertellen. De Afdeling volgt de staatssecretaris en heeft overwogen dat het relaas niet geloofwaardig is omdat niet consequent is verklaard. Casus 39 gaat over een jonge vrouw uit Congo (21) die in haar asielprocedure niet consequent heeft verklaard over wat haar is overkomen, waardoor haar relaas niet geloofwaardig wordt geacht. Uit een medisch advies blijkt dat zij te ernstig is getraumatiseerd om goed te kunnen vertellen wat ze heeft meegemaakt, en dat haar klachten en littekens haar relaas onderbouwen. Casus 40 gaat over een Soedanese man (1986), die in Soedan ernstig is gemarteld. In 2017 dient hij een opvolgend asielverzoek in, waarbij hij een iMMO-rapport overlegt. In dit rapport staat dat zijn littekens consistent zijn met zijn relaas over de martelingen in Soedan, en dat het aannemelijk is dat zijn psychische klachten (PTSS en depressie) hier uit voortkomen. De staatssecretaris besluit dat deze informatie niet nieuw is, het iMMO-rapport wordt niet inhoudelijk beoordeeld. De Afdeling heeft het hoger beroep ongegrond verklaard.

5.10.3.1 *Vermogen om coherent te verklaren*

De Afdeling heeft in deze uitspraken bepaald dat wanneer een vreemdeling een iMMO-rapport heeft ingebracht (dat voldoet aan de procedurele en materiële eisen), de staatssecretaris de conclusies uit het rapport moet betrekken bij de beoordeling. Het tijdsverloop tussen de gehoren en het moment waarop het iMMO het onderzoek heeft verricht, is geen reden om geen waarde te hechten aan het iMMO-rapport. Als in het iMMO-rapport op concludente en inzichtelijke wijze is gesteld dat de psychische problematiek van de vreemdeling ten tijde van de gehoren zeer waarschijnlijk of zeker interfereerde met zijn vermogen om consistent en coherent te verklaren, kan de staatssecretaris hieraan niet voorbijgaan zonder zelf een medisch deskundige te raadplegen. Het is wel vereist dat duidelijk uit het iMMO-rapport moet blijken hoe is vastgesteld dat de vreemdeling waarschijnlijk niet consistent kon verklaren. Het iMMO-rapport moet aan de volgende vereisten voldoen:

1. Het moet vermelden welke medische gegevens uit de periode van de gehoren zijn betrokken en of het onderzoeksformulier van de FMMU¹²⁶ daar deel van uitmaakte;
2. Uit het iMMO-rapport moet blijken op welke onderdelen van het asielaas de beperking van het vermogen om consistent en coherent te verklaren, invloed heeft gehad; en
3. Uit het rapport moet blijken dat de conclusie over het vermogen consistent te verklaren, niet mede is gebaseerd op de aanname dat de gebeurtenissen waardoor de vreemdeling stelt psychische problemen te hebben gekregen, daadwerkelijk hebben plaatsgevonden. Als aan deze drie voorwaarden is voldaan, schept dat voor de staatssecretaris een nadere onderzoeksplicht en/of nadere motiveringsplicht. Als de staatssecretaris vervolgens geen medische deskundige inschakelt en de in het iMMO-rapport neergelegde conclusies niet bestrijdt, maar het relaas toch ongeloofwaardig acht, hij nader zal moeten motiveren waarom dit volgens hem het geval is.

5.10.3.2 *Medisch steunbewijs*

Over het rapport als medisch steunbewijs heeft de Afdeling overwogen dat als een medisch rapport zoals een iMMO-rapport een sterke aanwijzing vormt dat de door een vreemdeling gestelde onmenselijke behandeling in het land van herkomst of bestendig verblijf het letsel heeft veroorzaakt, de staatssecretaris de twijfel over de oorzaak van het letsel moet wegnemen als hij de gestelde onmenselijke behandeling desondanks niet aannemelijk acht. De staatssecretaris kan nader medisch onderzoek laten verrichten. Of een iMMO-rapport tot dergelijk onderzoek verplicht, hangt ervan af of de vreemdeling tijdens de gehoren bevreemdingwekkend, vaag of tegenstrijdig heeft

¹²⁶ De Forensische Medische Maatschappij Utrecht.

verklaard over het deel van het asielrelaas dat hij met het iMMO-rapport heeft willen staven. Verder speelt mee of dat deel van het asielrelaas past in het beeld dat in betrouwbare algemene informatie over het land van herkomst naar voren komt. Ook is van belang hoe sterk de kwalificatie is die volgens het iMMO van toepassing is. Voor het ontstaan van de verplichting tot nader medisch onderzoek is echter niet vereist dat het iMMO-rapport geen ruimte laat voor een andere dan de door de vreemdeling gestelde oorzaak. Dat onderdelen van het asielrelaas ongeloofwaardig zijn, hoeft evenmin in de weg te staan aan het ontstaan van de verplichting tot medisch onderzoek.

De Afdeling heeft deze lijn bevestigd, zie bijvoorbeeld de uitspraken van:

- 19 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:551. De staatssecretaris heeft gemotiveerd waarom hij het asielrelaas, ondanks het iMMO-rapport, ongeloofwaardig acht en waarom hij geen medisch deskundige inschakelt.
- 8 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1565. De staatssecretaris mocht het asielrelaas van de vreemdeling dat hij met het iMMO-rapport wilde staven, ongeloofwaardig achten.
- 22 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3053. De conclusie omtrent het vermogen om te verklaren kan niet mede gebaseerd zijn op de aanname dat de gebeurtenissen waardoor de vreemdeling stelt psychische problemen te hebben gekregen, daadwerkelijk hebben plaatsgevonden. Ook noodzaakt het iMMO-rapport de staatssecretaris niet tot het laten verrichten van nader medisch onderzoek naar de oorzaak van de medische problematiek waarmee de vreemdeling te maken heeft. De staatssecretaris kan ondanks het medisch steunbewijs zonder nader medisch onderzoek het relaas van de vreemdeling ongeloofwaardig als hij nader motiveert waarom.

5.11 Bewijslast aannemelijk maken nationaliteit/identiteit/herkomst en de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren

5.11.1 Aangedragen knelpunt

Om in aanmerking te komen voor een verblijfsvergunning asiel moet de vreemdeling zijn identiteit, nationaliteit en herkomst aannemelijk maken. In de praktijk leidt dat regelmatig tot problemen, zeker bij ongedocumenteerde vreemdelingen. Een nationaliteitsverklaring kan bijvoorbeeld voldoende zijn voor het aannemelijk maken van de nationaliteit maar daarmee maakt een vreemdeling zijn herkomst (verblijfplaats voorafgaand aan het vertrek) niet aannemelijk. Andersom kan een taalanalyse wel iets zeggen over de herkomst van een vreemdeling, maar niet over zijn nationaliteit. Een ander knelpunt is dat een vreemdeling in sommige gevallen, bijvoorbeeld als hij

zijn nationaliteit aannemelijk moet maken, bij de autoriteiten van zijn land van herkomst moet aankloppen, terwijl hij juist stelt te vrezen voor die autoriteiten. Voor een taalanalyse geldt ook nog dat het lastig kan zijn om het oordeel van de taalanalist even stellig te weerpreken. Om bewijskracht te hebben moet een contra-expertise zorgvuldig, inzichtelijk en concludent zijn en de uitkomst ervan moet de door een vreemdeling gestelde herkomst bevestigen.

5.11.2 Wettelijke regel

Artikel 31 van de Vw 2000, Artikel 3:2 van de Awb en artikel 4:2 van de Awb.

Artikel 31 van de Vw 2000 legt de bewijslast bij de vreemdeling. Deze bepaling bevat, in aansluiting op artikel 4:2, tweede lid, Awb, een bijzondere regeling voor het nemen van een besluit op een asielaanvraag, die een nuancering inhoudt van de in artikel 3:2 Awb neergelegde hoofdregel. Het is aan de vreemdeling om aannemelijk te maken dat zijn asielmotieven een rechtsgrond voor verlening vormen en niet aan de staatssecretaris om dat te doen of het tegendeel aannemelijk te maken. Een belangrijk punt hierbij is of de vreemdeling zijn identiteit nationaliteit en herkomst aannemelijk heeft gemaakt.

5.11.3 Hoofdljn rechtspraak Afdeling

ABRvS 27 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:2810

Als de taalanalyse zorgvuldig, inzichtelijk en concludent is, kan een vreemdeling de bij de staatssecretaris gerezen en door de taalanalyse niet weggenomen twijfel slechts door het laten verrichten van een contraexpertise alsnog proberen weg te nemen. Om als contra-expertise te kunnen dienen, moet de op verzoek van een vreemdeling verrichte taalanalyse eveneens zorgvuldig, inzichtelijk en concludent zijn. Indien de uitkomst van de contra-expertise de door de desbetreffende vreemdeling gestelde herkomst niet bevestigt, wordt – gelet op artikel 31, eerste lid, van de Vw 2000 – de gerezen twijfel in elk geval niet weggenomen. Zie de uitspraak van 25 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:667, waaruit naar voren komt dat het lastig is om de conclusie van de taalanalist van het BLT te weerleggen. De gerezen twijfel kan slechts worden weggenomen indien de contraexpertise de vreemdeling buiten twijfel in het door hem gestelde herkomstgebied plaatst, zie de uitspraak van 22 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM9325.

ABRvS 23 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2437

Een voorbeeld van een zaak waarin de nationaliteit wel geloofwaardig wordt geacht (althans niet uitdrukkelijk ongeloofwaardig geacht), maar de herkomst niet. In deze zaak zijn een nationaliteitsverklaring en een geboorteverklaring overgelegd. Met deze documenten kan een vreemdeling wel zijn geboorteplaats en nationaliteit aannemelijk maken, maar niet zijn herkomst, dus niet

de plaats waar hij voorafgaand aan zijn vertrek naar Nederland heeft verbleven. Zie in dit verband ook de uitspraak van 5 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3307.

5.12 Steunbewijs seksuele gerichtheid

5.12.1 Aangedragen knelpunt

De indieners vinden kort gezegd dat bij deze zaken de bewijsdrempel te hoog ligt.

5.12.2 Wettelijke regel

Artikel 31 van de Vw 2000.

5.12.3 Beleid

Werkinstructie 2019/17, over het horen en beslissen in zaken waarin lhbt-gerichtheid als asielmotief is aangevoerd.

Het zwaartepunt ligt op de antwoorden van de vreemdeling zelf op vragen over de eigen ervaringen en persoonlijke beleving met betrekking tot zijn seksuele gerichtheid, wat dit voor hem en zijn omgeving heeft betekend, wat de situatie is voor personen met die gerichtheid in het land van herkomst van de vreemdeling en hoe zijn ervaringen, ook volgens zijn asielrelaas, in het algemene beeld passen. Het niet geloofwaardig achten van de verklaringen van de vreemdeling over gebeurtenissen die voor hem aanleiding waren om het land te verlaten, leiden niet vanzelfsprekend tot het ongeloofwaardig achten van de seksuele gerichtheid (onder 3). De staatssecretaris moet motiveren hoe rekening is gehouden met verklaringen van derden (onder 3.1). Het is weliswaar aan de vreemdeling om met eigen verklaringen het lhbt-zijn aanmerkelijk te maken, maar de staatssecretaris heeft een eigen verplichting en verantwoordelijkheid om zelf te komen tot een oordeel inzake de geloofwaardigheid van het lhbt-zijn. De staatssecretaris doet dat op basis van het gehele dossier. Er vindt dus een integrale beoordeling plaats. De staatssecretaris kijkt primair naar de eigen verklaringen van de vreemdeling maar betreft ook andere informatie in het dossier, zoals verklaringen van derde partijen. Daarnaast geldt werkinstructie 2014/10, waarin het algemene beleid over het beoordelen van asielaanvragen (par. C1/4 van de Vc 2000) is uitgewerkt.

5.12.4 Hoofdlijn rechtspraak Afdeling

Verklaringen van vrienden en familie hebben volgens de werkinstructie van de staatssecretaris weinig bewijskracht, omdat zij niet uit objectieve bron komen. Wat de staatssecretaris in de praktijk wel doet, is aanvullend horen als het gaat om feitelijke informatie. Als verklaringen van bekenden of organisaties echter niet meer inhouden dan “dat ze er niet aan twijfelen dat de vreemdeling homoseksueel is”, kan de Afdeling daar niet veel mee doen omdat de beoordeling aan de staatssecretaris is.

Verklaringen van objectieve derden, met name over het waarnemen van feitelijk gedrag, kunnen dienen als ondersteunend bewijs. Dit betekent dat het nog altijd primair de verantwoordelijkheid van de vreemdeling is om aan de hand van zijn verklaringen en eventueel ander bewijs zijn gestelde seksuele gerichtheid tegenover de staatssecretaris aannemelijk te maken (ABRvS 12 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1885, onder 6.5). De maatregelen die de staatssecretaris bij het inrichten van de asielprocedure heeft genomen om te waarborgen dat rekening wordt gehouden met de culturele achtergrond van een vreemdeling die lhbt-gerichtheid als asielmotiveerend heeft aangevoerd, zijn in algemene zin voldoende om een zorgvuldige en objectieve beoordeling van een asielaanvraag te waarborgen. Als een vreemdeling aan de hand van landeninformatie, wetenschappelijke artikelen of een deskundigenrapport betoogt dat de staatssecretaris zijn verklaringen door een cultuurverschil verkeerd heeft begrepen of geduid, moet de staatssecretaris daar gemotiveerd op ingaan. Het is aan de vreemdeling om deze individuele omstandigheden naar voren te brengen, in een zo vroeg mogelijk stadium. Hij moet op dat moment zijn betoog al zoveel mogelijk onderbouwen met landeninformatie, wetenschappelijke artikelen en/of een rapport (ABRvS 6 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:341).

5.12.5 Actuele rechtspraak na inventarisatie knelpunt

Inmiddels heeft een nuancering van de jurisprudentie plaatsgevonden. In de uitspraak van 4 augustus 2021 (ECLI:NL:RVS:2021:1754, onder 3.1-3.4) is de Afdeling ingegaan op de moeilijkheden bij bewijsvoering in lhbt-zaken en heeft zij het uitgangspunt, dat een vreemdeling zijn seksuele gerichtheid vooral met zijn eigen verklaringen aannemelijk kan en moet maken, toegelicht. Dit uitgangspunt laat onverlet dat bepaalde stukken kunnen dienen als ondersteunend bewijs. De Afdeling heeft verduidelijkt dat dit betekent dat die stukken, afhankelijk van de door een vreemdeling afgelegde verklaringen, het overige bewijs en de daarover geformuleerde tegenwerpingen, ertoe kunnen leiden dat een vreemdeling zijn seksuele gerichtheid ondanks ontoereikende verklaringen toch aannemelijk heeft gemaakt. De staatssecretaris verricht immers een integrale geloofwaardigheidsbeoordeling, waarbij hij de verklaringen van een vreemdeling over de verschillende in WI 2019/17 genoemde thema's uitdrukkelijk in hun onderlinge samenhang én in het licht van de overige verklaringen en het overgelegd bewijsmateriaal beziet en waarbij ontoereikende verklaringen gecompenseerd kunnen worden met andere verklaringen en overgelegd bewijsmateriaal. De staatssecretaris moet dan ook inzichtelijk maken hoe hij de afgelegde verklaringen en overgelegde stukken in het kader van de verschillende thema's waardeert en onderling weegt.

5.13 Beschikbaarheid en feitelijke toegankelijkheid zorg in land van herkomst (art 64 Vw)

5.13.1 Aangedragen knelpunt

Als knellend zijn genoemd de strenge toets van het Bureau Medische Adviesring (BMA) over het al dan niet ontstaan van een medische noodsituatie binnen drie maanden na het stopzetten van de behandeling in Nederland en de bewijslast in het aantonen dat behandelmogelijkheden feitelijk niet toegankelijk zijn. In theorie moet de vreemdeling dit *aannemelijk* maken, maar in de praktijk lijkt hij dit eerder te moeten *aantonen*. Deze hoge bewijsdrempel wordt niet makkelijk gehaald.

5.13.2 Wettelijke regel

Artikel 64 van de Vw 2000.

Artikel 64 van de Vw 2000 biedt de grondslag voor uitstel van vertrek wegens medische redenen (van de vreemdeling of van een gezinslid). Het uitstel wordt verleend wanneer:

1. De vreemdeling wegens zijn medische toestand niet in staat is om te reizen;
2. Wanneer bij het stopzetten van de medische behandeling in Nederland (binnen drie maanden) een medische noodsituatie ontstaat en in het land van herkomst geen mogelijkheden zijn om de behandeling voort te zetten.

5.13.3 Beleid

De staatssecretaris baseert zich bij de beoordeling op het advies van het BMA over de medische situatie van de aanvrager.¹²⁷ Als het BMA concludeert dat er geen medische noodsituatie ontstaat binnen drie maanden, wijst de staatssecretaris de aanvraag af. Wanneer het BMA concludeert dat er wel een medische noodsituatie zal ontstaan als de behandeling in Nederland wordt stopgezet, dan moet het BMA uitzoeken of er *in het algemeen* behandelmogelijkheden zijn in het land van herkomst. Het BMA baseert zich hiervoor op brondocumenten. Als die behandelmogelijkheden er in het algemeen zijn, maar het voor de vreemdeling in het bijzonder niet mogelijk is de behandeling te krijgen, dat moet de vreemdeling dat aannemelijk maken (het gaat dan om de feitelijke toegankelijkheid, bijvoorbeeld hoge kosten of een lange afstand).¹²⁸ Als de vreemdeling erin slaagt aannemelijk te maken dat de noodzakelijk geachte medische zorg in het land van herkomst voor hem niet toegankelijk is en hij er dus zonder individuele garanties geen toegang toe heeft, zal de staatssecretaris in het besluit opnemen welke voorwaarden

¹²⁷ Par. A3/7.1.3 en A3/7.1.4 van de Vc 2000.

¹²⁸ Par. A3/7.1.5 van de Vc 2000.

door de DT&V moeten worden gerealiseerd voordat tot uitzetting kan worden over gegaan.¹²⁹

5.13.4 Hoofdlĳn rechtspraak Afdeling

Sinds de arresten van 13 december 2016, Paposhvili t. België (EHRM) van 16 februari 2017, C.K. tegen Slovenië (HvJ) is de medische noodsituatie als bedoeld in artikel 64 Vw gelijkgesteld aan een onmenselijke behandeling als bedoeld in artikel 3 EVRM. De Afdelingsjurisprudentie heeft zich bij de overwegingen van het EHRM aangesloten.¹³⁰ De huidige lijn is dat een vreemdeling niet mag worden uitgezet als door uitzetting binnen drie maanden een noodsituatie zal ontstaan, door de afwezigheid van of het gebrek aan *feitelijke* toegang tot de benodigde zorg.

5.13.4.1 Feitelijke toegankelijkheid & bewijslast

In het kader van de feitelijke toegankelijkheid staat in de medische zaken bij de Afdeling vaak de verdeling van de bewijslast centraal. In de uitspraken van 29 maart 2019¹³¹ heeft de Afdeling een algemene lijn uitgezet. Deze algemene lijn houdt in dat het aan een vreemdeling is om aannemelijk te maken dat hij door zijn gezondheidstoestand een reëel risico in de zin van artikel 3 EVRM loopt en dat, als er zorg beschikbaar is, deze in zijn geval niet feitelijk toegankelijk is. Voor dit laatste moet hij *aantonen* wat de kosten van de zorg zijn en, als hij stelt dat deze behandeling om financiële of andere redenen voor hem feitelijk niet toegankelijk is, dat *aannemelijk maken*. Hij zal hiervoor bijvoorbeeld aannemelijk moeten maken dat hij niet in de nabijheid van de zorginstelling kan gaan wonen en dat er geen sociaal netwerk, familie of charitatieve instelling is om voor praktische en/of financiële ondersteuning op terug te vallen of dat het voor hem niet mogelijk is geld te lenen. In 2020/2021 heeft de Afdeling deze lijn voortgezet. Enkele voorbeelden:

- ABRvS 25 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:567. De vreemdelingen hebben verwezen naar algemene informatie over het minimumloon in Nigeria en gesteld dat zij geen beroep kunnen doen op familieleden, ter onderbouwing van het standpunt dat ze in het land van herkomst de medische kosten niet kunnen dragen. Dit is onvoldoende om aannemelijk te maken dat zij niet beschikken over voldoende financiële middelen of netwerk om de medische kosten te voldoen. De vreemdelingen hebben ook niet aannemelijk gemaakt dat zij niet in de nabijheid van de medische voorzieningen kunnen wonen. Hiervoor hebben de vreemdelingen betoogd dat zij

¹²⁹ Par. A3/7.1.5 Vc en A3/7.3.2.2 van de Vc 2000.

¹³⁰ Zie bijvoorbeeld de Afdelingsuitspraken van 28 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2628, ECLI:NL:RVS:2017:2629 en ECLI:NL:RVS:2017:2627.

¹³¹ ECLI:NL:RVS:2019:989, ECLI:NL:RVS:2019:987, ECLI:NL:RVS:2019:983 en ECLI:NL:RVS:2019:988.

de kosten voor een huurwoning in dezelfde wijk als waar de medische voorzieningen zijn niet kunnen opbrengen.

- ABRvS 30 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:753. De vreemdeling heeft onvoldoende concreet heeft gemaakt dat hij in zijn land van herkomst geen toegang heeft tot de nodige zorg door de hoge kosten. In dit geval heeft de vreemdeling een reisadvies van het Ministerie van Buitenlandse Zaken overgelegd en een aantal krantenartikelen.
- In ABRvS 5 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1887 heeft de vreemdeling aannemelijk gemaakt dat voor hem de kosten voor de benodigde medicatie hoog zijn in verhouding tot het gemiddelde inkomen in Pakistan en dat hij geen sociaal netwerk heeft om op terug te vallen.
- In ABvRS 1 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1425, heeft de Afdeling uit de van het BMA verkregen informatie over de beschikbaarheid van medische zorg in Nigeria en uit een brief van een hematoloog in Nigeria afgeleid dat de vreemdeling voor de zorg die hij nodig heeft bij verschillende instellingen moet zijn. Volgens de Afdeling heeft de vreemdeling aannemelijk gemaakt dat hij zelf niet in staat zal zijn te organiseren dat hij de nodige zorg tijdig krijgt.

5.13.5 Actualiteit

Op 4 februari 2021 heeft rechtbank Den Haag, zp. 's-Hertogenbosch, prejudiciële vragen gesteld over de medische behandeling als beletsel voor uitzetting en als aspect van het privéleven (artikel 8 EVRM). In het bijzonder speelt de vraag of een toename van lijden op zichzelf een beletsel kan vormen voor uitzetting.

5.14 Verruimde gezinshereniging / art. 8 EVRM

5.14.1 Aangedragen knelpunt

Opgemerkt wordt dat de belangenafweging in het kader van artikel 8 EVRM te streng is, in het bijzonder bij een kwetsbare ouder. Het criterium 'more than the normal emotional ties' wordt te strikt ingevuld.

5.14.2 Wettelijke regel

Artikel 15 van de Vw 2000 en artikel 3.13, tweede lid, van het Vb 2000. Als de vreemdeling geen gezinslid is als bedoeld in artikel 3.14 van het Vb 2000 en/of niet is voldaan aan alle in de artikelen 3.16 tot en met 3.22a opgenomen vereisten, kan de staatssecretaris een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd verlenen voor verblijf als familie- of gezinslid als artikel 8 van het EVRM hiertoe verplicht.

5.14.3 Beleid

Par. B7/3.8 van de Vc 2000.

De staatssecretaris neemt familie- of gezinsleven als bedoeld in artikel 8 EVRM aan tussen meerderjarigen als sprake is van een meer dan gebruikelijke afhankelijkheidsrelatie ('more than the normal emotional ties'). Bij de beoordeling of weigering van (voortzetting van) het verblijf van de vreemdeling in strijd is met artikel 8 EVRM, betreft de staatssecretaris alle relevante feiten en brengt deze tot uitdrukking in een belangenafweging.

5.14.4 Hoofdlijn rechtspraak Afdeling

Voor het bestaan van 'more than the normal emotional ties' kan onder meer financiële of materiële afhankelijkheid van belang zijn. Daarbij mag de staatssecretaris zwaarwegend maar niet doorslaggevend gewicht toekennen aan het antwoord op de vraag of er een reële mogelijkheid bestaat dat ook andere familieleden of derden de door het afhankelijke familielid benodigde zorg geven. Het is in overeenstemming met de jurisprudentie van het EHRM en de Afdeling dat de staatssecretaris bij de beoordeling of tussen de vreemdeling en de referent 'more than the normal emotional ties' bestaan, onder meer betreft of de gestelde afhankelijkheid tussen hen exclusief is (ABRvS 4 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1003). In feite komt dat neer op: er is niemand anders die voor meneer of mevrouw kan zorgen/zorgt.

De vreemdeling moet aannemelijk maken dat juist de referent voor hem zou moeten zorgen en dat er geen reële alternatieven zijn (bijv. burens, kennissen of instanties). Er is geen plaats voor een belangenafweging in het kader van artikel 8 van het EVRM als de staatssecretaris zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat geen familie- of gezinsleven als bedoeld in dat artikel bestaat (ABRvS 27 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2823, en ABRvS 16 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:811).

5.15 Dublinzaken en bewijs minderjarigheid, interstatelijke vertrouwen

5.15.1 Aangedragen knelpunt

Als een nietbegeleide minderjarige vreemdeling in een andere lidstaat (een andere leeftijd(en) heeft opgegeven (meerderjarigheid), neemt de staatssecretaris op grond van het interstatelijk vertrouwensbeginsel in Dublinzaken aan dat de registratie in de andere lidstaat juist is. Het is dan aan de vreemdeling om zijn minderjarigheid te bewijzen, al doet de staatssecretaris vaak ook zelf navraag bij de autoriteiten van de desbetreffende lidstaat. Ligt de bewijslat voor de vreemdeling te hoog?

5.15.2 Wettelijke regel

Artikel 8 van de Dublinverordening (artikel 30 van de Vw 2000).

5.15.3 Beleid

Par. C2/5 van de Vc 2000.

Voor het starten van het onderzoek naar gezins- of familieleden van de niet-begeleide minderjarige vreemdeling is onder meer vereist dat de staatssecretaris heeft vastgesteld dat de vreemdeling minderjarig is en in een andere lidstaat niet als meerderjarige staat geregistreerd. Het bepaalde in paragraaf C1/2.2 onder 'Leeftijdsonderzoek' is van overeenkomstige toepassing.

Par. C1/2.2 van de Vc 2000.

De staatssecretaris eist voor het aanbieden van een leeftijdsonderzoek onder meer dat de vreemdeling zijn gestelde minderjarigheid niet met bewijsmiddelen kan aantonen en ook niet anderszins aannemelijk kan maken (zie hieronder, over par. C1/4.3 van de Vc 2000). Met de uitslag van een leeftijdsonderzoek kan de vreemdeling zijn gestelde minderjarigheid aantonen.

Par. C1/4.3 van de Vc 2000.

Een document kan alleen als bewijsmiddel van de identiteit van een vreemdeling dienen als dat document officieel is uitgegeven door de autoriteiten van zijn land van herkomst en daarop in ieder geval zijn pasfoto, geboorteplaats en geboortedatum staan.

Een vreemdeling kan aannemelijk maken dat hij in bewijsnood verkeert als zijn verklaringen over zijn identiteit, nationaliteit en over het ontbreken van die documenten consistent, geloofwaardig, gedetailleerd en verifieerbaar zijn en deze verklaringen overeenkomen met wat daarover wel bekend is.

Met dit laatste wordt in ieder geval bedoeld wat bekend is over de situatie in het land van herkomst en wat bekend is uit registratiesystemen, bijvoorbeeld van andere lidstaten.

5.15.4 Hoofdlijn rechtspraak Afdeling

Op grond van het interstatelijk vertrouwensbeginsel kan de staatssecretaris in beginsel uitgaan van de zorgvuldigheid en juistheid van een in een andere lidstaat geregistreerde geboortedatum en de registratie daarvan in het Eurodac-systeem, en is het aan de vreemdeling om aannemelijk te maken dat die geregistreerde geboortedatum onjuist is. Hiervoor is vereist dat de vreemdeling officiële documenten met identificerende kenmerken overlegt.

Een vreemdeling kan aannemelijk maken dat hij in bewijsnood verkeert (ABRvS 11 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1165, en ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:653).

5.16 Onjuiste gegevens en niet doorgeven nieuwe gegevens over met name eigen middelen te snel beschouwd als fraude

5.16.1 Aangedragen knelpunt

Als een vreemdeling die een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd heeft, onjuiste gegevens heeft verstrekt of gewijzigde gegevens niet heeft doorgegeven aan de staatssecretaris, met name over middelen, wordt dit als fraude (als bedoeld in artikel 16, tweede lid, aanhef en onder a, van de Gezinsherenigingsrichtlijn) beschouwd als die vreemdeling moet hebben geweten dat die informatie van belang is voor de beoordeling van zijn verblijfsrecht. De gevolgen van een intrekking wegens fraude zijn groot: de staatssecretaris trekt de verblijfsvergunning in met terugwerkende kracht, zonder herstelmogelijkheid, en vaardigt (soms) een inreisverbod uit. Wordt te snel uitgegaan van fraude?

5.16.2 Wettelijke regel

Artikel 18, eerste lid, aanhef en onder c, in samenhang met artikel 19 van de Vw 2000 (implementatie van artikel 16, tweede lid, aanhef en onder a, van de Gezinsherenigingsrichtlijn).

5.16.3 Beleid

Par. B1/6.2 van de Vc 2000.

De staatssecretaris trekt de verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd in als zich voordoet wat in artikel 18, eerste lid, aanhef en onder c, van de Vw 2000 staat, dus dat een vreemdeling onjuiste gegevens heeft verstrekt of gegevens heeft achtergehouden terwijl die gegevens tot afwijzing van de oorspronkelijke aanvraag tot het verlenen of verlengen zouden hebben geleid.

Par. B1/6.3 van de Vc 2000.

De staatssecretaris trekt de verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd in met ingang van de datum waarop niet (meer) werd voldaan aan de voorwaarden.

Als de staatssecretaris een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd intrekt, kan de staatssecretaris ambtshalve een verblijfsvergunning regulier verlenen, o.a. als uitzetting in strijd zou zijn met artikel 8 van het EVRM (artikel 3.6, eerste, tweede, vierde en vijfde lid, van het Vb 2000).

5.16.4 Hoofdlijn rechtspraak Afdeling

Dat de staatssecretaris de polisadministratie van het UWV (die als administratie als bedoeld in artikel 24a, eerste lid, van de Vw 2000 is aangewezen) kan raadplegen via Suwinet, laat onverlet dat de vreemdeling en referent verplicht zijn om de staatssecretaris te melden als zich wijzigingen voordoen

die van invloed kunnen zijn op het gevraagde dan wel verleende verblijfsrecht. De staatssecretaris wijst op die verplichting in het mvvaanvraagformulier dat de referent heeft moeten ondertekenen (ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:360, onder 3.1).

In artikel 16, tweede lid, van de Gezinsherenigingsrichtlijn gaat het om de situatie dat een verblijfsrecht is verkregen op basis van onjuiste informatie, terwijl aan het verstrekken van die informatie een bewust handelen ten grondslag moet liggen. Hoewel de in tweede lid gebruikte formulering vooral wijst op een actief handelen, kan fraude ook bestaan uit het achterhouden of verzwijgen van informatie, terwijl de vreemdeling moet hebben geweten dat die informatie van belang is voor de beoordeling over zijn verblijfsrecht (ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:360, onder 4.3 (inkomensdaling), ABRvS 8 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:988, onder 4.2 (inkomensdaling doordat referent één van de twee arbeidsovereenkomsten heeft opgezegd), ABRvS 12 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4199, onder 4 en 4.1 (inkomensdaling doordat referent zijn arbeidsovereenkomst heeft opgezegd), en ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:727, onder 3.1 en 3.2 (onzekere inkomenspositie van referent doordat werkgever stopt met loonbetaling omdat hij van een viswinkel wil veranderen in een theehuis, waarna de werkgever de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht opzegt).

De staatssecretaris is niet gehouden om te beoordelen of tijdens de procedure alsnog aan het middelenvereiste is voldaan, bijvoorbeeld door het aannemen van een nieuwe baan. De staatssecretaris heeft de verblijfsvergunning immers met terugwerkende kracht ingetrokken omdat deze, gelet op de onjuiste of achtergehouden informatie nooit had mogen worden verleend en die situatie blijft ongewijzigd. Als een vreemdeling meent dat inmiddels wel aan het middelenvereiste is voldaan, kan hij een nieuwe aanvraag indienen (ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:360, onder 7.1, en ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:727, onder 6 en 6.1).

Intrekking van de verblijfsvergunning is geen inmenging in de zin van artikel 8 van het EVRM, omdat door de intrekking de rechtens juiste situatie met terugwerkende kracht is hersteld. De Afdeling volgt het standpunt van de staatssecretaris dat het verschaffen van onjuiste gegevens voor eigen risico van de vreemdeling komt en dat de omstandigheid dat geen sprake is geweest van rechtmatig verblijf, bij de belangenafweging in het kader van artikel 8 van het EVRM in het nadeel van de vreemdeling meeweegt (ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:727, onder 7 t/m 7.6, in het kader van de intrekking van de verblijfsvergunning en de uitvaardiging van een inreisverbod).

5.17 Beoordeling geloofwaardigheid bekering

5.17.1 Aangedragen knelpunt

Als een vreemdeling aan zijn aanvraag ten grondslag legt dat hij zich heeft bekeerd tot het christendom, gaat de staatssecretaris eerst onderzoeken of dit geloofwaardig is. Verricht de staatssecretaris deze beoordeling op de gewenste/juiste wijze en houdt hij daarbij in voldoende mate rekening met alle relevante aspecten, zoals bijvoorbeeld verklaringen van derden?

5.17.2 Wettelijke regel

Artikel 31 Vw 2000 voor de (algemene) bewijslastverdeling in de asielzaken.

5.17.3 Beleid

Par. C1/4.4 van de Vc 2000.

Algemene beleidsregels over de beoordeling van de geloofwaardigheid van een asielrelaas. Er vindt een integrale geloofwaardigheidsbeoordeling plaats. Hierbij worden alle relevante omstandigheden van het geval betrokken en in onderlinge samenhang gewogen.

Er zijn twee relevante werkinstructies, te weten WI 2014/10 over de integrale geloofwaardigheidsbeoordeling en WI 2019/18 over de beoordeling van de geloofwaardigheid van een bekering.

WI 2014/10:

De stelplicht en bewijslast betreffende het asielrelaas liggen in beginsel bij de asielzoeker. De grenzen van de bewijslast voor de asielzoeker strekken zover als 'wat in redelijkheid van hem gevraagd kan worden. De IND heeft op grond van artikel 3:2 Awb ook een actieve onderzoeksplicht. De overheid kan in voorkomende gevallen bovendien tegemoet komen aan de op de vreemdeling rustende bewijslast door zelf onderzoek te verrichten, bijvoorbeeld door vragen te stellen tijdens de gehoren of het opvragen van een individueel ambtsbericht en het laten verrichten van een taalanalyse of een leeftijds-onderzoek. Bovendien heeft de IND mogelijkwijze gemakkelijker toegang tot bepaalde soorten documenten en informatie dan de verzoeker. De overheid moet de relevante elementen (ambtshalve) aanvullen en algemene informatie beschikbaar hebben en toepassen waar dat nodig is. In dit verband wordt ook wel gesproken van de samenwerkingsverplichting die is neergelegd in artikel 4, eerste lid van de Kwalificatierichtlijn

WI 2019/18:

Er zijn drie elementen die een rol spelen bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van een bekering, te weten;

- De motieven voor en het proces van bekering;
- De kennis van het nieuwe geloof, en;
- De activiteiten, zoals bezoeken aan religieuze bijeenkomsten die een

persoon onderneemt binnen de nieuwe geloofsovertuiging en het effect van de veranderingen.

De IND beoordeelt niet of de vreemdeling zichzelf oprecht bekeerd vindt. De IND toetst of aannemelijk is dat de door de vreemdeling gestelde oprechte bekering gebaseerd is op een diepgewortelde innerlijke overtuiging. Indien dit aannemelijk is gemaakt, wordt uitgegaan van een geloofwaardige bekering. Bij deze beoordeling is de weging van de drie elementen van belang. Belangrijk is dat alle drie de elementen worden betrokken bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van de bekering. In het algemeen kan gesteld worden dat het zwaartepunt in de meeste gevallen ligt bij de motieven voor en het proces van bekering. Indien er over één element minder goede verklaringen zijn afgelegd, kunnen de andere elementen dit ‘compenseren’, zo lang de vreemdeling in staat is daarover wel verklaringen af te leggen die overtuigend genoeg zijn om de zwakkere elementen te ‘compenseren’.

Aan verklaringen en/of rapporten van bijvoorbeeld kerkelijke instanties en geloofsgenoten waarin een eigen oordeel wordt gegeven over de oprechtheid van de bekering op basis van de verklaringen die de vreemdeling tegenover de IND heeft afgelegd of ten overstaan van deze kerkelijke instantie of geloofsgenoten, zal in de regel een beperkt gewicht worden toegekend. Aan verklaringen en/of rapporten van kerkelijke instanties waarin op basis van eigen waarnemingen wordt aangegeven welke rol de vreemdeling speelt binnen een (kerkelijke) organisatie en hoe hij hier binnen de gemeenschap uiting aan geeft, zal meer waarde worden toegekend.

5.17.4 Hoofdlijn rechtspraak Afdeling

In ABRvS 24 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0955, is de vaste gedragslijn die de staatssecretaris hanteerde ter beoordeling van een gestelde bekering uiteengezet. Vervolgens is WI 2018/10 (later vervangen door WI 2019/18) in werking getreden. In ABRvS 12 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:977 was deze Werkinstructie, in het bijzonder de vraag of hiermee sprake was van een wijziging in de beoordeling, aan de orde. In haar uitspraak van 12 mei 2021 heeft de Afdeling geoordeeld dat dit niet zo is. Verder heeft de Afdeling geoordeeld dat de staatssecretaris voortaan, ook als hij in zijn geloofwaardigheidsbeoordeling een doorslaggevend gewicht toekent aan ontoereikende verklaringen van een vreemdeling over de motieven voor en het proces van bekering, kenbaar moeten motiveren wat hij vindt van de verklaringen van een vreemdeling over de overige twee elementen (kennis van het nieuwe geloof en in het kader van het nieuwe geloof ontplooidde activiteiten) en waarom die verklaringen de ontoereikende verklaringen over het eerste element niet kunnen compenseren. Met deze overweging komt de Afdeling terug van haar eerdere rechtspraak (onder meer ABRvS 15 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2801). Verder zal de staatssecretaris voortaan ook daadwerkelijk en kenbaar moeten motiveren hoe hij overgelegde verklaringen van derden heeft gewogen in het licht van de tegenover hem afgelegde en

ongeloofwaardig geachte verklaringen over de gestelde bekering. Zo zal inzichtelijk en voor de bestuursrechter beter toetsbaar worden welk gewicht aan verklaringen van derden is toegekend.

5.18 Formalisme bij verblijfsगतen, ook bij Nederlanderschap

5.18.1 Aangedragen knelpunt

Een verblijfsगत is een onderbreking in het rechtmatig verblijf die gevolgen kan hebben voor eventuele toekomstige (vervolg)procedures. Eén van de voorwaarden voor het verkrijgen van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd (asiel of regulier), een verblijfsvergunning met de aantekening EUlangdurig ingezetenen of voor naturalisatie is namelijk dat betrokkene minimaal vijf jaar voorafgaand aan de aanvraag zonder onderbreking rechtmatig verblijf moet hebben. Is de toepassing van het beleid ten aanzien van verblijfsगतen te formalistisch? Gewezen is op een aantal aspecten.

De IND zou het verblijfsगत zonder meer tegenwerpen aan een vreemdeling zonder oog voor evenredigheid of het doel van artikel 8, eerste lid, aanhef en onder c, van de RWN.

Bij het tegenwerpen van een verblijfsगत wordt niet gedifferentieerd naar de duur van dat gat.

Een (opvolgende) vergunning wordt verleend met ingang van de dag waarop de vreemdeling heeft aangetoond dat hij aan alle voorwaarden voldoet. Anders gezegd: vanaf de datum waarop de aanvraag compleet is. Wat als een vreemdeling zijn aanvraag wel tijdig, maar niet volledig heeft ingediend? Uitgangspunt is dat een houder van willekeurig welke vergunning zélf de volledige verantwoordelijkheid draagt voor tijdige indiening. Ook wanneer er een erkend referent in het spel is, geldt omwille van een sluitend referentstelsel die verantwoordelijkheid onverkort. In drie situaties kan het beleid knellen, namelijk in het geval:

- Onduidelijk is waarmee de aanvraag moet worden onderbouwd;
- De aanvraag wordt aangepast op een ondergeschikt punt;
- Het bedrijf waar een vreemdeling werkzaam is wordt overgenomen door een bedrijf dat nog geen erkend referent is.

5.18.2 Hoofdpijnen rechtspraak van de Afdeling

ABRVs 27 oktober 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2024 (bijz. r.o. 2.1.3):

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Vw 2000 valt volgens de Afdeling af te leiden dat de gekozen systematiek niet uitsluit dat, indien een vreemdeling niet vijf achtereenvolgende jaren rechtmatig verblijf heeft genoten, een aanvraag voor een vergunning voor onbepaalde tijd niettemin wordt verleend. Uit artikel 21, eerste lid, van de Vw 2000 volgt dus niet dat de minister geen verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd kan verlenen, indien direct

voorafgaand aan de aanvraag geen sprake is geweest van vijf achtereenvolgende jaren rechtmatig verblijf.

ABRvS 24 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO4834:

Verzoek om naturalisatie is afgewezen omdat verzoekers geen vijf achtereenvolgende jaren rechtmatig verblijf in Nederland hadden. In het kader van de Regeling afwikkeling nalatenschap oude Vreemdelingenwet (ook wel bekend als 'pardonregeling') hebben zij per 15 juni 2007 rechtmatig verblijf in Nederland (de hun eerder verleende verblijfsvergunningen zijn per die datum vervallen verklaard en zij hebben met het accepteren van de regeling afstand gedaan van de daaruit voortvloeiende rechten). Dat verzoeker en verzoekster feitelijk sinds 1999 in Nederland verblijven, volledig in de Nederlandse samenleving zijn geïntegreerd en tot 2012 in Nederland zijn toegelaten, zijn, in het licht van artikel 8, eerste lid, aanhef en onder c, van de RWN, geen zeer bijzondere omstandigheden op grond waarvan de minister toepassing aan art. 10 van de RWN had moeten geven.

ABRvS 9 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5297 en 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2892:

De Afdeling heeft in deze uitspraak overwogen dat het op de weg van verzoekster had gelegen om een rechtsmiddel aan te wenden tegen het besluit waarbij aan haar een verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd is verleend als zij het niet eens was met de ingangsdatum van die vergunning.

ABRvS 8 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2398:

Een beroep op het evenredigheidsbeginsel in verband met het ontstaan van een verblijfs gat slaagt bij de Afdeling vaak niet. Zo overweegt de Afdeling vaak dat de door een vreemdeling aangevoerde omstandigheden onvoldoende zijn voor de conclusie dat de staatssecretaris van intrekking van de verblijfsvergunning had moeten afzien. Een vreemdeling onderscheidt zich niet van andere vreemdelingen die een verblijfs gat hebben omdat ze de verlenging van hun verblijfsvergunning te laat hebben aangevraagd. Daargelaten of hij terecht aanvoert dat hij niet verwijtbaar heeft gehandeld, is het gevolg dat hij later in aanmerking zal komen voor een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd en naturalisatie niet onevenredig in verhouding tot de met de intrekking beoogde doelen (vergelijk de uitspraken van 30 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3294, r.o. 4.2 en van 18 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:173, r.o. 10.2).

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

5.19.1 Aangedragen knelpunt

Indien een vreemdeling inburgeringsplichtig is heeft hij in beginsel drie jaar de tijd om aan deze plicht te voldoen. Indien een vreemdeling verwijtbaar niet binnen de termijn heeft voldaan aan de inburgeringsplicht legt de minister een boete op van in beginsel € 1.250,00. In de praktijk blijkt dat bij de afweging of de termijnoverschrijding verwijtbaar is, niet naar alle relevante feiten en omstandigheden van het individuele geval wordt gekeken. De relevante feiten en omstandigheden die kunnen leiden tot matiging van de boete vanwege verminderde of geen verwijtbaarheid zijn met name het aantal gevolgde cursussen, examenpogingen, behaalde deexamens, en omstandigheden die aan het volgen van een inburgeringscursus in de weg staan.

Voor het terugbetalen van de lening door statushouders geldt een alles-of-niets benadering. Dit betekent in de praktijk dat het net niet voldoen aan de inburgeringstermijn of het net niet behalen van één deexamen binnen de termijn leidt tot een schuld van maximaal € 10.000,00 en mogelijk de weigering van een sterker verblijfsrecht. Hierbij kan geen rekening worden gehouden met de mate van verwijtbaarheid van de overschrijding van de inburgeringstermijn. Er is geen verlengings- of ontheffingsgrond die een integrale beoordeling van individueel vermogen tot voldoen aan de inburgeringsplicht – en andere relevante belangen en omstandigheden – mogelijk maakt of afdwingt.

Het huidige inburgeringsbeleid vergt verder grote tijds- en financiële investeringen van gezinsmigranten. Dit komt doordat gezinsmigranten zelf de kosten dragen die zij maken tijdens het inburgeringstraject, terwijl de lening van statushouders wordt kwijtgescholden als zij op tijd voldoen aan de inburgeringsplicht.

5.19.2 Wettelijke regels

In artikel 6 van de Wet inburgering (hierna: de Wi) zijn twee ontheffingsmogelijkheden neergelegd. De minister ontheft de inburgeringsplichtige volgens het eerste lid van de inburgeringsplicht, indien de inburgeringsplichtige heeft aangetoond door een psychische of lichamelijke belemmering, dan wel een verstandelijke handicap, blijvend niet in staat te zijn het inburgeringsexamen te behalen. Volgens het tweede lid ontheft hij de inburgeringsplichtige van bepaalde onderdelen uit het inburgeringsexamen indien uit de door de inburgeringsplichtige aangetoonde geleverde inspanningen blijkt dat hij redelijkerwijs niet aan deze onderdelen kan voldoen.

In artikel 7, eerste lid, van de Wi is neergelegd dat de inburgeringsplichtige het inburgeringsexamen of een ander diploma, certificaat of document (a.b.i. artikel 5, eerste lid, onder c) moet behalen. In de artikelen 28 tot en met 33 van de Wi is neergelegd dat de minister een boete oplegt aan de inburgeringsplichtige die niet aan artikel 7 heeft voldaan. In artikel 34 van de Wi staan de maximale hoogtes van de boetes. De minister moet ingevolge artikel 5:46, tweede lid, van de Awb bij de aanwending van zijn bevoegdheid om een boete op te leggen de hoogte van de boete afstemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten.

In artikel 7b, derde lid, van de Wi is neergelegd wanneer de minister de inburgeringstermijn kan verlengen.

Artikel 16 van de Wi gaat over de sociale lening. De inburgeringsplichtige betaalt de lening terug, tenzij bij of krachtens algemene maatregel van bestuur anders is bepaald.

De vrijstellingsmogelijkheden voor de inburgeringsplicht zijn neergelegd in de artikelen 2.3 tot en met 2.5 van het Besluit inburgering (hierna: de Bi). In Artikel 4.13, derde lid, van het Bi staat dat de minister ambtshalve volledige kwijtschelding van de schuld verleent aan vreemdelingen als bedoeld in artikel 4.1a, derde lid, van de Bi, die hebben voldaan aan de inburgeringsplicht of aan wie vrijstelling of ontheffing van de inburgeringsplicht is verleend. Het gaat om vreemdelingen die een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde of onbepaalde tijd hebben of verblijven bij een houder van een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde of onbepaalde tijd (statushouders).

5.19.3 Beleid

Uit artikel 1 van de Beleidsregel boetevaststelling inburgering volgt dat voor de vaststelling van de hoogte van de boete wordt gekeken naar het aantal opleidingsuren dat de inburgeraar heeft gevolgd en het aantal afgelegde examenpogingen.

In de Beleidsregel verlenging inburgeringstermijnen bij geen verwijt is opgenomen wanneer sprake is van een niet-verwijtbare termijnoverschrijding die kan leiden tot verlenging van de inburgeringstermijn. Het gaat onder andere om langdurige ziekte (artikel 2), de bevalling van de inburgeringsplichtige (artikel 3) en langdurig verblijf in het AZC (artikel 5).

5.19.4 Hoofdlijnen rechtspraak Afdeling

Voor de ontheffings en vrijstellingsmogelijkheden van de inburgeringsplicht geldt dat het aan de inburgeraar is om aannemelijk te maken dat hij voldoet aan de geldende vereisten. Het is vaste jurisprudentie van de Afdeling dat indien de minister in het kader van de medische ontheffingsgrond een medisch advies aan zijn besluitvorming ten grondslag legt, hij zich ervan moet vergewissen dat dit – naar wijze van totstandkoming – zorgvuldig en – naar inhoud – inzichtelijk en concludent is. De inburgeraar kan met een

contra-expertise de inhoudelijke juistheid van het medisch advies betwisten (zie ABRvS 20 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:516).

De Afdeling heeft in twee zaken (een gedeelte van) het boetebeleid van de minister niet onredelijk geacht:

ABRvS 8 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1606: boetebeleid Wi (geen matiging bij <150 gevolgde lesuren) niet onredelijk.

ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2189: de minister matigt een Wi-boete wegens medische omstandigheden wanneer betrokkene daardoor gedurende ten minste drie aaneengesloten maanden niet in staat is geweest onderwijs te volgen. De Afdeling acht dit niet onredelijk.

De Afdeling bekijkt per geval of de minister bij het opleggen van een boete wegens het niet tijdig inburgeren kenbaar rekening heeft gehouden met de individuele omstandigheden van de inburgeraar. De bewijslast ligt wederom bij de inburgeraar; hij moet aannemelijk maken dat zijn individuele omstandigheden maken dat de overschrijding van de inburgeringstermijn hem niet te verwijten valt. De Afdeling heeft in meerdere zaken geoordeeld dat de minister diende af te zien van boeteoplegging dan wel de boete verdergaand gematigd: ABRvS 13 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1961(Agajanyan): de minister had geen rekening gehouden met de specifieke cursussen die de inburgeraar wenste te volgen, waardoor het de inburgeraar niet te verwijten viel dat zij niet binnen de inburgeringstermijn aan haar inburgeringsplicht had voldaan (zie ook ABRvS 16 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3474).

ABRvS 21 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3787(Zabihi): boete van € 500,00 wegens niet tijdig voldoen aan inburgeringsplicht ten onrechte opgelegd, omdat de minister de overgelegde medische gegevens niet bij zijn beoordeling heeft betrokken.

ABRvS 16 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:119 (Maghribi): minister had moeten afzien van Wi-boete wegens samenstel feiten en omstandigheden: inspanningen om tijdig in te burgeren, niet-verwijtbare vertraging, ingeburgerd binnen 3 jaar.

ABRvS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1239 (Siddig): nieuw matigingsbeleid: binnen de inburgeringstermijn behaalde onderdelen van het inburgerings-examen leiden tot matiging, in dit geval van € 1.000,00 naar € 400,00. Uit deze uitspraak volgt verder dat de verblijfsrechtelijke gevolgen van het niet tijdig voldaan hebben aan de inburgeringsplicht niet worden betrokken in de procedure over de boeteoplegging.

ABRvS 21 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:819: Niet tijdig inburgeren niet verwijtbaar (rol minister/DUO); boete en terugbetalingsverplichting lening blijven niet in stand. De minister heeft de vreemdeling niet gewezen op de termijnen die gelden voor het nakijken van het portfolio en voor het inplannen van het eindgesprek. Gelet op de rechtszekerheid kan de minister een inburgeringsplichtige pas aan termijnen houden als hij die termijnen die niet uit wet- en regelgeving volgen, duidelijk heeft gecommuniceerd. Dit klemt temeer waar

een boete is gesteld op het niet binnen de geldende termijn behalen van de examenonderdelen. Een algemene verwijzing naar een website volstaat niet. Over het in artikel 4.13 van het Bi gemaakte onderscheid tussen statushouders en nietstatushouders heeft de Afdeling in de uitspraak van 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2880 (Khoshnaw) geoordeeld dat dit gerechtvaardigd is. Het onderscheid streeft volgens de Afdeling een legitiem doel na (het vergemakkelijken van de entree en integratie van kwetsbare asielgerechtigden in de Nederlandse samenleving) en is evenredig ten opzichte van het beoogde doel. De verblijfstatus van nietasielgerechtigden is onderhevig aan een element van keuze; zij verlaten op vrijwillige basis het land van herkomst en komen uiteindelijk in aanmerking komt een reguliere verblijfsvergunning.

5.19.5 Actualiteit

Op 1 januari 2022 treedt de nieuwe Wi inwerking. In deze nieuwe wet is het niveau van het inburgeringsexamen – voor veruit de grootste groep inburgeraars – verhoogd van A2 naar B1 niveau. Verlengingen van de inburgeringstermijn zullen daarnaast voor kortere periodes zijn. Verder is de mogelijkheid tot ontheffing op basis van gepleegde inspanningen komen te vervallen.

5.20 Woningssluitingen op grond van artikel 13b Opiumwet

5.20.1 Aangedragen knelpunt

Gesteld is dat burgemeesters te gemakkelijk overgaan tot woningssluitingen op basis van de Opiumwet. De oorspronkelijke bedoeling van de wetgever is te ver uit het oog verloren. Het juridisch kader waarbinnen thans wordt toegestaan dat de burgemeester een woning sluit, hangt te veel aan elkaar van aannames die mogen worden gedaan; als sprake is van meer dan voor eigen gebruik, mag handel worden aangenomen; als handel wordt aangenomen, mag aangenomen worden dat hier overlast door ontstaat etc. Het hangt van algemeenheden aan elkaar, die geen recht meer doen aan de feitelijke situatie zoals die is aangetroffen. Ter illustratie wordt verwezen naar een bericht uit het *AD* van 30 november 2018 (Man van 72 en vrouw van 56 in Kanalen-eiland uit huis gezet om drugshandel zoon).

Burgemeesters zouden hun besluiten beter moeten motiveren en moeten baseren op feiten en omstandigheden van het specifieke geval (in plaats van algemene aannames) en woningssluitingen moeten beperken tot de echt ernstige gevallen waarbij sprake is van grote overlast (zoals de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever was bij artikel 13b van de Opiumwet).¹³²

¹³² In de NRC van 28 mei 2021 is een bericht geplaatst waarin de Rekenkamer van de gemeente Rotterdam kritisch was op woningssluitingen. Volgens de directeur van de Rekenkamer, Paul Hofstra, is de proportionaliteit in het beleid zoek en zou de burgemeester vaker moeten afwegen of de woning wel echt gesloten moet worden. „Er wordt nu geen onderscheid gemaakt als er 2 gram of 35 kilo wordt aangetroffen.”

5.20.2 Wettelijke regel

Artikel 13b Opiumwet:

“1. De burgemeester is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang indien in woningen of lokalen dan wel in of op bij woningen of zodanige lokalen behorende erven een middel als bedoeld in lijst I of II wordt verkocht, afgeleverd of verstrekt dan wel daartoe aanwezig is.
2. Het eerste lid is niet van toepassing indien woningen, lokalen of erven als bedoeld in het eerste lid, gebruikt worden ter uitoefening van de artsenijbereidkunst, de geneeskunst, de tandheelkunst of de diergeneeskunde door onderscheidenlijk apothekers, artsen, tandartsen of dierenartsen.”

5.20.3 Beleidsregels

Burgemeesters hanteren in de regel beleidsregels voor de uitoefening van de aan hen toegekende bevoegdheid woningen te sluiten als daarin een handelshoeveelheid drugs wordt aangetroffen. Die beleidsregels voorzien vaak in een sluiting van de woning voor de duur van zes maanden als sprake is van het verkopen, afleveren of verstrekken dan wel daartoe aanwezig zijn van harddrugs.

5.20.4 Jurisprudentielijn Afdeling

Op 28 augustus 2019 heeft de Afdeling in een overzichtsuitspraak het beoordelingskader uiteengezet op basis waarvan zij besluiten van de burgemeester tot het sluiten van woningen waarin drugs zijn aangetroffen toetst (ABRVS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2912). De relevantie overwegingen van die uitspraak luiden:

“3.1. In hoger beroep wordt als uitgangspunt genomen dat de burgemeester gelet op de hoeveelheid aangetroffen drugs in de woning bevoegd was om met toepassing van artikel 13b van de Opiumwet sluiting van de woning te gelasten. De burgemeester en [wederpartij] hebben immers de desbetreffende overweging uit de uitspraak van de rechtbank niet bestreden. Het geschil in hoger beroep gaat over de vraag of de rechtbank terecht heeft overwogen dat de door [wederpartij] aangevoerde omstandigheden zodanig zijn dat de burgemeester niet in redelijkheid gebruik heeft kunnen maken van zijn bevoegdheid om sluiting van de woning te gelasten.

Het beoordelingskader

4. De burgemeester gaat op basis van de door hem gehanteerde beleidsregels over tot sluiting van een woning op grond van artikel 13b, eerste lid, van de Opiumwet als in de woning een handelshoeveelheid drugs wordt aangetroffen. De bevoegdheid tot het toepassen van artikel 13b, eerste lid, van de Opiumwet is een discretionaire bevoegdheid. Dit betekent dat het aan de burgemeester is om de betrokken belangen af

te wegen bij zijn besluit om deze bevoegdheid te gebruiken. Het is aan de bestuursrechter om te toetsen of de burgemeester na afweging van de betrokken belangen in redelijkheid daartoe heeft kunnen besluiten. Volgens het in dit geval door de burgemeester vastgestelde beleid wordt een woning voor de duur van zes maanden gesloten indien sprake is van het verkopen, afleveren of verstrekken dan wel daartoe aanwezig zijn van harddrugs. In ABRvS 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1362, heeft de Afdeling dit beleid niet onredelijk geacht. Daarbij heeft zij overwogen dat de aanwezigheid van een handelshoeveelheid harddrugs kan worden aangemerkt als een ernstig geval dat bij een eerste overtreding sluiting van een woning op grond van artikel 13b van de Opiumwet rechtvaardigt. De last tot sluiting is in overeenstemming met het hiervoor beschreven beleid van de burgemeester.

Op grond van artikel 4:84 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) handelt het bestuursorgaan overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in haar uitspraak van 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, dient de burgemeester alle omstandigheden van het geval te betrekken in zijn beoordeling en te bezien of deze op zichzelf dan wel tezamen met andere omstandigheden, moeten worden aangemerkt als bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 van de Awb die maken dat het handelen overeenkomstig het beleid gevolgen heeft die onevenredig zijn in verhouding tot de met het beleid te dienen doelen. Zoals de Afdeling in haar uitspraak van 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2362, heeft overwogen, dient aan de voor bewoners mogelijk zeer ingrijpende gevolgen van de sluiting van een woning – die een inmenging in het in artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM) neergelegde recht kan vormen – een zwaar gewicht te worden toegekend bij de beoordeling van de vraag of de burgemeester in redelijkheid van zijn bevoegdheid gebruik heeft kunnen maken en, zo ja, of de wijze waarop de bevoegdheid is toegepast evenredig is.

De Afdeling ziet met het oog op de rechtspraktijk aanleiding om dit toetsingskader aan de hand van eerdere rechtspraak van de Afdeling op hoofdlijnen uit een te zetten.

Noodzakelijkheid

4.1. In de eerste plaats dient aan de hand van de ernst en omvang van de overtreding te worden beoordeeld in hoeverre sluiting van een woning noodzakelijk is ter bescherming van het woon- en leefklimaat bij de woning en het herstel van de openbare orde.

Ernst en omvang overtreding

4.1.1. Bij aanwezigheid van meer dan 0,5 gram harddrugs of meer dan 5 gram softdrugs in een woning, is het in beginsel aannemelijk dat de aangetroffen drugs deels of geheel bestemd waren voor verkoop, aflevering of verstrekking (zie onder meer de uitspraak van de Afdeling van 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2362). In haar uitspraak van 14 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:738, heeft de Afdeling overwogen dat bij de gebruikmaking van de bevoegdheid door de burgemeester bij een geringe overschrijding van deze hoeveelheden drugs dient te worden afgewogen of met een minder verstrekkende maatregel zoals een waarschuwing kan worden volstaan dan wel of sluiting als reparatoire maatregel is aangewezen ter bescherming van het woon- en leefklimaat bij de woning en het herstel van de openbare orde. In dat kader is ook van belang de soort drugs die in een woning is aangetroffen. Zoals volgt uit eerdere uitspraken van de Afdeling, onder meer de uitspraak van 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1362, is weliswaar in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 13b, eerste lid, van de Opiumwet (Kamerstukken II 2005/06, 30 515, nr. 3, blz. 8 en Kamerstukken II 2006/07, 30 515, nr. 6, blz. 1 en 2) in algemene zin vermeld dat bij een eerste overtreding nog niet tot sluiting van de woning dient te worden overgegaan, maar moet worden volstaan met een waarschuwing of soortgelijke maatregel, doch dit moet worden beschouwd als een uitgangspunt waarvan in ernstige gevallen mag worden afgeweken. De aanwezigheid van een handelshoeveelheid harddrugs in een woning kan in ieder geval als een ernstig geval in deze zin worden aangemerkt. In beginsel zal bij een handelshoeveelheid harddrugs de noodzaak om tot sluiting over te gaan dan ook groter zijn dan bij softdrugs (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 29 juli 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:2388). Die noodzaak zal in beginsel ook groter zijn in geval van recidive (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 14 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:851). Ook zal die noodzaak groter zijn als de betrokken woning in een voor drugs-criminaliteit kwetsbare woonwijk ligt, omdat een zichtbare sluiting van dergelijke woningen door de burgemeester voor bij die woningen betrokken drugscriminelen en voor buurtbewoners een signaal is dat de overheid optreedt tegen drugscriminaliteit in die woningen (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3481).

Feitelijke handel in de woning

4.1.2. In verband met de ernst en omvang van de overtreding is mede van belang of de aangetroffen drugs feitelijk in of vanuit de woning werden verhandeld. Uitgangspunt is dat als in een woning een handels-hoeveelheid drugs wordt aangetroffen aangenomen mag worden dat de woning een rol vervult binnen de keten van drugshandel, hetgeen op

zichzelf al een belang bij sluiting oplevert, ook als ter plaatse geen overlast of feitelijke drugshandel is geconstateerd (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 1 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1435). Met een sluiting wordt de bekendheid van een pand als drugspand weggenomen en wordt de 'loop' naar het pand eruit gehaald, waarmee het pand aan het drugscircuit wordt onttrokken. Als blijkt dat de aangetroffen drugs niet in of vanuit de woning werden verhandeld, kan echter in mindere mate sprake zijn van een 'loop' naar de woning, wat de noodzaak om te sluiten gelet op het beoogde herstellende karakter van de maatregel minder groot kan maken (vergelijk de uitspraken van de Afdeling van 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2327, en 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3251). Feitelijke handel in of vanuit de woning kan worden aangenomen op grond van politiewaarnemingen, meldingen en verklaringen (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2400) of het in de woning aantreffen van attributen die te relateren zijn aan drugshandel, zoals een weegschaal, verpakkingsmaterialen, een grote hoeveelheid contant geld en wapens (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 23 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:148).

Evenredigheid

4.2. Als sluiting van een woning in beginsel noodzakelijk wordt geacht, neemt dat niet weg dat de sluiting ook evenredig moet zijn. Voor de beoordeling van de evenredigheid zijn de hierna te bespreken omstandigheden van belang.

Verwijtbaarheid

4.2.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, onder meer in haar uitspraak van 14 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:851, is persoonlijke verwijtbaarheid niet vereist voor toepassing van artikel 13b, eerste lid, van de Opiumwet. Ook als tegen de betrokkene een strafzaak voor de overtreding is aangespannen en die strafzaak vervolgens door een sepot, vrijspraak, ontslag van alle rechtsvervolgung of anderszins niet in een straf resulteert, betekent dat niet dat de burgemeester van sluiting had moeten afzien. De bestuursrechtelijke bevoegdheid van de burgemeester tot sluiting staat namelijk los van een eventuele strafrechtelijke procedure (zie de uitspraken van de Afdeling van 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:395, van 10 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:313, en van 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3512). De vraag of de rechthebbende een verwijt van de overtreding kan worden gemaakt, kan daarentegen wel aan de orde komen in het kader van de beoordeling van de evenredigheid van de sluiting, zoals volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 4 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2241. Het ontbreken van iedere betrokkenheid bij de overtreding kan afzonderlijk of tezamen met andere omstandigheden maken dat de burgemeester niet in redelijkheid

van zijn bevoegdheid gebruik heeft kunnen maken. Zo kan bijvoorbeeld de betrokkene geen verwijt van de overtreding worden gemaakt, als hij niet op de hoogte was en evenmin redelijkerwijs op de hoogte kon zijn van de aanwezigheid van de aangetroffen drugs in zijn woning (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2116). Van degene die een woning verhuurt wordt verwacht dat hij zich tot op zekere hoogte informeert over het gebruik dat van het pand wordt gemaakt. De rechtspraak daarover brengt mee dat verhuurders concreet toezicht moeten houden op het gebruik van een pand dat zij verhuren. Het is niet genoeg als zij het pand alleen maar bezoeken. Zij moeten ook controles uitvoeren die zijn gericht op het gebruik van het pand (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 17 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2462).

Gevolgen van de sluiting

4.2.2. Inherent aan een sluiting van een woning is dat een bewoner de woning moet verlaten. Dit is op zichzelf dan ook geen bijzondere omstandigheid. Dat wordt anders als de betrokkene een bijzondere binding heeft met de woning, bijvoorbeeld om medische redenen. Daarbij gaat het niet om een binding met de omgeving van de woning, maar specifiek om een binding met de woning zelf. Daarbij is van belang in hoeverre de betrokkene zelf geschikte vervangende woonruimte kan regelen, maar is ook een rol weggelegd voor de burgemeester. Gelet op de vereiste evenredigheid van de sluiting dient de burgemeester te informeren naar de mogelijkheden van vervangende huisvesting. De gevolgen van een woningsluiting kunnen ook bijzonder zwaar zijn indien de betrokkene niet kan terugkeren in de woning na de sluiting, bijvoorbeeld omdat door de sluiting zijn huurcontract wordt ontbonden. In dat kader dient ook betekenis te worden toegekend aan de vraag of de betrokkene door sluiting van de woning op een zogenoemde zwarte lijst komt te staan bij een woningbouwcorporatie als gevolg waarvan hij voor een bepaalde duur geen nieuwe sociale huurwoning kan huren in de regio (zie de uitspraak van de Afdeling van 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840). Dit hoeft zich echter niet zonder meer tegen sluiting te verzetten, bijvoorbeeld niet als de betrokkene een verwijt van de overtreding kan worden gemaakt (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 6 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:719) of gezien de ernst van de overtreding (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1149).

Aanwezigheid minderjarige kinderen

4.2.3. De aanwezigheid van minderjarige kinderen in een woning is op zichzelf geen bijzondere omstandigheid op grond waarvan de burgemeester van een sluiting moet afzien (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1174). Wel kan de aanwezigheid van minderjarige kinderen tezamen met andere omstandigheden

maken dat de burgemeester niet in redelijkheid van zijn bevoegdheid gebruik heeft kunnen maken. Zo is het in het licht van artikel 8 van het EVRM en het Verdrag inzake de rechten van het kind wel van belang dat de burgemeester zich voldoende rekenschap geeft van het feit dat in een woning minderjarige kinderen wonen. In beginsel zijn de ouders van minderjarige kinderen zelf verantwoordelijk voor het vinden van vervangende woonruimte (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 12 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4046). Echter ook hier geldt dat de burgemeester zich dient te informeren over geschikte opvang, waarbij gekeken moet worden in hoeverre het kind of de betrokken ouders of verzorgers zelf in staat zijn om iets te regelen (vergelijk de uitspraken van de Afdeling van 30 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3167 en van 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2562)."

Uitkomst van deze zaak: gelet op het ontbreken van verwijtbaarheid bij [wederpartij] en vooral de allergieproblematiek van haar dochter, waardoor zij gebonden is aan de woning, is de Afdeling met de rechtbank van oordeel dat er bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 van de Awb zijn die maken dat het handelen overeenkomstig het beleid gevolgen heeft die onevenredig zijn in verhouding tot de met het beleid te dienen doelen. Dit betekent dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat de burgemeester in dit geval niet in redelijkheid van zijn bevoegdheid tot sluiting van de woning gebruik heeft kunnen maken. De Afdeling bevestigt de uitspraak van de rechtbank, waarbij het besluit van de burgemeester van 28 mei 2018 is vernietigd en zijn besluit van 27 maart 2018 is herroepen.

In twintig latere uitspraken heeft de Afdeling verwezen naar deze overzichtsuitspraak.¹³³

¹³³ 4 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4083 besluit burgemeester vernietigd;
27 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4008 besluit burgemeester houdt stand;
20 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3907 besluit burgemeester houdt stand;
6 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3762 besluit burgemeester houdt stand;
30 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3651 besluit burgemeester vernietigd;
18 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3179 besluit burgemeester houdt stand;
22 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:188 besluit burgemeester houdt stand;
19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:509 besluit burgemeester houdt stand;
18 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1432 besluit burgemeester houdt stand;
15 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1682 besluit burgemeester vernietigd;
22 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1755 besluit burgemeester houdt stand;
26 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2026 besluit burgemeester houdt stand;
11 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2709 besluit burgemeester houdt stand;
11 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2704 besluit burgemeester houdt stand;
2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2879 sluiting teruggebracht van 12 naar 6 maanden;
18 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3033 besluit burgemeester houdt stand;
27 januari 2021, ECLI:NL:2021:2021:160 besluit burgemeester houdt stand;
24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:390 sluiting teruggebracht van 6 naar 3 maanden;
24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:368 besluit burgemeester houdt stand;
31 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:668 besluit burgemeester houdt stand.

Vermeld wordt hier ook de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Afdeling van 15 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:799, waarin de sluiting van een woning voor drie maanden werd geschorst:

“[verzoekster] heeft gesteld en tot op zekere hoogte aannemelijk gemaakt dat het binnen haar financiële mogelijkheden beslist niet eenvoudig is om voor drie maanden vervangende huisvesting te regelen voor haar en haar dochter. De burgemeester heeft weliswaar gegarandeerd dat [verzoekster] en haar dochter worden opgevangen, maar het is niet uitgesloten dat zij dan in de maatschappelijke of crisisopvang terechtkomen. Ter zitting is dit door de burgemeester aangeduid als de onderkant van de opvangmogelijkheden. Met name voor een kind van zeven jaar moet verblijf in een dergelijke vorm van opvang erg ingrijpend en belastend worden geacht. De gevolgen van de sluiting kunnen dus heel groot zijn, zeker ook voor de minderjarige dochter van [verzoekster]. Mede nu de noodzaak van de sluiting naar voorlopig oordeel beperkt is, is niet buiten twijfel dat de sluiting in de bodemprocedure evenredig zal worden geacht. Hier komt nog bij dat [verzoekster] heeft gevraagd om af te wachten waartoe de door de voorzitter van de Afdeling aan de staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel gevraagde conclusie over de indringendheid van de toetsing van bestuurlijke maatregelen en de betekenis van het evenredigheidsbeginsel in dat verband zal leiden. Hierbij neemt de voorzieningenrechter in aanmerking dat twee van de drie zaken waarin de conclusie is gevraagd, ook een sluiting op grond van artikel 13b van de Opiumwet betreffen.

Conclusie

10. Alle belangen afwegend, acht de voorzieningenrechter het algemeen belang bij onmiddellijke sluiting van de woning in dit geval minder zwaarwegend dan het belang van [verzoekster] om met haar dochter in de woning te kunnen blijven totdat de Afdeling op het hoger beroep heeft beslist.”

5.20.5 Conclusie gevraagd

De voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft op 3 februari 2021 een conclusie gevraagd aan de staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel over hoe indringend de bestuursrechter bestuurlijke maatregelen moet toetsen en wat daarbij de betekenis is van het evenredigheidsbeginsel. Het gaat concreet om een besluit waarbij een dwangsom wordt ingevorderd en om besluiten tot sluiting van een woning na een drugsvondst in die woning.

Verzoek aan de staatsraden advocaat-generaal

De voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak vraagt de staatsraden advocaat-generaal een algemeen kader te schetsen en daarbij een aantal aandachtspunten te betrekken, zoals:

- de rechtsbasis van de rechterlijke toetsing aan evenredigheid (EVRM, EU-recht of nationaal recht);
- in welke gevallen de rechter besluiten van bestuursorganen kan toetsen aan evenredigheid;
- met welke omstandigheden de bestuursrechter rekening kan of moet houden;
- hoe indringend de toetsing kan zijn als de bevoegdheid voor het bestuur om een bestuurlijke maatregel op te leggen “wettelijk of beleidsmatig is gefixeerd”; en
- of het daarbij uitmaakt dat er voor dezelfde overtreding ook andere bestuursrechtelijke of strafrechtelijke maatregelen zijn opgelegd.

Achtergrond: de drie rechtszaken

De staatsraden advocaat-generaal is gevraagd dit algemene kader ook toe te passen op de drie concrete rechtszaken waarin de conclusie is gevraagd. De eerste zaak met zaaknummer 202000475/1 gaat over het besluit van het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam om een dwangsom van € 50.000 in te vorderen wegens overtreding van de Huisvestingswet, nadat eerder daarvoor al een boete was opgelegd. De tweede zaak met zaaknummer 202002668/1 gaat over het besluit van de burgemeester van Harderwijk om een woning voor zes maanden te sluiten nadat er in de woning drugs waren gevonden. De laatste zaak met zaaknummer 202006932/1 gaat ook over de sluiting van een woning vanwege drugsvondst, maar in dit geval gaat het om de sluiting van een woning in de gemeente Waadhoeke voor een periode van een jaar. In alle drie de zaken spelen vragen over de indringendheid van de rechterlijke toetsing van bestuurlijke maatregelen in het licht van het evenredigheidsbeginsel.

Aan de hand van de inmiddels verschenen conclusie¹³⁴ zal de Afdeling zich beraden over de vraag hoe in de voorgelegde zaken kan worden gereageerd op de gesignaleerde knelpunten.

5.20.6 Actuele rechtspraak na inventarisatie knelpunt

Inmiddels heeft de Afdeling in een andere zaak geoordeeld dat de sluiting van een woning waarin drugs waren gevonden voor de bewoners zulke onevenredige gevolgen heeft dat de burgemeester van zijn besluit had moeten afzien.¹³⁵ De burgemeester had in 2019 besloten de woning voor zes maanden te sluiten nadat in de slaapkamer van een meerderjarige zoon harddrugs, geld en spullen zijn gevonden die wijzen op drugshandel. De Afdeling oordeelde dat de burgemeester wel bevoegd was de woning

¹³⁴ Zie hierover 5.4.1 van dit rapport.

¹³⁵ ABRvS 6 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2243.

te sluiten en zich ook in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de sluiting op zich noodzakelijk was ter bescherming van het woon- en leefklimaat en het herstel van de openbare orde. Maar de ouders die ook in de woning woonden hadden niets met de drugsvondst te maken en hebben duidelijk gemaakt dat het heel moeilijk is om voor een half jaar vervangende woonruimte te vinden op de sociale of particuliere woningmarkt. Zij hebben ook twee minderjarige kinderen en de vader van het gezin is ernstig ziek. Verder heeft de woningverhuurder aangegeven dat de huurovereenkomst mogelijk ontbonden zal worden en plaatsing op de zogenoemde zwarte lijst dreigt als het sluitingsbevel van de burgemeester in stand blijft. Deze specifieke samenloop van omstandigheden hadden in samenhang gezien volgens de Afdeling aanleiding voor de burgemeester moeten zijn om van zijn besluit om de woning te sluiten af te zien. Een waarschuwing zou passender zijn geweest, aldus de Afdeling.

5.21 Koppelingsbeginsel

5.21.1 Aangedragen knelpunt

Aandacht wordt gevraagd voor de uitsluiting in de Awir van recht op zorgtoeslag, huurtoeslag, kinderopvangtoeslag of een kindgebonden budget voor Nederlanders en vreemdelingen met een verblijfsstatus van wie de partner of medebewoner niet rechtmatig in Nederland verblijft. Dit leidt voor de betrokken gezinnen tot grote financiële problemen. Slechts in één zaak heeft de Afdeling aangenomen dat er sprake was van dermate bijzondere omstandigheden dat het onthouden van toeslagen in strijd was met het discriminatieverbod (ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3788). Als bijkomend probleem wordt vermeld dat in 2015 de extra inkomensondersteuning voor alleenstaande ouders van de Participatiewet is overgeheveld naar de Wet op het kindgebonden budget. De alleenstaande ouder heeft aanspraak op een verhoging van dit kindgebonden budget (de zogeheten ALO-kop) als hij of zij geen toeslagpartner heeft.

De nog in het buitenland achtergebleven partner van een ouder die in Nederland een verblijfsvergunning heeft gekregen, wordt als toeslagpartner van die ouder aangemerkt. Dat betekent dat die ouder, hoewel hij of zij er alleen voor staat, geen aanspraak kan maken op de alleenstaande ouderkop. Dit kan, als deze verhoging van het kindgebonden budget wel is uitgekeerd, tot grote terugvorderingen leiden.

5.21.2 Wettelijke regels

Vreemdelingenwet 2000.

Artikel 10

“1. De vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft, kan geen aanspraak maken op toekenning van verstrekkingen, voorzieningen en uitkeringen bij wege van een beschikking van een bestuursorgaan. De eerste volzin is van overeenkomstige toepassing op de bij de wet of algemene maatregel van bestuur aangewezen ontheffingen of vergunningen.

2. Van het eerste lid kan worden afgeweken indien de aanspraak betrekking heeft op het onderwijs, de verlening van medisch noodzakelijke zorg, de voorkoming van inbreuken op de volksgezondheid, of de rechtsbijstand aan de vreemdeling.

3. De toekenning van aanspraken geeft geen recht op rechtmatig verblijf.”

Artikel 11

“1. De aanspraken van de vreemdeling die rechtmatig verblijf heeft zijn in overeenstemming met de aard van het verblijf. Tenzij bij of krachtens het wettelijk voorschrift waarop de aanspraak is gegrond anders is bepaald, is daarbij het tweede lid van toepassing.

2. De vreemdeling, bedoeld in het eerste lid, kan aanspraken maken op voorzieningen, verstrekkingen en uitkeringen, indien hij:

a. rechtmatig verblijf heeft, als bedoeld in artikel 8, onder a, tot en met e en l;

b. rechtmatig verblijf heeft, als bedoeld in artikel 8, onder f, g, h, en een aanspraak wordt toegekend bij of krachtens de Wet Centraal Orgaan opvang asielzoekers, dan wel bij of krachtens een ander wettelijk voorschrift, waarin aanspraken van deze vreemdelingen zijn neergelegd;

c. rechtmatig verblijf heeft, als bedoeld in artikel 8, onder i tot en met k, voor de aanspraken die uitdrukkelijk aan deze vreemdelingen zijn toegekend.

3. Het eerste en tweede lid zijn van overeenkomstige toepassing op de bij wet of algemene maatregel van bestuur aangewezen ontheffingen of vergunningen.”

Awir

Artikel 2. Definities

“1. In deze wet en de daarop berustende bepalingen, alsmede in inkomensafhankelijke regelingen, wordt verstaan onder:

(...)

k. vreemdeling: hetgeen daaronder wordt verstaan in de Vreemdelingenwet 2000;

(...).”

Artikel 3. Partner

“1. Partner van de belanghebbende is degene die ingevolge artikel 5a, eerste lid en derde tot en met zevende lid, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen als partner wordt aangemerkt. Artikel 2, zesde lid, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen is van overeenkomstige toepassing.

2. In aanvulling op het eerste lid wordt voor de toepassing van deze wet en de daarop berustende bepalingen onder partner mede verstaan degene die als ingezetene op hetzelfde woonadres is ingeschreven in de basisregistratie personen als de belanghebbende en:

- a. uit wiens relatie met de belanghebbende een kind is geboren;
- b. die een kind van de belanghebbende heeft erkend dan wel van wie een kind door de belanghebbende is erkend;
- c. die voor de toepassing van een pensioenregeling als partner van de belanghebbende is aangemeld;
- d. die samen met de belanghebbende een woning heeft, die hun anders dan tijdelijk als hoofdblijf ter beschikking staat op grond van eigendom, waaronder begrepen economisch eigendom, of op grond van een recht van lidmaatschap van een coöperatie;
- e. die evenals de belanghebbende meerderjarig is, waarbij op dat woonadres tevens een minderjarig kind van ten minste een van beiden staat ingeschreven, behoudens ingeval de belanghebbende een verzoek indient om niet als partner te worden aangemerkt van degene, bedoeld in de aanhef van dit lid, bij welk verzoek de belanghebbende door middel van een schriftelijke huurovereenkomst, waaraan bij ministeriële regeling nadere voorwaarden kunnen worden gesteld, doet blijken dat een van beiden op zakelijke gronden een gedeelte van de woning huurt van de ander of dat beiden op zakelijke gronden een eigen gedeelte van de woning huren van een derde; of
- f. die in het aan het berekeningsjaar voorafgaande kalenderjaar reeds partner van de belanghebbende was.”

Artikel 9. Wijziging status vreemdelingen; partner of medebewoner is vreemdeling

“1. Indien aan een vreemdeling tijdens een rechtmatig verblijf als bedoeld in artikel 8, onderdelen a tot en met e, en l, van de Vreemdelingenwet 2000 een tegemoetkoming is toegekend, heeft de omstandigheid dat hij aansluitend aan dit verblijf rechtmatig verblijf houdt in de zin van artikel 8, onderdeel g of h, van die wet niet tot gevolg dat hij daardoor zijn aanspraak verliest op eenzelfde tegemoetkoming gedurende de periode van laatstgenoemd verblijf.

2. Ingeval de partner van de belanghebbende een vreemdeling is die niet rechtmatig verblijf houdt in de zin van artikel 8 van de Vreemdelingenwet 2000, heeft de belanghebbende geen aanspraak op een tegemoetkoming.

3. Indien in een inkomensafhankelijke regeling is bepaald dat naast de

draagkracht van de belanghebbende en diens partner ook de draagkracht van medebewoners van belang is voor de beoordeling van de aanspraak op of de bepaling van de hoogte van een tegemoetkoming, heeft de belanghebbende geen aanspraak op een tegemoetkoming ingeval een medebewoner een vreemdeling is die niet rechtmatig verblijf houdt in de zin van artikel 8 van de Vreemdelingenwet 2000. Indien de medebewoner een alleenstaande minderjarige vreemdeling is in de zin van artikel 1, onderdeel e, van de Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen 2005, geldt de eerste volzin niet tot het moment waarop het recht op opvang ingevolge die regeling eindigt.”

Wet op het kindgebonden budget

Artikel 2

“(…)

6 De ouder die geen partner heeft, heeft aanspraak op een verhoging van het kindgebonden budget van € 3.242,00.

(…)”

5.2.1.3 Jurisprudentie

5.2.1.3.1 Koppelingsbeginsel: betekenis voor het recht op toeslagen

De Afdeling heeft in constante rechtspraak het koppelingsbeginsel, op grond waarvan vreemdelingen zonder verblijfsstatus geen recht hebben op verstrekkingen, voorzieningen en uitkeringen ten laste van de collectieve middelen en een belanghebbende geen aanspraak op een tegemoetkoming heeft, ingeval de partner van de belanghebbende een vreemdeling is die niet rechtmatig verblijf houdt, niet in strijd met enige verdragsbepaling geacht.

Zie bijv. ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3435

“2.4. De Belastingdienst/Toeslagen betoogt in hoger beroep dat de rechtbank heeft miskend dat het onderscheid tussen een zorgverzekerde wiens partner rechtmatig in Nederland verblijft en een zorgverzekerde wiens partner niet rechtmatig in Nederland verblijft op redelijke en objectieve gronden berust en bij het stopzetten van de zorgtoeslag derhalve geen discriminatie in de zin van artikel 26 van het IVBPR oplevert.

2.4.1. Het betoog slaagt. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 5 april 2006 in zaak nr. 200505679/1), is van discriminatie als bedoeld in artikel 26 van het IVBPR geen sprake als er voor het maken van onderscheid in het licht van de doelen van de van toepassing zijnde regeling redelijke en objectieve gronden bestaan. Op 1 juli 1998 is de Wet tot wijziging van de Vreemdelingenwet en enige andere wetten (Stb. 1998, 203 en 204, hierna: de Koppelingswet) in werking getreden.

Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de Koppelingswet (Kamerstukken II, 1994/95, 24 233, nr. 3, blz. 1 en 2) strekt het in deze wet neergelegde koppelingsbeginsel ertoe het recht op verstrekkingen, voorzieningen en uitkeringen ten laste van de collectieve middelen, te koppelen aan rechtmatig verblijf in Nederland. Door toepassing van het koppelingsbeginsel dient te worden voorkomen dat illegale vreemdelingen, door de ontvangst van uitkeringen en verstrekkingen, in staat worden gesteld tot voortzetting van hun wederrechtelijk verblijf of het verwerven van een schijn van volkomen legaliteit. In de Awir heeft het koppelingsbeginsel onder meer gestalte gekregen in artikel 9, tweede lid, waarin is neergelegd dat geen aanspraak op een tegemoetkoming bestaat, ingeval de partner van de belanghebbende een vreemdeling is die niet rechtmatig verblijf houdt in de zin van artikel 8 van de Vw 2000. Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de Wzt (Kamerstukken II, 2003/04, 29 762, nr. 3, blz. 4 en 5) heeft deze wet tot doel te waarborgen dat alle ingezetenen van Nederland, ongeacht leeftijd, gezondheidstoestand of inkomen toegang krijgen tot noodzakelijke zorg van goede kwaliteit. De zorgtoeslag waarborgt dat niemand een groter deel van zijn inkomen aan ziektekostenpremie hoeft te betalen dan wat als aanvaardbaar wordt berekend. De lasten van premies die daar boven uitstijgen komen in aanmerking voor compensatie via de zorgtoeslag. Uit artikel 2, eerste lid, van de Wzt volgt dat de verzekerde en zijn partner gezamenlijk een aanspraak op een zorgtoeslag hebben. De vaststelling van de zorgtoeslag vindt op grond van de Awir plaats per berekeningsjaar. Ter bepaling van de draagkracht wordt het zogenoemde toetsingsinkomen in aanmerking genomen. Hierbij wordt uitgegaan van het inkomen van de belanghebbende en zijn partner. Omdat in de loop van het berekeningsjaar veranderingen in de gezinssamenstelling kunnen optreden, dient op grond van artikel 2, zesde lid, van de Wzt maandelijks te worden beoordeeld in hoeverre aanspraak op een zorgtoeslag bestaat. Onder deze omstandigheden komt de zorgtoeslag toe aan het gezin, in dit geval aan [wederpartij] en [partner] tezamen. Derhalve kan, anders dan de rechtbank heeft overwogen, de zorgtoeslag niet worden aangemerkt als een individuele doeluitkering. Voorts berust het onderscheid tussen zorgverzekerden met een Nederlandse of rechtmatig in Nederland verblijvende partner en zorgverzekerden met een partner zonder geldige verblijfsstatus, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen over het doel van de Koppelingswet, op redelijke en objectieve gronden en levert het geen discriminatie op als bedoeld in artikel 26 van het IVBPR.

Nu vast staat dat [partner] in 2006 en 2007 niet rechtmatig in Nederland verbleef, had [wederpartij] gedurende die jaren, gelet op artikel 9, tweede lid, van de Awir, geen aanspraak op een zorgtoeslag. Gelet op het vorenstaande is het stopzetten van de uitbetaling ervan niet in strijd met

artikel 26 van het IVBPR. De rechtbank heeft het beroep van [wederpartij] derhalve ten onrechte gegrond verklaard en heeft het besluit van de Belastingdienst/Toeslagen van 4 september 2007 ten onrechte in zoverre vernietigd.”¹³⁶

In ABRvS 22 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO8342, heeft de Afdeling overwogen dat het stopzetten, herzien en terugvorderen van (voorschotten) huurtoeslag onder zeer bijzondere omstandigheden in het concrete geval kan worden aangemerkt als zijnde in strijd met het discriminatieverbod van artikel 14 van het EVRM in samenhang met het in artikel 8 van het EVRM besloten liggende recht op respect voor het familie- en gezinsleven, in welk geval de desbetreffende wettelijke bepaling buiten toepassing gelaten moet worden:

“2.4.2. Voorop staat dat gezien hetgeen hiervoor is overwogen, het koppelingsbeginsel op zichzelf een redelijke en objectieve rechtvaardiging vormt voor het onderscheid tussen een huurder met een medebewoner met of zonder een geldige verblijfstatus. Voorts staat voorop dat het stopzetten, herzien en terugvorderen van huurtoeslag op zichzelf niet met zich brengt dat de [appellante] per definitie niet langer met haar zoon kan samenwonen. Ingevolge artikel 94 van de Grondwet vinden wettelijke voorschriften evenwel geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepaling van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Het stopzetten, herzien en terugvorderen van (voorschotten) huurtoeslag van een ouder in verband met inwoning van een meerderjarig kind kan onder zeer bijzondere omstandigheden in het concrete geval worden aangemerkt als zijnde in strijd met het discriminatieverbod van artikel 14 van het EVRM in samenhang met het in artikel 8 van het EVRM besloten liggende recht op respect voor het familie- en gezinsleven, in welk geval de desbetreffende wettelijke bepaling buiten toepassing gelaten moet worden.”

Bijzondere omstandigheden werden in deze zaak uiteindelijk niet aangenomen. Evenmin werden die aangenomen in ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1278. De Belastingdienst/Toeslagen had getoetst of er bijzondere omstandigheden waren die ertoe dienden te leiden dat de wetsbepaling over het koppelingsbeginsel (in deze zaak had de aanvrager zelf geen rechtmatig verblijf) buiten toepassing zou moeten blijven. De aanvrager

¹³⁶ Eerder had de Afdeling het koppelingsbeginsel al aanvaardbaar geacht ten aanzien van huursubsidie (de voorloper van de huurtoeslag), zie ABRvS 23 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC2514. De Huursubsidiewet kende een hardheidsclausule, waaraan de minister van VROM in ABRvS 3 oktober 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB4712, toepassing had behoren te geven.

beriep zich op haar vluchtverhaal, de omstandigheden waaronder zij in Burundi heeft verkeerd, aids, een bijstandsuitkering, twee minderjarige kinderen en vrijwillige uithuisplaatsing van een dochter. De ABRvS overwoog:

“De door K. aangevoerde omstandigheden zijn niet aan te merken als zodanig bijzonder dat van het niet toekennen van voorschotten huurtoeslag afgezien had moeten worden. Bovendien zijn de aangevoerde omstandigheden niet onderbouwd met concrete gegevens.”

Het beroep op bijzondere omstandigheden had in ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3788, wél succes. Appellant had een echtgenote, die per 1 september 2012 geen rechtmatig verblijf meer had. Hij voerde o.a. aan dat verlies van toeslagen zou kunnen leiden tot onverzekerde, woningontruiming en op straat komen te staan met zeer jonge dochter. Strijd werd aangevoerd met de artt. 14 jo 8 EVRM, maar ook met art. 26 IVBPR (discriminatieverbod) en art. 1, eerste lid, Protocol 12 bij EVRM (discriminatieverbod bij genot van elk in de wet neergelegd recht).

De Afdeling overweegt dat artikel 26 van het IVBPR, artikel 14 van het EVRM en artikel 1, eerste lid, van Protocol nr. 12 bij het EVRM niet iedere ongelijke behandeling van gelijke gevallen verbieden, maar slechts die behandeling die als een ongerechtvaardigd onderscheid moet worden beschouwd. Zoals volgt uit vaste jurisprudentie van het EHRM, dient een ongerechtvaardigd onderscheid te worden aangenomen, indien voor het gemaakte onderscheid geen redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat. Dit doet zich voor, indien dat onderscheid geen legitiem doel dient of er geen redelijke, proportionele verhouding is tussen de gebruikte middelen en het doel dat daarmee wordt beoogd te realiseren.

Ten aanzien van de vraag of er een legitiem doel is overweegt de Afdeling:

“4.3. Voor het gemaakte onderscheid naar nationaliteit en verblijfsstatus, zoals dat uit zowel artikel 10, eerste lid, van de Vw 2000 als artikel 9, tweede en derde lid, van de Awir volgt, bestaat naar het oordeel van de Afdeling, althans in beginsel, een redelijke en objectieve rechtvaardiging. Met dit onderscheid wordt, zoals is af te leiden uit vaste jurisprudentie van de Afdeling, een legitiem doel gediend, waartoe in aanmerking wordt genomen dat met de toepassing hiervan wordt beoogd te voorkomen dat illegale vreemdelingen, door ontvangst van tegemoetkomingen en voorzieningen, in staat worden gesteld tot voortzetting van hun wederrechtelijk verblijf, het verwerven van een schijn van volkomen legaliteit of het opbouwen van een zodanige sterke rechtspositie – of de schijn hiervan – dat hij na ommekomst van de procedure zo goed als onuitzetbaar blijkt. Met hetgeen in artikel 9, tweede en derde lid, van de Awir is neergelegd, is in zoverre hierop aangesloten dat deze bepalingen ertoe strekken daarenboven te voorkomen dat de

niet rechtmatig in Nederland verblijvende partner dan wel medebewoner zou kunnen meeprofiteren van de tegemoetkomingen die aan de Nederlander worden toegekend”

Ten aanzien van de vraag of het middel in een redelijke, proportionele verhouding staat tot het legitieme doel overweegt de Afdeling:

“Uit de zich in het dossier bevindende stukken leidt de Afdeling af dat M. begin 2011 naar Nederland is gekomen voor het volgen van een studie fysiotherapie. Ten behoeve hiervan heeft de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd aan haar verleend, geldig van 1 september 2011 tot 1 september 2012. Deze studie heeft M. niet succesvol kunnen voortzetten, omdat zij een zeer intensieve stralingskuur heeft moeten ondergaan voor de behandeling van schildklierkanker en zij voorts zwanger was geraakt. Gedurende haar zwangerschap verergerden deze gezondheidsklachten, zodat het haar, ondanks haar inspanningen, niet is gelukt om de noodzakelijke examens te halen, de studie te kunnen voortzetten en aldus ook de aan haar verleende verblijfsvergunning te kunnen verlengen. Deze ernstige en zorgwekkende gezondheidssituatie is derhalve een bepalende factor geweest die ertoe heeft geleid dat M. geen zorg kon dragen voor het voortzetten van een rechtmatig verblijf in Nederland. Verder stelt de Afdeling vast dat op het moment dat de Belastingdienst/ Toeslagen de onderhavige toeslagen had stopgezet, het kind van appellant en M., dat de Nederlandse nationaliteit heeft, twee maanden oud was.”

“Gelet op de hiervoor beschreven gezondheidssituatie van M. en in aanmerking genomen dat een kind op die leeftijd kwetsbaar is en, wat betreft het eerste levensonderhoud, in hoge mate afhankelijk is van de ouders, mocht van appellant redelijkerwijs niet worden gevergd dat hij, om alsnog als alleenstaande ouder aanspraak te kunnen maken op de voor hem en zijn kind noodzakelijke toeslagen, M. zou voorhouden de woning te verlaten. Immers, niet uitgesloten kan worden dat M. het kind had moeten meenemen voor het verlenen van de noodzakelijke zorg, terwijl aannemelijk is dat zij vanwege haar gezondheidssituatie hiertoe alleen niet in staat was. Daarmee wordt bovendien het gezinsleven vergaand verstoord, waardoor mede de belangen van het zeer jonge, Nederlandse kind in het gedrang komen, hetgeen niet in overeenstemming is met de in artikel 8 van het EVRM opgenomen en door het EHRM aanvaarde waarborgen.”

De Afdeling concludeert vervolgens:

“4.6. Het hiervoor beschreven samenstel van feiten en omstandigheden, waarbij aan de gezondheidssituatie van M. en de daarmee gepaard gaande gevolgen een zwaar gewicht wordt toegekend, brengt de Afdeling tot de conclusie dat in dit specifieke geval sprake is van zodanig bijzondere omstandigheden dat de Belastingdienst/Toeslagen met de stopzetting van de onderhavige toeslagen een onevenredig middel heeft ingezet om het hiervoor onder 4.3 vermelde doel te kunnen bereiken. (...) Toepassing van artikel 9, tweede en derde lid, van de Awir is in het onderhavige geval dan ook onverenigbaar met het discriminatieverbod van artikel 26 van het IVBPR, artikel 14, gelezen in samenhang met artikel 8, van het EVRM en artikel 1, eerste lid, van Protocol nr. 12 bij het EVRM. De Belastingdienst/Toeslagen had artikel 9, tweede en derde lid, van de Awir, gelet op hetgeen in artikel 94 van de Grondwet is bepaald, derhalve buiten toepassing moeten laten.”

De uitspraak van 22 oktober 2014 is de enige uitspraak waarin bijzondere omstandigheden zijn aangenomen.

5.21.3.2 Koppelingsbeginsel: betekenis voor het recht op een alleenstaande ouderkop (ALO-kop)

De extra inkomensondersteuning voor alleenstaande ouders is per 1 januari 2015 geregeld in de Wet op het kindgebonden budget. De alleenstaande ouder heeft aanspraak op een verhoging van dit kindgebonden budget (de zogeheten ALO-kop) als hij of zij geen toeslagpartner heeft. Als de ouder een partner heeft, bestaat geen recht op de ALO-kop, ook niet als de partner in de relevante periode nog in het buitenland verbleef. Zie bijvoorbeeld ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3468:

“1. [appellante] is afkomstig uit Eritrea. Zij is daar in 2008 gehuwd met [echtgenoot]. Om aan zijn militaire dienstplicht te ontkomen, is haar echtgenoot gevlucht en in Israël terecht gekomen. [appellante] heeft daarna met haar kinderen Eritrea ook verlaten en heeft in juni 2015 in Nederland een verblijfsvergunning asiel aangevraagd die haar eind 2015 is verleend. Haar echtgenoot is op 25 augustus 2016 in Nederland aangekomen en heeft vervolgens eveneens een verblijfsvergunning asiel gekregen. In de periode van eind juni 2015 tot 25 augustus 2016 heeft [appellante] alleen voor haar kinderen gezorgd.

2. In het besluit van 30 december 2016, zoals gehandhaafd bij besluit van 20 maart 2017, heeft de Belastingdienst/Toeslagen zich op het standpunt gesteld dat, omdat uit de gegevens Basisregistratie personen (hierna: Brp) blijkt dat [appellante] gehuwd is, sprake is van partnerschap in

de zin van artikel 3 van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (hierna: Awir) en daardoor geen recht bestaat op de alleenstaande ouderkop (hierna: ALO-kop).

(...)

6. Per 1 januari 2015 is met de Wet hervorming kindregelingen (Wet van 25 juni 2014, Stb. 2014, 227; hierna: Whk) artikel 2, zesde lid, van de Wkb in werking getreden. Daarin is bepaald dat de ouder die geen partner heeft, aanspraak heeft op een verhoging van het kindgebonden budget. Hiermee is de zogenoemde ALO-kop geïntroduceerd in de Wkb. (...) In de Memorie van Toelichting is over de invoering van de ALO-kop op pagina's 2 en 3 het volgende vermeld:

‘Met dit extra bedrag wordt de inkomensondersteuning voor alleenstaande ouders met lage inkomens geharmoniseerd (...). De inkomensondersteuning voor alleenstaande ouders zal voortaan op eenzelfde, uniforme wijze worden vormgegeven door middel van een alleenstaande-ouderkop in het kindgebonden budget. (...) De Wkb valt onder de reikwijdte van de Awir. De huidige voorwaarden voor het kindgebonden budget zullen (...) ook gelden voor de alleenstaande-ouderkop. Voor de alleenstaande-ouderkop in het kindgebonden budget is het partnerbegrip in de Awir bepalend.’

(...)

8. Omdat [appellante] gehuwd is, heeft de Belastingdienst/Toeslagen terecht haar echtgenoot als partner in de zin van artikel 3, eerste lid, van de Awir gelezen in samenhang met artikel 5a, eerste lid, onderdeel a, van de Awr aangemerkt. Dat haar echtgenoot in de relevante periode in het buitenland verbleef, betekent niet dat hij daarmee niet kon worden aangemerkt als partner van [appellante], omdat zij gehuwd waren en niet is gebleken dat zij van tafel en bed zijn gescheiden. Daarbij is van belang dat artikel 3, tweede lid, van de Awir de Belastingdienst/Toeslagen geen ruimte laat om rekening te houden met de door [appellante] naar voren gebrachte omstandigheden. In de Awir noch in de Wkb is een hardheidsclausule opgenomen.

(...)

10.5. Uit de brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Voorzitter van de Eerste Kamer van 16 juni 2014 (Kamerstukken I, 2013/14 33 716, H) blijkt dat de minister heeft onderkend dat, doordat het partnerbegrip voor toeslagen (zoals het kindgebonden budget) op punten

afwijkt van het partnerbegrip in de uitkeringsregelingen, er een groep van een paar duizend ouders is die bij de bijstandsverlening worden aangemerkt als alleenstaande ouder en die per 1 januari 2015 niet in aanmerking komen voor de alleenstaande-ouderkop in het kindgebonden budget. Daarbij heeft de minister expliciet gewezen op de groep ouders die formeel gehuwd zijn, maar om diverse redenen duurzaam gescheiden leven van hun echtgenoot en bij de bijstandverlening worden aangemerkt als alleenstaande ouder. Daarbij heeft de minister het volgende vermeld:

“Deze groep krijgt geen recht op de alleenstaande ouderkop. Hierbij kan de duur van de afwezigheid van de partner sterk verschillen. De logica om hen wel of niet als alleenstaande te zien, is van geval tot geval anders. Ook de financiële situatie van deze gezinnen kan divers zijn. Omdat het om een relatief kleine en pluriforme groep gaat zijn dit bij uitstek situaties die vragen om een beoordeling op basis van lokaal maatwerk. In voorkomende individuele gevallen kunnen gemeenten aanvullende inkomensondersteuning bieden via de bijzondere bijstand.”

De gevolgen van de toepassing van artikel 2, zesde lid, van de Wkb in samenhang gelezen met artikel 3 van de Awir en artikel 5a van de Awr in situaties als door [appellante] bedoeld zijn aldus onderkend. Indien daartoe aanleiding bestaat kan in voorkomende gevallen het gemis van aanvullende inkomensondersteuning van overheidswege, in de vorm van de ALO-kop, voor de kosten en opvoeding worden gecompenseerd in de bijstandssfeer. [appellante] heeft in hoger beroep aangegeven dat het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Uithoorn van zijn bevoegdheid gebruik heeft gemaakt om haar aanvullende bijstand te verlenen.

10.6. Gelet op het vorenstaande bestaat geen aanleiding voor het oordeel dat de toepassing van artikel 2, zesde lid, van de Wkb in samenhang gelezen met artikel 3 van de Awir en artikel 5a van de Awr zich in dit geval niet verdraagt met artikel 14, gelezen in verbinding met artikel 8 van het EVRM.

11. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat de weigering de ALO-kop toe te kennen geen onrechtvaardige inbreuk maakt op het eigendomsrecht van [appellante]. Daarbij is van belang dat [appellante] met de overheveling van de ALO-kop naar het kindgebonden budget niets wordt ontnomen. Dat [appellante] geen aanspraak heeft op de ALO-kop, is niet het rechtstreeks gevolg van enig ingrijpen door de overheid, maar van het feit dat zij gehuwd is.

12. De rechtbank heeft ten aanzien van het beroep van [appellante] op artikel 2 van het IVRK terecht, onder verwijzing naar onder meer de uitspraak van de Afdeling van 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1660, overwogen dat besluiten over kindgebonden budget niet worden genomen jegens kinderen. (...) Strijd met artikel 2, tweede lid, van het IVRK door [appellante] niet de ALO-kop te verstrekken, doet zich dan ook niet voor.

13. (...) Nu het college in dit geval aanvullende bijstand heeft verleend ter compensatie van het gemis van de ALO-kop, bestaat geen grond voor het oordeel dat de Belastingdienst/Toeslagen zich, bezien in het licht van artikel 3 van het IVRK, onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van de kinderen en is van strijd met artikel 3 van het IVRK geen sprake.

14. Het betoog van [appellante] dat zij in strijd met artikel 8 van het EVRM gedwongen wordt om te scheiden van haar echtgenoot om op het bestaansminimum te kunnen leven, treft geen doel. De verstrekking van het kindgebonden budget strekt niet tot het waarborgen van het bestaansminimum.”

5.21.3.3 Koppelingsbeginsel: gevolgen van intrekking verblijfsvergunning met terugwerkende kracht voor recht op toeslagen

Als een verblijfsvergunning met terugwerkende kracht wordt ingetrokken kan dit van invloed zijn op het recht op toeslag. De vreemdeling wordt in dat geval geacht nooit rechtmatig verblijf te hebben gehad. Dat betekent dat hij ook geen recht op toeslag had, zodat al betaalde toeslag kan worden teruggevorderd.

5.21.3.3.1 Achteraf gezien nooit rechtmatig verblijf gehad, dus geen recht op toeslag

ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:699

“De intrekking met terugwerkende kracht van de verblijfsvergunning heeft tot gevolg dat het rechtmatig verblijf als bedoeld in artikel 8, aanhef en onder a, van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw 2000), dat de toeslagpartner op grond van die vergunning had, ook voor de periode voorafgaand aan 23 oktober 2014 is vervallen.”

Een bijzondere situatie ontstaat als door intrekking van een verblijfsvergunning met terugwerkende kracht tussen twee perioden van rechtmatig verblijf een periode van onrechtmatig verblijf ontstaat. De Afdeling heeft in verschillende uitspraken overwogen dat de eis van art. 9 lid 1 Awir dat het aansluitend verblijf rechtmatig verblijf is, niet zo strikt moet worden uitgelegd dat aan die eis nimmer wordt voldaan als door intrekking van een verblijfsvergunning

met terugwerkende kracht tussen twee perioden van rechtmatig verblijf een periode van onrechtmatig verblijf ontstaat.

5.21.3.3.2 Aansluitend rechtmatig verblijf aangenomen, dus wel recht op toeslagen

ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:969

De “terugwerkende kracht (...) doet er niet aan af dat [appellant A] in de periode van 11 december 2009 tot 15 april 2010 in het bezit was van een verblijfsvergunning. Zijn verblijf in die periode is pas achteraf niet rechtmatig geworden. Op 8 januari 2010 is een voornemen tot intrekking van zijn verblijfsvergunning bekendgemaakt en daarna heeft hij een zienswijzeprocedure gevoerd. Zodra het mogelijk was is hij gaan procederen over zijn verblijfsvergunning. [appellant A] had de onderbreking in de periode van rechtmatig verblijf daarom niet kunnen voorkomen.”

“Uit de wetsgeschiedenis kan niet worden afgeleid wat de bedoeling van de wetgever is geweest bij een geval als dit, waarin een verblijfsvergunning met terugwerkende kracht wordt ingetrokken met als gevolg dat het rechtmatig verblijf achteraf onderbroken wordt. Van belang is dat [appellant A] niet redelijkerwijs heeft kunnen begrijpen dat de zorgtoeslag en huurtoeslag ten onrechte werden verleend. Nu hij aansluitend op het besluit waardoor zijn verblijfstitel is vervallen, daartegen is opgekomen, stond dit immers nog niet vast. Uit de wetsgeschiedenis volgt niet dat het begrip “aansluitend” zo strikt moet worden uitgelegd als de rechtbank heeft gedaan. De rechtbank is er daarom ten onrechte van uitgegaan dat in een geval als dit, waarin niet eerder een rechtsmiddel tegen het besluit tot intrekking van de verblijfsvergunning heeft opengestaan, de aanspraak op zorgtoeslag en huurtoeslag vervalt. De periode dat [appellant A] procedeerde over de intrekking van zijn verblijfsvergunning dient dan ook als aansluitend aan het eerdere rechtmatige verblijf in de zin van artikel 9, eerste lid, van de Awir te worden aangemerkt.”

Deze benadering is herhaald in andere situaties waarin met terugwerkende kracht verblijfsrechten werden ingetrokken, bijvoorbeeld in ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:828 (B9-regeling, tijdelijke vergunning slachtoffers mensenhandel; verblijfsgeen bedroeg iets meer dan 2 maanden).

5.21.3.3.3 Geen aansluitend rechtmatig verblijf aangenomen, dus geen recht op toeslagen

ABRvS 25 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2514

“De rechtbank heeft terecht overwogen dat de situatie van [appellante] in relevante mate verschilt van de situatie van de appellant in de uitspraak van de Afdeling van 13 april 2016, waarbij artikel 9, eerste lid, van

de Awir wel van toepassing is geacht. In de situatie van [appellante] doet zich, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, immers geen onderbroken periode van rechtmatig verblijf voor, nu haar verblijfsvergunning met terugwerkende kracht tot de verleningsdatum is ingetrokken. De situatie van [appellante] verschilt ook overigens van de situatie zoals die aan de orde was in de uitspraak van 13 april 2016. Uit de uitspraak van 13 april 2016 volgt immers dat ook van belang is of zij niet redelijkerwijs heeft kunnen begrijpen dat de toeslagen ten onrechte werden verleend. De rechtbank heeft overwogen dat [appellante] valt te verwijten, zoals ter zitting bij de rechtbank is komen vast te staan, dat zij bij haar asielaanvraag een onjuiste leeftijd heeft opgegeven. De rechtbank heeft terecht overwogen dat het haar onder die omstandigheden duidelijk had moeten zijn dat zij geen recht had op een verblijfsvergunning en zodoende op toeslagen.”

ABRvS 1 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2567

“12.1. In aansluiting op hetgeen de Afdeling eerder heeft overwogen (in de uitspraak van 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:969), overweegt de Afdeling dat het woord ‘aansluitend’ in artikel 9, eerste lid, van de Awir niet zo strikt dient te worden uitgelegd dat die bepaling nimmer van toepassing kan zijn op een situatie waarin als gevolg van de intrekking van een verblijfsvergunning met terugwerkende kracht tot een datum na de verleningsdatum, tussen twee perioden van rechtmatig verblijf een periode van onrechtmatig verblijf ontstaat. Dat kan ook het geval zijn indien laatstgenoemde periode niet van korte duur is. Voor de beoordeling of bij een tussenliggende periode van onrechtmatig verblijf artikel 9, eerste lid, van de Awir geacht moet worden van toepassing te zijn heeft de Afdeling in de uitspraak van 29 maart 2017 op niet uitputtende wijze een aantal elementen opgesomd.

12.2. De staatssecretaris heeft de reguliere verblijfsvergunning van [appellante] met terugwerkende kracht met ingang van 28 juni 2013 ingetrokken, omdat zij vanaf die datum niet meer voldeed aan de beperking waaronder die verblijfsvergunning was verleend. Sinds die datum woonde zij immers niet meer samen met haar voormalige partner [persoon]. Door de intrekking met terugwerkende kracht, die in rechte vast staat, is het rechtmatig verblijf in de zin van artikel 8, aanhef en onder a, van de Vw 2000 dat [appellante] op basis van die vergunning had, met ingang van 28 juni 2013 komen te vervallen.

Anders dan in de situatie die ten grondslag lag aan de uitspraak van 29 maart 2017, bestaat in de situatie van Rodriguez geen aanleiding voor het oordeel dat zij ten tijde van de toekenning van de toeslagen redelijkerwijs niet heeft kunnen begrijpen dat de huur- en zorgtoeslag na 28 juni 2013 ten onrechte werden verleend. Nu de staatssecretaris haar een verblijfsvergunning had verleend voor verblijf bij haar partner

Gibbs, had zij kunnen begrijpen dat de verbreking van haar relatie gevolgen zou kunnen hebben voor haar verblijfsrecht en haar aanspraak op toeslagen. Zij had er rekening mee moeten houden dat het rechtmatig verblijf dat zij op basis van die vergunning had, door die verbreking onzeker was geworden. De verbreking van de relatie had dan ook voorzienbare gevolgen voor de aanspraak van Rodriguez op toeslagen. Gezien het voorgaande heeft de Belastingdienst/Toeslagen terecht geen aanleiding gezien om de periode van onrechtmatig verblijf tussen de perioden van rechtmatig verblijf die Rodriguez had op basis van artikel 8, aanhef en onder a en h, van de Vw 2000 aan te merken als 'aansluitend' in de zin van artikel 9, eerste lid, van de Awir."

ABRvS 5 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2908

De verblijfsvergunning van betrokkene met als beperking 'arbeid als zelfstandige' was in deze zaak met terugwerkende kracht ingetrokken omdat hij in strijd met die beperking arbeid in loondienst verrichtte.

"N. had (...) redelijkerwijs kunnen begrijpen dat de huurtoeslag, zorgtoeslag en het kindgebonden budget ten onrechte werden verleend. Hij had kunnen begrijpen dat het in strijd handelen met de aan zijn verblijfsvergunning verbonden beperking gevolgen zou kunnen hebben voor zijn verblijfsrecht en zijn aanspraak op toeslagen."

5.21.3.4 Koppelingsbeginsel: bestaat er recht op toeslag hangende hoger beroep in asielzaken?

Een specifiek aspect bij de toepassing van het koppelingsbeginsel was aan de orde in een toeslagzaak waarin de Afdeling aan het Hof van Justitie de vraag had gesteld of de Terugkeerrichtlijn of de Procedurerichtlijn dwingen tot het van rechtswege toekennen van schorsende werking aan het instellen van hoger beroep in asielzaken. Zou het antwoord bevestigend luiden, dan zou dit direct van belang zijn voor het antwoord op de vraag of recht bestaat op toeslagen hangende dat hoger beroep. Het Hof beantwoordde de gestelde vragen ontkennend in HvJ 26 september 2018, ECLI:EU:C:2018:776:

"Hoewel de lidstaten krachtens de voorschriften van de richtlijnen 2005/85 en 2008/115 bijgevolg verplicht zijn te voorzien in een recht op een doeltreffend rechtsmiddel tegen besluiten tot afwijzing van een verzoek om internationale bescherming en tegen terugkeerbesluiten, is in die voorschriften niet bepaald dat de lidstaten aan personen die om internationale bescherming verzoeken en van wie het beroep in eerste aanleg tegen het besluit tot afwijzing van hun verzoek en het terugkeerbesluit is verworpen, het recht toekennen om hoger beroep in te stellen, laat staan dat een dergelijk recht van rechtswege schorsende werking dient te hebben.

Dergelijke eisen kunnen evenmin worden afgeleid uit de opzet en de doelstelling van die richtlijnen.”

De uitspraak van de Afdeling volgde begin 2019:

ABRvS 20 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:505 (definitieve vaststelling van de toeslag op nihil)

- Uit arrest van het Hof van 26 september 2018, ECLI:EU:C:2018:776, volgt dat de artikelen 13 van de Terugkeerrichtlijn en 39 van de Procedurerichtlijn, gelezen in het licht van artikelen 18, 19, tweede lid, en 47 van het Handvest niet dwingen tot het van rechtswege toekennen van schorsende werking aan het instellen van hoger beroep in asielzaken. Het Nederlandse systeem in asielzaken, waarin geen automatische schorsende werking is verbonden aan het instellen van hoger beroep is dus in beginsel in overeenstemming met het Unierecht.
- Het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel vereist een gelijke behandeling van vergelijkbare vorderingen die zijn gebaseerd op schending van het nationale recht enerzijds en van het Unierecht anderzijds. Dat is niet geschonden omdat in artikel 8:106 van de Awb voor sommige procedures aan het instellen van hoger beroep wel schorsende werking verbindt. Dat zijn geen procedures die vergelijkbaar zijn met asielprocedures.
- Gevolg voor deze zaak:
Aan het door appelllant instelde hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank in de procedure over de intrekking van zijn verblijfsvergunning asiel, komt geen schorsende werking toe. Hij had na de uitspraak van de rechtbank daarom geen rechtmatig verblijf meer in de zin van artikel 8, onderdeel h, van de Vreemdelingenwet 2000. Van aansluitend verblijf als bedoeld in artikel 9, eerste lid, Awir was daarom geen sprake. Dus bestaat geen aanspraak op een tegemoetkoming in de huur- en zorgkosten in de betrokken periode.

5.22 Recht op gesubsidieerde rechtsbijstand bij afwijzing aanvraag bijstandsuitkering omdat aanvrager zelfredzaam zou zijn

5.22.1 Aangedragen knelpunt

Gesteld is dat een rechtzoekende ten onrechte geen recht heeft op gesubsidieerde rechtsbijstand als deze in bezwaar wil gaan tegen de afwijzing van zijn aanvraag om een (algemene) bijstandsuitkering op grond van de Participatiewet. Volgens de Afdeling kan ervan uit worden gegaan dat het aan de rechtzoekende zelf kan worden overgelaten om toe te lichten hoe hij eerder in zijn levensonderhoud heeft kunnen voorzien en daartoe stukken op te sturen. Ook kan het volgens de Afdeling aan de rechtzoekende zelf worden

overgelaten om, eventueel na het inwinnen van inlichtingen bij bijvoorbeeld het Juridisch Loket, in bezwaar naar voren te brengen waarom niet alle stukken nodig zijn dan wel deze stukken niet (tijdig) verstrekt konden worden. Volgens de aanbrenner geeft de Afdeling er met dit oordeel blijk van geen goed beeld te hebben van hetgeen bij een aanvraag om bijstand van een rechtzoekende wordt gevraagd (te weten een groot aantal gegevens die binnen een kort tijdsbestek moeten worden overgelegd), waar die rechtzoekende toe in staat kan worden geacht (de rechtzoekende begrijpt vaak niet wat er van hem wordt verlangd en waarom, de bijstandregelgeving is complex en ook lokaal geregeld) en de gevolgen voor de rechtzoekende als hij niet voldoet aan hetgeen van hem wordt geveerd (geen bijstandsuitkering, terwijl dit het allerlaatste vangnet is om in levensonderhoud te kunnen voorzien).

5.22.2 Wettelijke regels

Artikel 12 van de Wet op de rechtsbijstand (Wrb)

“1. Rechtsbijstand wordt uitsluitend verleend ter zake van in de Nederlandse rechtssfeer liggende rechtsbelangen aan natuurlijke en rechtspersonen wier financiële draagkracht de in artikel 34 genoemde bedragen niet overschrijdt.

2. Rechtsbijstand wordt niet verleend indien:

[...]

g. het een belang betreft waarvan de behartiging redelijkerwijze aan de aanvrager zelf kan worden overgelaten, zo nodig met bijstand van een andere persoon of instelling van wie onderscheidenlijk waarvan de werkzaamheden niet vallen binnen de werkingssfeer van deze wet.

3. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld omtrent de overeenkomstig het tweede lid in acht te nemen criteria.”

Artikel 28 van de Wrb

“1. Het bestuur kan de toevoeging weigeren indien de aanvraag:

[...]

c. een rechtsprobleem betreft dat naar het oordeel van het bestuur eenvoudig afgehandeld kan worden;

[...]

2. Bij de in artikel 12, derde lid, bedoelde algemene maatregel van bestuur kunnen omtrent het in het eerste lid bepaalde nadere regels worden gesteld³. Het eerste lid, onderdelen a en c, is niet van toepassing, indien het betreft een toevoeging in een zaak waarbij de rechtsbijstand bestaat uit het geven van een eenvoudig rechtskundig advies. Het bestuur kan evenwel een aanvraag om deze toevoeging weigeren, indien de aanvraag niet binnen vier weken na het geven van het advies is ingediend.”

Artikel 8 van het Besluit rechtsbijstand- en toevoegcriteria (Brt)

“1. Geen toevoeging wordt verleend indien de rechtsbijstand uitsluitend is verzocht voor:

[...]

b. het aanvragen van een uitkering;

[...]

g. het vragen van een voor beroep vatbare beslissing tenzij de aanvraag uitvoerig wordt gemotiveerd;

[...]

2. In afwijking van het eerste lid kan een toevoeging worden verleend, indien de bijzondere feitelijke of juridische ingewikkeldheid van het geval dat vereist.”

5.22.3 Beleid

Werkinstructie C010 wet werk en bijstand (Participatiewet) (Beleid van de Raad voor rechtsbijstand)

“[...]

Toevoegbeleid

Algemeen

Een eerste aanvraag voor het geschil met de gemeente kun je toevoegen voor advies c.q. procedure als er sprake van voldoende financieel belang en een advocaat noodzakelijk is. Vermeld in de aanvullende omschrijving op de toevoeging altijd de rechtsgang, datum van het besluit en een korte omschrijving van het geschil.

[...]

Zelfredzaamheid

a. aan te voeren gronden van feitelijke aard in bezwaarprocedure

Als uit de toevoegaanvraag blijkt dat de bijstandsuitkering op grond van de Participatiewet (voorheen Wet werk en bijstand) is afgewezen, buiten behandeling is gesteld of geschorst omdat rechtzoekende niet de gevraagde stukken/ informatie heeft verstrekt, dan wijs je de toevoegaanvraag voor het bezwaar af met tekstcode 130 (zelfredzaamheid). Je wijst de toevoegaanvraag voor bezwaar tegen de terugvordering van het voorschot ook af met tekstcode 130 (zelfredzaamheid), als er wordt teruggevorderd omdat rechtzoekende niet de gevraagde stukken/ informatie heeft verstrekt.

Als de advocaat bij de aanvraag gemotiveerd aangeeft dat sprake is van een inhoudelijk juridisch verweer kun je een toevoeging verstrekken. Bijvoorbeeld als het gaat om interpretatie van begrippen in wetgeving en rechtspraak, zoals het al dan niet terechte huisbezoek of mogelijke samenwoning.

N.B. Als de uitkering wordt ingetrokken, dan voeg je toe voor het bezwaar hiertegen.

b. aanvragen van een uitkering

Voor het aanvragen van een uitkering verstrek je geen toevoeging, rechtzoekende kan dit zelf (artikel 8 lid 1 sub b Brt). Deze toevoegingsaanvraag wijs je af met tekstcode 130 (zelfredzaamheid). .

Als de advocaat bij de aanvraag gemotiveerd aangeeft dat de zaak zodanig feitelijk en/of juridisch complex is dat bijstand van een advocaat noodzakelijk is voor het aanvragen van een uitkering kun je bij hoge uitzondering een toevoeging verstrekken. In de aanvullende omschrijving neem je op 'aanvraag c.q. bezwaar.'

c. onverwijld bijstand, artikel 81 Participatiewet

Het gaat hier om een verzoek tot het verlenen van bijstand bij wijze van voorlopige voorziening, gericht aan de voorzitter van Gedeputeerde Staten. Deze verzoeken worden gezien als het aanvragen van een uitkering, waarvoor je geen toevoeging verstrekt. De toevoegingsaanvraag wijs je af met tekstcode 130 (zelfredzaamheid). .

d. verzoek herziening onherroepelijke beslissing

Voor een verzoek aan een bestuursorgaan / de rechtbank om terug te komen op een onherroepelijke beslissing (herzieningsverzoek) verstrek je geen toevoeging, tenzij er sprake is van juridische of feitelijke complexiteit (artikel 8 sub j Brt)."

Oftewel: Voor het aanvragen van een bijstandsuitkering wordt geen toevoeging verstrekt, maar als de aanvraag wordt afgewezen, opgeschort of buitenbehandeling gesteld, dan kan wel een toevoeging worden verstrekt. Voor de bezwaarfase geldt daarbij dat er van wordt uitgegaan dat de rechtzoekende zelf bezwaar kan maken (zelfredzaamheid), tenzij er sprake is van juridische complexiteit.

Gaat de procedure niet om de behandeling van een aanvraag om een bijstandsuitkering, maar om een intrekking van zo'n uitkering, dan geldt het uitgangspunt van zelfredzaamheid in bezwaar niet. Voor het maken van bezwaar wordt in zo'n situatie een toevoeging verleend.

5.22.4 Jurisprudentie van de Afdeling

De aanbrenger van het knelpunt heeft ter onderbouwing van zijn standpunt verwezen naar de uitspraak van de Afdeling van 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:488. In totaal zijn er vijftien uitspraken¹³⁷ van de Afdeling te vinden waarin een oordeel wordt gegeven over de toepassing door de raad voor rechtsbijstand van de werkinstructie C010. In al deze uitspraken is het standpunt van de raad dat de burger zelf bezwaar moet kunnen maken tegen de afwijzing, buitenbehandelingstelling of schorsing van een aanvraag om een bijstandsuitkering in stand gebleven. De raad hoefde dus in geen enkel geval een toevoeging te verstrekken.

Volgens de Afdeling komt de Raad bij de vraag of de aanvraag om een toevoeging een belang betreft waarvan de behartiging redelijkerwijze aan de aanvrager zelf kan worden overgelaten, beoordelingsvrijheid toe.¹³⁸ Zoals hiervoor weergegeven, hanteert de raad als beleid kort gezegd dat die vraag positief kan worden beantwoord als de aanvrager in bezwaar een feitelijk verweer moet voeren. Gaat het om een (inhoudelijk) juridisch verweer, dan kan er wel aanleiding bestaan om een toevoeging te verstrekken. Volgens de Afdeling gaat de invulling die de raad met de werkinstructie aan de beoordeling heeft gegeven, de grenzen van de redelijke wetsuitleg niet te buiten.¹³⁹ De beperking dat iemand die in staat moet worden geacht zijn eigen belang te behartigen in beginsel geen gesubsidieerde rechtsbijstand heeft, schaadt het recht op toegang tot de rechter niet in essentie. Verder acht de Afdeling het, met het oog op de financiële beheersbaarheid van het systeem van rechtsbijstandsverlening, gerechtvaardigd dat geen rechtsbijstand wordt verleend als het gaat om een belang waarvan de behartiging redelijkerwijze aan de rechtszoekende zelf kan worden overgelaten, of waarvoor meer geëigende vormen van hulpverlening openstaan.¹⁴⁰ Het is aan de aanvrager van de toevoeging om aannemelijk te maken dat in de procedure waarvoor de toevoeging is aangevraagd niet slechts feitelijke gronden moesten worden aangevoerd, maar ook juridisch verweer moet

¹³⁷ ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:BZ1280, ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:196, ABRvS 10 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3329, ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4092, ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2460, ABRvS 2 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2742, ABRvS 28 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3299, ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:219, ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:651, ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:968, ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:82, ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1001, ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1764, ABRvS 16 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2176 en ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:488. Deze resultaten zijn gevonden na invoering van de zoekterm “werkinstructie C010” op www.rechtspraak.nl (waarbij alleen is gezocht naar uitspraken van de Afdeling).

¹³⁸ Zie bijvoorbeeld ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1001 en ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:82.

¹³⁹ ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:196.

¹⁴⁰ ABRvS 16 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2176.

worden gevoerd.¹⁴¹ Een doorverwijzing van het Juridisch loket kan een aanwijzing zijn dat er juridisch verweer moet worden gevoerd, maar is op zichzelf niet voldoende.¹⁴² De Afdeling is voorts van oordeel dat van een belanghebbende mag worden verwacht dat hij in eigen bewoordingen bezwaar kan indienen en zijn mening over de terugbetalingsregeling kenbaar kan maken bij het college,¹⁴³ dat hij gebruik maakt van de mogelijkheid om in gesprek te gaan met het college indien hij daarvoor is uitgenodigd,¹⁴⁴ dat hij door het verstrekken van gegevens uitleg kan geven over de herkomst van gedane storting en dat hij informatie kan overleggen waaruit blijkt wat zijn feitelijke verblijfplaats is.¹⁴⁵ Ook de vraag of een rechtzoekende zich tijdig heeft teruggemeld is feitelijk van aard, zodat daarvoor geen gesubsidieerde rechtsbijstand hoeft te worden verleend.¹⁴⁶ Verder kan het aan de rechtzoekende zelf worden overgelaten om toe te lichten hoe hij voor de aanvraag in het levensonderhoud kon voorzien en in dat kader stukken op te sturen en om toe te lichten waarom niet alle opgevraagde stukken voor de beoordeling nodig zijn of waarom deze niet of niet tijdig verstrekt konden worden.¹⁴⁷

5.23 Recht op gesubsidieerde rechtsbijstand bij afwijzing verzoek om een persoonlijke betalingsregeling door de Belastingdienst/Toeslagen

5.23.1 Aangedragen knelpunt

Gesteld is dat een rechtzoekende ten onrechte geen recht heeft op gesubsidieerde rechtsbijstand bij een weigering van de Belastingdienst/Toeslagen om een persoonlijke betalingsregeling te treffen, omdat de rechtzoekende in dezen zelfredzaam zou zijn. Dit is onjuist. Gelet op het memo uit 2006 van de dienst dat boven water is gekomen en waaruit volgt dat iedereen die een schuld heeft van meer dan € 3.000,00 het predicaat opzet/grove schuld kreeg en er uit onderzoek is gebleken dat in 96% van de gevallen mensen onterecht als fraudeur zijn aangemerkt, is sprake van een ingewikkelde en ongelijke 'strijd' tegen de Belastingdienst/Toeslagen, die rechtzoekenden niet (goed) zonder professionele rechtsbijstand kunnen voeren.

¹⁴¹ Zie bijvoorbeeld ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1001 en ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:196.

¹⁴² Zie bijvoorbeeld ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1764 en ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1001.

¹⁴³ ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1764.

¹⁴⁴ ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1764.

¹⁴⁵ ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:968.

¹⁴⁶ ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:82.

¹⁴⁷ ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:488.

5.23.2 Wettelijke regels

Artikel 12 van de Wet op de rechtsbijstand (Wrb)

"1. Rechtsbijstand wordt uitsluitend verleend ter zake van in de Nederlandse rechtssfeer liggende rechtsbelangen aan natuurlijke en rechtspersonen wier financiële draagkracht de in artikel 34 genoemde bedragen niet overschrijdt.

2. Rechtsbijstand wordt niet verleend indien:

[...]

g. het een belang betreft waarvan de behartiging redelijkerwijze aan de aanvrager zelf kan worden overgelaten, zo nodig met bijstand van een andere persoon of instelling van wie onderscheidenlijk waarvan de werkzaamheden niet vallen binnen de werkingssfeer van deze wet.

3. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld omtrent de overeenkomstig het tweede lid in acht te nemen criteria."

Artikel 28 van de Wrb

"1. Het bestuur kan de toevoeging weigeren indien de aanvraag:

[...]

c. een rechtsprobleem betreft dat naar het oordeel van het bestuur eenvoudig afgehandeld kan worden;

[...]

2. Bij de in artikel 12, derde lid, bedoelde algemene maatregel van bestuur kunnen omtrent het in het eerste lid bepaalde nadere regels worden gesteld.

3. Het eerste lid, onderdelen a en c, is niet van toepassing, indien het betreft een toevoeging in een zaak waarbij de rechtsbijstand bestaat uit het geven van een eenvoudig rechtskundig advies. Het bestuur kan evenwel een aanvraag om deze toevoeging weigeren, indien de aanvraag niet binnen vier weken na het geven van het advies is ingediend."

Artikel 7 van het Besluit rechtsbijstand- en toevoegcriteria (Brt)

"Voor rechtsbijstand terzake van het treffen van een afbetalingsregeling, het aanvragen van het eigen faillissement of het kwijtschelden van een schuld wordt geen toevoeging verleend."

5.23.3 Jurisprudentie van de Afdeling

De aanbrenger van het knelpunt heeft ter onderbouwing van zijn standpunt verwezen naar de uitspraak van de Afdeling van 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1364. In totaal zijn er vier uitspraken over het recht op gesubsidieerde rechtsbijstand bij afwijzing van een verzoek om een persoonlijke betalingsregeling door de Belastingdienst/Toeslagen, omdat de schuld ontstaan zou zijn door opzet of grove schuld van de rechtzoekende. Drie daarvan zijn op 24 mei 2017 gedaan, waaronder de uitspraak waar de

aanbrenger naar verwijst.¹⁴⁸ In de uitspraken van 24 mei 2017 wordt verwezen naar een uitspraak van 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1285. In alle vier de uitspraken heeft de Afdeling geoordeeld dat de raad voor rechtsbijstand zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat op grond van artikel 12, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wrb geen toevoeging hoeft te worden verstrekt, omdat de rechtzoekende geacht moet worden zelf redenen aan te dragen waarom geen sprake was van opzet of grove schuld. “Dat opzet en grove schuld juridische begrippen zijn, maakt niet dat de zaak zodanig feitelijk of juridisch complex is dat aanspraak op gesubsidieerde rechtsbijstand bestond;” aldus de Afdeling in alle vier de zaken.

Voor procedures over andersoortige betalingsregelingen of kwijtschelding van schulden wordt door de raad voor rechtsbijstand eveneens geen toevoeging verstrekt. Gedacht kan worden aan procedures omtrent verzoeken tot toelating tot of tussentijdse beëindiging van schuldsanering¹⁴⁹ en het opkomen tegen een dwangbevel dat is opgelegd wegens het niet betalen van een gemeentelijke aanslag.¹⁵⁰ Of het gaat om civiele of bestuursrechtelijke schulden is niet van belang.¹⁵¹

Of de afwijzing wordt gebaseerd op artikel 12, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wrb¹⁵² of op zowel deze bepaling als artikel 7 van het Brt, lijkt voor de uitkomst niet uit te maken. Volgens de Afdeling is de raad, gelet op de dwingende formulering van artikel 7 van het Brt, verplicht de aanvraag om een toevoeging af te wijzen als de procedure waarvoor de toevoeging is aangevraagd draait om één van de in die bepaling genoemde gevallen.¹⁵³ In de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van 3 april 2019 was aangevoerd dat artikel 7 van het Brt niet verstrekkender mag zijn dan artikel 12, tweede lid, van de Wrb en dat dus ook moet worden nagegaan of het een belang betreft waarvan de behartiging redelijkerwijze aan de rechtzoekende zelf moet kunnen worden overgelaten. De Afdeling volgt dat, maar oordeelt dat er sprake is van een dergelijk belang:

“4.2. Uit artikel 12, tweede lid en derde lid, van de Wrb, gelezen in onderlinge samenhang, volgt dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld omtrent de criteria die in acht moeten

¹⁴⁸ Het gaat om ECLI:NL:RVS:2017:1365 en ECLI:NL:RVS:2017:1368.

¹⁴⁹ ABRvS 25 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX2536, ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:216 en ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3098.

¹⁵⁰ ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3418.

¹⁵¹ ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3090.

¹⁵² Zie bijvoorbeeld de hiervoor vermelde uitspraak van 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1285.

¹⁵³ Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4608 en ABRvS 20 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1647.

worden genomen bij het toepassen van de in artikel 12, tweede lid, genoemde voorwaarden waaronder geen rechtsbijstand wordt verleend. Dit betekent dat de bepalingen in het Brt nadere invulling en uitleg geven aan artikel 12, tweede lid, van de Wrb en niet strenger mogen zijn dan die bepaling.

Zoals hiervoor onder 4.1 is overwogen moeten de werkzaamheden waarvoor de toevoeging is verzocht worden geschaard onder werkzaamheden in het kader van een verzoek om kwijtschelding van een schuld als bedoeld in artikel 7 van de Brt. Er is geen aanleiding voor het oordeel dat dit een belang betreft waarvan de behartiging niet redelijkerwijze aan [persoon] zelf kon worden overgelaten, zo nodig met bijstand van een andere persoon of instelling van wie onderscheidenlijk waarvan de werkzaamheden niet binnen de werkingsfeer van de Wrb vallen. Gelet hierop heeft de raad zich terecht op het standpunt gesteld dat de werkzaamheden die Kramer in het kader van de afwijzing van het verzoek om kwijtschelding heeft verricht niet toevoegingswaardig zijn. De raad heeft de aan Kramer toegekende vergoeding daarom terecht ingetrokken.”¹⁵⁴

In de hiervoor genoemde vier zaken over de betalingsregeling van de Belastingdienst/Toeslagen was het oordeel van de Afdeling uitsluitend gestoeld op artikel 12, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wrb. Ook in die gevallen bleef de afwijzing dus in stand.

De Afdeling heeft ten slotte geoordeeld dat de weigering een toevoeging te verstrekken voor procedures over betalingsregelingen en kwijtschelding van schulden geen beperking is van het recht tot toegang tot de rechter (artikel 6 EVRM).¹⁵⁵

5.24 Besluitvorming over schuldhulpverlening

5.24.1 Aangedragen knelpunt

In zijn rapport van 13 september 2018 ‘Schuldhulpverlening van gemeenten nog niet op orde’ constateert de Nationale ombudsman dat nog steeds te veel mensen tussentijds uitvallen bij de gemeentelijke schuldhulpverlening. Gemeenten motiveren toewijzende en afwijzende beslissingen onvoldoende en te weinig op papier, aldus de ombudsman. In zijn onderzoek ‘Een open deur? Het vervolg’ (2018/070) merkt hij op dat gemeenten de schuldhulp-

¹⁵⁴ ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1062.

¹⁵⁵ ABRvS 20 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1647, ABRvS 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1364/1365/1368.

verlening verbeteren, maar hij heeft toch nog zorgen over de toegang daartoe. 'Het moet sneller en beter. Uit allerlei onderzoeken blijkt dat schulden, zeker voor gezinnen met kinderen, schadelijk zijn. Gemeenten moeten zich dat aantrekken.'

De Afdeling is de hogerberoepsrechter voor beslissingen van gemeenten over schuldhulpverlening. Heeft zij voldoende zicht op de gevolgen van afwijzing van verzoeken om schuldhulpverlening of beëindiging van schuldhulpverlening? En op het vermogen van mensen met problematische schulden te handelen zoals van hen door de overheid wordt verlangd?

5.24.2 Wettelijke regels

De schuldhulpverlening is geregeld in de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening. Hier relevante bepalingen:

Artikel 6

"De cliënt doet aan het college op verzoek of onverwijld uit eigen beweging mededeling van alle feiten en omstandigheden waarvan hem redelijkerwijs duidelijk moet zijn dat zij van invloed kunnen zijn op de op hem van toepassing zijnde schuldhulpverlening of voor de uitvoering van deze wet, voor zover gegevens over deze feiten en omstandigheden niet door het college kunnen worden verkregen."

Artikel 7

"1. De cliënt is verplicht aan het college desgevraagd de medewerking te verlenen die redelijkerwijs nodig is voor de uitvoering van deze wet. [...]"

5.24.3 Beleidsregels

Gemeenten hanteren voor de toetsing van verzoeken om schuldhulpverlening of beëindiging daarvan beleidsregels. Die kunnen per gemeente verschillen.

5.24.4 Jurisprudentie

Uitspraken van de Afdeling hebben vaak betrekking op het aangaan van een nieuwe schuld door belanghebbende of op het niet voldoen aan de inlichtingenplicht als reden voor beëindiging van de schuldhulpverlening. Vier voorbeelden worden hier vermeld. In de als tweede voorbeeld vermelde uitspraak van 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2063, komen ook de gevolgen van de beëindiging van de schuldhulpverlening uitdrukkelijk aan de orde. Die leiden in die uitspraak niet tot het oordeel dat het college van b&w in redelijkheid niet tot die beëindiging had mogen besluiten.

ABRvS 1 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:264

“3.2. Op grond van artikel 4, eerste lid van de Beleidsregels was [appellante] gehouden dit huwelijk te melden, omdat dit van invloed kon zijn op haar financiële positie en daarmee op de schuldhulpverlening. Dat zij het huwelijk bij haar casemanager die betrokken is bij haar reïntegratie heeft gemeld volstaat daarvoor niet. Deze persoon is immers niet de begeleider van het schuldhulpverleningstraject. Gelet op het voorgaande heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat het college heeft mogen besluiten de schuldhulpverlening te beëindigen.

3.3. De rechtbank heeft voorts terecht geoordeeld dat [appellante] door de beëindiging van het schuldhulpverleningstraject niet onevenredig wordt getroffen.”

ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2063

“7.2. De rechtbank heeft terecht overwogen dat het college in redelijkheid gebruik heeft mogen maken van diens bevoegdheid tot beëindiging.

Anders dan [appellante] heeft aangevoerd, heeft het college haar een redelijke herstelkans geboden als bedoeld in artikel 5, eerste lid, van de Beleidsregels, alvorens tot beëindiging over te gaan. Het college heeft haar immers reeds bij e-mail van 11 maart 2016 verzocht om toezending van de stukken. Uiteindelijk heeft zij tot één week na 30 maart 2016 de tijd gehad om deze in te dienen en het college heeft daarbij aangegeven welke gevolgen het zou kunnen hebben ingeval zij de stukken niet tijdig en volledig zou aanleveren. De rechtbank heeft deze termijn terecht niet te kort geacht. Anders dan [appellante] ter zitting heeft gesteld, volgt uit artikel 5 van de Beleidsregels niet dat het college eerst een voornemen tot beëindiging kenbaar dient te maken alvorens te kunnen overgaan tot het (definitief) beëindigen van de schuldhulpverlening. De rechtbank heeft voorts terecht overwogen dat er een kenbare belangenafweging heeft plaatsgevonden in het besluit op bezwaar. In het advies van de bezwarencommissie, waarnaar het besluit op bezwaar verwijst, is immers vermeld dat het college erkent dat [appellante] een groot belang heeft bij voortzetting van de schuldhulpverlening en dat de gevolgen van de beëindiging voor haar ernstig zijn, nu daarmee ook de met de schuldeisers getroffen regeling vervalt en zij voor de periode van drie jaar is uitgesloten van gemeentelijke schuldhulpverlening, maar dat het college een groter gewicht toekent aan het naleven van de opgelegde voorwaarden, ook in het belang van de schuldeisers, die door in te stemmen met schuldhulpverlening een belangrijk deel van de schuld niet kunnen uitwinnen. De rechtbank heeft terecht overwogen dat het college in redelijkheid een doorslaggevend gewicht aan dit laatste heeft mogen toekennen.

De rechtbank heeft terecht in de door [appellante] naar voren gebrachte persoonlijke omstandigheden geen aanleiding gezien voor een

andersluidend oordeel. Voor het oordeel dat het college onzorgvuldig heeft gehandeld door [appellante] niet voor een persoonlijk gesprek uit te nodigen heeft de rechtbank evenzeer terecht geen aanleiding gezien. Zij heeft daarbij terecht van belang geacht dat [appellante] expliciet heeft verzocht om de communicatie per e-mail te laten verlopen, omdat zij zo slecht telefonisch bereikbaar was.”

ABRvS 5 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:360

“5. Ingevolge artikel 4, aanhef en onder a, van de Beleidsregels rust op [appellante] de verplichting alle feiten, omstandigheden en wijzigingen die van belang kunnen zijn voor de schuldhulpverlening tijdig door te geven. Ook in de overeenkomst schuldhulpverlening van 3 juli 2015 is als voorwaarde voor schuldhulpverlening opgenomen dat alle benodigde informatie wordt verstrekt, die verband houdt met de financiële situatie, wat onder meer een volledige opgave van de samenstelling van het huishouden, alle inkomsten, alle uitgaven en alle schulden en het ontstaan ervan inhoudt. Dat [appellante] de door haar in mei 2017 ontvangen belastingteruggave naar eigen zeggen heeft ingezet ter voorkoming van nieuwe schulden, ontslaat haar niet van deze inlichtingenplicht. Daarbij wordt betrokken dat het college ter zitting heeft toegelicht dat extra inkomsten in beginsel worden gebruikt voor aflossing van schulden die in de schuldenregeling zijn opgenomen. Gelet hierop had het op de weg van [appellante] gelegen om melding te maken van de belastingteruggave. Nu zij dit heeft nagelaten, heeft het college zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat [appellante] zich niet heeft gehouden aan de gestelde voorwaarden van het schuldhulpverleningstraject. Verder heeft het college in aanmerking kunnen nemen dat tijdens het schuldhulpverleningstraject een nieuwe schuld is ontstaan. [appellante] heeft tegen de uitspraak van de rechtbank op het beroep tegen het besluit tot terugvordering van de bijstandsuitkering hoger beroep ingesteld bij de CRvB. Dat de CRvB nog niet op het hoger beroep heeft beslist en de terugvordering van de bijstandsuitkering van [appellante] niet in rechte vaststaat, betekent evenwel niet dat daaraan geen betekenis toekomt bij de door het college te maken belangenafweging alvorens gebruik te maken van de bevoegdheid tot beëindiging van de schuldhulpverlening. [appellante] heeft de op haar rustende inlichtingenverplichting als bedoeld in artikel 6 van de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening, in samenhang gezien met artikel 4, aanhef en onder a, van de Beleidsregels geschonden. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat het college om die reden het schuldhulpverleningstraject aan [appellante] in redelijkheid heeft kunnen beëindigen.”

ABRvS 25 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:853

“3.2. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat het college zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat [appellante] de inlichtingenverplichting niet is nagekomen. Zij is verscheidene keren op deze verplichting gewezen en op de gevolgen bij het niet-nakomen ervan. Verder heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat het college zich terecht op het standpunt heeft gesteld, dat [appellante] niet de vereiste medewerking heeft verleend door zich niet aan te melden bij een bewindvoerder. Dat zij niet aan de inlichtingen- en medewerkingsverplichting heeft voldaan, heeft zij in hoger beroep ook niet betwist. [appellante] heeft haar stelling, dat het ontstaan van de nieuwe schuld haar niet kan worden toegerekend, niet gestaafd met gegevens of bewijsstukken. Los daarvan heeft het college zich terecht op het standpunt gesteld dat het niet-voldoen aan de inlichtingen- of medewerkingsverplichting al voldoende is om de schulddienstverlening te beëindigen. Het college had de schulddienstverlening in dit geval ook in redelijkheid kunnen beëindigen als geen sprake zou zijn geweest van een al dan niet verwijtbare nieuwe schuld. Ook hierom kan haar betoog niet leiden tot het daarmee beoogde doel.”

5.25 Verklaring omtrent het gedrag (VOG) en verwijderen gegevens uit Justitieel Documentatie Systeem (JDS)

5.25.1 De verklaring omtrent het gedrag (VOG)

De staatssecretaris van Justitie & Veiligheid kan op basis van art. 28 Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens een Verklaring omtrent het gedrag (VOG) uitgeven indien niet is gebleken van bezwaren tegen die natuurlijke persoon of rechtspersoon. De afgifte van een VOG is belegd bij de Dienst Justis en wordt sinds 2004 centraal uitgevoerd door het COVOG, het Centraal Orgaan Verklaring Omtrent het Gedrag. Voordien vond de afhandeling van aanvragen om een VOG plaats door gemeenten. Jaarlijks vragen circa 1 op de 15 personen tussen 15 en 75 jaar oud een VOG aan.

Om de VOG-aanvraag te beoordelen ontvangt de staatssecretaris alle justitiële gegevens over de aanvrager die zijn geregistreerd in het Justitieel Documentatie Systeem (JDS). Staat de aanvrager daar niet in, dan wordt zonder meer een VOG afgegeven. Staat hij/zij daar wel in dan toetst de staatssecretaris aan de hand van een objectief en een subjectief criterium of de VOG kan worden afgegeven. Deze worden in par. 5.25.4 nader beschreven.

Het aantal VOG-aanvragen heeft de laatste jaren een enorme vlucht genomen. Ging het in 2010 nog om 480.000 aanvragen, anno 2017 was dat aantal verdubbeld, en in 2020 werden 1,19 miljoen VOG's aangevraagd en is de VOG in 57 sectoren wettelijk verplicht gesteld.

Het rechtspraakoverzicht in deze notitie is ten opzichte van de meeste andere verkenningen van knelpunten iets uitgebreider. De werkgroep achtte dit

gerechtvaardigd gelet op grote mate van casuïstiek in de VOG-jurisprudentie en de wens om van die casuïstiek een getrouw beeld te geven. Daarom komt hierna niet alleen de rechtspraak aan de orde waarin een weigering van een VOG in hoger beroep standhoudt, maar ook rechtspraak waarin de Afdeling is 'omgegaan' en rechtspraak waarin de weigering van een VOG niet in stand blijft. Voorts zijn er rechtsgebieden die gaan over met de afgifte van een VOG vergelijkbare rechtshandelingen. Te denken valt aan rechtspraak over het verbeteren, verwijderen, aanvullen of afschermen van onjuiste, onvolledige of voor het doel van de verwerking niet ter zake dienende justitiële gegevens op grond van art. 3 jo art. 22 Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens. Ook bij besluiten (beschikkingen) op grond van art. 22 Wvsg kan een rol spelen dat incidenten uit het verleden betrokkenen nog lang worden nagedragen. Een van de aangedragen knelpunten zag op deze tweede situatie. Enkele uitspraken over deze verwante situaties zijn ook opgenomen.

5.25.2 Aangedragen knelpunten

Het signaal is gekomen dat de VOG met name knelt in relatie tot jeugdige (zeden)delinquenten. De Beleidsregels VOG-NP-RP (*Stcrt.* 1 december 2017) bepalen dat voor jongeren tot 23 jaar een terugkijktermijn van 2 jaar geldt, mits zij niet zijn veroordeeld voor een zedendelict of een ernstig geweldsdelict waar meer dan 6 jaar gevangenisstraf op staat. Bij zedendelicten is de terugkijktermijn onbeperkt. Ook wanneer het gaat om 'geringe feiten' en een minderjarige veroordeelde nooit meer in de fout gaat, blijft hij of zij levenslang geregistreerd staan als zedendelinquent. Echter, de toetsing van de bestuursrechter aan het hierna te bespreken objectieve en subjectieve criterium, leidt volgens deze rechtbank bij jeugdige (zeden)delinquenten soms tot disproportionele gevolgen. Deze disproportionele gevolgen zouden zich niet goed verhouden tot het doel van het jeugdstrafrecht. Het belang dat ook jongeren die delicten hebben gepleegd zo veel mogelijk weer naar school of aan het werk gaan, staat in het jeugdstrafrecht centraal, omdat dan de kans aanzienlijk groter is dat ze op het rechte pad blijven. Daarom staat in het jeugdstrafrecht een pedagogische aanpak voorop. Naast de cognitieve vermogens spelen ook de psychosociale vaardigheden mee bij het beïnvloeden van de keuzes van de minderjarigen. Dit is in grote mate van invloed op het vermogen tot het maken van eigen zelfstandige keuzes, impulsbeheersing en het overzien van de gevolgen die voortvloeien uit een (verkeerde) beslissing. Ook is gewezen op een knellende zaak die leidde tot de uitspraak ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1148. Het ging om de afwijzing van het verzoek van een arts die een verzoek deed om zijn justitiële gegevens uit het justitieel documentatiesysteem te schrappen. De weigering van de minister dit verzoek in te willigen hield in beroep en in hoger beroep stand. Deze zaak wordt ook genoemd in het artikel E.G. van 't Zand en G.J. van Oosten, 'Geen schone lei. Over het starre regime voor verwijdering en afscherping van justitiële gegevens', *DD* 2021/23. Deze auteurs hebben negentien unieke

zaken uit de rechtspraak geanalyseerd waarin het ging om een verzoek om verwijdering of afscherming van justitiële gegevens. Zij concluderen dat wie eenmaal een strafblad heeft daar 'op zijn best zelden en waarschijnlijk nageenough nooit' van afkomt. In de bestudeerde zaken werden de justitiële gegevens eenmaal verwijderd en tweemaal afgeschermd. In beleid en praktijk lijkt aan het rehabilitatie- of resocialisatiebeginsel nauwelijks nog waarde te worden gehecht. Bij zedendelinquenten leidt het restrictieve beleid ertoe dat ex-justitiabelen ook bij jeugdzondes hun leven lang passief moeten uitzitten tot de bewaartermijn van justitiële gegevens is verstreken. Daar komt bij dat ex-justitiabelen de gevolgen van de afdoeningsbeslissing destijds niet konden voorzien. Zij werden hierover niet actief voorgelicht, hadden geen advocaat, en wisten bijvoorbeeld niet dat een sepot ook tot een strafblad zou leiden. De auteurs oordelen dat het in het preventieve, bestuursrechtelijke kader, waar de verwerking van justitiële gegevens onder valt, strafrechtelijke waarborgen als proportionaliteit, *ne bis in idem* en onschuldpresumptie niet worden toegepast. Hoewel de vaste gedragslijn van de minister ruimte laat om rekening te houden met persoonlijke omstandigheden, is daarvoor in de praktijk zeer beperkt ruimte.

De VOG is ook genoemd als een potentieel knelpunt in het *Trouw*-interview met Bart Jan van Ettehoven, 9 januari 2021: "Hoewel zo'n onderzoek nog moet beginnen, noemt Van Ettehoven het voorbeeld van de Verklaring omtrent het gedrag (VOG). Zonder die verklaring komen mensen niet in aanmerking voor veel beroepen, waardoor 'er echt een blokkade optreedt in het leven van mensen' als zij een VOG niet krijgen. 'Tegelijkertijd wil je natuurlijk niet de bedoeling van die verklaring – het toetsen van mensen met een strafrechtelijk of zedenrechtelijk verleden – onderuithalen.'" Volgens Jensma zitten in de regels over de VOG "vast ook jaren politieke retoriek van 'hard aanpakken' verstopt."¹⁵⁶

In bestuursrechtelijke literatuur is er, op een enkele annotatie na, weinig aandacht voor de uitspraken van bestuursrechters over de VOG. Wel heeft Marseille recent een noot geschreven bij ABRvS 1 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1543, een zaak waarin ter beoordeling voorlag de weigering van een VOG aan een transportondernemer die verschillende verkeersovertredingen heeft gepleegd. In de noot geeft Marseille een kort verslag over de 225 uitspraken die de Afdeling over de VOG heeft gedaan. Onder meer blijkt dat als de Afdeling het met de rechtbank oneens is, dit vaak (in 14 van de 16 gevallen) in het voordeel van het bestuursorgaan is. Marseille plaatst daarbij wel de kanttekening dat de omstandigheid dat burgers bij de Afdeling weinig succes boeken in VOG-zaken aan de minister kan liggen (diens besluiten zouden van hoge kwaliteit kunnen zijn), aan de rechter (die zou terughoudend kunnen toetsen) en aan beiden. Over de geannoteerde uitspraak is Marseille kritisch, niet

¹⁵⁶ F. Jensma, "De grenzen van "hard aanpakken" zijn in zicht na "toeslagen"", NRC 16 januari 2021.

omdat een VOG had moeten worden afgegeven, maar omdat de uitspraak 'volstrekt onvoldoende informatie bevat over de relevante feiten en de weging daarvan door de minister',¹⁵⁷

De VOG krijgt ook aandacht in de strafrechtelijke literatuur. In strafrechtelijke procedures speelt de VOG een rol nu strafrechtadvocaten vaak betogen dat strafoplegging nadelige gevolgen kan hebben voor het verkrijgen van een VOG. In *Delikt en Delinkwent* heeft Meijer de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak geanalyseerd.¹⁵⁸ Zij stelt onder meer dat de toets door de Afdeling of de weigering evident disproportioneel is gelet op de omstandigheden van het geval, aanvankelijk slechts marginaal was, maar recente uitspraken laten zien dat deze toets steeds inhoudelijker wordt en dat er ook moet zijn voor de specifieke omstandigheden van het geval die schuil gaan achter de vermelding in de justitiële documentatie. De Afdeling lijkt daarbij vooral zwaardere eisen te stellen aan de motivering van de beslissing. Tot slot moet worden vermeld E. van 't Zand en M. Boone, 'Kritisch zelfonderzoek naar de bestuursrechtspraak inzake de Verklaring Omtrent het Gedrag', NJB 2021, p. 1963-1967. De auteurs wijzen er onder meer op dat de rechtspraak van de Afdeling op een aantal punten onbillijk uitpakt voor VOG-aanvragers. Zo wijzen zij op rechtspraak waarin de Afdeling de lijn volgt dat de Minister voor Rechtsbescherming niet is gehouden om de omstandigheden waaronder de strafbare feiten hebben plaatsgevonden in de beoordeling te betrekken (o.m. ABRvS 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3093, ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:867). Deze leidt er volgens hen toe dat de afweging van de belangen van de aanvrager in relatie tot het risico voor de samenleving in hoger beroep uiterst summier plaatsvindt. Ook wijzen zij erop dat de Afdeling de minister niet verplicht het recidiverisico in VOG-zaken hetzelfde te beoordelen als bijvoorbeeld de reclassering. Zij roepen de Afdeling onder meer op in haar toetsing van de belangenafweging zich meer concreet af te vragen hoe reëel de kans is op herhaling, in plaats van op de vraag hoe groot de impact zou zijn als het delict zich herhaalt. Daarvoor kunnen volgens de auteurs achterliggende en actuele feiten en omstandigheden een belangrijker plek krijgen toebedeeld in de belangenafweging.

¹⁵⁷ A.T. Marseille, 'De Afdeling en de Verklaringen omtrent gedrag: disproportionele gevolgen voor de burger?', *Ars Aequi* 2021, p. 392 e.v.

¹⁵⁸ S. Meijer, 'De Verklaring Omtrent Gedrag: enkele kanttekeningen bij recente rechtspraak', DD 2015/32.

5.25.3 Wettelijke regels

VOG

De beoordeling van een aanvraag om een VOG geschiedt aan de hand van art. 28 en art. 35 Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens.

Artikel 28 Wjsg

“Een verklaring omtrent het gedrag is een verklaring van Onze Minister dat uit een onderzoek met betrekking tot het gedrag van de betrokken natuurlijke persoon of rechtspersoon ingesteld, gelet op het risico voor de samenleving in verband met het doel waarvoor de afgifte is gevraagd en na afweging van het belang van betrokkene, niet is gebleken van bezwaren tegen die natuurlijke persoon of rechtspersoon.”

Artikel 35 Wjsg

“Onze Minister weigert de afgifte van een verklaring omtrent het gedrag, indien in de justitiële documentatie met betrekking tot de aanvrager een strafbaar feit is vermeld, dat, indien herhaald, gelet op het risico voor de samenleving en de overige omstandigheden van het geval, aan het doel waarvoor de verklaring omtrent het gedrag wordt gevraagd, in de weg zal staan.”

Verwijdering gegevens

Het recht om justitiële gegevens te verkrijgen of aan te vullen berust op art. 22 Wjsg.

Artikel 22 Wjsg

“1. De betrokkene heeft het recht op diens schriftelijke verzoek van de verwerkingsverantwoordelijke rectificatie van de hem betreffende justitiële gegevens te verkrijgen en, rekening houdend met het doel van de verwerking, onvolledige justitiële gegevens te laten aanvullen. Het verzoek bevat de aan te brengen wijzigingen.

2. De betrokkene heeft het recht op diens schriftelijke verzoek van de verwerkingsverantwoordelijke zonder onnodige vertraging vernietiging van de hem betreffende justitiële gegevens te verkrijgen, indien de gegevens in strijd met een wettelijk voorschrift worden verwerkt of een wettelijk voorschrift tot vernietiging verplicht.”

5.25.4 Beleid

In art. 35 is het ‘objectieve criterium’ neergelegd: de afgifte van een VOG wordt geweigerd indien in de justitiële documentatie van de aanvrager (1) een strafbaar feit is vermeld, dat, (2) indien herhaald, gelet op (3) het risico voor de samenleving en de overige omstandigheden van het geval, (4) aan het doel waarvoor de verklaring wordt gevraagd in de weg zal staan.

Ook wanneer aan het objectieve criterium wordt voldaan kan een VOG worden afgegeven op grond van een toets aan het subjectief criterium. Op grond van het subjectieve criterium kan worden geoordeeld dat het belang dat een aanvrager heeft bij het verstrekken van de VOG zwaarder weegt dan het belang van de samenleving bij bescherming tegen het door middel van het objectieve criterium vastgestelde risico voor de samenleving.

Het objectieve en het subjectieve criterium zijn nader uitgewerkt in de Beleidsregels VOG-NP-RP 2018. Zo bepaalt par. 3.3.1 Beleidsregels VOG dat bij het subjectieve criterium in elk geval moeten worden betrokken de afdoening van de strafzaak, het tijdsverloop en de hoeveelheid antecedenten. Van belang is verder dat de Beleidsregels een zogenaamd verscherpt regime bevatten voor zover het gaat om misdrijven tegen de zeden. In die gevallen bestaat slechts beperkte ruimte om op grond van het subjectieve criterium alsnog over te gaan tot afgifte van de VOG wanneer sprake is van een gezags- of afhankelijkheidsrelatie of een specifieke locatie. Alleen als de weigering van de VOG 'evident disproportioneel' is zal alsnog een VOG worden afgegeven. Daarbij zijn de omstandigheden van het geval bepalend, waaronder de afdoening van de strafzaak, het tijdsverloop, de hoeveelheid antecedenten en de vraag of de aanvrager ten tijde van het plegen van het strafbare feit minderjarig was. Dit wordt het 'verzwaarde subjectieve toetsingscriterium' genoemd.¹⁵⁹

Een veel terugkerend begrip in zaken over een VOG is de terugkijktermijn. Deze is voor zedendelicten onbeperkt. In de beleidsregels is deze termijn voor verschillende soorten beroepen uitgesplitst; zo geldt voor de taxibranche (chauffeurskaart en ondernemingsvergunning een terugkijktermijn van vijf jaar) en voor functies met hogere integriteitseisen (buitengewoon opsporingsambtenaren etc.) een termijn van tien jaar. Als een vergrijp buiten de terugkijktermijn heeft plaatsgevonden, is aan het objectieve criterium niet voldaan. Dat neemt niet weg dat aan dat vergrijp wel betekenis mag worden toegekend in het kader van de toets aan de belangenafweging bij het subjectieve criterium (zie par. 3.1.1. beleidsregels): op grond van de zowel binnen als buiten de termijn aangetroffen strafbare feiten wordt een inschatting gemaakt van het risico dat de aanvrager opnieuw met justitie in aanraking komt.

5.25.5 Jurisprudentie

In deze paragraaf wordt jurisprudentie opgenomen die een indruk geeft van de wijze waarop de Afdeling besluiten tot afgifte c.q. weigering van een VOG en de andere in par. 4.28.3 genoemde besluiten beoordeelt. Opgenomen zijn uitspraken waarin weigeringsbesluiten in stand blijven, waarin de weigering

¹⁵⁹ Zie bijv. ABRvS 13 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1932.

op grond van een motiveringsgebrek wordt vernietigd, uitspraken waarin de Afdeling zich uitlaat over het beleid van de staatssecretaris en uitspraken waarin de Afdeling 'omgaat'.

5.25.5.1 Jurisprudentie VOG

Beleidsregels op het punt van toets aan zedenverleden te grofmazig; Afdeling vernietigt uitspraak rechtbank (ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:620)

Appellant heeft een VOG aangevraagd voor de functie van wijkzakenverzorger. De zorg is gericht op ouderen, thuis, in woonzorglocaties en ontmoetingscentra. Appellant is in 2012 veroordeeld wegens bezit van kinderpornografie. Hij is veroordeeld tot een werkstraf van 80 uur, 40 dagen hechtenis en een voorwaardelijke gevangenisstraf van drie maanden met een proeftijd van drie jaar. De staatssecretaris heeft aan de weigering van de VOG ten grondslag gelegd dat tijdens de zorgverlening de mogelijkheid bestaat dat personen die in een afhankelijkheidsrelatie ten opzichte van appellant verkeren het slachtoffer worden van onzedelijk gedrag. Ondanks dat hij alleen ouderen zal verzorgen is niet uit te sluiten dat hij opnieuw een zedendelict zal begaan in deze verzorgende functie. De Afdeling oordeelt dat dit onderdeel van de beleidsregels te grofmazig is:

“Volgens de beleidsregels vormt elke zedendelict een belemmering voor een behoorlijke uitoefening van elke functie, taak of bezigheid waarin zich een afhankelijkheidsrelatie voordoet en waarvoor een vog is aangevraagd. De Afdeling acht dit beleid in het licht van de ter zake geldende wettelijke bepaling te grofmazig. De Afdeling neemt hierbij in aanmerking dat uit verklaring van Mulder van 25 augustus 2015, die hiervoor onder 2 is vermeld, volgt dat tussen het bezit van kinderpornografie en zedendelicten tegen volwassenen geen verband bestaat. Die verklaring is mede gebaseerd op vakliteratuur en wetenschappelijk onderzoek. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de rechtbank niet onderkend dat de staatssecretaris aldus ondeugdelijk heeft gemotiveerd waarom hij, gelet op het objectieve criterium, heeft geweigerd [appellant] een vog te verlenen. Gelet op het risico voor de samenleving als bedoeld in artikel 35, eerste lid van de Wjsg biedt de veroordeling van [appellant] wegens het bezit van kinderpornografie onvoldoende grond voor het oordeel het strafbare feit, indien herhaald, in de weg zal staan aan een behoorlijke uitoefening van de functie van wijkzakenverzorgende van ouderen waarvoor de vog is aangevraagd.” De staatssecretaris dient opnieuw te beoordelen of het zedendelict waarvoor [appellant] is veroordeeld in de weg staat aan de verlening van een vog, nu [appellant] is veroordeeld wegens het bezit van kinderpornografie en hij zijn werkzaamheden louter zal uitvoeren ten behoeve van ouderen.”

Enkele verwijzing van de staatssecretaris naar in de beleidsregel verdisconteerde omstandigheden onvoldoende (ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840)

De staatssecretaris kan zich niet zonder meer op het standpunt stellen dat in de beleidsregel verdisconteerde omstandigheden niet in de afweging die aan de beoordeling van een VOG ten grondslag hoeven te worden betrokken:

“De Afdeling is thans – anders dan voorheen en anders dan de burgemeester betoogt – van oordeel dat omstandigheden die bij het opstellen van een beleidsregel zijn verdisconteerd, dan wel moeten worden geacht te zijn verdisconteerd, niet reeds daarom buiten beschouwing kunnen worden gelaten. In de praktijk blijkt dat ook al heeft het betrokken bestuursorgaan bij het opstellen van de beleidsregel deze omstandigheden gezien, het daarmee niet heeft kunnen voorzien of deze omstandigheden alleen of tezamen in een concreet geval niettemin tot onevenredige gevolgen leiden. Het bestuursorgaan dient derhalve alle omstandigheden van het geval te betrekken in zijn beoordeling en dient te bezien of deze op zichzelf dan wel tezamen met andere omstandigheden, moeten worden aangemerkt als bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 van de Awb die maken dat het handelen overeenkomstig de beleidsregel gevolgen heeft die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen.”

Dit betekent bijvoorbeeld dat de omstandigheid dat de weigering van een VOG leidt tot het niet kunnen uitoefenen van de beoogde functie, moet worden afgewogen tegen de met die weigering beoogde doelen. Deze omstandigheid kan niet als ‘inherent’ aan de beleidsregels buiten beschouwing worden gelaten.

Weigering VOG bij zedendelict, begaan terwijl appellante minderjarig was (ABRvS 13 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1932)

Appellante wil huiswerkbegeleider bij het Haags Studiepunt worden. Zij is in 2013 veroordeeld voor poging tot mensenhandel in vereniging en afpersing in vereniging tot 200 dagen jeugddetentie waarvan 167 dagen voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren, een werkstraf van 160 uur en een boete van € 1.448,85. De Afdeling overweegt:

“De staatssecretaris heeft van belang mogen achten dat de strafrechter het zedendelict waarvoor [appellante] is veroordeeld haar zwaar heeft aangerekend en dat het een ernstig delict is dat grote onrust veroorzaakt in de maatschappij vanwege, onder andere, de minderjarigen die het betrof. Voor het volgen van het betoog van [appellante] dat zij vrijwel

niet is gestraft voor het zedendelict maar slechts voor afpersing in vereniging, biedt het strafvonnis geen aanleiding. Uit dat vonnis blijkt dat de strafrechter uitgebreid heeft gemotiveerd dat hij het zedendelict ernstig heeft opgevat en dat de strafmaat ook op dat zedendelict ziet. Hoewel [appellante] destijds minderjarig was en versneld een reclasseringstraject heeft afgelegd, niet meer in aanraking is gekomen met justitie sinds haar veroordeling en is gaan studeren, heeft de staatssecretaris het belang van bescherming van de samenleving zwaarder mogen laten wegen dan het belang dat [appellante] heeft bij het verkrijgen van de VOG. Mede gelet op het korte tijdsverloop tussen de op 21 februari 2013 uitgesproken veroordeling en het verzoek tot afgifte van een VOG op 30 mei 2016, heeft de staatssecretaris zich op het standpunt mogen stellen dat de kans op herhaling van het delict onvoldoende is afgenomen.”

Weigering VOG in verband met geweldsdelict (ABRvS 13 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2463)

Appellant vraagt een VOG aan voor de functie van groepsmedewerker en chauffeur bij een zorgaanbieder die ondersteuning biedt aan mensen met een verstandelijke beperking of chronisch psychische problemen. De VOG wordt geweigerd omdat appellant binnen de terugkijktermijn van vier jaar is veroordeeld tot 36 maanden gevangenisstraf wegens diefstal met geweld. Ook buiten de terugkijktermijn heeft appellant antecedenten, waaronder geweldsdelicten, vermogensdelicten en een drugsdelict. De staatssecretaris is van oordeel dat er, gelet op het gewelds- en het drugsdelict, indien herhaald in de beoogde functie, een risico aanwezig is voor het welzijn en de veiligheid van de aan de zorg van appellant toevertrouwde personen dan wel dat hij goederen die hem ter beschikking staan ontvreemdt. De staatssecretaris stelt vast dat appellant sinds zijn vrijlating hard heeft gewerkt aan zijn re-integratie maar ziet hierin onvoldoende aanleiding om het belang van de samenleving tegen bescherming niet zwaarder wegen dan de hiervoor genoemde risico's.

Appellant voert aan dat hij na zijn vrijlating zijn verslavingsproblematiek onder controle heeft gekregen. Hij heeft aan de maatschappij bijgedragen met vrijwilligerswerk. Hij heeft een diploma Maatschappelijke Zorg gehaald en een certificaat Veilig Vervoer Personen. De reclasseringsmedewerker verklaart dat de recidivekans laag is. Zijn managers verklaren dat hij het vrijwilligerswerk naar tevredenheid doet. Ook de teammanager bij de zorgaanbieder en zijn begeleiders vanuit justitie zijn positief. De weigering een VOG af te geven schaadt het re-integratietraject nu hij zonder de VOG niet werkzaam kan blijven bij de organisaties waar hij vrijwilligerswerk verricht, niet in aanmerking komt voor een jaarcontract en zijn diploma niet te gelde kan maken. Appellant heeft ook zijn verhaal gedaan in *de Volkskrant*, waarin

hij onder meer vertelt over een stapel positieve referentiebrieven en stelt dat zijn leven door de weigering van een VOG op de pauzeknop staat.¹⁶⁰

De rechtbank heeft het besluit tot weigering van de VOG in stand gelaten, nu op grond van het subjectieve criterium een groter gewicht moet worden toegekend aan het risico voor de samenleving dan aan het belang van appellant bij afgifte van een VOG. De Afdeling verklaart het beroep van appellant ongegrond:

“De staatssecretaris heeft zich op het standpunt gesteld dat de omstandigheid dat [appellant] zonder de VOG geen werkzaamheden kan verrichten die passen bij zijn ervaring en opleiding inherent is aan de weigering van afgifte van een VOG en als zodanig is verdisconteerd in de beleidsregels. De Afdeling is bij uitspraak van 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, echter teruggekomen van haar jurisprudentie dat de omstandigheden die bij het opstellen van een beleidsregel zijn verdisconteerd, dan wel moeten worden geacht te zijn verdisconteerd, reeds daarom buiten beschouwing kunnen worden gelaten. De staatssecretaris hoefde evenwel voormelde omstandigheid, gelet op de ernst van het vergrijp en de hoogte van de opgelegde straf, niet zwaarder te laten wegen dan het belang de samenleving te beschermen tegen het door middel van het objectieve criterium vastgestelde risico. De staatssecretaris heeft voorts in het kader van deze belangenafweging erkend en meegewogen dat [appellant] een zeer positieve ontwikkeling heeft doorgemaakt sinds zijn veroordeling. Ditzelfde geldt voor de persoonlijke belangen van [appellant] bij de afgifte van een VOG, waaronder dat hij door weigering van afgifte van een VOG de door hem gewenste functie op dit moment nog niet kan uitoefenen. De rechtbank heeft terecht overwogen dat de staatssecretaris desondanks in redelijkheid van [appellant] heeft mogen verlangen dat hij over een langere periode laat zien dat hij zich onthoudt van strafbare gedragingen alvorens hij in aanmerking komt voor een VOG.”

Weigering VOG aan advocaat, veroordeeld voor moord (ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:121)

Appellant heeft sinds 2012 een eigen juristenpraktijk. Hij wil worden beëdigd tot advocaat. De staatssecretaris heeft een VOG geweigerd aangezien hij in 2004 is veroordeeld tot een gevangenisstraf van veertien jaren wegens moord en het voorhanden hebben van een verboden wapen en munitie. De staatssecretaris heeft gebruik gemaakt van de bijzondere weigerings-

¹⁶⁰ ‘Mijn leven staat door VOG-afwijzing op de pauzeknop’, de Volkskrant, 2 februari 2017.

mogelijkheid van art. 34 Beleidsregels: indien buiten de van toepassing zijnde terugkijktermijn in het JDS een strafbaar feit wordt vermeld waarvan de aard en de ernst zodanig zijn dat, gelet op het doel van de aanvraag en het risico voor de samenleving, de belemmering voor de behoorlijke uitoefening van de beoogde taak of bezigheden te groot wordt geacht, kan de VOG worden geweigerd.

Appellant voert aan dat in het reclasseringsrapport het risico op recidive als zeer laag is geclassificeerd en deze classificatie ertoe heeft geleid dat zijn opleiding is vergoed en hij in aanmerking is gekomen voor vervroegde invrijheidstelling onder voorwaarden. De rechtbank heeft ten onrechte overwogen dat het tijdsverloop na zijn invrijheidstelling in 2009 te kort is om aan te nemen dat de justitiële gegevens niet langer van negatieve invloed zijn op de integriteitseisen voor een advocaat. Sinds zijn invrijheidstelling heeft [appellant] zonder problemen gefunctioneerd. Hij heeft zich juist ontwikkeld tot een vakbekwaam en succesvolle juridische dienstverlener. De Afdeling oordeelt als volgt:

“Naar het oordeel van de Afdeling heeft de staatssecretaris in de belangenafweging, gelet op het risico voor de samenleving indien het in het JDS vermelde strafbare feit wordt herhaald, overwegende betekenis mogen toekennen aan het tijdsverloop na de strafrechtelijke veroordeling op 6 december 2002 waarbij [appellant] eerst sedert februari 2009 op vrije voeten is. Bij een eventuele aanvraag van [appellant] in 2019 dient de staatssecretaris een nieuwe afweging omtrent de verlening van een VOG te maken.

Gelet hierop heeft de staatssecretaris zich ook op standpunt mogen stellen dat het risico voor de samenleving van een ernstige aantasting van het vertrouwen in de advocatuur door een herhaling van het strafbare feit, ondanks het door [appellant] gestelde lage risico op recidive, niet is geweken. Dat [appellant] sinds zijn vrijlating in 2009 naar zijn stellen zonder problemen heeft gefunctioneerd en dat hij zich heeft ontwikkeld tot een vakbekwaam en succesvol juridische dienstverlener neemt, gezien het risico voor de samenleving, de belemmering voor een behoorlijke uitoefening van het beroep als advocaat niet weg. Gelet op het voorgaande heeft de staatssecretaris in redelijkheid gebruik mogen maken van de bijzondere weigeringsmogelijkheid van paragraaf 3.4 van de Beleidsregels. Het betoog faalt.”

Weigering VOG aan begeleider wonen bij Twentse Zorgcentra (ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:115)

Appellant is 62 jaar oud en werkte vanaf 1987 als begeleider wonen bij De Twentse Zorgcentra, waar zorg wordt verleend aan mensen met een verstandelijke beperking. Het dienstverband met appellant is opgeschort

eind 2011 wegens detentie in Duitsland. Hij wil zijn oude functie weer uitoefenen maar een VOG wordt eind 2014 geweigerd. Aan het objectieve criterium is voldaan. De rechtbank heeft de weigering van de VOG in stand gelaten. Appellant stelt dat de rechtbank niet heeft gemotiveerd op welke wijze de cliënten van de zorgcentra in aanraking kunnen komen met het criminele milieu. Ook voert [appellant] aan dat hij 27 jaren als begeleider wonen heeft gewerkt en in die jaren nooit misbruik van zijn functie heeft gemaakt en altijd naar tevredenheid heeft gefunctioneerd.

De Afdeling stelt vast dat appellant is veroordeeld tot een gevangenisstraf voor een duur van vijf jaar en negen maanden wegens het plegen van drugsdelicten.

De Afdeling oordeelt met de rechtbank dat de staatssecretaris aan het tijdsverloop na 2011 geen zwaarwegend belang heeft hoeven toekennen. Ook was de staatssecretaris gelet op de beleidsregels niet gehouden de omstandigheden waaronder de strafbare feiten zijn gepleegd in zijn beoordeling te betrekken. Dat appellant naar zijn stellen altijd naar tevredenheid van De Twentse Zorgcentra heeft gefunctioneerd en dat hij gezien zijn leeftijd en de duur van zijn dienstverband bij De Twentse Zorgcentra moeilijk aan ander werk zal kunnen komen neemt, gelet op het risico dat cliënten in aanraking komen met drugs en daarmee samenhangende criminele activiteiten, de belemmering voor een behoorlijke uitoefening van de functie niet weg. Gelet op het voorgaande ziet de Afdeling geen grond voor het oordeel dat de rechtbank heeft miskend dat niet is voldaan aan het subjectieve criterium en dat de weigering van de VOG disproportioneel is. Het betoog faalt.

Afdeling gaat om; de uitkomst van een strafzaak kan nader licht werpen op de feiten uit een strafdossier en kan om die reden bij de beoordeling van het besluit omtrent de afgifte van een VOG worden betrokken (ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2539)

“Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:486) kan, indien een bestuursorgaan vooruitlopend op het oordeel van de strafrechter feiten uit een strafdossier aan een besluit ten grondslag legt, de uitkomst van de strafzaak nader licht werpen op die feiten en om die reden bij de beoordeling van het besluit worden betrokken. Anders dan uit eerdere uitspraken van de Afdeling kan worden afgeleid (bijvoorbeeld de uitspraak van 12 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2966), is de Afdeling thans van oordeel dat dit ook geldt voor besluiten over de afgifte van een VOG. Daaraan doet niet af dat de minister ingevolge artikel 35, eerste lid, van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens zijn besluit op een aanvraag om afgifte van een VOG moet baseren op de in het JDS vermelde gegevens. Indien de minister zijn besluit baseert op een in het JDS op naam van de aanvrager vermeld strafbaar feit, houdt dat een aanname in dat de aanvrager een

strafbaar feit heeft gepleegd of vermoedelijk heeft gepleegd. Een latere uitspraak van de strafrechter over dat feit is dan ook een bewijsstuk met betrekking tot het feitencomplex waarop het besluit is gebaseerd (vergeleijk de uitspraak van de Afdeling van 13 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1523).

De Afdeling wijst erop dat het risico dat een vermelding in het JDS achteraf onvoldoende kan blijken te zijn om aan de weigering van een VOG ten grondslag te leggen, een omstandigheid is die voor risico van de minister behoort te komen. In deze zaak oordeelt de Afdeling uiteindelijk dat de minister het besluit tot weigering van een VOG onvoldoende zorgvuldig heeft gemotiveerd, nu hij zich uitsluitend heeft gebaseerd op de registratie van medeplichtigheid tot oplichting in het JDS, terwijl een veroordeling naar aanleiding daarvan is vernietigd en appelland van de verdenking is vrijgesproken.”

Bij zowel de toets aan het objectieve als het subjectieve criterium mag de staatssecretaris strafrechtelijk nog niet onherroepelijke veroordelingen betrekken. Voor vrijspraak geldt wel dat deze onherroepelijk moet zijn om door de staatssecretaris doorslaggevend te zijn om een VOG toe te kennen (ABRvS 31 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2347)

Appelland wil als steigeroperator aan de slag in de Rotterdamse haven. In het JDS zijn op zijn naam geregistreerd veroordelingen wegens afpersing, bemoeilijking van herkenning van kentekens, diefstal, diefstal in verenigen en diefstal met braak. De staatssecretaris stelt zich op het standpunt dat er sprake is van belemmering voor een behoorlijke uitoefening van de functie. Aan het objectieve criterium is voldaan. In het kader van het subjectieve criterium betoogt appelland dat de medewerkers van reclassering zijn recidive-risico laag inschatten. Verder waren zijn contacten met justitie op jonge leeftijd. Hij is nu gemotiveerd om te werken en zet zich volledig in. Bij zijn vorige baan presteerde hij boven verwachting. De staatssecretaris meent echter dat er kans op recidive is.

De Afdeling oordeelt dat de staatssecretaris in de inschatting van de hulpverleners geen grond heeft hoeven zien voor een ander oordeel. Het tijdsverloop sinds de rapportages van de hulpverleners is te kort om de door hen ingeschatte recidivekans op waarde te kunnen schatten. Wat de nog niet onherroepelijke veroordelingen betreft, heeft de rechtbank terecht geen grond gevonden voor het oordeel dat de staatssecretaris deze justitiële gegevens niet bij zijn beoordeling mocht betrekken. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in haar uitspraak van 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5109, mag de staatssecretaris ingevolge de Wjsg de in het JDS voorkomende justitiële gegevens bij de beoordeling van de aanvraag om een VOG betrekken. De staatssecretaris betreft slechts niet in zijn oordeel de justitiële gegevens met betrekking tot strafbare feiten die zijn

afgedaan met een onherroepelijke vrijspraak. De staatssecretaris mocht bij de beoordeling dus ook feiten betrekken waarvoor [appellant] niet onherroepelijk is veroordeeld.

Vernietiging besluit tot weigering VOG na licht vergrijp (ABRvS 16 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY8567)

Appellant is in 2003 tot een voorwaardelijke jeugddetentie van twee weken met een proeftijd van twee jaar veroordeeld wegens ontucht met iemand jonger dan zestien. In 2009 is een zaak tegen hem wegens rijden onder invloed geseponeerd ('oud feit') en in 2010 heeft hij een strafbeschikking gekregen wegens rijden onder invloed. Appellant kwalificeert het zedendelict als een 'seksuele experimenteerfout'. Hij wil nu taxichauffeur worden; het taxi-bedrijf voorziet, zo stelt hij, niet in vervoer van minderjarigen. Aan het objectieve criterium is voldaan, maar appellant voert aan dat bij de toets aan het subjectieve criterium moet meewegen dat er sinds de veroordeling negen jaren zijn verstreken. De Afdeling oordeelt dat de staatssecretaris onvoldoende zorgvuldig heeft gemotiveerd waarom de weigering van een VOG niet evident disproportioneel zou zijn. De afdoening van het zedendelict met een voorwaardelijke straf was een 'lichte afdoening'. Het is daarom niet te begrijpen dat de staatssecretaris zich bij de weigering op het standpunt heeft gesteld dat het niet een 'licht vergrijp' zou betreffen. Niet is gebleken of en in hoeverre de staatssecretaris de voorwaardelijkheid en de duur van de detentie heeft meegewogen. Het betoog van appellant slaagt.

Vernietiging besluit tot weigering VOG na eerder verleende VOG (ABRvS 6 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR0503)

Appellant wil een chauffeurspas om als taxichauffeur aan de slag te gaan. Hij betoogt terecht dat de minister bij zijn afweging ten onrechte niet of onvoldoende in aanmerking heeft genomen dat hij hem in 2005 wel een VOG heeft verleend. Dat het beleid ten aanzien van zedendelicten in de Beleidsregels 2008 is aangescherpt, maakt niet dat de minister bij de toepassing van het subjectieve criterium hieraan geen enkele betekenis hoefde toe te kennen. De minister heeft niet gemotiveerd, waarom afgifte van een VOG, gelet op het risico voor de samenleving, in 2005 verantwoord was, maar dat dit risico thans in onvoldoende mate is afgenomen. Zonder die motivering is niet duidelijk, waarom weigering niet kennelijk disproportioneel is. Dit geldt temeer, nu [appellant], afgezien van het verkeersdelict uit 2007, waaraan de minister geen doorslaggevende betekenis toekent, sinds de verlening van de VOG in 2005 niet meer met justitie in aanraking is gekomen.

Vernietiging besluit tot weigering VOG na voor appellant gunstige uitkomst van tucht- en strafrechtelijke procedure (ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1649)

De aanvrager van de VOG is strafrechtelijk veroordeeld voor het plegen van een zedendelict met een wilsonbekwame hoogbejaarde vrouw. Hij pleegde dit delict in een periode waarin hij onder grote persoonlijke druk stond en stelt nu dat de kans op herhaling dermate klein is dat de staatssecretaris de VOG had moeten afgeven. Hij wenst een VOG voor het uitoefenen van de functie van wijkverpleegkundige. De rechtbank heeft geoordeeld dat de staatssecretaris de persoonlijke omstandigheden van appellant onvoldoende heeft meegewogen. De Afdeling stelt vast dat aan het objectieve criterium is voldaan. Zij wijst ook op het oordeel van de strafrechter die aan de afwijzing van de vordering tot het opleggen van een beroepsverbod van drie jaar ten grondslag heeft gelegd dat het delict een eenmalig en door uitzonderlijke spanning ingegeven incident is geweest, waarbij de aanvrager zich direct heeft gerealiseerd dat wat hij deed ongepast was. Ook wijst de Afdeling op het oordeel van het tuchtcollege, dat de inschrijving van de man in het BIG-register voorwaardelijk heeft geschorst. In het licht hiervan heeft de staatssecretaris volgens de Afdeling ondeugdelijk gemotiveerd waarom het wederpartij thans alsnog onmogelijk wordt gemaakt zijn werkzaamheden als verpleegkundige voort te zetten. Dat de strafrechter, het tuchtcollege en de staatssecretaris ieder een eigen invalshoek ten aanzien van het beschermen van de maatschappij hebben en de staatssecretaris daarin een eigen verantwoordelijkheid heeft, zoals de staatssecretaris ter zitting van de Afdeling heeft betoogd, doet er niet aan af dat zowel de strafrechter als de tuchtrechter de kans op herhaling van het delict en het belang van de bescherming van de maatschappij hebben meegewogen. Daarbij moet het tuchtcollege worden geacht te beschikken over een bijzondere deskundigheid bij het maken van een dergelijke belangenafweging. Het gevaar voor recidive is nooit geheel uit te sluiten, evenmin als de kans dat een werkend persoon in het verband van zijn werk een delict pleegt. De rechtbank heeft het besluit van 9 juni 2015 gezien het voorgaande derhalve terecht wegens strijd met de artikelen 3:4, eerste lid, en 7:12, tweede lid, van de Awb vernietigd.

Vernietiging besluit tot weigering VOG bij uiterst kleine recidivekans (ABRvS 4 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2227)

Appellant wil een VOG voor de uitoefening van de functie van medisch specialist/uroloog in Frankrijk. De staatssecretaris heeft aan de weigering ten grondslag gelegd dat een zaak wegens schending van de eerbaarheid jegens hem is geseponeerd op grond van 'dader niet strafbaar' en 'gezondheidstoestand'. Volgens een psychologisch rapport had appellant ten tijde van de het strafbare feit een ziekelijke stoornis van de geestvermogens als gevolg

waarvan hij sterk verminderd toerekeningsvatbaar was of zelf volledig ontoerekeningsvatbaar. In het rapport wordt in dit kader gesteld dat het ging om een ‘eenmalige “kortsluitingsreactie”’. Verschillende specialisten hebben de recidivekans als uiterst klein ingeschat. De rechtbank heeft het beroep ongegrond verklaart. De Afdeling oordeelt in het voordeel van appelland. De staatssecretaris heeft zich, gelet op de door hem niet in twijfel getrokken bevindingen van de deskundigen over het recidiverisico van appelland, die dateren van zes maanden onderscheidenlijk een jaar en acht maanden na het strafbare feit, niet in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de kans op recidive onvoldoende is afgenomen. De staatssecretaris diende tot uitgangspunt te nemen dat de kans op recidive uiterst klein, verwaarloosbaar klein, dan wel nihil is. De staatssecretaris heeft zich dan ook niet in redelijkheid, bij afweging van alle betrokken belangen, op het standpunt kunnen stellen dat er in dit geval een risico voor de samenleving bestaat dat dermate groot en reëel is, dat afgifte van een VOG ingevolge artikel 35, eerste lid, van de Wjsg dient te worden geweigerd.

Vernietiging besluit tot weigering VOG aan leraar (ABRvS 12 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:382)

Een docent aan een school met leerlingen tussen de zestien en veertig jaar heeft een zedendelict gepleegd jegens een bejaarde vrouw. Emotionele aspecten hebben daarbij een zeer grote rol gespeeld: na het overlijden van zijn moeder heeft hij troost en steun gezocht bij de bejaarde vrouw, die een vriendin was van zijn moeder. Nu wordt hem een VOG geweigerd op grond van de Beleidsregels. De Afdeling is van oordeel dat de staatssecretaris ten onrechte te weinig gewicht heeft toegekend aan de omstandigheden van het geval. Gelet op deze omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien, heeft de staatssecretaris zich niet in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat geen twijfel bestaat dat daadwerkelijk een risico bestaat voor de samenleving indien de man de functie van docent blijft uitoefenen. Hierbij wordt opgemerkt dat hij reeds in maart 2015 de pensioengerechtigde leeftijd zal bereiken.

5.25.5.2 Jurisprudentie verzoeken tot uitschrijving justitiële gegevens uit JSD

Terechte weigering registratie in JDS te schrappen van arts die als zestienjarige webcamcontact had met elfjarige (ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1148)

De arts had als 16-jarige ‘consensueel’ via een webcam contact gehad met een elfjarig meisje, dat zich op zijn verzoek had ontkleed. Naar aanleiding hiervan heeft appelland een transactievoorstel voor veertig uur werkstraf

aanvaard voor het bewegen van een minderjarige tot ontuchtige handelingen. Sinds hij arts is moet hij geregeld een VOG overleggen, wat met moeite, na het beantwoorden van tal van vragen, lukt. Volgens appellant kan hij er niet van uitgaan dat hij de VOG's zal verkrijgen die vereist zijn voor de door hem beoogde verdere carrièrestappen, zolang voornoemde justitiële gegevens in de justitiële documentatie staan geregistreerd. Appellant stelde dat zijn carrière bovenmatig wordt gehinderd door de registratie 'pedoseksueel delict' in het JDS. De Afdeling oordeelt dat de minister aansluiting heeft mogen zoeken bij de Leidraad Afdoening sextingzaken. Blijkens die Leidraad is bij zedenmisdriven waarbij het slachtoffer jonger is dan twaalf en de verdachte vijf of meer jaar ouder per definitie geen sprake van consensueel contact. In de Nota naar aanleiding van het verslag is opgemerkt dat, wil de rechter of officier van justitie een compleet beeld krijgen van iemands strafrechtelijk verleden, het van belang is dat de gegevens over alle delicten die tot een afdoening door de officier van justitie of de rechter hebben geleid gedurende de in de wet genoemde termijnen beschikbaar blijven. Niet van belang is of degene van wie de gegevens zijn verwerkt hieronder emotioneel gebukt gaat. Wanneer bijvoorbeeld bepaalde vermeldingen weliswaar formeel juist zijn, maar mogelijk misverstanden kunnen wekken bij verstrekking aan sommige derden die gerechtigd zijn om justitiële gegevens te mogen ontvangen en in samenhang met andere feiten die bij die derden anderszins over betrokkene bekend zijn, kan dat reden zijn een verzet te honoreren. In de week dat de zaak dient bij de Afdeling komt de zaak uitgebreid aan bod in een achtergrondartikel in *de Volkskrant*.¹⁶¹ De arts beschrijft daarin dat hij weliswaar een VOG heeft maar dit geen enkele garantie biedt. Er kan een aanscherping van de regels volgen. Hij kan niet naar de VS en kan geen kinderen adopteren. Ook komen de ouders van het elfjarige meisje aan het woord. Zij hebben justitie verzocht het strafblad te verwijderen en de aantekening pedofiel die de arts in zijn dossier heeft te verwijderen. De Afdeling ziet evenals de rechtbank geen grond voor het oordeel dat de registratie tot misverstanden als bedoeld in de Nota leidt. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat de minister geen aanleiding heeft hoeven zien om de door [appellant] gestelde carrièrehinder als gevolg van de registratie, wegens mogelijke vertraging bij de verkrijging van een VOG, als bovenmatig te kwalificeren, gelet op de carrièrestappen die door hem al zijn gemaakt. De minister heeft zich met juistheid op het standpunt gesteld dat de mogelijkheid van vertraging bij de verkrijging van nieuwe VOG's wegens de registratie, inherent is aan het systeem van de VOG. Deze door de minister aan artikel 26, eerste lid, van de Wjsg gegeven invulling is passend, gelet op de blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van dit artikel door de wetgever beoogde zeer terughoudende toepassing daarvan.

¹⁶¹ "'Pedoseksueel delict' – dat staat er op het strafblad van een arts", de Volkskrant 1 juni 2019.

Terechte weigering gegevens uit JDS te verwijderen na transactie met OM inzake bezit geringe hoeveelheid XTC (ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:618)

Een man is met Justitie een transactie van € 225 aangegaan vanwege het in het bezit hebben van zes xtc-pillen. Hij heeft verzocht om het verwijderen van dit justitiële gegevens omdat hij voor zijn werk als internationaal service-monteur vaak naar het buitenland moet, waaronder naar visumplichtige landen. Hij vreest dat de JDS-registratie in de weg kan staan aan het verlenen van een visum. De rechtbank heeft zijn beroep gegrond verklaard. De minister heeft onvoldoende inzichtelijk gemaakt op welke wijze de ernst van het delict, dat als gering ernstig delict kan worden aangemerkt, is afgewogen tegen de leeftijd van eiser ten tijde van het delict, het tijdsverloop sinds het delict, de wijze van afdoening door het OM en de omstandigheid dat er geen andere delicten in de justitiële documentatie van [wederpartij] zijn vermeld. Verder blijkt uit de adviezen van het OM niet hoe de weging van de persoonlijke omstandigheden in relatie tot het algemene belang van een goede strafrechtspleging heeft plaatsgevonden. De minister voert in hoger beroep aan dat van bovenmatige carrièrehinder alleen in zeer uitzonderlijke gevallen sprake is. De Afdeling oordeelt dat de man geen specifieke opleiding in de zin van de gedragslijn heeft genoten of dat hij bovenmatige carrièrehinder ondervindt. De betrekkelijk jonge leeftijd van de man ten tijde van het delict, de lichte afdoening van het delict, het tijdsverloop van negen jaar en het ontbreken van overige registraties in het JDS zijn onvoldoende om van een zeer uitzonderlijk geval te spreken. Terecht heeft de minister gesteld dat het van belang is dat, indien de man opnieuw bij een strafrechtelijke procedure betrokken raakt, een officier van justitie of de rechter een compleet beeld heeft van zijn strafrechtelijke verleden. Anders dan de rechtbank heeft overwogen, heeft de minister afdoende gemotiveerd waarom hij het verzet van de man heeft afgewezen.

Terechte weigering gegevens uit JDS te verwijderen bij geweldsincident als minderjarige (ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:993)

Appellant is in 2003 zwaar mishandeld. Zijn belager is veroordeeld tot een celstraf, maar had ook tegenaangifte gedaan. De strafzaak tegen appellant is geëindigd met een voorwaardelijke sepot omdat appellant reeds voldoende door feit en gevolgen was getroffen, met een proeftijd van twee jaar. Appellant wist destijds niet dat het sepot twintig jaar in het JDS geregistreerd zou blijven. De minister wijst het verzoek tot verwijdering van justitiële gegevens uit het JDS af, maar is wel bereid deze gegevens af te schermen, behalve voor rechterlijke ambtenaren in het kader van strafrechtelijke procedures. Appellant voert aan dat deze weigering in strijd is met art. 6 (fair trial) en art. 7 (strafrechtelijk legaliteitsbeginsel) van het EVRM. Hij stelt onder meer

dat hij nooit is bijgestaan door een raadsman noch zijn recht daarop aan hem kenbaar is gemaakt.

De Afdeling oordeelt dat de bestuursrechter niet kan beoordelen of de geregistreerde beslissing juist of onjuist was. Zij stelt dat de weigering geen 'criminal charge' oplevert en verklaart de op het EVRM geënte beroepsgronden ongegrond. Appellant wijst voorts op bijzondere omstandigheden, zoals de lichte aard van de beslissing van het OM, het tijdsverloop sinds die beslissing, zijn minderjarigheid ten tijde van het plegen van het feit, de omstandigheid dat andere strafbare feiten ontbreken, dat hij moeilijkheden heeft ondervonden met een dienstverband bij De Nederlandse Bank en na afronding van zijn studie rechten ernstig beperkt zal worden in zijn arbeidsperspectieven.

De Afdeling overweegt dat niet relevant is of iemand emotioneel gebukt gaat onder een registratie. Het honoreren van een verzet moet volgens de wetgever tot 'zeer bijzondere gevallen' beperkt blijven. De minister heeft rekening gehouden met de situatie van appellant door te besluiten zijn gegevens af te schermen. De Afdeling is van oordeel dat de minister in de door appellant aangevoerde omstandigheden geen aanleiding heeft hoeven zien de gegevens uit het JDS te verwijderen. In dat verband heeft de minister terecht van belang geacht dat de registratie van belang kan zijn wanneer appellant voor een vergelijkbaar feit opnieuw met politie en justitie in aanmerking zou komen en kennis van het eerdere voorval van betekenis kan zijn in het kader van een eventueel strafrechtelijk onderzoek, voor de beslissing om al dan niet tot vervolging over te gaan en/of het opleggen van een juiste straf of maatregel.

5.25.6 Actualiteit

Recent stuurde de minister van Rechtsbescherming Dekker een brief naar de Tweede Kamer over de VOG.¹⁶² Uit de brief komt naar voren dat van de VOG een belangrijke preventieve werking uitgaat. De minister noemt het 'een effectief instrument om kwetsbare personen te beschermen tegen herhaald plegen van criminaliteit'. In de brief somt de minister een aantal stappen op die hij wil zetten om het VOG-beleid verder te verfijnen en toekomstbestendig te maken. Daartoe behoort ook de versterking van 'de positie van VOG-aanvragers wanneer Justis voornemens is om de VOG te weigeren. Daarnaast de kansen van jongeren op de arbeidsmarkt vergroten, door een kader voor maatwerk te bieden voor het verstrekken van een VOG bij lichte zedendelicten die zijn gepleegd op minderjarige leeftijd'. Verder is een van de aanbevelingen een duidelijker kader voor maatwerk, om specifiek voor minderjarige daders van zedendelicten te kunnen differentiëren naar de ernst van het misdrijf en de leeftijd ten tijde van het plegen.

¹⁶² 'Verklaring Omtrent het Gedrag (VOG)', 8 juni 2021, kenmerk 3323566.

5.26 Opleggen bestuurlijke maatregel door CBR terwijl betrokkene is vrijgesproken in combinatie met een ex-tunc-toetsing

5.26.1 Aangedragen knelpunt

Het aangedragen knelpunt wordt toegelicht aan de hand van een praktijkvoorbeeld: aan betrokkene is door het CBR een maatregel opgelegd voor het rijden onder invloed, terwijl de strafrechter hem daarvoor heeft vrijgesproken omdat zijn broer de bestuurder van het voertuig was en aan de politie de naam van betrokkene heeft opgegeven.

De aan betrokkene opgelegde maatregel blijft echter zowel bij de rechtbank als bij de Afdeling in stand.

Het voelt voor de burger onrechtvaardig dat dezelfde rechtbank die hem vrijspreekt van rijden onder invloed, het goed vindt dat hij een – bovendien kostbare – maatregel opgelegd krijgt wegens rijden onder invloed. Dit omdat de door het CBR opgelegde maatregel ex-tunc wordt getoetst.

5.26.2 Wettelijke regels

Awb

Artikel 4:6

“1. Indien na een geheel of gedeeltelijk afwijzende beschikking een nieuwe aanvraag wordt gedaan, is de aanvrager gehouden nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden te vermelden.

2. Wanneer geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden worden vermeld, kan het bestuursorgaan zonder toepassing te geven aan artikel 4:5 de aanvraag afwijzen onder verwijzing naar zijn eerdere afwijzende beschikking.”

Wegenverkeerswet 1994

Artikel 130

“1. Indien bij de bij algemene maatregel van bestuur aangewezen personen een vermoeden bestaat dat de houder van een rijbewijs niet langer beschikt over de rijvaardigheid dan wel over de lichamelijke of geestelijke geschiktheid, vereist voor het besturen van een of meer categorieën van motorrijtuigen waarvoor dat rijbewijs is afgegeven, doen zij daarvan zo spoedig mogelijk schriftelijk mededeling aan het CBR onder vermelding van de feiten en omstandigheden die aan het vermoeden ten grondslag liggen. Bij ministeriële regeling worden de feiten en omstandigheden aangewezen die aan het vermoeden ten grondslag dienen te liggen en worden ter zake van de uitoefening van deze bevoegdheid nadere regels vastgesteld.
(...)”

Artikel 131

"1. Indien een schriftelijke mededeling als bedoeld in artikel 130, eerste lid, is gedaan, besluit het CBR in de bij ministeriële regeling aangewezen gevallen respectievelijk tot:

- a. oplegging van een educatieve maatregel ter bevordering van de rijvaardigheid of geschiktheid,
(...)"

Regeling maatregelen rijvaardigheid en geschiktheid 2011

Artikel 2

"1. Een vermoeden als bedoeld in artikel 130, eerste lid, van de wet wordt gebaseerd op feiten of omstandigheden als genoemd in de bij deze regeling behorende bijlage.

2. Indien een vermoeden als bedoeld in het eerste lid wordt gebaseerd op het gestelde in de bij deze regeling behorende bijlage 1, onderdeel B, subonderdeel III, Drogerende stoffen, dient betrokkene bij minimaal één feit bestuurder te zijn geweest van een motorrijtuig waarvoor een rijbewijs is vereist."

Artikel 11

"1. Het CBR besluit tot oplegging van een educatieve maatregel alcohol en verkeer indien:

(...)

- b. bij betrokkene in de hoedanigheid van beginnende bestuurder een adem- of bloedalcoholgehalte is geconstateerd dat gelijk is aan of hoger is dan 350 µg/l, respectievelijk 0,8‰, maar lager is dan 570 µg/l, respectievelijk 1,3‰, of indien betrokkene heeft geweigerd mee te werken aan een onderzoek als bedoeld in artikel 8, tweede of derde lid, van de wet;

(...)"

Bijlage 1 bij de Regeling maatregelen rijvaardigheid en geschiktheid 2011

"Feiten dan wel omstandigheden, die een vermoeden rechtvaardigen dat betrokkene niet langer beschikt over de vereiste rijvaardigheid voor het besturen van een of meer categorieën van motorrijtuigen waarvoor een rijbewijs is afgegeven, dan wel, met uitzondering van de categorie AM, over de vereiste lichamelijke of geestelijke geschiktheid voor het besturen van motorrijtuigen waarvoor een rijbewijs is afgegeven:

(...)

B. Geschiktheid

(...)

III. Drogerende stoffen

Alcohol

a. bij betrokkene is een adem- of bloedalcoholgehalte geconstateerd dat gelijk is aan of hoger is dan 350 µg/l, respectievelijk 0,8‰; (...)"

5.26.3 Jurisprudentie van de Afdeling

Het aangedragen knelpunt is terug te voeren op eerdere jurisprudentie van de Afdeling.

Vermeld worden hier ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3387, en ABRvS 26 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2021.

In drie recente zaken waarin de Afdeling op 4 mei 2021 uitspraak heeft gedaan,¹⁶³ kwam de betekenis van een vrijspraak van de strafrechter voor de beoordeling van een door het CBR opgelegde bestuurlijke maatregel opnieuw aan de orde. Uit die uitspraken blijkt dat uit de strafzaak afkomstig aanvullend bewijs tot het oordeel kan leiden dat het CBR niet langer kon afgaan op het op ambtseed of ambtsbelofte opgemaakt proces-verbaal dat het aan zijn besluit ten grondslag heeft gelegd en dat besluit daarom moet herzien. In deze uitspraken wordt voorop gesteld dat een bestuursorgaan, dus ook het CBR, in beginsel mag uitgaan van de juistheid van een op ambtseed dan wel ambtsbelofte opgemaakt proces-verbaal. Dat geldt ook voor de rechter. Maar ingebracht tegenbewijs kan ertoe leiden dat van dit uitgangspunt moet worden afgeweken:

"Een bestuursorgaan, ook het CBR, mag in beginsel uitgaan van de juistheid van een op ambtseed dan wel ambtsbelofte opgemaakt proces-verbaal. Dat geldt evenzeer voor de rechter, tenzij tegenbewijs noopt tot afwijking van dit uitgangspunt. Indien uit een op ambtseed of ambtsbelofte opgemaakt proces-verbaal een vermoeden van ongeschiktheid tot het besturen van een motorrijtuig als bedoeld in artikel 130, eerste lid, van de Wegenverkeerswet 1994 kan worden afgeleid, vormt dit voldoende grondslag om een bestuursrechtelijke maatregel op te leggen. Zo'n maatregel is erop gericht de verkeersveiligheid te waarborgen en staat los van een eventuele strafrechtelijke procedure. Vrijspraak door de politierechter van het ten laste gelegde laat dat gegronde vermoeden in beginsel onverlet. Dat kan anders zijn indien het strafrechtelijke vonnis de inhoud van de processen-verbaal die ten grondslag zijn gelegd aan de oplegging van het onderzoek naar de rijgeschiktheid onderuit haalt of anderszins een ander licht werpt op de feiten of omstandigheden waarop ook de bestuursrechtelijke maatregel is gebaseerd."

¹⁶³ ECLI:NL:RVS:2021:961, ECLI:NL:RVS:2021:962, ECLI:NL:RVS:2021:963.

In ECLI:NL:RVS:2021:961 oordeelde de Afdeling vervolgens dat appelland met de door hem in beroep overgelegde processen-verbaal van de zittingen bij de politierechter, aanvullend bewijs heeft geleverd van zijn stelling dat hij niet de bestuurder van het voertuig is geweest. Appellant heeft daarmee nieuw gebleken feiten en veranderde omstandigheden naar voren gebracht. Voor het CBR bestond er geen ruimte om zonder een nadere motivering af te wijken van het oordeel van de politierechter. Het besluit van het CBR tot handhaving van zijn afwijzende beslissing op het verzoek van appelland om herziening van het besluit, waarbij hem de verplichting is opgelegd mee te werken aan een onderzoek naar zijn alcoholgebruik, werd alsnog vernietigd.

In ECLI:NL:RVS:2021:962 overwoog de Afdeling dat volgens vaste rechtspraak de bestuursrechter in de regel niet is gebonden aan het oordeel van de strafrechter. In dit geval is echter niet alleen een aantekening mondeling vonnis en een getuigenverklaring overgelegd, maar ook een aanvullend bewijs waarop de strafrechter zijn vrijspraak heeft gebaseerd. Het CBR heeft zich daarom ten onrechte op het standpunt gesteld dat er geen sprake was van nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden. Er bestond voor het CBR geen ruimte om af te wijken van het oordeel van de politierechter. Het besluit van het CBR tot handhaving van zijn afwijzende beslissing op het verzoek van appelland om herziening van het besluit, waarbij hem de verplichting is opgelegd mee te werken aan een onderzoek naar zijn alcoholgebruik, werd alsnog vernietigd.

In ECLI:NL:RVS:2021:963 overwoog de Afdeling dat appelland op de zitting van de Afdeling heeft benadrukt dat hij niet zozeer de – uit de aantekening mondeling vonnis blijkende – vrijspraak door de strafrechter als zodanig ziet als nieuw feit, als wel de overgelegde processen-verbaal van verhoor van getuigen. Naar het oordeel van de Afdeling kan uit die getuigenverklaringen echter niet worden afgeleid dat appelland de auto helemaal niet heeft bestuurd. Daaruit blijkt juist dat appelland op de bestuurdersstoel heeft gezeten en dat hij daarop zat ten tijde van de aanhouding. Deze getuigenverklaringen zijn geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden die het CBR aanleiding hadden moeten geven tot heroverweging van zijn eerdere besluit, waarbij aan appelland een educatieve maatregel alcohol en verkeer (EMA) is opgelegd. Het besluit op het verzoek om terug te komen van dat besluit werd door de Afdeling ook niet evident onredelijk geacht.

Opmerking:

Deze drie uitspraken gingen alle over een verzoek terug te komen van een onherroepelijk besluit van het CBR omdat betrokkene inmiddels door de strafrechter was vrijgesproken van het begaan van het delict dat de grond

vormde aan hem een bestuurlijke maatregel op te leggen. Ook bij de beslissing op een dergelijk verzoek, zo kan uit deze uitspraken worden afgeleid, moet het CBR acht slaan op bewijs dat dateert van na het besluit waarvan herziening wordt gevraagd.

Het komt ook voor dat al in de procedure tegen de oplegging van een bestuurlijke maatregel door het CBR een beroep op een vrijspraak door de strafrechter wordt gedaan omdat dit vrijsprekende vonnis toen al was gewezen. De zaak waarmee het aangedragen knelpunt wordt onderbouwd betreft een procedure tegen de oplegging van een bestuurlijke maatregel, maar daarin is, anders dan de aanbrenner van het knelpunt heeft gesuggereerd, geen beroep gedaan op een vrijsprekend vonnis van de strafrechter (ABRvS 14 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:479, 201702972/1/A2). In deze uitspraak kwam de Afdeling tot het oordeel dat gelet op de op ambtseed dan wel ambtsbelofte opgemaakte processen-verbaal van de verbalisanten met voldoende mate van zekerheid is komen vast te staan dat appelland en niet zijn broer als bestuurder van een motorrijtuig is opgetreden en dat de rechtbank daarom terecht heeft geoordeeld dat het CBR terecht aan appelland een EMA heeft opgelegd.

5.27 Bewijsvermoeden bij handhaving van verkeerd aangeboden huisvuil

5.27.1 Aangedragen knelpunt

Gesteld is dat het bewijsvermoeden dat in de jurisprudentie van de Afdeling wordt gehanteerd in zaken over de handhaving van verkeerd aangeboden huisvuil, in sommige gevallen leidt tot harde uitkomsten voor de burger. Dit bewijsvermoeden houdt in dat wanneer verkeerd aangeboden huisvuil tot iemand te herleiden is, door daarin of daarop aangetroffen naam- of adresgegevens, het bestuursorgaan ervan mag uitgaan dat diegene het huisvuil verkeerd heeft aangeboden. Weliswaar heeft diegene de gelegenheid om het tegendeel aannemelijk te maken, maar dat is vaak niet gemakkelijk en soms zelfs onmogelijk.

5.27.2 Wettelijke regels

Artikel 10.23, eerste lid, van de Wet milieubeheer:

De gemeenteraad stelt in het belang van de bescherming van het milieu een afvalstoffenverordening vast.

In deze gemeentelijke afvalstoffenverordeningen is doorgaans bepaald dat het verboden is om huishoudelijke afvalstoffen op een andere wijze ter inzameling aan te bieden dan bij of krachtens die verordening is bepaald. Het varieert per afvalstoffenverordening op welke wijze en in welke mate van

detail is geregeld op welke wijze het is toegestaan om huishoudelijke afvalstoffen ter inzameling aan te bieden en op welke wijze dat niet is toegestaan, maar het komt er vrijwel altijd op neer dat gebruik moet worden gemaakt van een bepaalde inzamelvoorziening (bijvoorbeeld een papierbak) of dat afvalstoffen op een bepaald tijdstip op straat mogen worden aangeboden en dat het verboden is om huishoudelijke afvalstoffen buiten deze inzamelvoorzieningen en tijdstippen op straat achter te laten.

5.27.3 Beleidsregels

In de zaken die aan de Afdeling worden voorgelegd, gaat het om de toepassing van spoedeisende bestuursdwang, als bedoeld in artikel 5:31, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Gemeenten willen het aangetroffen huisvuil meteen verwijderen. De kosten van de toepassing van bestuursdwang variëren per gemeente, maar liggen vaak rond de € 125. De overtreder moet die kosten betalen. De werkwijze is vaak in beleidsregels vastgelegd.

5.27.4 Jurisprudentiële Afdeling

De standaardoverweging waarin het bewijsvermoeden is verwoord, is onder meer te vinden in de uitspraak van 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2432.

De relevante overwegingen luiden:

“3.1. Indien verkeerd aangeboden huishoudelijk afval door middel van een daarin aangetroffen poststuk tot een bepaalde persoon is te herleiden, mag er volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling van worden uitgegaan dat dit afval door de betrokkene op onjuiste wijze ter inzameling is aangeboden en dat hij derhalve de overtreder is, tenzij de betrokkene het tegendeel aannemelijk maakt. Voor het mogen hanteren van dit bewijsvermoeden is voldoende dat in het afval één tot de betrokkene te herleiden poststuk is aangetroffen (zie onder meer de uitspraak van 7 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1630). [...]. Het is op grond van de jurisprudentie voor het mogen hanteren van het bewijsvermoeden verder niet relevant of het aangetroffen poststuk geopend of ongeopend was. Het betoog van [appellant] geeft de Afdeling geen aanleiding om haar jurisprudentie in zoverre te wijzigen.

3.2. Aan de vaststelling dat in het afval een tot de betrokkene te herleiden poststuk is aangetroffen, dient op grond van de jurisprudentie van de Afdeling een rapportage van de toezichthouder die het onjuist aangeboden afval heeft aangetroffen ten grondslag te liggen, met een voldoende duidelijke foto van het poststuk. Daarbij mag ervan worden uitgegaan dat, zoals ook door het college in deze zaak is verklaard, het afval door de toezichthouder volledig is doorzocht en dat geen poststukken van derden zijn aangetroffen. Het bevoegd gezag is op grond van de jurisprudentie niet verplicht het afval te bewaren om het bewijsvermoeden

te mogen hanteren. De Afdeling ziet ook in zoverre in het betoog van [appellant] geen aanleiding om haar jurisprudentie te wijzigen. Het gaat in deze jurisprudentie om een specifiek in zaken over onjuist aangeboden huishoudelijk afval gehanteerd bewijsvermoeden. Voor dit bewijsvermoeden en de daaruit voortvloeiende bewijslastverdeling tussen het bevoegd gezag en de betrokkene is door de Afdeling weloverwogen gekozen. Daarbij is onderkend dat het voor de betrokkene lastig of zelfs onmogelijk kan zijn om het bewijsvermoeden te weerleggen. Ook is onderkend dat dit bewijsvermoeden anders is dan bewijsvermoedens die in andere rechtsgebieden binnen het bestuursrecht worden gehanteerd. [...].”

Het is dus aan de betrokkene om, als aan de voorwaarden voor het bewijsvermoeden is voldaan, het tegendeel aannemelijk te maken. Dit vergt dus geen sluitend tegenbewijs, maar betrokkene moet wel met een geloofwaardig ‘verhaal’ komen. De gevallen waarin “het voor betrokkene lastig of zelfs onmogelijk kan zijn om het bewijsvermoeden te weerleggen” zijn gevallen waarin betrokkene in het geheel geen omstandigheden en verifieerbare feiten kan noemen die aannemelijk maken dat hij/zij niet de overtreder is. De rechtspraak van de Afdeling heeft bij sommige bestuursorganen evenwel geleid tot een harde uitvoeringspraktijk waarbij die bestuursorganen rigide vasthouden aan het bewijsvermoeden en ervan uitgaan dat enkel bij onomstotelijk tegenbewijs mag worden afgezien van handhavend optreden jegens degene wiens naam of adres is aangetroffen. Het bewijsvermoeden is echter bedoeld als beginpunt van een redenering waarbij een overtreder wordt aangewezen en deze vervolgens tegenbewijs mag leveren. Is op basis van dat tegenbewijs voldoende aannemelijk dat de betrokkene het afval niet heeft aangeboden, dan is het aan het bestuursorgaan om dat bewijs te weerleggen. In veel zaken die door de Afdeling zijn behandeld, reageert het bestuursorgaan in de besluiten op bezwaar en de verweerschriften echter niet inhoudelijk op de argumenten van de burger, maar beroept het zich op het bewijsvermoeden op grond waarvan het er vanuit mag gaan dat betrokkene de overtreder is. De afgelopen jaren heeft de Afdeling regelmatig geoordeeld dat het bestuursorgaan dient te bezien of er omstandigheden zijn die op zichzelf of in onderlinge samenhang aannemelijk maken dat betrokkene niet de overtreder is. We noemen enige recente voorbeelden van deze rechtspraak die in het voordeel van de burger uitpakt.

Zie bijvoorbeeld ABRvS 24 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1489: het college heeft een dag na de wekelijkse inzameldag een huisvuilzak van appellante op straat aangetroffen en is ervan uitgegaan dat appellante de huisvuilzak op een verkeerd tijdstip heeft aangeboden. Het aanbieden van huisvuil is toegestaan vanaf 22:00 uur op de avond voorafgaand aan de dag van inzameling tot 7:15 uur op de dag van inzameling zelf.

Appellante stelt dat zij de huisvuilzak binnen deze tijden heeft aangeboden, maar dat hij niet is opgehaald door de ophaaldienst. Zij heeft met vliegtickets en de reishistorie van haar ov-chipkaart aangetoond dat zij op de inzameldag rond 08:15 uur van huis is vertrokken voor een vakantie van een week. Hoewel het niet uitgesloten is dat appellante de huisvuilzak op de inzameldag tussen 7:45 en 8:15 uur te laat heeft aangeboden en dat de ophaaldienst toen al geweest was, achtte de Afdeling het aannemelijker dat appellante de huisvuilzak op tijd had aangeboden, maar dat de ophaaldienst hem niet heeft opgehaald. Daarbij heeft de Afdeling betrokken dat het bestuursorgaan niet heeft kunnen vaststellen op welke tijd de ophaaldienst in de desbetreffende straat is geweest en niet heeft weersproken dat de ophaaldienst daar gewoonlijk later dan 8:15 uur is.

Zie ook ABRvS 10 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:266: appellante heeft een zeer gedetailleerde, consistente en logische verklaring gegeven van wat er is gebeurd: de door haar in de volle container gestopte doos is er door drie spelende jongens waarschijnlijk uitgehaald. Appellante heeft de jongens op hun gedrag aangesproken, welk gesprek door een derde is gezien. Het enkele feit dat appellant verklaart en onderbouwt dat zij zich inzet voor een schone stad, maakt niet dat zij niet degene kan zijn geweest die de doos verkeerd heeft aangeboden, maar draagt wel bij aan de geloofwaardigheid van haar verklaringen. Annotator Van Mil merkt naar aanleiding van deze en nog twee andere uitspraken van dezelfde datum (ECLI:NL:RVS:2021:278 en ECLI:NL:RVS:2021:264) op dat '[maar weer blijkt] dat een appellant met een logisch en plausibel verhaal aannemelijk kan maken dat hij of zij geen overtreder is (Bouwrecht 2021/51). Zie voor een nog recentere bevestiging van deze jurisprudentielijn ABRvS 7 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:748: in een bij een ORAC aangetroffen huisvuilzak was een ongeopende envelop van de BankGiro Loterij aangetroffen. Appellante betoogde dat de postbezorging in haar appartementengebouw vaak verkeerd liep, wat door haar buurman werd bevestigd. De Afdeling achtte het aannemelijk dat het poststuk verkeerd was bezorgd bij een andere bewoner en dat diegene de envelop ongeopend had weggegooid en de huisvuilzak vervolgens verkeerd had aangeboden.¹⁶⁴

In andere zaken ontbraken bijzondere omstandigheden of waren deze op zichzelf, of in onderlinge samenhang gezien onvoldoende om aannemelijk

¹⁶⁴ Zie voor nog enkele andere voorbeelden ABRvS 29 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1828 en ABRvS 24 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1489.

maken dat de appellant niet de overtreder was.¹⁶⁵ Duidelijk is hoe dan ook dat de jurisprudentie uitdrukkelijk ruimte biedt voor een weging van alle omstandigheden van het geval en dat het bewijsvermoeden, zoals het woord ook zegt, een vermoeden is dat kan worden weerlegd met een ‘geloofwaardig verhaal’.

5.28 De urgentieverklaring

5.28.1 Aangedragen knelpunt

Het college van B&W kan een urgentieverklaring afgeven voor woningzoekenden voor wie het ‘urgent’ is dat zij een woning vinden. Het kan daarbij bijvoorbeeld gaan om mensen die buiten hun schuld in een noodsituatie zitten. Het aanmerken van een situatie als ‘urgent’ betekent dat anderen er langer over doen om een woning te vinden. Daarom maken bestuursorganen terughouden gebruik van de bevoegdheid een urgentieverklaring af te geven.

In een aantal reacties wordt de urgentieregelgeving benoemd als knellend. Deze zou ‘echt heel erg onduidelijk, inconsequent, te hardvochtig’ zijn en bovendien per regio verschillen. Gemeentes zouden inhoudelijk hun regelgeving niet op orde hebben. Hoewel er begrip is voor het feit dat er weinig woonruimte beschikbaar is, krijgen ook ernstige en schrijnende gevallen vaak geen urgentieverklaring. Een aantal keren heeft dit geleid tot ingrijpen door de bestuursrechter, waarbij besluiten van B&W zijn vernietigd.

5.28.2 Wettelijke regels

Een gemeente kan een urgentieverklaring afgeven wanneer zij beschikt over een Huisvestingsverordening waarin de bevoegdheid tot het afgeven van urgentieverklaringen is geregeld. Er bestaat geen verplichting tot het opstellen van een Huisvestingsverordening en/of voor het regelen van urgentieverklaringen.¹⁶⁶ Gemeenten die wel de mogelijkheid hebben urgentieverklaringen af te geven normeren deze vaak nader in beleidsregels.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Zie bijv. ABRvS 18 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:783: de enkele stelling dat er sprake is van een grote afstand tussen de woning van de burger en het aangetroffen huisvuil en de stelling dat appelland zijn afval kan weggooien in zijn eigen Kliko, maken niet aannemelijk maken dat hij niet de overtreder is geweest. Zie ook ABRvS 29 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1826: de enkele niet onderbouwde stelling dat appelland slecht ter been is en aan huis gekluisterd is en het feit dat de doos op grote afstand van haar woning is aangetroffen, maken op zichzelf niet dat aannemelijk is gemaakt dat appelland niet de overtreder is.

¹⁶⁶ Blijkens een rapport van RIGO hadden 187 gemeenten (van de 380) een Huisvestingsverordening; daarvan hadden 174 een regeling voor het afgeven van urgentieverklaringen. Zie <https://open-pilot.overheid.nl/repository/ronl-232080b1-b93c-48c5-b905-c20cbd85bd2a/1/pdf/vergunninghouders-als-urgentie-categorie.pdf>

¹⁶⁷ Zie bijv. de Beleidsregel urgentieverklaringen Den Haag 2019, de Nadere regels urgenties van de gemeente Amsterdam, en de Beleidsregels urgentie gemeente Zaanstad 2016.

Daaruit blijkt dat de drempel om voor een urgentieverklaring in aanmerking te komen veelal hoog is, zeker in grote steden. Een greep uit deze beleidsregels leert dat er sprake is van een urgent huisvestingsprobleem, bijvoorbeeld doordat de woning in slechte staat is, het huishouden voor de woning te groot is, onderhoud van de woning door medische klachten niet meer mogelijk is of een scheiding van een partner dreigt. Wanneer het huisvestingsprobleem door de aanvrager zelf kan worden opgelost, of hij zelf door verwijtbaar handelen of nalaten aan de problematiek heeft bijgedragen, kan een urgentieverklaring worden geweigerd. Veelzeggend is ook een overweging in ABRvS 23 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:165: de urgentieregeling is er niet om na een echtscheiding op een gewenste manier uitvoering te kunnen geven aan het gezinsleven.

In uitspraken over urgentieverklaringen draait het vaak om de vraag of het bestuursorgaan heeft kunnen oordelen of er voldaan is aan een van de in beleidsregels opgenomen weigeringsgronden, zoals 'woonnoodsituatie', 'een levensontwrichtende situatie', de aanwezigheid van een 'geschikte voorliggende voorziening' of het toepassen van de hardheidsclausule. Het gaat hier om vage normen, bij de invulling waarvan het bestuursorgaan beoordelingsruimte heeft en die de Afdeling terughoudend toetst. Van belang is verder dat het in veel zaken gaat om de vraag of het college heeft mogen afgaan op het advies van een GGD-arts, waarin tot de conclusie wordt gekomen dat de medische klachten van appellant niet indicatief zijn voor het afgeven van een urgentieverklaring. Het is dan aan de bestuursrechter om te beoordelen of het college op dit advies heeft kunnen afgaan. Daarbij bestaat ruimte voor appellant om een tegenadvies in te dienen waaruit blijkt van objectieve informatie die de inhoud van het medisch advies weerspreekt. De toetsing van het GGD-advies vindt plaats langs de gebruikelijke lijnen van art. 3:2 Awb jo art. 3:9 Awb (zie bijv. ABRvS 8 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1581). Praktisch betekent dit dat 'een persoon aan wie een urgentieverklaring conform een deskundigenrapport wordt geweigerd met goede argumenten moet komen wil hij dat besluit met succes kunnen aanvechten' (Hendriks, noot onder AB 2018/302). Loutere stellingnames, die niet worden onderbouwd door stukken, zullen als regel niet volstaan. Zeker bij een afwijzing van een urgentieverklaring op medische gronden zal alleen een eigen deskundigenrapport enige indruk kunnen maken.

Een aantal categorieën woningzoekenden moeten volgens de Huisvestingswet in ieder geval als urgente woningzoekenden worden aangewezen: mantelzorgers en -ontvangers en personen die in blijf-van-mijn-lijfhuizen verblijven. Tot 2017 behoorden ook houders van een verblijfsvergunning tot de verplichte categorieën. De Tweede Kamer besloot echter in september 2016 om de voorrangspositie van toegelaten vluchtelingen te schrappen uit de Huisvestingswet. De Kamer wil verdringing op de woningmarkt voor reguliere woningzoekenden voorkomen en vindt dat vergunninghouders zoveel mogelijk buiten de reguliere woningvoorraad moeten worden

gehuisvest. De wet is op 1 juli 2017 in werking getreden. Het is met deze wetswijziging niet meer verplicht om vergunninghouders als vaste categorie op te nemen in de urgentieregeling. Gemeenten behouden echter de mogelijkheid zelf te bepalen om vergunninghouders bij voorrang urgentieverklaringen te geven of op overige wijze voorrang te geven op de woningmarkt.

5.28.3 Jurisprudentie

5.28.3.1 Inleiding

Een zoektocht op de term ‘urgentieverklaring’ op raadvanstate.nl levert 261 treffers op. Uit praktische overwegingen is besloten de laatste tachtig uitspraken van deze treffers hier te bespreken. Deze uitspraken bestrijken de periode oktober 2018 – mei 2021. Voorts is gezien wat er in de wetenschappelijke literatuur over de urgentieverklaring is geschreven. Er zijn geen artikelen over de urgentieverklaring, wel heeft met name prof.mr. A.C. Hendriks veel over de urgentieverklaring geannoteerd in de AB.

De volgende binnen de jurisprudentie te onderscheiden categorieën worden hieronder besproken:

1. Toetsing van afwijzing van aanvraag om urgentieverklaring (algemeen)
2. De urgentieverklaring in het licht van art. 8 EVRM
3. De urgentieverklaring en de toetsing aan de hardheidsclausule.

Niet aan de orde komen intrekkingen van urgentieverklaringen vanwege fraude en evenmin zaken waarin appellanten een urgentieverklaring is verleend maar zij ontevreden zijn over de wooncategorie waarin zij zijn geplaatst (bijv. de regio of het type woning).

5.28.3.2 Toetsing van afwijzing van aanvraag om urgentieverklaring (algemeen)

Het is standaardrechtspraak dat een strikt beleid t.a.v. urgentieverklaringen niet onredelijk is. Dit is in een uitspraak van 3 mei 2021 (ECLI:NL:RVS:2021:940) als volgt gemotiveerd:

“Bij de beoordeling van dit betoog stelt de voorzieningenrechter voorop dat het college een strikt beleid voert bij het verlenen van urgentieverklaringen. De achtergrond daarvan is dat de sociale woningvoorraad in Amsterdam zeer beperkt is, terwijl het aantal woningzoekenden omvangrijk is en zij dus lang moeten wachten tot er een woning beschikbaar is. Daarom wil het college slechts in een beperkt aantal gevallen door het verlenen van een urgentieverklaring voorrang geven op andere woningzoekenden. De Afdeling heeft eerder overwogen dat dit strikte beleid niet onredelijk is (vergelijk bijvoorbeeld de uitspraak van 15 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:84).”

Hendriks stelt dat woningzoekenden er rekening mee moeten houden dat een 'zorgvuldig genomen afwijzend besluit door een college in de praktijk zelden wordt vernietigd. Dit is een punt van aandacht voor woningzoekenden om rekening mee te houden. Een aanvraag om een urgentieverklaring dient altijd goed te zijn gemotiveerd en te voldoen aan alle daarop van toepassing zijnde eisen.'¹⁶⁸ Is een aanvraag voor een urgentieverklaring afgewezen, dan rust op de burger 'een zware bewijslast', aldus Hendriks. De aanvrager zal 'bijzonder goede gronden moeten aandragen om door de Afdeling bestuursrechtspraak alsnog in het gelijk te worden gesteld.'¹⁶⁹

In het leeuwendeel van de zaken slaagt het beroep tegen de afwijzing van een urgentieverklaring niet. Ter illustratie een aantal zaken:

- Weigering hield stand in een zaak waarin appellante in 2005 een sociale huurwoning was kwijtgeraakt, na een ziekenhuisopname in 2012 anderhalf jaar niet heeft kunnen werken en later in de bijstand is beland. Sinds 2015 was appellante dakloos en verbleef zij in opvanginstellingen en trok sinds 2016 'door het hele land'. De Afdeling noemt haar situatie 'weliswaar triest, maar niet zodanig schrijnend of uitzonderlijk dat deze het verlenen van een urgentieverklaring zou rechtvaardigen.' Het college heeft terecht geen aanleiding gezien de hardheidsclausule toe te passen (ABRvS 3 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:448).
- Appellant is een uit Syrië afkomstige statushouder, die samen met een andere statushouder samenleeft. Appellant stelt dat dit samenleven leidt tot spanningen, bedreigingen, ruzies en verbaal en fysiek geweld. Appellant stelt dat hij tweemaal op de spoedeisende hulp heeft gelegen na suïcidepogingen, die onomstotelijk te wijten zijn aan de ernstig verstoorde woonsituatie. Het college heeft op basis van het advies van de GGD geweigerd een urgentieverklaring te verlenen; er zou geen sprake zijn van psychische problematiek die dusdanig ernstig is dat sprake is van een levensontwrichtende situatie die maakt dat hij niet meer in staat is zelfstandig te functioneren. Objectief bewijs voor het geweld etc. is niet geleverd; alleen een melding bij de politie van een 'Ruzie/Twist'. De Afdeling stelt vast dat het college alleen op basis van objectieve gegevens kon aannemen dat sprake is van geweld of bedreiging in de woning. De problematische situatie in de woning is nu enkel gebaseerd op de stellingen van appellant, niet op andere, meer objectieve gegevens. De suïcidepogingen zijn een aanwijzing dat appellant nog steeds psychische problemen heeft, maar hieruit kan niet worden afgeleid dat de situatie in de woning de oorzaak daarvan is. Het college mocht dan ook op basis van

¹⁶⁸ Noot bij ABRvS 4 september 2019, AB 2019/459.

¹⁶⁹ Noot bij ABRvS 4 september 2019, AB 2019/458.

- het advies van de GGD-arts de aanvraag voor een urgentieverklaring wegens ernstige medische redenen en wegens geweld of ernstige bedreiging weigeren te verlenen (ABRvS 4 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2133).
- Appellante is een jonge alleenstaande moeder die ten tijden van de beslissing op bezwaar met haar baby illegaal verbleef in een anti-kraakpand waar ze elk moment kon worden uitgezet. Haar zoontje is inmiddels uit huis geplaatst en woont bij de ouders van appellante. Volgens de rechtbank is sprake van een ‘dakloos gezin met minderjarige kinderen’ waarop het beleid is gericht. De rechtbank meent dat het gescheiden zijn van moeder en kind een levensontwrichtende situatie oplevert. De Afdeling verklaart het hoger beroep van het college gegrond. De rechtbank is niet ingegaan op het betoog van het college dat appellante op tal van manieren is geholpen met haar sociale problemen en haar huisvestingsprobleem. Appellante heeft echter verschillende vormen van noodopvang geweigerd, waardoor zij haar dakloosheid berust op een keuze die voor haar eigen rekening dient te blijven. Er is sprake van een algemene weigeringsgrond in de zin van de beleidsregel, nu sprake is van een ‘voorziening die gelet op haar aard en doel, wordt geacht voor het oplossen van het huisvestingsprobleem van belanghebbende toereikend en passend te zijn’. Er was derhalve evenmin grond voor toepassing van de hardheidsclausule. (ABRvS 8 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1585).
 - Appellante is licht verstandelijk gehandicapt en heeft gedragsproblemen. Haar kind is uit huis geplaatst en appellante dreigt haar plaats in de crisisopvang kwijt te raken. Het college heeft erkend dat zij in een woonnoodsituatie verkeert. Het heeft geweigerd een urgentieverklaring te verlenen aangezien appellante een ‘ouder en kind-woning’ had kunnen aanvragen. Daarvoor geldt weliswaar een wachtlijst maar appellante had die aanvraag eerder kunnen indienen en dus de wachttijd kunnen bekorten. De Afdeling stelt de betreurenswaardige omstandigheden van appellante dat het kind uit huis is geplaatst en de plek in de crisisopvang verloren dreigt te gaan niet kunnen afdoen aan de juistheid van de uitspraak van de rechtbank. Dit zijn omstandigheden die na de aangevallen uitspraak zijn ontstaan en die er hoe dan ook niet tot verplichten om alsnog een urgentieverklaring af te geven, omdat zelfstandige woonruimte voor de woonnoodsituatie van appellante geen oplossing is. Het college heeft ter zitting toegezegd dat het zich zal inspannen om met [appellante] een oplossing te vinden voor de dreigende beëindiging van de crisisopvang (ABRvS 17 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1428).
 - Appellante heeft last van haar rug en moeite met traplopen. Haar zoontje kan nog niet lopen en moet dus op de rug worden genomen. Thans is appellante ook nog zwanger, wat het traplopen bemoeilijkt. Zij heeft dringend behoefte aan een zelfstandige woning op een lager gelegen niveau dan de derde etage waarop zij nu woont. Het college heeft de GGD om advies gevraagd. Deze heeft geconcludeerd dat de situatie van appellante

niet levensontwrichtend is. Er is geen sprake van een aandoening waardoor zij geen trap zou kunnen lopen. Verder meldt de GGD dat haar zoon-tje zal kunnen lopen zodra de baby geboren is. Een tweede GGD-advies laat zien dat er geen medische contra-indicatie is voor traplopen. De Afdeling gaat mee in het oordeel van de rechtbank. Dat de situatie thans zou zijn verergerd, leidt niet tot een ander oordeel. Het college dient uit te gaan van de medische situatie ten tijde van de beslissing op bezwaar. Als appellante meent dat zij thans wel voor een urgentieverklaring in aanmerking komt, kan zij een aanvraag bij het college indienen (ABRvS 18 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3170).

In een aantal zaken slaagt het beroep. Ook daarvan enkele voorbeelden.

- In ABRvS 13 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:42 ging het om een man met ernstige psychische klachten, die overlast ervaarde van zijn burens (onder meer stankoverlast). Het college had zijn aanvraag afgewezen en daarbij verwezen naar een indicatieadvies van een arbo- en reïntegratiebedrijf, waaruit zou blijken dat er thans geen sprake was van een medische nood-situatie, nu de situatie niet alleen was gerelateerd aan de woonsituatie en de verpleegkundige van appellant was gevraagd medicamenteuze behan-deling te starten om de ziektelast te verminderen. Ook zou een buurtteam kunnen helpen. De Afdeling stelt vast het wonen in de huidige woning een lijdensweg vormt en zorgt voor stress en overprikkeling. De Afdeling vindt, anders dan de rechtbank, dat het college onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt waarom geen sprake is van een medische indicatie voor urgentie. Dat zijn problematiek niet uitsluitend aan de woning ligt, laat onverlet dat de woning een belangrijke invloed heeft op zijn gezondheid. Ook is niet inzichtelijk wat geraden is wanneer de voorgestelde oplossin-gen tekortschieten. De Afdeling draagt het college op een nieuw besluit te nemen en geeft mee dat het arbobedrijf een nieuw advies moet worden gevraagd.
- In ABRvS 16 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2987 overweegt de Afdeling dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat een niet-inzichtelijk GGD-advies over de gesteld levensontwrichtende situatie waarin appellant zich bevindt (hij heeft slaapapneu en moet in dat kader een bestroomd slaapmasker dragen, echter op de boot waar hij leeft is geen stroom-voorziening) met een brief van de huisarts alsnog inzichtelijk is gemaakt.
- In ABRvS 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2577 verklaart de Afdeling het beroep ongegrond van het college, dat was opgekomen tegen de uitspraak van de rechtbank waarin deze had geconcludeerd dat het college een urgentieverklaring had moeten afgeven. Het ging in deze zaak om een alleenstaande man van 55 die sinds 1997 bij zijn broer op een drie-kamerwoning had verbleven chronische psychische klachten had en blijvende geestelijke en lichamelijke klachten.

- In ABRvS 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:250 vecht appellante met succes de intrekking van een urgentieverklaring aan. Appellante had, na een urgentieverklaring te hebben verkregen, de woning toch geweigerd toen zij bij een bezoek aan de woning te horen kreeg dat de woning veel overlast gaf (er zou in hetzelfde complex een TBS'er wonen en er zou veel geblowd worden). Na nader onderzoek door het college oordeelde de rechtbank dat de intrekking in stand kon blijven. De Afdeling oordeelde echter dat het begrijpelijk was dat appellante de woning had geweigerd. Het college had vooral gewicht toegekend aan de verklaringen van de verhuurder en de veiligheidsmanager, maar de verklaringen van appellante over haar medische situatie (SLE-patiënt, 'ik heb dagen dat ik versuft van pijnen onder medicatie plat lig') niet betwist. Het hoger beroep van appellante was gegrond; de Afdeling bepaalt dat de urgentieverklaring weer in werking treedt voor zolang als ze nog zou gelden als ze niet was ingetrokken.

In de annotaties die bij zaken over urgentieverklaringen worden geschreven, klinken soms kritische noten over de door de Afdeling aangelegde toets. Zo stelt Hendriks naar aanleiding van ABRvS 4 september 2019, *AB* 2019/458 dat politie (die bedreigingen aan het adres van appellante door haar buurman had onderzocht) ondeugdelijk onderzoek had verricht. Bovendien had appellante een brief van haar huisarts overgelegd en gesteld dat zij eerder over een urgentieverklaring beschikte. De Afdeling heeft, aldus Hendriks, deze gronden niet goed onderzocht. Uit de uitspraak wordt overigens niet duidelijk wat de huisarts heeft onderzocht en waarom de Afdeling deze informatie niet overtuigend of opportuun acht. Op de Afdeling rust de plicht om door de aanvrager naar voren gebrachte argumenten gemotiveerd te weerleggen, maar daaraan is in deze uitspraak geen sprake, aldus de annotator.

5.28.3.3 De urgentieverklaring in het licht van art. 8 EVRM en art. 3 IVRK

In sommige uitspraken komt de toets aan art. 8 EVRM aan de orde. Dit artikel heeft, zoals de Afdeling standaard overweegt, 'als doel het individu te beschermen tegen willekeurige inbreuken door de overheid op het recht op eerbiediging van het familie- of gezinsleven en kunnen aan het effectief respecteren daarvan positieve verplichtingen voor de overheid zijn verbonden. In dat verband moet (...) worden beoordeeld of in het besluit om een urgentieverklaring te weigeren een juist evenwicht is bereikt tussen de belangen van het individu en het algemeen belang van een rechtvaardige woonruimteverdeling.' Onder art. 8 EVRM draait het er dus om of op het bestuursorgaan voldoet aan zijn positieve verplichtingen onder art. 8 EVRM door een urgentieverklaring te verlenen.

Ook het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind wordt soms ingeroepen. Dit artikel heeft 'rechtstreekse werking in zoverre het ertoe strekt dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het desbetreffende kind dienen te worden betrokken. Wat betreft het gewicht dat aan het

belang van een kind in een concreet geval moet worden toegekend, bevat artikel 3, eerste lid 1 van het IVRK, gelet op de formulering ervan, geen norm die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar is. Wel dient de bestuursrechter in dit verband te toetsen of het bestuursorgaan zich voldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van het kind en aldus bij de uitoefening van zijn bevoegdheden binnen de grenzen van het recht is gebleven.¹⁷⁰

De Afdeling neemt niet licht aan dat de weigering een urgentieverklaring te verlenen met art. 8 EVRM in strijd is. Daarbij neemt zij bijvoorbeeld de volgende omstandigheden in aanmerking:

- De stelling van appellant dat hij niet met zijn partner en stiefzoon kan samenwonen, heeft appellant niet aannemelijk gemaakt dat hij niet op enige wijze een gezinsleven met hen kon hebben. Het college heeft daarom het algemeen belang van een rechtvaardige woonruimteverdeling, waarbij het in verband met het schaarse woningaanbod in de regio als uitgangspunt hanteert dat naast de in de Beleidsregels omschreven gevallen slechts in zeer incidentele noodgevallen urgentie wordt verleend, zwaarder mogen laten wegen dan het belang van [appellant] om op de door hem gewenste wijze zijn gezinsleven vorm te geven. (ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1326, een oudere uitspraak, hier opgenomen omdat er in een aantal zaken naar is verwezen).
- Appellant woonde in België, waar hij een bedreigende situatie heeft ervaren. Hij heeft de woning daar onverwijld verlaten zonder eerst een nieuwe woning te hebben. Het college heeft hem tegengeworpen dat hij een door het college voorgestelde locatie niet heeft bezichtigd. Het college heeft aannemelijk gemaakt dat toewijzing van de locatie niet uitgesloten was, zodat bezichtiging niet zinloos was, ook al leeft appellant van een bijstandsuitkering. Niet gebleken is dat appellant geen woning kan zoeken in een andere gemeente, waar de woningdruk minder hoog is. Geen schending van art. 8 EVRM. (ABRvS 3 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2185). Volgens Hendriks is het opvallend dat de Afdeling niet in ogenschouw neemt of appellant gedurende de twee jaar dat hij in Nederland verbleef inkomen had kunnen genereren. In dat geval had zich deze hele situatie waarschijnlijk niet voorgedaan, en had ook kunnen worden voorkomen dat appellant thans dak- en thuisloos is.

Een beroep op art. 8 EVRM kan slagen als de belangen van kinderen niet kenbaar door het college zijn afgewogen tegen het algemeen belang van een rechtvaardige woonruimteverdeling. Dat was het geval in ABRvS 15 mei 2019,

¹⁷⁰ ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:922, m. nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

ECLI:NL:RVS:2019:1565. In die zaak ging het om een vrouw die haar twee kinderen bij familie had ondergebracht en zelf in de daklozenopvang verbleef. Na een vernietiging door de rechtbank kreeg het college de kans het bestreden besluit beter te motiveren. Daarin was het college niet geslaagd, zo oordeelde de rechtbank, met wier oordeel de Afdeling het eens was. Het college hoefde niet opnieuw op het bezwaar van appellant te beslissen omdat appellante inmiddels, na een urgentieverklaring te hebben verkregen, beschikte over passende woonruimte.

Barkhuysen en Van Emmerik menen dat bij een beroep op een van deze verdragsbepalingen onder omstandigheden een intensievere toets aan de orde zou kunnen zijn. Naar aanleiding van ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:922 stellen zij in AB 2021/93: ‘Het blijft bij een afstandelijke redelijkheidstoets ondanks het feit dat het familie- en gezinsleven en de rechten van het kind om met de moeder samen te kunnen leven in het geding zijn. Een goede verklaring daarvoor is echter dat uit de feiten duidelijk wordt dat er elders waarschijnlijk wel huisvesting voor moeder en dochter zou kunnen worden gevonden zodat de inmenging in deze rechten zeer beperkt was.’

5.28.3.4 De urgentieverklaring en de toetsing aan de hardheidsclausule

In een Huisvestingsverordening is soms de mogelijkheid opgenomen om in ‘schrijnende situaties’ of in andere bijzondere, bij het vaststellen van de verordening onvoorzien omstandigheden, toch een urgentieverklaring toe te kennen. Het is aan appellant om aannemelijk te maken dat de weigering van een urgentieverklaring tot een schrijnende situatie leidt (ABRvS 10 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1133, ABRvS 24 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:616). Het spreekt voor zich dat van deze bevoegdheid alleen in uitzonderlijke gevallen gebruik wordt gemaakt.¹⁷¹ Omdat het hier om een bevoegdheid met beleidsruimte gaat, is de aan te leggen toets terughoudend: de vraag is of het college zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat er geen reden is om over te gaan tot toepassing van de hardheidsclausule. De Afdeling heeft in dit kader onder meer geoordeeld dat de rechtbank met juistheid heeft geoordeeld dat het college zich in redelijkheid op dit standpunt heeft kunnen stellen in de volgende situaties:

- De geschetste situatie was lastig en stressveroorzakend voor appellante en haar zoon, maar er zijn bij appellante gelet op een medisch advies geen ernstige medische of psychiatrische stoornissen zijn geconstateerd, die uitsluitend door huisvesting in Zaanstad kunnen worden opgelost (ABRvS 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:958)

¹⁷¹ Vgl. Hendriks, AB 2021/150: ‘Een beroep van de aanvrager op de hardheidsclausule in en huisvestingsverordening maakt in vrijwel alle gevallen geen kans van slagen.’

- Appellante woonde bij de vader van haar dochter in, maar was op enig moment uit die woning geplaatst. Zij verbleef toen in de maatschappelijke opvang, maar een verzoek om daar langer dan twee weken te blijven werd afgewezen. De Afdeling onderkent dat de situatie van appellante 'verre van ideaal' is maar het dagelijks bestuur van Holland Rijnland heeft bij de weigering om het geval van appellante als van 'bijzondere hardheid' aan te merken kunnen betrekken dat er een grote schaarste is aan sociale woningen in de regio, dat appellante er zelf, komende vanuit het buitenland, voor gekozen heeft naar de regio te verhuizen zonder te beschikken over adequate huisvesting en inkomen en dat er andere regio's zijn met minder krapte op de sociale woningmarkt, waar makkelijker een woning te vinden is (ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2920).
- Na zijn echtscheiding heeft appellant de echtelijke woning moeten verlaten. Sindsdien verblijft hij bij vrienden en kennissen. In het verleden heeft hij een hartinfarct gehad en lijdt hij aan een bloedziekte. Appellant kan volgens het college gebruik maken van een 'voorliggende voorziening' en komt daarom niet in aanmerking voor een urgentieverklaring. Een hardheidsclausule wordt, gelet op het tekort aan woonruimte in de regio en het belang van een goede en rechtvaardige verdeling van die woonruimte, alleen toegepast 'in uitzonderlijke situaties waarin overduidelijk is dat toewijzing van zelfstandige woonruimte op een zo kort mogelijke termijn dient plaats te vinden, omdat het langer laten voortduren van de bestaande situatie om medische, psychosociale of maatschappelijke redenen onverantwoord is'. Het probleem van appellant is de huisvesting, maar er is geen sprake van een medisch onhoudbare situatie. Het hoger beroep is dus ongegrond (ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2903).
- Appellante woont met haar kind bij haar moeder in, maar moet wegens ruimtegebrek vaak elders een slaapplek zoeken. Zij is depressief, lijdt aan stress en heeft een hoge bloeddruk. De situatie wordt door haar beschreven als 'onhoudbaar en levensbedreigend'. Zij komt niet in aanmerking voor een urgentieverklaring. In de Huisvestingsverordening 2016 is niet specifiek geregeld wanneer een beroep op de hardheidsclausule kan slagen. Het college heeft toepassing van de hardheidsclausule geweigerd omdat appellante een stabiel onderkomen heeft bij haar moeder. De stelling dat regelmatig elders moet worden overnacht, is niet met bewijs aannemelijk gemaakt (zoals verklaringen van de instellingen of mensen waar zij dat doet). De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat het college in redelijkheid van toepassing van de hardheidsclausule heeft kunnen afzien (ABRvS 14 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2748).
- Appellante woont met haar man en twee minderjarige dochters op de zevende etage van een flat. Zij heeft een urgentieverklaring om medische

redenen aangevraagd, omdat zij medische problemen heeft en angst om naar buiten te kijken. Zij lijdt aan PTSS, heeft een depressieve stoornis en ervaart in de flat angstgevoelens die resulteren onder meer in valangst en hoogtevrees. Het wonen op de zevende etage betekent dat ze haar directe woonomgeving niet kan waarnemen. Zij betoogt dat een urgentieverklaring ten onrechte is geweigerd. Ook heeft het college ten onrechte geweigerd de hardheidsclausule toe te passen door alleen te kijken of de situatie van appellante levensbedreigend of daarmee vergelijkbaar is. Het college had een individuele beoordeling moeten maken om te kijken of er sprake is van bijzondere hardheid. De Afdeling is het eens met de rechtbank dat het college zich op het standpunt mocht stellen dat appellante niet om medische redenen in een onhoudbare woonsituatie verkeert. Ook heeft het college, zoals ook de rechtbank heeft geoordeeld, in redelijkheid van toepassing van de hardheidsclausule kunnen afzien (ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1313).

5.28.3.5 Samenvattend

Het voorgaande samenvattend: er zijn veel situaties beschreven van burgers die om verschillende redenen als schrijnend vallen aan te merken. Toch leidt dit slechts in een handvol gevallen tot het oordeel dat het college een urgentieverklaring niet heeft kunnen weigeren. Het algemene beeld is dat bestuursorganen een strikt beleid voeren bij de toekenning van urgentieverklaringen. De achtergrond van dit strenge beleid is gelegen in de krapte op de woningmarkt. Schaarse woonruimte moet rechtvaardig worden verdeeld. De toekenning van een urgentieverklaring betekent dat andere personen die op de wachtlijst staan, nog langer moeten wachten. Zeker in grote steden is de krapte zo groot dat een zeer restrictief beleid wordt gevoerd, waarbij alleen voorrang wordt verleend in zeer uitzonderlijke gevallen. De Afdeling heeft een dergelijk beleid aangemerkt als 'niet onredelijk'. Voor appellanten betekent dit dat zij veel objectieve bewijsmiddelen moeten kunnen aandragen ter onderbouwing van hun aanvraag. Veel zaken stranden daar, omdat zij stellingen innemen die niet door objectieve gegevens worden onderbouwd. Voor bepaalde categorieën burgers, zoals alleenstaanden zonder kinderen, kan dit, zelfs als zij objectieve gegevens overleggen, met zich brengen dat zij nog steeds geen aanspraak kunnen maken op een urgentieverklaring. Meer in het algemeen vloeit uit de jurisprudentie voort dat de situatie van appellanten weliswaar schrijnend is (of 'verre van ideaal', zoals de Afdeling vaak stelt) maar dat algemene weigeringsgronden aan inwilliging van een aanvraag in de weg staan, dat de nare situatie waarin appellanten verkeren deels aan henzelf te wijten is of dat het duidelijk is dat appellanten grote problemen hebben, maar niet vaststaat dat de woonsituatie daarvan de oorzaak is. Daar komt bij dat voor appellanten vaak alternatieven openstaan, zoals het zoeken van woonruimte in gebieden waar een minder grote krapte op de woningmarkt bestaat.

De door de Afdeling aangelegde toets is terughoudend. Bestuursorganen hebben beoordelingsruimte bij de invulling van begrippen als ‘levensontwrichtend’ of ‘noodsituatie’. Uit de annotaties bij urgentieverklaringen komt niet het beeld naar voren dat de Afdeling een te stringente toets aanlegt, of dat zij in algemene zin indringender zou moeten toetsen of de afwijzing van een aanvraag om een urgentieverklaring terecht is geweest.¹⁷² In haar uitspraken gaat de Afdeling vaak na of het bestuursorgaan zich op een GGD-advies heeft kunnen baseren. Dat is vaak het geval. Ook dit legt een hoge drempel op aan aanvragers: zij moeten de juistheid van het GGD-advies betwisten, bij voorkeur met eigen deskundigenrapporten. Zelfs als de juistheid van een GGD-advies door een verklaring van een huisarts wordt betwist, betekent dit nog niet dat het college niet van het GGD-advies kan uitgaan.

Er zijn twee ‘ventielen’ die met zich kunnen brengen dat in weerwil van het strenge beleid toch een urgentieverklaring wordt toegekend: de toets aan art. 8 EVRM / art. 3 IVRK en de hardheidsclausule. Praktisch brengen deze echter niet met zich dat een (hoger) beroep veel vaker tot succes leidt. Het kunnen hebben van een ‘gezinsleven’ in de zin van art. 8 EVRM is niet snel onmogelijk. Aan de toepassing van de hardheidsclausule stellen gemeenten soms nog hogere voorwaarden dan aan de ‘normale’ toets van een aanvraag om een urgentieverklaring. In de onderzochte periode zijn geen voorbeelden gevonden van een succesvol beroep op de hardheidsclausule.

5.29 Terugblik op de knelpunten

De aangedragen knelpunten zijn zeer uiteenlopend van aard. De werkgroep heeft gepoogd een gemene deler te bepalen van de verschillende knelpunten. Wanneer de knelpunten op een rij worden gezet, lijkt er wel enige lijn te ontdekken in de aangedragen problematiek. Globaal rubricerend valt te constateren dat het binnen het algemeen bestuursrechtelijke deel relatief vaak niet gaat om strikte wettelijke voorschriften, maar om strenge uitvoeringspraktijken van bestuursorganen. Bestuursorganen hebben zich ter bevordering van rechtsgelijkheid en praktische uitvoerbaarheid van wetgeving vaak beleidsmatig vastgelegd op vaste uitvoeringspraktijken. Door de rechter wordt allereerst beoordeeld of dit beleid in zijn algemeenheid aanvaardbaar is. Als dit het geval is, dan komt de concrete zaak al snel in de sleutel te staan van de vraag of in het individuele geval van het beleid moet worden afgeweken.

¹⁷² Vgl. Hendriks, AB 2019/253: ‘Zeker in een stad als Amsterdam wordt van verzoekers om een urgentieverklaring feitelijk verwacht dat zij veel bewijsmiddelen (kunnen) aandragen ter onderbouwing van hun aanvraag. Dat alleenstaanden, die evenmin kinderen hebben, nog minder kans maken dan anderen, is een door het college van Amsterdam gemaakte keuze die de Afdeling bestuursrechtspraak niet onredelijk acht. Of dit juist is, kan worden betwist — maar klinkt voor mij niet onredelijk.’

In veel gevallen wijken bestuursorganen slechts bij hoge uitzondering af van hun beleidsmatig gekozen uitgangspunten. Deze uitgangspunten berusten nogal eens op algemene aannames van het bestuursorgaan, die in het individuele geval als onterecht worden ervaren. Knelpunten worden ervaren waar het voor de burger moeilijk is om te ontsnappen aan deze algemene aannames. Een belangrijke oorzaak hiervan lijkt te kunnen worden gevonden in hoge bewijzeisen die worden gesteld en waaraan de burger moeilijk kan voldoen. Daarnaast lijkt de oorzaak te liggen in de afhankelijke positie van de burger, soms vanwege het ontbreken van het door de overheid veronderstelde vermogen om de eigen zaak te behartigen. Het vasthouden door het bestuur aan gestelde eisen wordt bovendien nogal eens ervaren als onnodig formalisme.

Het is lastig te bepalen of de knelpunten vergelijkbaar zijn met de kinderopvangtoeslag. De problematiek die kwam kijken bij de uitvoering van het systeem waartoe deze toeslag behoort, is nogal specifiek. Anders dan bij de kinderopvangtoeslag, gaat het bij de aangedragen knelpunten vooral om knellend beleid en niet om knellende regels. Maar een parallel valt te ontwaren als het gaat om het stellen van bewijzeisen en een mogelijke overschatting van het vermogen van de burger om zijn eigen zaak te behartigen.

Voor de aangedragen knelpunten in het vreemdelingenrecht gelden de voorgaande observaties in grote lijnen evenzeer. Aanvullend kan het volgende worden opgemerkt. De knelpunten zijn uiteenlopend van aard maar er lijken overeenkomsten te zijn. De knelpunten kunnen voortvloeien uit strenge regelgeving of de rigide toepassing daarvan. Vaak gaat het om regelgeving die is uitgewerkt in beleid (de Vreemdelingen-circulaire), waarvan in verschillende knelpunten een bepaalde hardheid wordt ervaren. Tot slot richten verschillende klachten zich ook op een als te hoog ervaren bewijslast of bewijsmaatstaf. Afhankelijk van de casuspositie kunnen meerdere van de genoemde knelpunten een rol spelen. Door dit alles is bij de indieners van de knelpunten een algemeen beeld ontstaan van harde (beleids-)regels, waarop in theorie uitzonderingen mogelijk zijn maar in de praktijk niet of nauwelijks. Niet alleen wordt dus het regelsysteem al als streng ervaren, ook de regeltoepassing ervaart men blijkens de aangedragen knelpunten in de praktijk als rigide.

Bijzondere bijkomende factor vormt in het vreemdelingenrecht de grote invloed van het Unierecht. De meeste verblijfsaanspraken moeten beoordeeld worden (mede) op grond van het Unierecht inclusief de rechtspraak van het Hof van Justitie. Knelpunten kunnen op dit terrein ontstaan door het Unierecht, door het nationaal recht of door de interactie tussen beide. Door de indieners wordt algemeen ervaren dat de Unierechtelijke regelgeving en

rechtspraak gunstiger is voor de vreemdelingen dan het nationale recht en beleid. Of dat in een concreet geval zo is, is afhankelijk van de uitleg die aan het Unierecht moet worden gegeven. Daarover kunnen grote verschillen van inzicht bestaan, tussen alle actoren op dit terrein. Die uitleg is in eerste instantie aan de nationale rechter en uiteindelijk aan het Hof van Justitie. Wanneer het Unierecht voor een zaak bepalend is, moet de nationale rechter bij de beantwoording van de vraag of er een knelpunt is en of dat knelpunt zou kunnen of moeten worden opgelost binnen de Unierechtelijke kaders blijven. Als het knelpunt is te herleiden tot Unieregels of rechtspraak van het Hof, dan kan de nationale rechter het knelpunt niet oplossen. Als het knelpunt uit de vertaalslag tussen Unierecht en nationaal recht voortkomt heeft de rechter die mogelijkheid wel.

6. Enkele instrumenten

6.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk zijn regelingen en beleidspraktijken beschreven die door de aandragers ervan als knellend worden ervaren. Beschreven is wat de jurisprudentielijnen met betrekking tot deze regelingen en praktijken inhouden. De werkgroep heeft vermeden om vooruit te lopen op door zittingskamers over de aangedragen knelpunten in de toekomst te nemen beslissingen in concrete zaken. De werkgroep heeft zich wel ten doel gesteld om meer in het algemeen een aantal juridische instrumenten weer te geven die de rechter ten dienste staan om bij strenge wettelijke voorschriften of vaste bestuurspraktijken in knellende situaties afwijkend te oordelen in het belang van de burger. Afhankelijk van het toepasselijke regelgevend en bestuurlijk kader kan het ene of het andere instrument mogelijk worden ingezet om tot een aanvaardbare oplossing te komen voor een bepaalde categorie gevallen of in het individuele geval. Deze benadering sluit aan bij de gedachte dat rechters meer maatwerk moeten leveren.¹⁷³

Bij ‘ongekend onrecht’ denken we vooral aan evenredigheid van de besluitvorming en daarmee aan een van de belangrijkste bepalingen van de Awb, artikel 3:4, tweede lid. De nadelige gevolgen van een besluit voor een of meer belanghebbenden mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Die norm moet in acht worden genomen, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit voor het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af te wegen. Maar daarmee is nog niet alles gezegd. Als de wet of de aard van de bestuursbevoegdheid een beperking stelt aan de mogelijkheid de verschillende belangen tegen elkaar af te wegen of een belangenafweging zelfs geheel uitsluit, moet dan een besluit dat als onredelijk, onbillijk of onevenredig wordt ervaren zonder meer als een rechtmatig besluit worden aangemerkt? Of staan de bestuursrechter instrumenten ter beschikking om dat besluit wegens de hardheid daarvan toch te vernietigen?

In de volgende paragrafen van dit hoofdstuk presenteert de werkgroep een aantal juridische instrumenten dat in de toekomst de rechter mogelijk van pas kan komen (en dus ook het bestuursorgaan ten dienste staat in gevallen waarin de bestuursrechter zou oordelen dat het bestuur anders had moeten besluiten). Waar mogelijk wordt toepassing van het betrokken instrument

¹⁷³ Zie mr.dr. L. van den Berge, mr.dr. M.F. Vermaat, mr.dr. M. Lurks & mr. N.A. Van Renssen en mr. S. van Heukelom-Verhage, *Maatwerk in het bestuursrecht*, Preadviezen VAR 2020 en Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op maat* (in opdracht van BZK), Leiden: Universiteit Leiden 2020, die voortbouwen op M. Scheltema, *Wetgeving in de responsieve rechtsstaat*, Regelmaat 2018, nr. 3, en de vele literatuurvermeldingen in de verderop in dit hoofdstuk nog aan de orde komende conclusie van de staatsraden advocaat-generaal Wattel en Widdershoven van 9 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, over de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.

toegelicht aan de hand van voorbeelden van situaties waar het eerder is gehanteerd. De werkgroep hoopt aldus bij te dragen aan het bewustzijn van mogelijke inzet van de juridische middelen in gevallen waarin burgers in de knel dreigen te komen door hard overheidsoptreden.¹⁷⁴

Ter toelichting op de keuze van instrumenten het volgende. De werkgroep heeft zich geconcentreerd op instrumenten die zouden kunnen aansluiten op de besproken knelpunten. Dit leidt ertoe dat de focus ligt op instrumenten die deel uitmaken van de rechterlijke beoordeling van een besluit. Procedurele onderzoeksbepalingen van de rechter blijven aldus in principe buiten beschouwing, al realiseert de werkgroep zich dat aanwending hiervan op de ene of de andere wijze natuurlijk ook ten goede kan komen aan een voor de knelzittende burger meer of minder bevredigende afdoening. Te denken valt in dit verband bijvoorbeeld aan het benoemen van een deskundige voor onderzoek (art. 8:47 Awb), het bieden van gelegenheid tot het maken van opmerkingen aan anderen dan partijen (de *amicus curiae* procedure; art. 8:12b Awb), het vragen van een conclusie aan een staatsraad advocaat-generaal (art. 8:12a Awb) en het beproeven van een schikking.

Een wat meer procedureel aspect dat wél aan de orde komt, is de verdeling van bewijslast. Het toebedeeld krijgen van een bewijslast komt namelijk in meerdere knelpunten – vooral op het terrein van het vreemdelingenrecht – naar voren.

6.2 Voorlichtingsplicht en bewijslastverdeling

Feiten maken het recht. Dat geldt ook in het bestuursrecht. Voor het nemen van een goed besluit is een juiste vaststelling van de feiten onontbeerlijk. Artikel 3:2 van de Awb schrijft dan ook voor dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaart. Daartegenover staat dat bij besluiten op aanvraag de aanvrager op grond van artikel 4:2, tweede lid, van de Awb de verplichting heeft de gegevens en bescheiden te verschaffen die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. Bij of krachtens bijzondere wet is vaak bepaald wat voor soort gegevens de aanvrager bij zijn aanvraag moet overleggen. Bestuursorganen geven daarover veelal voorlichting op de website. Bij onduidelijkheid over welke gegevens precies van de aanvrager worden verlangd, ligt het op de weg van het bestuursorgaan die onduidelijkheid weg te nemen. Op het bestuursorgaan rust hier een voorlichtings- of begeleidingsplicht.

¹⁷⁴ Vermelding verdient dat de conclusie van de AG's Widdershoven en Wattel in de zaken die door de Afdeling op een zitting van 23 april 2021 zijn behandeld ook over de toepassing van het evenredigheidsbeginsel gaat. Voor een uitgebreider weergave van achtergrond en toepassing van deze bepaling zij daarnaar verwezen.

De artikelen 3:2 en 4:2, tweede lid, van de Awb geven ook een indicatie over de bewijslastverdeling tussen aanvrager en bestuursorgaan. Zo ligt het in de eerste plaats op de weg van de aanvrager van een besluit – bijvoorbeeld een vergunning, uitkering of toeslag – de feiten te stellen op grond waarvan kan worden beoordeeld of deze voor inwilliging in aanmerking komt. Bij ambts-halve genomen besluiten – sanctiebesluiten zijn daar het bekendste voorbeeld van – is het aan het bestuursorgaan de feiten vast te stellen. Het is het bestuursorgaan dat de overtreding vaststelt. Dan ligt het voor de hand dat het ook bewijst dat sprake is van een overtreding. Bij punitieve besluiten geldt dit nog sterker. Dit volgt niet alleen uit artikel 3:2 van de Awb, maar ook uit artikel 6, tweede lid, van het EVRM.

De vragen over welke partij wat moet bewijzen kunnen in een concreet geschil complexer zijn dan dit. Zo zal degene die zich op het vertrouwensbeginsel beroept feiten moet stellen die aannemelijk maken dat een toezegging is gedaan. En degene die zich erop beroept dat zich in zijn geval bijzondere omstandigheden voordoen, zal het bestaan daarvan aannemelijk moeten maken. Dat geldt ook voor een bestuursorgaan dat in afwijking van het bestaande beleid een vergunning verleent.

De bestuursrechter moet erop toezien dat het bestuursorgaan bij zijn besluitvorming is uitgegaan van een juiste bewijslastverdeling en dat het belanghebbende voldoende heeft voorgelicht over welke gegevens hij moet overleggen en welke feiten hij moet stellen en aannemelijk moet maken.

Het nauwgezet verrichten van deze rechterlijke controle kan de rechter ten dienste staan bij het tegengaan van een harde uitvoeringspraktijk: zadel het bestuur de burger niet op met een plicht tot het leveren van bewijsstukken die in redelijkheid niet van hem kunnen worden verlangd?

Naast dit toezicht op het bestuursorgaan speelt uiteraard ook de bewijslastverdeling door de rechter zelf in de rechterlijke procedure een rol. De keuze om bewijs van een ingenomen stelling of van een bepaald feit in de rechterlijke fase te leggen bij hetzij het bestuursorgaan, hetzij de aanvrager, kan in sterke mate bepalend zijn voor de afloop van een zaak. Ook in zoverre is bewijslastverdeling een instrument dat hier vermelding verdient.

Het voorgaande geldt ook in het vreemdelingenrecht, dat deel uitmaakt van het algemeen bestuursrecht. Ook in het vreemdelingenrecht geldt dus dat het bij ambts-halve genomen besluiten aan het bestuursorgaan (lees: de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid) is om de feiten vast te stellen en dat de bestuursrechter erop toe ziet dat de staatssecretaris aan zijn bewijslast

voldoet.¹⁷⁵ Dit geldt ook als de staatssecretaris een vreemdeling een contra-indicatie voor vergunningverlening wil tegenwerpen, bijvoorbeeld dat hij afkomstig is uit een veilig land van herkomst.¹⁷⁶

Waar het gaat om procedures op aanvraag geldt ook in het vreemdelingenrecht het algemeen bestuursrechtelijke uitgangspunt dat het in de eerste plaats aan de aanvrager (de vreemdeling) is om aannemelijk te maken dat hij voldoet aan de eisen die voor de gewenste vergunning gelden.¹⁷⁷ Als hij daarin niet slaagt, leidt dat er in beginsel toe dat de aanvraag wordt afgewezen. Een belangrijke reden daarvoor is dat het meestal gaat om feiten of omstandigheden die de vreemdeling zelf het beste kent en die de staatssecretaris uit eigen hoofde vaak zelfs niet kán kennen. Anders gezegd om feiten en omstandigheden die duidelijk in de persoonlijke sfeer of het bewijsdomein van de vreemdeling liggen.¹⁷⁸ Denk hierbij aan de gebeurtenissen die voor de vreemdeling reden waren om het land van herkomst te verlaten, zijn naam, geboortedatum en nationaliteit, het al dan niet bestaan van een bepaalde familierelatie of zijn gezondheidstoestand. Of het behoren tot een bepaalde etnische of sociale groep.

Hierbij past de kanttekening dat het asielrecht een rechtsgebied is met maar weinig feiten in de klassieke betekenis van het woord. Een vreemdeling die in Nederland asiel vraagt, zal meestal geen bewijs kunnen leveren voor zijn stelling dat hij door een medewerker van de geheime dienst is gemarteld of dat hij is gedetineerd omdat hij zich publiekelijk negatief heeft uitgelaten over de regering in zijn land van herkomst. Van een vreemdeling wordt daarom ook niet vereist dat hij *bewijs* van zijn stellingen levert. Een vreemdeling hoeft ook geen bewijs te leveren van zijn identiteit of nationaliteit. Van iemand in een vluchtsituatie kan immers niet worden verwacht dat hij voorzien van alle mogelijke documentatie vertrekt. In de kern komt het erop neer dat hij aan de staatssecretaris moet vertellen wat hem is overkomen (zijn asielrelaas moet doen), de staatssecretaris dat moet onderzoeken en vervolgens beoordelen of hij de vreemdeling gelooft.¹⁷⁹ Als een vreemdeling wel bewijsstukken heeft (bijvoorbeeld een arrestatiebevel, een rechterlijk vonnis of medische stukken), draagt dit positief bij aan de geloofwaardigheid van zijn asielrelaas.

¹⁷⁵ Zie bijv. ABRvS 22 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ1083 (intrekking), ABRvS 12 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO2566 (tegenwerping artikel 1(F) van het Vluchtelingenverdrag) en ABRvS 16 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:30 (inreisverbod).

¹⁷⁶ Zie ABRvS 7 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:738.

¹⁷⁷ Voor asielzaken staat dit in artikel 31, eerste lid, van de Vreemdelingenwet 2000 en voor reguliere zaken volgt dit uit de artikelen 3:2 en 4:2 van de Awb.

¹⁷⁸ Zie hierover nader Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht, Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 79 en 138-141.

¹⁷⁹ Zie over de beoordeling van de geloofwaardigheid door de staatssecretaris en de toetsing daarvan door de bestuursrechter de overzichtsuitspraak van de Afdeling van 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890.

Over de gehele linie van het asielrecht geldt dat de staatssecretaris op grond van het Unierecht verplicht is met de vreemdeling samen te werken om het relaas zo goed mogelijk over het voetlicht te brengen, duidelijk te krijgen welk bewijs nodig is om het asielrelaas goed te kunnen beoordelen en de vreemdeling vervolgens te helpen documenten te verkrijgen die zijn relaas ondersteunen.¹⁸⁰ Deze samenwerkingsplicht kan er onder omstandigheden toe leiden dat het bewijsrisico overgaat van de vreemdeling naar de staatssecretaris en dat de staatssecretaris dus gehouden is om zelf nader onderzoek te doen naar de inwilligbaarheid van een asielaanvraag.¹⁸¹ Zo hoeft een vreemdeling geen bewijs te leveren dat hem zelf iets is of zal overkomen, als uit algemene gegevens al blijkt dat hij behoort tot een groep die in het algemeen al risico's loopt in het land van herkomst.¹⁸² In asielzaken dient de rechter in eerste aanleg een volledig en ex nunconderzoek te verrichten naar de behoefte van een vreemdeling aan internationale bescherming. Daarmee vervult de bestuursrechter een belangrijke rol in het achterhalen van de relevante feiten in het geschil, ook als ze van na de bestuurlijke fase zijn.¹⁸³

In het reguliere vreemdelingenrecht ligt dit anders. Daar verwacht de staatssecretaris van een vreemdeling wel dat hij documenten meeneemt als hij zijn land van herkomst verlaat, dan wel vanuit Nederland probeert eventuele ontbrekende documenten alsnog te verkrijgen. Hierbij kan worden gedacht aan identificerende documenten (zoals een paspoort of identiteitskaart) of huwelijks- en geboorteaktes van eventuele kinderen. Het reguliere vreemdelingenrecht kent anders dan het asielrecht geen algemene aan het Unierecht ontleende *procedurele* verplichting voor de staatssecretaris om met de vreemdeling samen te werken. Dit betekent dat wordt teruggevallen op de algemene bestuursrechtelijke uitgangspunten die hiervoor zijn beschreven. Wel is het reguliere vreemdelingenrecht *materieel* voor een groot deel Unierecht, zodat steeds moet worden voldaan aan het unierechtelijke evenredigheidsbeginsel, ook waar het bewijsrechtelijke verplichtingen betreft.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Zie over de samenwerkingsplicht in asielzaken bijvoorbeeld HvJEU 10 juni 2021, LH, C921/19, ECLI:EU:C:2021:478.

¹⁸¹ Zie bijv. ABRvS 26 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2057 (over een vreemdeling die blijvend niet kan worden gehoord).

¹⁸² Zie bijv. ABRvS 5 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3201 (onduidelijkheid over de algemene veiligheids-situatie in Ogaden-regio) en ABRvS 21 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3735 (verwersterde vrouwen)

¹⁸³ Zie hierover nader HvJEU 4 oktober 2018, Ahmedbekova en Ahmedbekov, C-652/16, ECLI:EU:C:2018:801, en ABRvS 3 juli 2019, ECLI:NL:2019:2073.

¹⁸⁴ Zie: HvJEU 13 maart 2019, E, C-635/17, ECLI:EU:C:2019:192.

6.3 Aanvulling van de feiten op grond van artikel 8:69 lid 3 Awb

De bestuursrechter moet op grond van artikel 8:69 lid 2 de *rechtsgonden* ambtshalve, dus uit eigen beweging, zonder dat een belanghebbende de toepasselijke rechtsgond(en) heeft genoemd, aanvullen. Vaak zal degene die in beroep of hoger beroep komt, in zijn (hoger)beroepschrift een of meer wettelijke voorschriften vermelden waarmee volgens hem het door het bestuursorgaan genomen besluit in strijd is. Maar het kan voorkomen dat hij dat niet doet of een rechtsgond vergeet te vermelden. De bestuursrechter zal dan uit wat is aangevoerd de klachten van feitelijke aard destilleren en deze herformuleren in termen van de toepasselijke juridische normen.

Dit vindt plaats op grond van artikel 8:69 lid 2 Awb.

Het derde lid van artikel 8:69 Awb bepaalt, dat de rechter ambtshalve de *feiten* mag aanvullen. De bestuursrechter hoeft zich dus niet te beperken tot het feitenmateriaal dat partijen aan hem voorleggen. Blijkens de wetsgeschiedenis staat de aanvulling van feiten mede in het teken van ongelijkheidscompensatie. Het bieden van die compensatie is met name van belang wanneer de burger zonder rechtsbijstand procedeert (wat in bestuursrechtelijke procedures mag). De bestuursrechter kan dan de ‘ongelijkheid’ tussen partijen compenseren door van zijn bevoegdheid de feiten aan te vullen gebruik te maken. Zie in dit verband ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3034 (vreemdelingenbewaring):

“4.6. Daarnaast is de rechter bevoegd om ambtshalve de feiten aan te vullen (artikel 8:69, derde lid, van de Awb). De rechter hoeft zich dus niet neer te leggen bij de feiten zoals die door partijen worden gepresenteerd. Dit is echter uitdrukkelijk geen verplichting. In het algemeen wordt van partijen verwacht dat zij een begin van bewijs leveren. De rechter kan dit bewijs vervolgens aanvullen en kan het initiatief daartoe overlaten aan partijen door bijvoorbeeld getuigen te stellen, maar kan ook zelf het initiatief nemen door bijvoorbeeld getuigen op te roepen. Omdat het ambtshalve aanvullen van feiten als bevoegdheid is geformuleerd kan de rechter zijn handelen aanpassen aan de verhouding tussen partijen. Naarmate de ongelijkheid tussen partijen groter is, kan er voor de rechter meer aanleiding zijn om van deze bevoegdheid gebruik te maken.”¹⁸⁵

¹⁸⁵ Zie voor een ander voorbeeld ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:590 (over een aanvraag om een uitkering uit het schadefonds geweldsmisdrijven). Zie verder punt 3.3 van de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Keus van 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034, waarin deze opmerkt dat uit de wetsgeschiedenis niet kan worden afgeleid dat de bevoegdheid tot ambtshalve aanvulling van de feiten geen ander doel dan “ongelijkheidscompensatie” zou mogen dienen. De bedoelde bevoegdheid is daarin juist uitdrukkelijk ook met het vinden van de materiële waarheid in verband gebracht.

6.4 Een uitleg van de wet met extra aandacht voor het perspectief van de burger

Wettelijke voorschriften bevatten vaak normen en begrippen die uitleg behoeven. Het is in de eerste plaats aan het bestuursorgaan die een wettelijk voorschrift toepast die uitleg te geven. Het is vervolgens aan de bestuursrechter om deze uitleg in een aan hem voorgelegde zaak te toetsen. Daarbij kan zich de vraag aandienen of een uitleg van het voorschrift mogelijk is waarin het perspectief van de burger extra aandacht krijgt. De keuze die de bestuursrechter maakt, kan dus medebepalend zijn voor een uitkomst van het geschil waarin meer of minder oog is voor de positie waarin de burger terecht is gekomen. Het maakt dus uit welke keuze de bestuursrechter maakt. De bestuursrechter moet, als hij de keuze heeft een voorschrift in de ene of de andere zin uit te leggen, daarbij wel de bedoeling van de wetgever respecteren. Soms kan hij bij de uitleg van een wettelijk voorschrift steun vinden in de wetsgeschiedenis.

Zie voor een recent voorbeeld van een uitleg met extra oog voor het perspectief van de burger ABRvS 26 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1072 (uitleg artikel 2, eerste lid, en artikel 3, eerste lid, van de Wet op de zorgtoeslag):

“[appellant] en zijn partner kunnen aldus volgens de Belastingdienst/ Toeslagen samen aanspraak maken op een bedrag aan zorgtoeslag van ongeveer € 44,00 per maand voor 2017 en ongeveer € 49,00 per maand voor 2018. Als [appellant] alleenstaand zou zijn geweest had hij in 2017 en 2018 aanspraak kunnen maken op de maximale zorgtoeslag van € 88,00 respectievelijk € 94,00 per maand.

4.2. De Afdeling is van oordeel dat dit niet de uitkomst is die de wetgever heeft beoogd. In de memorie van toelichting bij de wijziging van de Wzt (Kamerstukken II, 2006/07, 30 918, nr. 3, blz. 19) staat dat als een man in Nederland woont en werkt en zijn partner in een verdragsland woont, conform de Awir het gezamenlijke gezinsinkomen bij de vaststelling van de zorgtoeslag wordt betrokken. Ook staat in de toelichting dat de man recht heeft op zorgtoeslag, waarbij de woonlandfactor 1 is, en dat de partner recht heeft op zorgtoeslag volgens de woonlandfactor van het verdragsland. De zorgtoeslagen moeten volgens de toelichting bij elkaar worden opgeteld en daarna door twee worden gedeeld. (...) Samen hebben zij dus recht op een bedrag aan zorgtoeslag van € 88,00 per maand in 2017 en € 94,00 per maand in 2018.

Gelet op het voorgaande moet het besluit van 13 maart 2019 worden vernietigd wegens een onjuiste toepassing van artikel 2, eerste lid, en artikel 3, eerste lid, van de Wzt.”

Zie voor een ander voorbeeld ABRvS 12 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4074 (uitleg begrip arbeid in artikel 1.6 derde lid, aanhef en onder a, van de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen):

“De Afdeling is, mede omdat in de wet niet duidelijk is geregeld wat onder arbeid moet worden begrepen, van oordeel dat de werkzaamheden die de partner van [wederpartij] in 2015 als buitenpromovendus in het kader van haar promotieonderzoek heeft verricht binnen de reikwijdte van deze bepaling vallen. Haar werkzaamheden komen zodanig overeen met de werkzaamheden die werden verricht in het geval dat heeft geleid tot de uitspraak van 18 juli 2018, dat haar werkzaamheden als arbeid in de zin van artikel 1.6, derde lid, aanhef en onder a, van de Wkvp moeten worden aangemerkt. In die uitspraak is geoordeeld dat de werkzaamheden van een promovendus met een beurs als arbeid in de zin van die bepaling moeten worden gekwalificeerd.”

6.5 Toetsing bestreden besluit aan norm van artikel 3:4 lid 2 Awb

6.5.1 Beschikkingen

Als het algemeen verbindend voorschrift het bestuursorgaan ruimte laat voor een belangenafweging en het dus een discretionaire bevoegdheid heeft, kan de bestuursrechter beoordelen of het aan hem voorgelegde besluit voldoet aan de eis dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van het besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (art. 3:4 lid 2 Awb). De bestuursrechter toetst of het door het bestuur genomen besluit aan de norm van art. 3:4 lid 2 Awb voldoet.¹⁸⁶

Hoe intensief die toetsing moet zijn, is bij de Afdeling al een geruim aantal jaren onderwerp van discussie. Die toetsing is in de loop der jaren indringender geworden. De Afdeling deed in 2015 een aantal – ook in het jaarverslag 2015 vermelde – uitspraken die de aandacht hebben getrokken, waarbij juist deze vraag aan de orde was. Vermeld worden hier de uitspraak over het alcoholslotprogramma,¹⁸⁷ het boetenormbedrag dat wordt gehanteerd in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen¹⁸⁸ en de uitspraak over de gaswinning in Groningen.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Een recent voorbeeld van rechterlijke toetsing aan art. 3:4 lid 2 Awb biedt Rb. Limburg 16-2-2021, waarin de rechtbank tevens anticipeert op het nieuwe artikel 4:94a Awb dat een hardheidsclausule inzake kwijtschelding bevat, ECLI:NL:RBLIM:2021:1326.

¹⁸⁷ ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622.

¹⁸⁸ ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3138.

¹⁸⁹ ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578

Ook het jaarverslag 2016 van de Raad van State vermeldt de indringender toetsing van overheidsbesluiten door de Afdeling. Zij is toen afgestapt van het gebruik van de term ‘marginale toetsing’, die een te terughoudende opstelling van de rechter suggereert. De termen ‘beleidsvrijheid’ en ‘beoordelingsvrijheid’ zijn vervangen door ‘beleidsruimte’ en ‘beoordelingsruimte’, met als overkoepelende term ‘beslissingsruimte’. De sinds jaar en dag gebruikte term ‘vrijheid’ wordt niet meer gebruikt, omdat deze verwarrend kan zijn. Geen enkel gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid is geheel vrij; de bevoegdheidsuitoefening is steeds gebonden aan de regels van het recht. De Maxis/Praxis-maatstaf – die een terughoudende toetsing van de door het bestuur gemaakte belangenafweging impliceerde – heeft de Afdeling verlaten omdat de Afdeling besluiten nu indringender op evenredigheid toetst dan voorheen. Om aan die indringender toetsing uitdrukking te geven, verwijst zij in haar uitspraken expliciet naar de bewoordingen van artikel 3:4, tweede lid, Awb.¹⁹⁰

In hun conclusie van 9 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, die betrekking heeft op herstelsanctiebesluiten, maar die gedachten bevatten die ook van belang kunnen zijn voor andere belastende besluiten van de overheid, bevelen de staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel aan om te komen tot verdergaande differentiatie bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Artikel 3:4, tweede lid, Awb zou moeten worden toegepast conform de in het Unierecht en bij beperking van EVRM-rechten gebruikte driestaps-doel/middel-toetsing op:

- i. geschiktheid, inclusief effectiviteit en coherentie,
- ii. noodzakelijkheid en
- iii. evenredigheid *stricto sensu*.

Deze drietrappstoetsing is ook goed bruikbaar voor de toepassing van het systeem van beperkingen van EVRM-rechten als de oplegging van niet-bestraffende sancties een inmenging in EVRM-rechten met zich brengt; het zal dan vooral gaan om toetsing aan het eigendomsrecht en het recht op privé- en gezinsleven.

¹⁹⁰ Zie bijv. ABRvS 1 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1541 (“De bestuursrechter toetst of de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van het verkeersbesluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen.”) Zie voor een uitspraak die getuigt van een indringende toets op evenredigheid de uitspraak van de Afdeling van 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2016:3578 (gaswinningsbesluit Groningen van de minister van EZ). Daarin overwoog de Afdeling o.m.: “De Afdeling dient met name te beoordelen of het besluit van de minister en de daaraan ten grondslag gelegde afweging in overeenstemming is met het in artikel 36 van de Mijnbouwwet gestelde kader, berust op voldoende kennis over de relevante feiten en belangen, deugdelijk is gemotiveerd en of de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van het besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.”

Om redenen van rechtseenheid en rechtszekerheid én ter voorkoming van omgekeerde discriminatie, bevelen de staatsraden advocaat-generaal aan deze evenredigheidsbeoordeling in alle zaken toe te passen, ook die waarin dat niet dwingend volgt uit het Unierecht of het EVRM, een en ander conform de adoptie door de Afdeling van de EU-rechtelijke handhavings-drie-eenheid (waaronder evenredigheid) in de zaak *Greenpeace*.¹⁹¹ Op termijn kan deze benadering worden gezien 'als eerste stap naar een algemene afstemming van art. 3:4 lid 2 Awb op het Europese evenredigheidsconcept.'

- i. De *geschiktheidstoets* omvat in de eerste plaats een effectiviteitstoets van de sanctie. Het hoeft niet tevoren vast te staan dat met de sanctie het handhavingsdoel wordt bereikt, maar er moet wel een aannemelijk causaal verband tussen beide bestaan in die zin dat de sanctie voorzienbaar en significant kan bijdragen aan verwezenlijking van het doel. De geschiktheidstoets omvat in de tweede plaats een toets op coherentie die eist dat het handhavingsdoel op samenhangende en stelselmatige wijze wordt nagestreefd. Dat betekent met name dat het handhavingsbeleid geen tegenstrijdigheden (onvoorspelbaarheid of onkenbaarheid) behoort te bevatten.
- ii. De *noodzakelijkheidstoets* eist vervolgens dat niet kan worden volstaan met een minder ingrijpend middel dan de gekozen sanctie om het legitieme doel te bereiken. Zo'n minder ingrijpend middel kan een minder ingrijpende sanctie zijn als het bestuursorgaan bevoegd is om bij een bepaalde overtreding meer sancties toe te passen. Of een minder ingrijpend middel aangewezen is, hangt met name af van de ernst en omvang van de overtreding en de betrokkenheid van het algemeen belang en de belangen van derden. Naarmate de overtreding ernstiger en/of omvangrijker is en het belang van derden sterker betrokken is, dient de noodzaak van een ingrijpende sanctie zich eerder aan. Is de betrokkenheid van belangen van derden beperkt en/of is de overwogen sanctie een serieuze inmenging in de fundamentele rechten van de overtreder, in het bijzonder in zijn recht op privéleven, dan eist het noodzakelijkheidsbeginsel eerder een minder ingrijpende sanctionering.
- iii. Ten slotte moet, als is vastgesteld dat de sanctie geschikt en noodzakelijk is, de bestuurlijke sanctie *evenredig zijn in strikte zin*, dus de juiste maat hebben om het doel (net) te kunnen bereiken. De sanctie moet voldoende 'gepersonaliseerd' worden, dus afgestemd op de individuele omstandigheden van het geval. Aan de rechtspraak over het EU-evenredigheidsbeginsel kunnen daarvoor onder meer de volgende aspecten ontleend

¹⁹¹ ABRvS 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2571 (Greenpeace).

worden: de ernst en omvang van de overtreding, waarbij op het vlak van subsidies en financiële uitkeringen van belang is of de overtreden norm een hoofd- of nevenverplichting is; in de tweede plaats de mate van verwijtbaarheid van de overtreding aan de sanctie-adressaat: het ligt in de rede dat opzettelijke subsidiefraude zwaarder wordt gesanctioneerd dan een administratieve fout door onachtzaamheid. Ten slotte zijn de andere omstandigheden van het geval mee te wegen, waaronder draagkracht, maar ook de omvang van het voordeel door de overtreding c.q. het nadeel voor de overheidsmiddelen.

De staatsraden advocaat-generaal noemen verder twee *oriëntatiepunten* voor de indringendheid van de rechterlijke toets:

1. Aard en gewicht van de bij het sanctiebesluit betrokken belangen: is naast het belang van de overheid slechts het belang van de direct-belanghebbende burger betrokken (micro-bestuur; denk aan financieel bestuursrecht)? Of is sprake van meer betrokkenheid van het algemeen belang en de belangen van derden (macro-bestuur; ordenend bestuursrecht (omgevingsrecht, markttoezichtsrecht)?
2. De ingrijpendheid van het sanctiebesluit en de mate waarin het fundamentele rechten van betrokkenen aantast. Daarbij kan wel een onderscheid worden gemaakt tussen inmenging in het eigendomsrecht (in het algemeen iets minder indringend bij regulering van eigendom) of bijv. een indringende inbreuk op door art. 8 EVRM beschermde privé-leven.

Afhankelijk van die twee oriëntatiepunten bepleiten de staatsraden advocaat-generaal, zich daarbij baserend op de benadering van rechters in de Verenigde Staten, drie toetsingsintensiteiten, met bijbehorende terminologie:

Terughoudende of marginale toets ('restraint'): is het sanctiebesluit 'niet-onevenredig'? Te reserveren voor besluiten waarbij de oriëntatiepunten en de trias politica nopen tot een grote beslissingsruimte.

Tussentoets / intermediaire toets ('intermediate'): is het sanctiebesluit 'evenredig', d.w.z. blijft het binnen de beperkte marge voor het bestuur? Dat is het geval als de bestuurlijke afweging de toets van de rechter kan doorstaan, *zelfs al zou de rechter zelf wellicht een ander besluit hebben genomen*.

Volle of indringende toets ('intensive'): is het sanctiebesluit 'juist'? De rechter toetst vol of het zelf ook tot het betrokken besluit zou zijn gekomen.

Afgewacht moet worden in hoeverre de Afdeling de conclusie van de staatsraden advocaat-generaal in de zaken waarin de Voorzitter van de Afdeling deze conclusie heeft gevraagd overneemt.

6.5.2 Algemeen verbindende voorschriften

Behalve beroep tegen beschikkingen als bedoeld in artikel 1:3, tweede lid, Awb, staat bij de bestuursrechter in een aantal gevallen ook beroep open tegen algemeen verbindende voorschriften. Het bekendste voorbeeld is het bestemmingsplan. Beroepen tegen bestemmingsplannen worden in eerste en enige aanleg behandeld door de Omgevingskamer van de Afdeling. Het beroep wordt ingesteld tegen het besluit van de gemeenteraad tot vaststelling van het bestemmingsplan. Dat besluit is dus onderwerp van geschil en wordt rechtstreeks door de Afdeling getoetst, ook op evenredigheid. Van die rechtstreekse toetsing moet worden onderscheiden de exceptieve toetsing van een bestemmingsplan in een procedure over bijvoorbeeld een omgevingsvergunning.

6.5.3 Concretiserende besluiten van algemene strekking

Verder kan ook tegen concretiserende besluiten van algemene strekking beroep bij de bestuursrechter worden ingesteld.¹⁹² De rechter toetst die besluiten rechtstreeks op evenredigheid en niet exceptief.

6.5.4 Rechtstreekse versus exceptieve toetsing

Rechtstreekse toetsing kan indringender zijn dan exceptieve toetsing, maar dat hoeft niet.¹⁹³ Bij strijd van een algemeen verbindend voorschrift met bijvoorbeeld de Grondwet zal bij rechtstreekse en exceptieve toetsing het oordeel over het betrokken voorschrift hetzelfde zijn, namelijk dat het algemeen verbindend voorschrift onverbindend is.

6.6 Exceptieve toetsing van door het bestuur vastgestelde beleidsregels

Heeft het bestuursorgaan voor de uitoefening van de hem bij algemeen verbindend voorschrift toegekende discretionaire bevoegdheid beleidsregels vastgesteld, dan kan de bestuursrechter beoordelen of de beleidsregel die in

¹⁹² Zie bijv. ABRvS 3 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:461. In deze zaak werd het besluit van de burgemeester van Tilburg tot aanwijzing van de autoverhuurbranche in Tilburg als vergunningplichtig appellabel geacht. Vanwege de gebrekkige motivering van het aanwijzingsbesluit kon de Afdeling niet beoordelen of dit besluit zich met de eisen van artikel 9 van de Dienstenrichtlijn verdraagt. Daarom moest het aanwijzingsbesluit buiten toepassing worden gelaten en konden de daarop berustende besluiten niet in stand blijven. In deze zaak toetste de Afdeling het aanwijzingsbesluit overigens exceptief, omdat bij de bekendmaking van dit besluit geen rechtsmiddelenclausule was opgenomen en exceptieve toetsing binnen het aanhangige hoger beroep in dit geval een effectieve(re) vorm van rechtsbescherming is dan de appellant in de positie te brengen alsnog rechtsmiddelen aan te wenden tegen het aanwijzingsbesluit. Zie voor een ander voorbeeld ABRvS 14 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:838, waarin de Regeling bezoldiging maxima topfunctionarissen zorg en jeugdhulp als een concretiserend besluit van algemene strekking werd aangemerkt.

¹⁹³ Zie voor de reikwijdte van exceptieve toetsing van een bestemmingsplan ABRvS 2 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1177.

de aan hem voorgelegde zaak van toepassing is, op zichzelf beschouwd redelijk is (= exceptieve toetsing van de beleidsregel). Is dat niet het geval, dan kon het bestreden besluit niet op die beleidsregel worden gebaseerd.¹⁹⁴ Op gelijke wijze kan de bestuursrechter beleid dat niet kan worden aange-merkt als een samenstel van beleidsregels in de zin van art. 1:3 lid 4 Awb, beoordelen.

In hun conclusie van 9 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, gaan de staatsraden advocaat-generaal onder 9.2.2. en 9.2.3. in op de exceptieve rechterlijke toetsing van beleidsregels.

6.7 Toetsing boete op evenredigheid, ook als rechter het door het bestuursorgaan vastgestelde boetebeleid als zodanig niet onredelijk acht

Specifiek met betrekking tot beleidsregels inzake de hoogte van boetes geldt het volgende. Als het bestuursorgaan zulke regels heeft vastgesteld, moet het gelet op artikel 5:46, tweede lid, Awb nagaan of de sanctie in het concrete geval passend en geboden is.¹⁹⁵ De bestuursrechter toetst zonder terughoudendheid of de door het bestuursorgaan opgelegde bestuurlijke boete aan de eis van evenredigheid voldoet.¹⁹⁶

Als daartoe aanleiding bestaat, beoordeelt de bestuursrechter of het aan het besluit ten grondslag liggende boetebeleid voldoende differentiatie-mogelijkheden biedt.¹⁹⁷

Als de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, moet de hoogte van de boete worden getoetst aan artikel 5:46, derde lid, van de Awb. Op grond van die bepaling moet het bestuursorgaan, als de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, niettemin een lagere bestuurlijke boete opleggen, als de overtreder aannemelijk maakt dat de vastgestelde bestuurlijke boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is.

¹⁹⁴ Zie bijv. ABRvS 17 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:AE16152, over een verzoek om een tegemoetkoming op grond van de Regeling oogstschade 1998, een beleidsregel in de zin van art. 1:3, vierde lid, Awb: 2.9. Onder deze omstandigheden heeft appelland (de Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij) bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet de in artikel 1, aanhef en onder c, van de eerst op 21 december 1998 gepubliceerde Regeling vervatte voorwaarde voor toekenning van een tegemoetkoming, te weten dat het beschadigde gewas op 7 december 1998 nog te velde stond, kunnen stellen. Ten gevolge daarvan zouden immers de agrariërs die als goed ondernemer ter beperking van de schade het beschadigde gewas reeds vóór 7 december 1998 hadden geoogst of geruimd, op voorhand van een tegemoetkoming verstoken blijven. Appelland had derhalve bij het nemen van het in geding zijnde besluit artikel 1, aanhef en onder c, van de Regeling buiten toepassing moeten laten.

¹⁹⁵ Aan toepassing van artikel 4:84 Awb wordt niet toegekomen, omdat artikel 5:46, tweede lid, Awb voor boetes een specifieke norm geeft.

¹⁹⁶ Zie bijv. ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2202.

¹⁹⁷ Zie bijv. 10 februari 2021. ECLI:NL:RVS:2021:272.

Als in een wettelijk gefixeerd boetestelsel niet of nauwelijks wordt gedifferentieerd op basis van feiten en omstandigheden die voor de evenredigheid van het boetebedrag van belang kunnen zijn, kan eerder de noodzaak bestaan om in een concreet geval van dit boetestelsel af te wijken. Als het bestuursorgaan nalaat om een volgens dit boetestelsel opgelegd boetebedrag te verlagen ingeval dat bedrag wegens specifieke feiten en omstandigheden onevenredig hoog is, dan zal de rechter deze boete, indien deze wordt bestreden, matigen.¹⁹⁸

6.8 Toetsing van overeenkomstig redelijk geachte beleidsregel genomen besluit op onevenredigheid (art. 4:84 Awb)

Is het oordeel dat de in de voorgelegde zaak toepasselijke beleidsregel op zichzelf beschouwd redelijk is, dan kan de bestuursrechter vervolgens beoordelen of het handelen van het bestuur overeenkomstig die beleidsregel voor een of meer belanghebbenden gevolgen heeft die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen (art. 4:84 Awb). Afwijking van een beleidsregel met toepassing van art. 4:84 Awb is ook mogelijk indien de omstandigheden waarop belanghebbende zich beroept bij het opstellen van de beleidsregel zijn meegewogen.

ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840 (last onder bestuursdwang een woning voor de duur van drie maanden te sluiten en gesloten te houden, omdat in de schuur bij de woning 721 XTC-pillen zijn aangetroffen).

“4.3. De Afdeling is thans – anders dan voorheen en anders dan de burgemeester betoogt – van oordeel dat omstandigheden die bij het opstellen van een beleidsregel zijn verdisconteerd, dan wel moeten worden geacht te zijn verdisconteerd, niet reeds daarom buiten beschouwing kunnen worden gelaten. In de praktijk blijkt dat ook al heeft het betrokken bestuursorgaan bij het opstellen van de beleidsregel deze omstandigheden gezien, het daarmee niet heeft kunnen voorzien of deze omstandigheden alleen of tezamen in een concreet geval niettemin tot onevenredige gevolgen leiden. Het bestuursorgaan dient derhalve alle omstandigheden van het geval te betrekken in zijn beoordeling en dient te bezien of deze op zichzelf dan wel tezamen met andere omstandigheden, moeten worden aangemerkt als bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 van de Awb die maken dat het handelen overeenkomstig de beleidsregel gevolgen heeft die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen.

¹⁹⁸ ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2851 (boetebeleid Amsterdam bij illegale woningverhuur aan toeristen).

4.5.2. Zoals volgt uit overweging 4.3 kan de burgemeester, anders dan hij stelt, de omstandigheden dat zich geen overlast heeft voorgedaan alsmede dat als gevolg van zijn besluit de huurovereenkomst zal worden ontbonden, op grond van artikel 7:231, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, en dat [wederpartij] op de zwarte lijst wordt geplaatst, niet bij voorbaat bij de afweging als bedoeld in artikel 4:84 van de Awb buiten beschouwing laten. In dit geval moet immers worden aangenomen dat deze gevolgen zich daadwerkelijk zullen voordoen. Bovendien heeft de wetgever ook de door [wederpartij] laatstgenoemde twee aspecten relevant geacht voor het scheppen van de bevoegdheid van de burgemeester om tot sluiting van een woning over te gaan, nu de tijdelijkheid van de sluiting is genoemd ter rechtvaardiging hiervan.¹⁹⁹

Op gelijke wijze kan de bestuursrechter de evenredigheid van het handelen van het bestuur overeenkomstig beleid dat niet kan worden aangemerkt als een samenstel van beleidsregels in de zin van art. 1:3 lid 4 Awb, beoordelen (zij het niet op grond van art. 4:84 Awb dat immers alleen van toepassing is als beleidsregels zijn vastgesteld).

6.9 Toepassing hardheidsclausule

Op grond van artikel 3:4, eerste lid, weegt het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit. Als het algemeen verbindend voorschrift het bestuursorgaan geen ruimte laat voor een belangenafweging en het dus geen discretionaire bevoegdheid heeft, betreft een op dat algemeen verbindend voorschrift gebaseerd besluit een gebonden besluit dat de bestuursrechter in beginsel niet op evenredigheid kan toetsen. Als voorbeelden kunnen hier worden genoemd vergunningstelsels (zoals in de Wabo), waarbij de vergunning moet worden verleend als zich geen van de in de wet vermelde weigeringsgronden voordoet.²⁰⁰

Op het uitgangspunt dat de bestuursrechter een gebonden besluit in beginsel niet op evenredigheid kan toetsen, bestaat een uitzondering als de wet een

¹⁹⁹ Zie hierover ook de conclusie van 9 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

²⁰⁰ Niet elk algemeen verbindend voorschrift bevat een duidelijke norm. Het bestuursorgaan heeft in de regel (enige) ruimte voor uitleg als het door hem toe te passen wettelijk voorschrift een vage term of norm geeft die nader moet worden ingevuld. Die invulling geschiedt in eerste instantie door het bestuursorgaan. De bestuursrechter toetst dan niet volledig, maar beoordeelt of die invulling een redelijke wetsuitleg niet te buiten gaat.

hardheidsclausule bevat.²⁰¹ De bestuursrechter kan tot het oordeel komen dat het bestuursorgaan in redelijkheid niet heeft kunnen weigeren ten behoeve van belanghebbende toepassing te geven aan de hardheidsclausule.

6.10 Exceptieve toetsing van een algemeen verbindend voorschrift, niet zijnde wet in formele zin

Op het uitgangspunt dat de bestuursrechter een gebonden besluit in beginsel niet op evenredigheid kan toetsen, bestaat een tweede uitzondering: de bestuursrechter kan via de band van het aan hem voorgelegde besluit het algemeen verbindend voorschrift waarop het besluit is gebaseerd exceptief toetsen. Voor het antwoord op de vraag in hoeverre exceptieve toetsing van het algemeen verbindend voorschrift mogelijk is, moet onderscheid worden gemaakt tussen een wet in formele zin en andere, lagere regelgeving (AMvB, ministeriële regeling, verordeningen van provincies, gemeenten en waterschappen).

De wijze waarop de Afdeling een algemeen verbindend voorschrift dat geen wet in formele zin is toetst, is aangegeven in haar uitspraak van 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452.²⁰² Aan die uitspraak ging een conclusie van AG Widdershoven vooraf. De Afdeling overwoog:

“Bij het beoordelen van deze beroepsgronden is sprake van een zogenoemde exceptieve toetsing. Deze toetsing houdt in dat algemeen verbindende voorschriften die geen wet in formele zin zijn, door de rechter kunnen worden getoetst op rechtmatigheid, in het bijzonder op verenigbaarheid met hogere regelgeving. De rechter komt tevens de bevoegdheid toe te bezien of het betreffende algemeen verbindend voorschrift een voldoende deugdelijke grondslag biedt voor het in geding zijnde besluit. Bij die, niet rechtstreekse, toetsing van het algemeen verbindende voorschrift vormen de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk richtsnoer.

De intensiteit van die beoordeling is afhankelijk van onder meer de beslissingsruimte die het vaststellend orgaan heeft, gelet op de aard en inhoud van de vaststellingsbevoegdheid en de daarbij te betrekken belangen. Die beoordeling kan materieel terughoudend zijn als de beslissingsruimte voortvloeit uit de feitelijke of technische complexiteit van de materie, dan wel als bij het nemen van de beslissing politiek-

²⁰¹ Zie bijv. ABRvS 3 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:940 (weigering urgentieverklaring; college heeft geen aanleiding hoeven vinden voor toepassing hardheidsclausule) en ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1781 (afwijzing verzoek terugbetaling van lesgeld voor het schooljaar 2014/2015; minister heeft in redelijkheid niet kunnen afzien van toepassing van de hardheidsclausule).

²⁰² Zie hierover ook de conclusie van 9 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

bestuurlijke afwegingen kunnen worden of zijn gemaakt. In dat laatste geval heeft de rechter niet de taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen wordt toegekend naar eigen inzicht vast te stellen. Wat betreft de in acht te nemen belangen en de weging van die belangen geldt dat de beoordeling daarvan intensiever kan zijn naarmate het algemeen verbindend voorschrift meer ingrijpt in het leven van de belanghebbende(n) en daarbij fundamentele rechten aan de orde zijn.

Bij de toetsing van de wijze waarop door het regelgevende orgaan aan de hem toekomende beslissingsruimte inhoud is gegeven, kunnen, naast toetsing aan artikel 3:4 Awb en aan ongeschreven materiële beginselen als het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, ook het beginsel van zorgvuldige besluitvorming (artikel 3:2 Awb) en het beginsel van een deugdelijke motivering een rol spelen. De enkele strijd met deze formele beginselen kan echter niet leiden tot het onverbindend achten van een algemeen verbindend voorschrift. Dat laat onverlet dat, indien als gevolg van een gebrekkige motivering of onzorgvuldige voorbereiding van het voorschrift door de rechter niet kan worden beoordeeld of er strijd is met hogere regelgeving, de algemene rechtsbeginselen of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, dit ertoe kan leiden dat de bestuursrechter het voorschrift buiten toepassing laat en een daarop berustend besluit om die reden vernietigt. Als het vaststellende orgaan bij het voorbereiden en nemen van een algemeen verbindend voorschrift de negatieve gevolgen daarvan voor een bepaalde groep uitdrukkelijk heeft betrokken en de afweging deugdelijk heeft gemotiveerd, voldoet deze keuze aan het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel en beperkt de toetsing door de bestuursrechter zich in het algemeen tot de vraag of de regeling in strijd is met het evenredigheidsbeginsel (vergelijk de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016).“

In volgende uitspraken heeft de Afdeling dit beoordelingskader verkort weergegeven, zie bijvoorbeeld ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1157:

“Een algemeen verbindend voorschrift dat geen wet in formele zin is, kan door de rechter in een zaak over een besluit dat op zo’n voorschrift berust, worden getoetst op rechtmatigheid. In het bijzonder gaat het daarbij om de vraag of het voorschrift niet in strijd is met hogere regelgeving. De rechter komt tevens de bevoegdheid toe te bezien of het betreffende algemeen verbindend voorschrift een voldoende deugdelijke grondslag biedt voor het in geding zijnde besluit. Bij die indirecte toetsing van het algemeen verbindend voorschrift vormen de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk richtsnoer, waarbij de toetsing wordt verricht op de wijze als

door de Afdeling is uiteengezet in haar uitspraak van 12 februari 2020 (ECLI:NL:RVS:2020:452). Zoals in die uitspraak is overwogen, kan de enkele strijd met formele beginselen als het beginsel van zorgvuldige besluitvorming (artikel 3:2 van de Awb) en het motiveringsbeginsel niet leiden tot het onverbindend achten van een algemeen verbindend voorschrift. Als de bestuursrechter als gevolg van een gebrekkige motivering of onzorgvuldige voorbereiding van het voorschrift niet kan beoordelen of er strijd is met hogere regelgeving, de algemene rechtsbeginselen of het evenredigheidsbeginsel, kan hij het voorschrift wel buiten toepassing laten en een daarop berustend besluit vernietigen.”²⁰³

De bestuursrechter kan tot het oordeel komen dat er geen reden is om het algemeen verbindend voorschrift wegens strijd met art. 3:4 lid 2 Awb onverbindend te achten.

Hij kan dan nog wel nagaan of de toepassing van het algemeen verbindend voorschrift in het specifieke geval in strijd is met artikel 3:4 lid 2 van de Awb. Oordeelt hij dat dit niet zo is, dan is er geen reden om het algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing te laten. Komt hij echter tot het oordeel dat de toepassing van het algemeen verbindend voorschrift in het concrete geval in strijd is met art. 3:4 lid 2 Awb, dan is er reden om het algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing te laten. Zo ver kwam het in ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3245, nog niet omdat het bestuursorgaan nog onvoldoende had onderzocht of toepassing van de verordening voor betrokkene onredelijk zou uitpakken. In deze zaak had het college van b&w van Den Haag besloten tot intrekking van een marktvergunning voor onbepaalde tijd en de doorhaling van betrokkene in het marktregister. De Afdeling vatte het door appellant aangevoerde aldus op, dat hij heeft bedoeld te betogen dat de rechtbank ten onrechte geen grond heeft gezien om artikel 13, eerste lid, aanhef en onder f, van de Marktverordening in dit geval buiten toepassing te laten, omdat dit onredelijke gevolgen heeft. De Afdeling was van oordeel dat het college onvoldoende had onderzocht of en gemotiveerd dat geen sprake is van kennelijke onredelijkheid. Het bestreden besluit werd om die reden vernietigd wegens strijd met artikel 3:2 van de Awb. In ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2493, kwam het wél zo ver. De Afdeling overwoog hier:

“Gelet op de onder 3.3. vermelde bijzondere omstandigheden, had de minister in dit geval niet mogen vasthouden aan strikte toepassing van artikel 2, tweede lid, van het Besluit [periodieke registratie Wet BIG],

²⁰³ Een eerdere uitspraak – waarin nog niet deze overwegingen voorkomen – is ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622, waarin de Afdeling tot het oordeel kwam dat de regeling waarin het *alcoholslot-programma* was opgenomen *onverbindend* is, omdat die in een substantieel aantal gevallen onevenredig kan uitwerken.

omdat die toepassing voor [appellante] onevenredig nadelige gevolgen heeft, terwijl zij niet nodig is om de patiëntveiligheid te beschermen. De minister had aan [appellante] daarom niet mogen tegenwerpen dat zij haar aanvraag tot herregistratie niet binnen de in artikel 2, tweede lid, van het Besluit genoemde termijn heeft ingediend. Deze bepaling had de minister bij het besluit op de aanvraag van [appellante] en het besluit op bezwaar buiten toepassing moeten laten.”

Als de bestuursrechter tot het oordeel komt dat een bepaalde regeling in een *substantieel aantal gevallen* onevenredig kan uitwerken, dan ligt het onverbindend achten van die regeling (“de regeling kan in geen enkel geval worden toegepast”) meer voor de hand dan uit te spreken dat die regeling in het voorliggende geval door het bestuursorgaan buiten toepassing had moeten worden gelaten. De al genoemde uitspraak over het alcoholslotprogramma is daarvan een voorbeeld (ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622).

6.11 Exceptieve toetsing van de wet in formele zin

Is in de gevallen waarin voor een oordeel over de rechtmatigheid van het besluit toetsing van het onderliggende wettelijk voorschrift of de toegepaste beleidsregel noodzakelijk is, dan is het mogelijk dat wettelijk voorschrift of de betrokken beleidsregel te toetsen aan ongeschreven rechtsbeginselen. De vraag of (toepassing van) het voorschrift of de beleidsregel onevenredig hard uitpakt kan dan worden betrokken bij de toetsing van het bestreden besluit aan het evenredigheidsbeginsel.

Een dergelijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel is als regel niet mogelijk als het onderliggende wettelijk voorschrift een wet in formele zin is. De hoofdregel is dat een wet in formele zin niet aan ongeschreven rechtsbeginselen kan worden getoetst omdat een dergelijke toetsing zich niet verdraagt met artikel 120 Grondwet.²⁰⁴ Dit artikel bepaalt: “De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen”. Het voorgaande neemt niet weg dat in de rechtspraak gevallen zijn aanvaard waarin toepassing van een wet in formele zin vanwege bijzondere omstandigheden achterwege moet blijven. In de literatuur is in de discussie naar aanleiding van het rapport ‘Ongekend onrecht’ van de Parlementaire onderzoekingscommissie Kinderopvangtoeslag op deze mogelijkheid gewezen.²⁰⁵ In de zogenoemde Doorbraak-arresten – die betrekking hadden op belasting-

²⁰⁴ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469 m. nt. Scheltema; AB 1989/207 m. nt. Van der Burg; AA 1989/0578 m.nt. Hirsch Ballin (Harmonisatiewet-arrest). Zie bijvoorbeeld ook CRvB 6 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:915 (verplichte terugvordering ten onrechte ontvangen bijstandsuitkering).

²⁰⁵ F. Zwart, ‘Wat mij heeft verbaasd...’, NJB 2021, afl. 3, p. 199 en S.E. Zijlstra, ‘Lessen uit de toeslagenaffaire’, NTB 2021/60, die overigens stelt dat het de vraag is of dit voor de Afdeling een reële en in het licht van andere alternatieven een voor de hand liggende mogelijkheid bood.

aanslagen die in overeenstemming met de wet waren, maar waarbij door de verantwoordelijke bewindspersonen het vertrouwen was gewekt dat in bepaalde gevallen een lagere aanslag zou worden opgelegd dan volgens de wet zou moeten – heeft de Hoge Raad aanvaard:

“dat onder omstandigheden strikte toepassing van de wet, waaruit de belastingschuld rechtstreeks voortvloeit, in die mate in strijd kan komen met een of meer beginselen van behoorlijk bestuur, dat die toepassing achterwege dient te blijven;

dat in het algemeen de vraag onder welke omstandigheden dit laatste zich voordoet van geval tot geval moet worden beantwoord door afwijking van het beginsel dat de wet moet worden toegepast tegen een of meer in aanmerking komende beginselen van behoorlijk bestuur;

dat het een beginsel van behoorlijk bestuur is dat de administratie verwachtingen, welke zij bij een belanghebbende ten aanzien van een door haar te volgen gedraglijn heeft opgewekt en waarop deze zich in redelijkheid tegenover haar mag beroepen, honoreert;
(...)

dat derhalve, indien de belastingplichtige zich beroept op vertrouwen dat hij aan uitlatingen als hiervoor genoemd heeft mogen ontlenuen, de aanslag dienovereenkomstig behoort te worden vastgesteld, ook al zou de wet de fiscus ter zake niet een bepaalde beleidsvrijheid laten;”

In het zogenoemde Harmonisatiewet-arrest – waar het ging om een wet over collegegelden die inbreuk maakte op het beginsel van de rechtszekerheid – heeft de Hoge Raad dit uitgangspunt als volgt nader gemotiveerd:

“3.9: Het tweede onderdeel van het middel beroept zich op de in 3.4 vermelde leer dat strikte toepassing van de wet onder omstandigheden zozeer in strijd kan komen met fundamentele rechtsbeginselen dat zij achterwege moet blijven en betoogt dat de gewraakte bepalingen van de Harmonisatiewet het rechtszekerheidsbeginsel in die mate geweld aandoen dat die leer te dezen toepassing moet vinden.
Dit betoog miskent het wezenlijke verschil tussen enerzijds: het in bepaalde (groepen van) gevallen buiten toepassing laten van een wetsbepaling op de grond dat toepassing van die bepaling in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden (in de regel: de wijze waarop de overheid is opgetreden) in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel, en anderzijds: het wegens zulk een strijd buiten toepassing laten van een wetsbepaling op grond van omstandigheden welke bij haar tot stand komen in de afwijking zijn betrokken, dus in gevallen

waarvoor zij nu juist is geschreven. Het eerste raakt niet aan de verbindende kracht van de betrokken bepaling en staat de rechter ingevolge voormelde jurisprudentie vrij; het tweede ontnemt echter aan die bepaling haar verbindende kracht en is de rechter ingevolge art. 120 Gr.w verboden. Hier doet zich de tweede figuur voor.”

Gelet hierop mag een wet in formele zin buiten toepassing worden gelaten als toepassing ervan in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel, maar alléén in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden. Het gaat er dus om of de nadelige wijze waarop een wet in een concreet geval uitpakt, door de wetgever is voorzien. Als dat niet het geval is – er is sprake van niet-verdisconteerde omstandigheden – kan het bestuursorgaan dat de wet uitvoert gehouden zijn de betreffende bepaling in een concreet geval buiten toepassing te laten.²⁰⁶

Een beroep op het Harmonisatiewet-arrest wordt niet vaak gedaan, maar komt wel voor. In dergelijke gevallen wordt dat beroep beoordeeld aan de hand van de door de Hoge Raad in het Harmonisatiewet-arrest ontwikkelde criteria en meer in het bijzonder aan de hand van de vraag of er sprake is van niet door de wetgever verdisconteerde gevallen.²⁰⁷ Daarbij spelen in het bijzonder de tekst van wetsbepaling zelf en de memorie van toelichting een rol. Ook amendementen, de behandeling daarvan in de Tweede Kamer en uitlatingen tijdens de behandeling van het wetsvoorstel en indicaties over de mate waarin die uitlatingen steun vinden in het parlement kunnen relevant zijn. Van belang daarbij is wel dat een beroep op het Harmonisatiewet-arrest slechts zeer incidenteel slaagt. Het gaat dan om individuele gevallen en zeer bijzondere omstandigheden.²⁰⁸

In hun conclusie van 9 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, pleiten de staatsraden advocaat-generaal voor formeel-wettelijke voorschriften waarin het bestuur een strikt gebonden bevoegdheid tot opleggen van niet-bestraffende

²⁰⁶ Zie bijvoorbeeld HR 9 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC3813, NJ 1989/718; AB 1989/412, waar de Hoge Raad benadrukt dat het moet gaan om door de wetgever niet verdisconteerde omstandigheden. Als de wetgever zich bewust van de gevolgen van de wet in formele zin deze toch vaststelt doet deze mogelijkheid zich niet voor.

²⁰⁷ Zie bijvoorbeeld ABRvS 1 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2937, ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:680, HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, JA 2018/121 m. nt. Veldhuis, NJ 2018/376 m. nt. Haak, AB 2019/59 m. nt. Barkhuysen en Van Emmerik, AA m. nt. Van Boom, CRvB 19 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2622, CRvB 30 mei 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1650, USZ 2018/208 m. nt. Wit, AB 2018/355 m. nt. Damen, CRvB 22 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2607, JB 2021/8 m. nt. Sillen en CBB 17 mrt 2020, ECLI:NL:CBB:2020:161.

²⁰⁸ HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, AB 2015/278 m.n. Van Rossem, NJ 2015/344 m.n. Legemaate, USZ 2015/76 m.n. Van den Ende, JB 2015/48 m.n. Schutgens en Bakker, GJ 2015/31 m.n. Ten Brummelhuis, JGR 2015/6 m.n. Lisman (vergoeding medicijn voor kind met een ernstige aandoening) en HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, JA 2018/121 m. nt. Veldhuis, NJ 2018/376 m. nt. Haak, AB 2019/59 m. nt. Barkhuysen en Van Emmerik, AA 2019/0199 m. nt. Van Boom (beperking aansprakelijkheid bij ernstig ongeval op een schip).

sancties wordt toegekend, voor een enge uitleg van art. 120 Grondwet, zodat de civiele rechter wetsbepalingen kan toetsen aan nationaalrechtelijke rechtsbeginselen en niet alleen aan rechtstreeks werkend EU-recht en Europese rechtsbeginselen zoals het evenredigheidsbeginsel.²⁰⁹ Verder menen zij dat de bestuursrechter de wet in formele zin wel steeds zo veel mogelijk moet interpreteren conform de algemene rechtsbeginselen, waaronder het evenredigheidsbeginsel. Conforme uitleg houdt op bij onverenigbaarheid met de tekst van de wet of met de onmiskenbare en uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever zoals blijkende uit de parlementaire geschiedenis.²¹⁰

6.12 Toetsing aan het EU-evenredigheidsbeginsel

Bij de toepassing van het Unierecht is het proportionaliteitsvereiste van toepassing en moet dit ook door de nationale rechter worden toegepast. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat bij de toetsing van nationale maatregelen aan het EU-recht het evenredigheidsbeginsel ertoe leidt dat de betreffende regelgeving “maatwerk” moet bevatten. Is dat niet het geval, dan vereist het evenredigheidsbeginsel een toets in het individuele geval. Deze rechtspraak geldt niet alleen bij de toetsing van sancties,²¹¹ maar meer in het algemeen voor nationale maatregelen waardoor particulieren of bedrijven belemmerd of benadeeld worden in hun vrijheden en waartegen zij opkomen.

Wanneer het Unierecht van toepassing is, kunnen justitiabelen dan ook met succes een beroep doen op het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel wanneer hij of zij belemmerd wordt door een Nederlandse regeling die niet voorziet in een hardheidsclausule/noodventiel. Ter illustratie bespreekt de werkgroep enkele arresten.

In het arrest van 14 januari 2021, C-826/18 (Stichting Varkens in Nood)²¹² is onder meer de vraag aan de orde of het verenigbaar is met artikel 9, lid 3, van het Verdrag van Aarhus dat artikel 6:13 Awb van een niet-belanghebbende verlangt dat hij een zienswijze indient als voorwaarde voor ontvankelijkheid in beroep bij de rechter. Het Hof acht deze regeling niet in strijd met artikel 9, lid 3, van het Verdrag. De regeling is volgens het Hof evenmin in strijd met het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel, waarbij het waarde hecht aan de mogelijkheid van maatwerk.

²⁰⁹ Onderdelen 9.6 en 9.7 van de conclusie.

²¹⁰ Onderdeel 9.4.2. van de conclusie.

²¹¹ Zie specifiek en uitvoeriger voor de evenredigheidstoetsing van sancties binnen de Unierechtelijke context de conclusie van de AG's van 9 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, onder paragraaf 7.3.

²¹² ECLI:EU:C:2021:7.

“67 Het feit dat [de voorwaarde dat een zienwijze moet zijn ingediend] niet wordt toegepast wanneer de verzoeker redelijkerwijs niet kan worden verweten dat hij niet aan het besluitvormingsproces heeft deelgenomen, zorgt er bovendien voor dat het evenredigheidsvereiste in acht wordt genomen, aangezien die voorwaarde wordt toegepast op basis van de omstandigheden van de zaak.”

Ook in het arrest van 7 augustus 2018, C-123/17 (Yön)²¹³ speelt dit. Het Hof acht de betreffende Duitse regeling evenredig omdat deze een hardheidsclausule kent.²¹⁴

In het arrest van 12 maart 2019, C-221/17 (Tjebbes)²¹⁵ stond de vraag centraal of het van rechtswege verval van het Nederlanderschap zoals dat in artikel 15, lid 1, onder c, van de Rijkswet op het Nederlanderschap is geregeld in strijd is met artikel 20 VWEU. Hier leidt het ontbreken van een uitzonderingsmogelijkheid tot onevenredigheid.

“41 Het verlies van rechtswege van de nationaliteit van een lidstaat is onverenigbaar met het evenredigheidsbeginsel indien de relevante nationale voorschriften het op geen enkel ogenblik mogelijk maken dat de gevolgen die dat verlies voor de betrokken personen heeft uit het oogpunt van het Unierecht, in het individuele geval worden getoetst.”

Over maatwerk bij sancties gaat het arrest van 6 oktober 2015, C-650/13 (Delvigne)²¹⁶. In dit arrest beoordeelde het Hof een nationale regeling waarbij kiesgerechtigden het stemrecht kon worden ontnomen wegens het begaan van een strafbaar feit. Het Hof nam bij de toetsing van de evenredigheid de omstandigheid mee dat de nationale regeling rekening houdt de aard en ernst van het strafbare feit, alsmede de duur van de straf.

“49 Ten slotte is een beperking als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, evenredig aangezien zij de aard en de ernst van het strafbare feit alsook de duur van de straf in aanmerking neemt.”

In het arrest van 15 april 2021, C-935/19 (Grupa Warzywna sp. z o.o.)²¹⁷ is de vraag aan de orde of artikel 273 van de btw-richtlijn en de beginselen van evenredigheid en btw-neutraliteit zich verzetten tegen een nationale regeling waarbij een belastingplichtige een bepaalde gefixeerde sanctie opgelegd krijgt. Dat is volgens het Hof het geval.

²¹³ ECLI:EU:C:2018:632.

²¹⁴ Arrest Yön, punten 81-82.

²¹⁵ ECLI:EU:C:2019:189

²¹⁶ ECLI:EU:C:2015:648.

²¹⁷ ECLI:EU:C:2021:287.

“34 Met die nadere bepalingen konden de belastingautoriteiten het bedrag van de sanctie dus niet aanpassen aan de concrete omstandigheden van het geval.

35 De nadere regels ter bepaling van de hoogte van die automatische sanctie laten de belastingautoriteiten dus niet toe de opgelegde sanctie te personaliseren en op die manier te verzekeren dat deze niet verder gaat dan noodzakelijk is ter verwezenlijking van de doelstellingen om een juiste belastinginning te garanderen en fraude te voorkomen.”

Het maatwerkvereiste is een uitvloeisel van evenredigheid, waar dit vereist dat maatregelen beperkt zijn tot wat noodzakelijk is. De Unierechtelijke evenredigheidstoets houdt voor *nationale maatregelen* de volgende toetsingselementen in²¹⁸: noodzaak (dient de regeling ter bescherming van een algemeen belang?), met als onderdeel daarvan geschiktheid (is de regeling geschikt om dat doel te bereiken?) en consistentie (streeft de regeling het doel van algemeen belang op een systematische en coherente manier na?), proportionaliteit (de regeling gaat niet verder dan nodig is dat doel te bereiken) en subsidiariteit (is het doel met een ander, minder beperkend middel te bereiken).

De zogeheten “evenredigheid *stricto sensu*” – zijn de nadelen voor de betrokkenen groter dan het belang van het doel dat beschermd wordt? – maakt niet standaard deel uit van deze toets.²¹⁹ Dit element voegt bij de toetsing van beperking van vrijheden ook niet veel toe, omdat mogelijke buitensporige maatregelen al sneuvelen op de vraag of de maatregel beperkt is tot wat strikt noodzakelijk is. Dit element wordt door het Hof van Justitie wél getoetst als het gaat om sancties²²⁰ en (als de zaak daartoe aanleiding geeft) bij de toetsing van *EU-wetgeving* aan het primaire Unierecht (waaronder het evenredigheidsbeginsel van artikel 5 van het VEU).²²¹ Bij de toetsing van nationale maatregelen aan het Unierecht door de Nederlandse rechter buiten het terrein van sancties zal dat element gebaseerd moeten

218 De precieze onderverdeling, volgorde en benaming verschilt nogal eens in rechtspraak, literatuur en wetgeving, maar deze elementen maken in alle varianten deel uit van de toets.

219 Er is maar één arrest waar dit element (impliciet) naar voren kwam, 302/86 (?) Commissie/Denemarken (statiegeld). Dit moet dan ook als de spreekwoordelijke witte raaf worden beschouwd. Het Hof kwam in die zaak op uit dat het doel (een zo hoog mogelijke recyclingsgraad voor verpakkingen van bier en frisdrank) te hoog gesteld was gezien de gevolgen voor de buitenlandse producenten en distributeurs.

220 Zie voor voorbeelden uit de rechtspraak de conclusie van de AG's van 9 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021, paragraaf 73.2-73.5.

221 Zie onder meer S. Prechal, R. Widdershoven e.a., *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht* (Aers Aequi Libri 2017, Nijmegen), p. 179. Deze auteurs geven ook aan dat de rechtspraak van het Hof van Justitie over de “*stricto sensu*” test niet heel consequent is. Vergelijk ook T. Von Danwitz, ‘Thoughts on Proportionality and Coherence in the Jurisprudence of the Court of Justice’ in P. Cardonnel, A. Rosas and N. Wahl, *Constitutionalising the EU judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh* (Oxford and Portland OR, Hart, 2012) p. 367-382.

worden op artikel 3:4 Awb, ook in zaken met een Unierechtelijke context.²²²

Reflexwerking?

Uit het bovenstaande volgt dat altijd wanneer de toepassing van nationale regelgeving binnen het bereik van het EU-recht kan komen, bijvoorbeeld omdat de regels kunnen worden toegepast op Unieburgers of producten uit andere lidstaten,²²³ of (mede) dienen ter uitvoering van EU-recht²²⁴, het evenredigheidsvereiste en daarmee het "maatwerkvereiste" geldt op het niveau van de regels zelf of anders van de toepassing in het individuele geval.²²⁵ In dat laatste geval moet zo nodig de nationale wetgeving buiten toepassing worden gelaten om een individuele evenredigheidstoets mogelijk te maken.

De Afdeling kan in situaties, waarin nationale regels afhankelijk van de feitelijke situatie van het geval binnen de werkingssfeer van het EU-recht kunnen komen, voor de vraag komen te staan of het voor appellanten gunstige evenredigheids- en maatwerkvereiste beperkt blijven tot Unierechtelijke situaties of ook voor puur nationale situaties moeten gelden, via artikel 3:4 Awb.

6.13 Toetsing aan art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM

In de literatuur is betoogd dat de Afdeling bestuursrechtspraak in de toeslagzaken gebruik had kunnen maken van de mogelijkheid om dwingende wettelijke regelingen, waarvan de toepassing tot onevenredige gevolgen te leiden, te toetsen aan artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: artikel 1 EP).²²⁶ Artikel 1, eerste lid, EP bepaalt dat aan niemand zijn eigendom ('possession') zal worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. Onder ontneming van eigendom wordt ook verstaan de regulering van eigendom. Ontneming van

²²² Zie ABRvS 10 december 2018, Amsterdam Cheese Company (ECLI:NL:RVS:2018:4173, r.o. 21), waarin dit toetsingselement, na een evenredigheidstoets aan de Dienstenrichtlijn, uitdrukkelijk is gebaseerd op artikel 3:4 Awb.

²²³ Zie voor andere aanknopingspunten bijvoorbeeld arresten Stichting Varkens in Nood, Tjebbes, Yón en Delvigne.

²²⁴ Zoals in het beschreven arresten Tim SpA tegen Consip SpA en Grupa Warzywna sp. z o.o. (richtlijnen) en het arrest van 24 maart 2021, in zaken C-870/19 en 871/19 (MI en TB), over sancties op overtreding van een verordening, ECLI:EU:C:2021:33.

²²⁵ In onder meer het arrest van 11 februari 2021, in zaak C-77/20, K.M., ECLI:EU:C:2021:112, punt 55, oordeelt het Hof dat als de EU-wetgeving zelf op het gebied van sancties voldoende maatwerk (nuanceering) bevat, nationale autoriteiten niet ook nog rekening moeten houden met omstandigheden van het geval voor de evenredigheid.

²²⁶ S.E. Zijlstra, 'Lessen uit de toeslagenaffaire', NTB 2021/60 en Ali al Khatib & Tess Linders, 'Het EVRM als anker om een nieuwe toeslagenaffaire te voorkomen', NJB 2021/1321.

eigendom is alleen mogelijk wanneer dat noodzakelijk is in het algemeen belang en proportioneel is. Wanneer sprake is van ontneming of regulering van eigendom, kan de rechter met artikel 1 EP in de hand, de beslissing tot ontneming van eigendom aan het evenredigheidsbeginsel toetsen. Daardoor kan worden voorkomen dat een wettelijke regeling of de uitvoering daarvan voor een burger tot een kennelijke hardheid of, in de woorden van de rechtspraak van het EHRM, tot een individuele buitensporige last leidt.²²⁷ Voor toepassing van artikel 1 EP is wel nodig dat eerst wordt vastgesteld dat sprake is van eigendomsontneming. Wanneer daarvan sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Daarover bestaat uitgebreide rechtspraak van het EHRM. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan zaken over (intrekking van) vergunningen, goedkeuringen of toestemmingen waardoor de belanghebbende wordt beperkt in zijn mogelijkheden om een beroep uit te oefenen, een bedrijf uit te oefenen of anderszins een inkomen te verwerven.²²⁸

Uit de uitspraak in de zaak *Malik t. Verenigd Koninkrijk* blijkt verder dat bij overheidsbesluiten die tot gevolg hebben dat een burger wordt beperkt in zijn of haar mogelijkheden om inkomen te verwerven, een beroep op artikel 1 EP kan toekomen.²²⁹ Daarvoor is wel noodzakelijk dat dat inkomen al verdiend is, dan wel dat een afdwingbare ‘claim’ op dat inkomen bestaat. Is dat het geval, dan zal de beperking die uit het besluit voortvloeit door de rechter aan het evenredigheidsbeginsel moeten worden getoetst. Waar het gaat om financiële aanspraken en verplichtingen jegens de overheid kan het volgende worden opgemerkt.

Eigendom in de zin van artikel 1 EP omvat naast het bestaande eigendom ook *aanspraken* op (financiële) uitkeringen. Het EHRM stelt de eis dat sprake moet zijn van gerechtvaardigde verwachtingen (*‘legitimate expectations’*).²³⁰ ‘Legitimate expectations’ kunnen voortvloeien uit een wettelijke regeling of beleid. Een aanspraak op een uitkering bestaat, wanneer wordt voldaan aan de eisen die de nationale wet stelt om die uitkering te krijgen, zo lang die eisen blijven gelden. Zo overwoog het EHRM in de zaak *Damjanac t. Kroatië*:

²²⁷ Zie bijvoorbeeld HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:AD5493 (Wet herstructurering Varkenshouderij) en CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291 (fosfaatrechten-stelsel).

²²⁸ Typen besluiten waarover de Afdeling in hoger beroep oordeelt waar het bereik van artikel 1 EP een discussiepunt kan zijn, betreffen bijvoorbeeld besluiten over VOG's, de intrekking of schorsing van rijbewijzen, de intrekking van Drank- en Horecavergunningen en exploitatievergunningen en de sluiting van winkels, horecazaken en bedrijfspanden.

²²⁹ EHRM 13 maart 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0313JUD002378008, *Malik t. Verenigd Koninkrijk*.

²³⁰ EHRM 18 mei 2010, *Plalam S.P.A. t. Italië*, ECLI:CE:ECHR:2010:0518JUD001602102 (toegekende subsidie die vanwege wijziging regelgeving niet werd uitbetaald).

“However, where a Contracting State has in force legislation providing for the payment as of right of a welfare benefit or pension – whether conditional or not on the prior payment of contributions – that legislation must be regarded as generating a proprietary interest falling within the ambit of Article 1 of Protocol No.1 for persons satisfying its requirements. Therefore, where the amount of a benefit or pension is reduced or eliminated, this may constitute an interference with possessions which requires to be justified in the general interest [...] Where, however, the person concerned does not satisfy, or ceases to satisfy, the legal conditions laid down in domestic law for the grant of any particular form of benefits or pension, there is no interference with the rights under Article 1 of Protocol No. 1 [...]. Finally, the Court observes that the fact that a person has entered into and forms part of a State social security system does not necessarily mean that that system cannot be changed either as to the conditions of eligibility of payment or as to the quantum of the benefit or pension [...] In view of the principle that there is no right under Article 1 of Protocol No. 1 to receive a social security benefit or pension payment of any kind or amount, unless national law provides for such entitlement [...], the central issue which remains for the Court to determine is whether the applicant satisfied all the requirements under the relevant Croatian pension legislation at the time, generating a property right to receive payment of his pension in Serbia”²³¹

Gaandeweg is in de rechtspraak van het EHRM een ontwikkeling vast te stellen, waarbij steeds meer wordt gekeken naar wat de burger in een concreet geval van de overheid redelijkerwijs mocht verwachten.²³² Met het arrest van 26 april 2018, *Cakarevic t. Kroatië*²³³ heeft het EHRM een nadere stap gezet. In die zaak achtte het Hof de terugvordering van een uitbetaalde uitkering die langer was verstrekt dan wettelijk was toegestaan aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval een eigendomsontneming. Daarvoor was van belang dat sprake was van een ‘final (or otherwise enforceable) administrative decision’ waar vertrouwen aan kon worden ontleend. Het EHRM overwoog:

²³¹ EHRM, 24 oktober 2013, *Damjanac t. Kroatië*, ECLI:CE:ECHR:2013:1024JUD005294310,

²³² EHRM 7 maart 2017, *Baczúr t. Hongarije*, ECLI:CE:ECHR:2017:0307JUD000826315 en EHRM (GK) 13 december 2016, *Bélané Nagy t. Hongarije*, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD00530801 (beide over het voortijdig beëindigen of verlagen van een uitkering die eerder in overeenstemming met een wettelijke regeling was).

²³³ EHRM 26 april 2018, *Cakarevic t. Kroatië*, ECLI:CE:ECHR:2018:0426JUD004892113.

“56. In this respect, the Court considers that an individual should in principle be entitled to rely on the validity of a final (or otherwise enforceable) administrative decision in his or her favour, and on the implementing measures already taken pursuant to it, provided that neither the beneficiary nor anyone on his or her behalf has contributed to such a decision having been wrongly made or wrongly implemented. Thus, while an administrative decision may be subject to revocation for the future (*ex nunc*), an expectation that it should not be called into question retrospectively (*ex tunc*) should usually be recognised as being legitimate, at least unless there are weighty reasons to the contrary in the general interest or in the interest of third parties [...].

58. In the present case, the Court considers that although the domestic courts found that as a matter of domestic law, the applicant had no protection against the authorities’ reclaim of the funds already received, which according to them constituted unjust enrichment (see paragraph 27 above), several circumstances speak in favour of recognising the applicant’s legal position as protected by a “legitimate expectation” for the purposes of the application of Article 1 of Protocol No. 1.

59. Firstly, there is no indication or even allegation that the applicant had in any way contributed to the impugned situation, namely that the disbursement of the benefits had been continued beyond the applicable statutory time-limit. The Government accepted that payment of the unemployment benefits beyond the prescribed time-limit was the sole responsibility of the authorities (see paragraph 70 below).

60. Secondly, the applicant’s good faith in receiving the contested unemployment benefits is not contested.

61. Thirdly, the administrative decision in reliance on which the applicant had received the payments had not contained any express mention of the fact that under the relevant statutory provisions the entitlement would expire on a certain date, i.e. after twelve months.

62. Fourthly, there was a long lapse of time, amounting to over three years, after the expiry of the statutory time-limit during which the authorities failed to react while continuing to make the monthly payments.

63. The Court finds that these circumstances were capable of inducing in the applicant a belief that she was entitled to receive those payments (compare *Chroust v. the Czech Republic* (dec.), no. 4295/03, 20 November 2006).

64. Moreover, the Court considers that, taking into account in particular the nature of the benefits as current support for basic subsistence needs, the question of whether the situation was capable of giving rise to a legitimate expectation that the entitlement was duly in place must be assessed with a view to the situation prevailing at the time when the applicant was in receipt of the payments and consumed the proceeds. [...]

65. The Court therefore concludes that in the circumstances of the present case, the applicant had a legitimate expectation of being able to rely on the payments she had received as rightful entitlements and that Article 1 of Protocol No. 1 is applicable *ratione materiae* to her complaint.”

Het Hof kende dus betekenis toe aan de goede trouw van de burger²³⁴, het handelen en niet-handelen van de overheid, en voorts dat het ging om al betaalde bedragen die waren bedoeld om te voorzien in levensonderhoud en daarvoor ook al waren uitgegeven.²³⁵

Hieruit volgt dat de vraag of het niet doen van een financiële uitkering of de intrekking van een reeds verleende en uitbetaalde uitkering is aan te merken als eigendomsontneming aan de hand van alle relevante feiten en omstandigheden moet worden beantwoord. Wordt die vraag bevestigend beantwoord, dan ontstaat daar ruimte voor toetsing van de beslissing aan het evenredigheidsbeginsel ook als de van toepassing zijnde formeel-wettelijke regeling daartoe geen ruimte biedt.

Concreet met betrekking tot de kinderopvangtoeslagzaken: hier was sprake van terugvordering van voorschotten die op aanvraag aan de ontvanger zijn verstrekt. In haar rapport van 18 oktober 2021 roept de Venice Commission de vraag op of de voorschotten zijn aan te merken als eigendom in de zin van artikel 1 EP.²³⁶ De Afdeling is er steeds vanuit gegaan dat deze voorschotten niet zijn aan te merken als eigendom in de zin van artikel 1 EP.²³⁷ Een expliciete afweging aan de hand van de criteria in het arrest Cakarevic t. Kroatië uit 2018 is daarbij niet gemaakt,²³⁸ wat grotendeels te verklaren is doordat de zaken bij de Afdeling dateerden van vóór deze uitspraak. Na de uitspraken van 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI:NL:RVS:2019:3536, waarin de alles-of-nietsjurisprudentie is verlaten, bestond daar vervolgens geen aanleiding meer toe.²³⁹

²³⁴ Vergelijk CRvB 8 april 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:881 (terugvordering betaalde toeslag op WIA-uitkering geen eigendomsontneming omdat betrokken de inlichtingenplicht heeft geschonden).

²³⁵ Zie nadien ook EHRM 12 december 2019, Romeva t. Noord-Macedonië, ECLI:CE:ECHR:2019:1212JUD003214110 en EHRM 11 februari 2021, Casarin t. Italië, ECLI:CE:ECHR:2021:0211JUD000489313.

²³⁶ Rapport Venice Commission 18 oktober 2021, par. 111 tot en met 114.

²³⁷ Zie bijvoorbeeld de uitspraken van de Afdeling van 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1711 en 22 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:482.

²³⁸ Barkhuysen en Van Emmerik stellen zich, in hun annotatie bij het arrest op het standpunt dat de benadering van de Afdeling in lijn lijkt met artikel 1 EP omdat het voor de ontvangers van de voorschotten in beginsel wel duidelijk kan zijn dat er nog geen definitieve toekenning heeft plaatsgevonden; zie AB 2019/21.

²³⁹ Dat de kans groot is dat het EHRM een voorschot zou kunnen aanmerken als “possession” wordt ook gesteld in 7.2.2 van de conclusie van de staatsraden advocaten-generaal die in dit rapport onder 5.4.1 aan de orde komt.

6.14 Toetsing aan internationale regels ter bescherming van kinderen

Bij besluiten die rechtstreeks gevolgen hebben of kunnen hebben voor minderjarige kinderen moeten de belangen van kinderen nadrukkelijk betrokken worden. In de rechtspraak van de Afdeling gebeurt dat ook.²⁴⁰ Uit artikel 3 IVRK vloeit voort dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het desbetreffende kind dienen te worden betrokken. Artikel 3, eerste lid, van het IVRK, bevat weliswaar geen norm die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar is, maar de bestuursrechter dient in dit verband wel te toetsen of het bestuursorgaan zich voldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van het kind en daarmee bij de uitoefening van een bevoegdheid binnen de grenzen van het recht is gebleven.²⁴¹ Aan andere bepalingen in het IVRK, zoals de artikelen 18 en 27, wordt in de rechtspraak geen rechtstreekse werking toegekend, zodat daar niet aan kan worden getoetst.²⁴²

Artikel 24, tweede lid, van het Handvest van de grondrechten van de EU, dat op artikel 3 IVRK is gebaseerd, biedt, in de gevallen waarin het recht van de EU ten uitvoer wordt gelegd,²⁴³ eveneens een beoordelingsmaatstaf voor besluiten waarbij de belangen van kinderen betrokken zijn.²⁴⁴ De Afdeling past dit artikel regelmatig toe in haar vreemdelingenrechtspraak.²⁴⁵ De rechtspraak van het Hof van Justitie over artikel 24 Handvest²⁴⁶ kan een inspiratie vormen voor de uitleg die de bestuursrechter aan artikel 3 IVRK geeft, ook in situaties waarin het Unierecht niet ten uitvoer wordt gelegd.

Artikel 3 IVRK hangt nauw samen met artikel 8 EVRM, dat eveneens het belang van het kind en het recht op gezinsleven van het kind beschermt.²⁴⁷ Indien een besluit inbreuk maakt op de rechten van het kind zal de inbreuk moeten worden gerechtvaardigd door aan te tonen dat die inbreuk

²⁴⁰ Zie bijvoorbeeld ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2912, r.ov. 4.2.3 met verwijzing naar artikel 8 EVRM en het Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK).

²⁴¹ CRvB 26 mei 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1339, CRvB 16 september 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:2191, en ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:829.

²⁴² Bijvoorbeeld CRvB 8 september 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:2114, en ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3458.

²⁴³ ABRvS 7 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3716.

²⁴⁴ Het Hof van Justitie vraagt in dit verband van de nationale autoriteiten "een evenwichtige en redelijke beoordeling van alle in het geding zijnde belangen [...] en daarbij in het bijzonder rekening te houden met de belangen van de betrokken kinderen". Zie onder meer HvJ EU 6 december 2012, O. en S., ECLI:EU:C:2012:776, en 26 maart 2019, SM, ECLI:EU:C:2019:248.

²⁴⁵ Zie bijvoorbeeld ABRvS 27 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1281 en ABRvS 20 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1612.

²⁴⁶ Zie bijvoorbeeld ook HvJEU 11 maart 2021, M.A. tegen België, ECLI:EU:C:2021:197, waarin het begrip "maatregelen ten aanzien van een kind" ruim wordt uitgelegd.

²⁴⁷ ABRvS 3 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2217.

noodzakelijk en proportioneel is ter bescherming van een of meer van de in het tweede lid van artikel 8 EVRM genoemde belangen. De toegevoegde betekenis van artikel 3 IVRK is dat zeker wordt gesteld dat bij de beoordeling van de vraag of aan de eisen die artikel 8, tweede lid, EVRM stelt is voldaan, steeds voldoende rekenschap van de belangen van het kind moet worden gegeven.

6.15 Inzet van instrumenten

Wanneer kan welk instrument worden ingezet? Deze vraag is niet op voorhand in zijn algemeenheid te beantwoorden. In het voetspoor van deze reflectie zullen zittingskamers naar verwachting worden geconfronteerd met betogen over knelpunten die zijn aangedragen. Deze kamers moeten in alle onafhankelijkheid daarover hun oordeel kunnen vormen. Daarom past het niet in de taak van de werkgroep om daarop vooruit te lopen door aan te geven welk knelpunt met behulp van welk instrument zou kunnen worden verholpen. Zowel het oordeel of in een zaak sprake is van een knelpunt dat moet worden verholpen als de beslissing op welke manier dat zou moeten plaats vinden is aan de zittingskamers en niet aan de werkgroep. Met dit voorbehoud wordt in deze paragraaf desalniettemin gepoogd op basis van het voorgaande in algemene zin wat lijnen weer te geven.

Of een bepaald instrument inzetbaar is, zal in ieder geval afhangen van de feiten van het geval: zijn er individuele omstandigheden die maken dat zich een situatie voordoet waar het instrument inzetbaar is? Daarnaast hangt inzet af van wat partijen in een voorliggende zaak naar voren brengen: wordt bijvoorbeeld een beroep gedaan op een toepassing van een hardheidsclausule of toetsing aan een verdragsbepaling? In dit verband is overigens van belang dat, zoals hiervóór aangegeven, degene die zich tot de rechter wendt niet precies hoeft aan te geven welke rechtsgronden hij aanvoert; de rechter vult deze aan op grond van artikel 8:69 lid 2 Awb.

Verder zal de vraag welk instrument toepasbaar is afhangen van de vraag of de regelgeving zelf de ervaren hardheid meebrengt of dat de toepasselijke beleidsregel dit doet. In het eerste geval zullen wetsuitleg en beoordeling van de verbindendheid van de regels kunnen plaatsvinden; dit laatste door toetsing van de regels aan hogere regelgeving of bepaalde beginselen van behoorlijk bestuur. Vloeit de hardheid voort uit een beleidsregel, dan kan deze exceptief worden getoetst op redelijkheid. Tenslotte is er natuurlijk voor iedere beschikking die wordt genomen ter uitvoering van regelgeving en toepasselijk beleid de individuele toetsing aan artikel 3:4 Awb, eventueel in afwijking van de beleidsregel met toepassing van artikel 4:84 Awb.

Zoals blijkt bij de bespreking van de knelpunten, is toetsing op evenredigheid een instrument dat in de bestaande jurisprudentie betekenis toekomt op verschillende niveaus van besluitvorming. De centrale rol die het evenredigheidsbeginsel ook in de toekomst kan vervullen bij het tegengaan van

ervaren hardheid, zal nader worden ingevuld, mede met gebruikmaking van de conclusie hierover van de staataraden-advocaat-generaal. Daarbij zal naar verwachting ook de betekenis die toekomt aan het EU-evenredigheidsbeginsel aan de orde komen. In welke situatie evenredigheidstoetsing welke consequentie zal hebben, zal in concrete door de Afdeling te beoordelen zaken worden uitgemaakt, waarbij de zaken waarin de conclusie is uitgebracht als eerste in beeld zijn.

Ten slotte: waar hardheid voortvloeit uit wetgeving in formele zin zal naast het instrument van wetsuitleg de toetsing aan verdragsbepalingen en – in specifieke omstandigheden – aan fundamentele rechtsbeginselen een rol spelen.

7. Samenvatting en aanbevelingen

7.1 Samenvatting

Dit rapport van de werkgroep juridische reflectie maakt, samen met dat van de werkgroep rechterlijke oordeelsvorming, onderdeel uit van het reflectieprogramma bestuursrecht-spraak. De voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft besloten tot dit reflectieprogramma naar aanleiding van het onderzoek van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag. Deze uitte stevige kritiek op de actoren in wat de toeslagenaffaire is gaan heten. Die kritiek betrof ook de Afdeling bestuursrechtspraak wegens het lange tijd aanvaarden dat de Belastingdienst/Toeslagen in kinderopvangtoeslagzaken de zogenoemde alles-of-niets-benadering hanteerde. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft deze alles-of-niets-benadering tot haar uitspraken van 23 oktober 2019 in overeenstemming met de wet geacht. Deze uitspraken hebben tot gevolg gehad dat in meer toeslagzaken het besluit van de Belastingdienst/Toeslagen is vernietigd.²⁴⁸

In dit rapport is in de eerste plaats teruggekeken naar de rechtspraak over kinderopvangtoeslagen. De werkgroep heeft een juridische analyse van deze rechtspraak gemaakt. In de tweede plaats is gekeken naar de rechtspraak naar de rechtspraak van de Afdeling op andere bestuursrechtelijke terreinen, met bijzondere aandacht voor situaties waarin burgers in de knel kunnen komen door strenge wetgeving en uitvoering. In het verlengde daarvan heeft de werkgroep gezien welke juridische instrumenten er zijn om onnodige hardheid te voorkomen.

De werkgroep heeft in haar rapport uiteengezet hoe de rechtspraak van de Afdeling over de alles-of-niets-benadering tot stand is gekomen. Daarvoor heeft zij op verschillende omstandigheden gewezen. In de loop van de tijd zijn er enige nuanceringen in die rechtspraak aangebracht, maar bij de belangrijke ijkmomenten van die rechtspraak – de zaken waarop de uitspraken van 2 april 2014 en 8 juni 2016 betrekking hebben – is de alles-of-niets-benadering als zodanig gehandhaafd. Het is achteraf gezien te betreuren dat de Afdeling de alles-of-niets-benadering van de Belastingdienst/Toeslagen heeft gevolgd en pas in oktober 2019 tot een andere wetsuitleg is gekomen. De Afdeling had daartoe eerder aanleiding kunnen en ook moeten zien, gelet op de grote financiële gevolgen die terugbetaling van het volledige voorschot bij gedeeltelijk verantwoord van de kosten voor de betrokken ouders meebracht, welke gevolgen ook aan de orde werden gesteld door rechtbanken die de alles-of-niets-benadering in strijd achtten met het proportionaliteitsvereiste en naar voren kwamen uit rapporten van de WRR en de Nationale ombudsman.

²⁴⁸ Zie ABRvS 5 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:356 (nihilstelling kinderopvangtoeslag over 2016 en terugvordering ondeugdelijk gemotiveerd) en ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:531 (nihilstelling kinderopvangtoeslag over 2014; Belastingdienst/Toeslagen heeft zich niet in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat appellante geen recht had op kinderopvangtoeslag over dat jaar; de Afdeling voorziet zelf in de zaak en stelt de kinderopvangtoeslag van appellante voor het berekeningsjaar 2014 vast op een bedrag van € 11.007,00).

Een specifiek aspect van de kinderopvangtoeslag betreft het terugbetalings-traject voor teveel ontvangen toeslagen. Belanghebbenden aan wie opzet of grove schuld werd verweten, kwamen niet in aanmerking voor een persoonlijke betalingsregeling en vielen daarmee onder een strenger terugbetalings-regime. Zij kregen mogelijk ook te maken met dwanginvordering. Maar ook belanghebbenden die wel aanspraak konden maken op een persoonlijke betalingsregeling of standaardregeling, konden in de problemen komen, omdat bij de vaststelling van hun betalingscapaciteit gelet op de wettelijke bepalingen niet met al hun inkomsten en uitgaven rekening werd gehouden. Als zij daardoor niet aan de betalingsregeling konden voldoen, kon dit leiden tot stopzetting daarvan met dwanginvordering tot gevolg. Goed zicht op het invorderingstraject had de Afdeling echter niet, omdat invordering zich pas afspeelt na de bestuursrechtelijke procedure over de betalingsregeling.

Na de beschrijving van en reflectie op de rechtspraak over kinderopvang-toeslagen heeft de werkgroep gekeken naar regelingen waarbij op een wijze die mogelijk vergelijkbaar is met de kinderopvangtoeslag sprake is van knellende regelgeving of strenge uitvoeringspraktijken. De werkgroep heeft zich daarbij beperkt tot het rechtsgebied waarover de Afdeling bestuursrechtspraak bevoegd is recht te spreken.

Aan verschillende doelgroepen (advocatuur, bestuursorganen, rechtbanken en ook medewerkers van de Raad van State zelf) is gevraagd om zulke knellende regelgeving of strenge uitvoering onder de aandacht van de werkgroep te brengen. Op de website van de Raad van State is ten slotte ook mededeling gedaan van het reflectieprogramma.

De gedane oproepen hebben geleid tot ongeveer 80 reacties geleid van zeer uiteenlopende aard. De werkgroep heeft die reacties in vijf categorieën ingedeeld:

1. Andere harde regelgeving of uitvoeringspraktijk dan kinderopvang-toeslagzaken
2. Vreemdelingenrecht (m.u.v. individuele zaken)
3. Meer algemene onvrede over werking van het bestuursrecht
4. Voorlegging individuele zaak
5. Afdeling onbevoegd

Gelet op de reikwijdte van dit rapport, zijn hierin alleen de reacties die vallen onder de categorieën 1 en 2 nader uitgewerkt.

Een relatief groot aantal reacties had betrekking op het vreemdelingenrecht. Voor een belangrijk deel sloten die aan bij uitspraken genoemd in de bundel 'Ongehoord. Onrecht in het vreemdelingenrecht' van de VAJN en de SVMA, die aan de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak is aangeboden en die door de werkgroep bij haar gedachtevorming is betrokken.

Bij de uitwerkingen van de door de werkgroep geselecteerde categorieën

onderwerpen is steeds eerst het aangedragen knelpunt samengevat, zijn vervolgens de relevante wettelijke regels en de eventuele beleidsregels vermeld en is tenslotte aan de hand van voorbeelden uit de jurisprudentie van de Afdeling weergegeven welke lijn is op te maken uit die jurisprudentie. De werkgroep heeft zich beperkt tot signalering en inventarisatie van de aangedragen knelpunten. Zij heeft beoogd in beeld te brengen waar door de betrokkenen hardheden worden ervaren en hoe de hoogste bestuursrechter hierover thans oordeelt. Aan het slot van de knelpuntenweergave is geprobeerd een gemene deler te bepalen van de variatie aan aangedragen knelpunten. De werkgroep onthoudt zich uiteraard van concrete aanbevelingen om de jurisprudentie te wijzigen. De beslissing hierover is aan de zittingskamers in toekomstige zaken.

De werkgroep heeft vervolgens wél een aantal juridische instrumenten beschreven die de rechter ter beschikking staan om in situaties van knellende regelgeving of strenge uitvoeringspraktijken de ervaren hardheid te lijf te gaan (verdeling bewijslast; aanvulling van de feiten op grond van artikel 8:69 lid 3 Awb; uitleg van de wet met extra aandacht voor het perspectief van de burger; toetsing van het bestreden besluit aan de norm van artikel 3:4 lid 2 Awb; exceptieve toetsing van beleidsregels; toetsing van een boete op evenredigheid; toepassing van artikel 4:84 Awb; toepassing van een hardheidsclausule; exceptieve toetsing van een algemeen verbindend voorschrift, niet zijnde een wet in formele zin; exceptieve toetsing van de wet in formele zin; toetsing aan het EU-evenredigheidsbeginsel; toetsing aan artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM; toetsing aan internationale regels ter bescherming van kinderen). Deze beschrijving is niet uitputtend bedoeld, maar biedt wel handvatten voor de rechter die zich geconfronteerd ziet met een geval waarin sprake is van knellende regelgeving of strenge uitvoeringspraktijken. De werkgroep hoopt met deze opsomming van juridische instrumenten eraan te kunnen bijdragen dat bestuursorganen én bestuursrechters zich bewust zijn van het bestaan van juridische hulpmiddelen die in gevallen waarin burgers in de knel dreigen te komen door hard overheidsoptreden mogelijk van dienst kunnen zijn. Bestuursorganen worden hier bewust als eerste genoemd. Zij zijn immers het eerst aan zet en behoren een rechtmatig besluit te nemen, waarbij zorgvuldigheid en evenredigheid belangrijke aspecten zijn, opdat hardheid zoveel mogelijk wordt voorkomen. Veel van de juridische instrumenten die in dit rapport worden beschreven staan ook het bestuursorgaan ter beschikking als het besluiten moet nemen. De bestuursrechter is pas als tweede aan zet – en alleen in de minderheid van gevallen waarin bij hem beroep of hoger beroep wordt ingesteld – en beoordeelt of het bestuursorgaan inderdaad een rechtmatig besluit heeft genomen. Hij kan daarbij nagaan of het bestuursorgaan een juist gebruik heeft gemaakt van de juridische gereedschappen om hardheid tegen te gaan en als dat niet het geval is het bestuursorgaan corrigeren.

Eén instrument, de toepassing van het evenredigheidsbeginsel door de bestuursrechter, kreeg bijzondere aandacht. Over dit onderwerp verscheen op 7 juli 2021 de conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel (ECLI:NL:RVS:2021:1468). Zij bevelen de bestuursrechter aan de evenredigheid van bestuurlijke maatregelen te toetsen zoals dat in het Europese recht gebeurt (zie daarover ook 5.11 van dit rapport). Verder zou de bestuursrechter de intensiteit van zijn toets moeten laten afhangen van de concrete belangen die bij een bestuurlijke maatregel zijn betrokken en van de vraag in hoeverre die maatregel de grondrechten aantast. Daarnaast vinden de staatsraden advocaat-generaal dat de bestuursrechter een bestuurlijke maatregel ook aan het evenredigheidsbeginsel moet kunnen toetsen als de wet bepaalt dat de maatregel moet worden opgelegd. In aanvulling op de andere instrumenten zal ook deze gedegen conclusie, uiteraard afhankelijk van de besluitvorming hierover in de zaken waar deze speelt, kunnen bijdragen aan het bestrijden en, waar mogelijk, voorkomen van onrecht.

7.2 Aanbevelingen

De analyses hiervoor tonen aan dat de Afdeling bestuursrechtspraak alert moet zijn op de mogelijk onevenredige gevolgen die een wettelijke regeling, het beleid van het bestuursorgaan en de toepassing daarvan voor een individuele burger teweeg kunnen brengen. Naarmate duidelijk wordt dat die gevolgen tot een kennelijke hardheid kunnen leiden, zal de Afdeling die gevolgen in beeld moeten hebben bij het oordeel over het bestreden besluit of over de uitspraak waartegen het beroep zich richt en deze in haar oordeelvorming moeten betrekken. De Afdeling heeft een eigen taak bij het in beeld brengen van de maatschappelijke context en gevolgen van haar rechtspraak voor de individuele burger. Het is onvoldoende om er van uit te gaan dat de onevenredige gevolgen voldoende door de appellants naar voren worden gebracht. Er kan sprake zijn van geen of gebrekkige rechtsbijstand.

Er kunnen ook andere indicaties zijn die tot extra alertheid dwingen. Te denken valt aan rapporten van de Nationale ombudsman, de Algemene Rekenkamer, lokale ombudslieden en adviescolleges, zoals bijvoorbeeld de WRR. Ook de vaak wettelijk voorgeschreven evaluaties van (nieuwe) wettelijke regelingen en de reactie daarop van bestuurders en vertegenwoordigende lichamen kunnen een indicatie voor alertheid opleveren. Daarnaast kunnen factoren als het door de overheid beleden uitgangspunt dat “hard moet worden opgetreden”, “fraude moet worden tegengegaan” en overtredingen “stevig moeten worden gesanctioneerd” een reden zijn voor extra aandacht, zeker als die uitgangspunten in de wet- en regelgeving, het beleid en/of de uitvoering zijn vertaald.

Vervanging van strafrechtelijke sanctionering door een systeem van (hoge) bestuurlijke boetes is een andere reden voor alertheid. Verder: wanneer sprake is van (grote) uitvoeringsorganisaties, die niet verantwoordelijk zijn voor het beleid maar alleen voor de uitvoering, kan het zijn dat er onvoldoende aandacht bestaat voor de gevolgen van de uitvoering voor individuele burgers en de noodzaak daarop beleidsmatig te reageren.

Meer concreet: de werkgroep juridische reflectie beveelt op basis van haar bevindingen de Afdeling bestuursrechtspraak aan om in situaties van knellende regels of uitvoeringspraktijken alvorens een uitspraak te doen in ieder geval de volgende tien uitgangspunten in acht te nemen.

1. De rechter moet erop letten dat een goed overzicht bestaat van het bredere terrein waartoe de betrokken zaak behoort. Het bestuursorgaan dient gevraagd te worden welke andere zaken van deze of verwante categorieën voorkomen en wat de uitstraling zal zijn van een uitspraak voor die andere zaken. Voorkomen dient te 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 "case-by-case" 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 te zijn bij 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 voor burgers knellende situaties, 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.
8. Als dit voor het verkrijgen van een volledig beeld nodig is, moet de rechter gebruik maken 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 Algemene wet bestuursrecht) of met inzet van de *amicus curiae* (het nieuwe art. 8:12b van de Algemene wet bestuursrecht).
9. De rechter moet kennis nemen van relevante kritische signalen vanuit de juridische literatuur en de rechtbanken en deze betrekken bij zijn oordeelsvorming.
10. 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.

Bijlage:
inventarisatie
ingekomen reacties

In paragraaf 5.2 van het rapport van de reflectiewerkgroep is aangegeven op welke wijze met de meldingen is omgegaan en hoe zij zijn geïnventariseerd. De werkgroep heeft de reacties in vijf categorieën ingedeeld. De eerste twee categorieën betreffen reacties waarbij, soms naar aanleiding van een concrete uitspraak van de Afdeling, in algemene zin aandacht wordt gevraagd voor andere harde regelgeving of uitvoeringspraktijken dan die van de kinderopvangtoeslagen. Dit zijn de categorieën A (algemeen) en B (vreemdelingenzaken). Een aantal van deze reacties is nader uitgewerkt in hoofdstuk 5 (zie de eerste 9 genoemd onder A, en de eerste 16 genoemd onder B).

Categorie C betreft de reactie waarin meer in het algemeen onvrede naar voren wordt gebracht over de werking van het bestuurs(proces)recht en over de wijze waarop de Afdeling zaken behandelt. Categorie D betreft de klachten van burgers of advocaten over beslissingen van de Afdeling in hun eigen zaak, zonder dat een knellende wettelijke regeling of een strenge uitvoeringspraktijk aan de orde wordt gesteld. In categorie E staan de reacties die betrekking hebben op zaken waarin niet de Afdeling bestuursrechtspraak, maar een ander rechterlijk college bevoegd is.

Reacties die betrekking hebben op zaken die nog aanhangig zijn, zijn niet in dit overzicht opgenomen. Het is regelmatig voorgekomen dat reacties hetzelfde knelpunt aan de orde stellen. In die gevallen is het knelpunt in onderstaande inventarisatie maar één keer vermeld.

De reacties zijn algemeen geformuleerd, om herkenbaarheid te voorkomen.

De volgorde van de weergave binnen een categorie is willekeurig en wordt grotendeels bepaald door de volgorde van binnenkomst.

Categorie A: Reacties die aandacht vragen voor andere harde regelgeving of uitvoeringspraktijk

- toepassing van urgentieregeling voor de toewijzing van woningen: onvoldoende aandacht voor ernstige en schrijnende gevallen en per regio verschillend;
- besluiten van het CBR tot ongeldigverklaring van rijbewijzen en opleggen van een educatieve maatregel als bedoeld in artikel 130 WVV, in het bijzonder waar het gaat om de door het CBR gemaakte afweging van belangen, het bewijs van de feiten en omstandigheden die voor die besluiten aanleiding zijn (waaronder besluiten die zijn gebaseerd op een waarneming van een verbalisant) en het niet verbinden van gevolgen aan een uitspraak van de strafrechter na het nemen van het besluit;
- de weigering van verklaringen omtrent gedrag, waar het gaat om de terugkijktijd, het onvoldoende betekenis toekennen aan het feit dat eerdere delicten op jeugdige leeftijd zijn gepleegd, het (onvoldoende) betrekken van de gevolgen van een weigering voor de (arbeidsmogelijkheden van) de betrokkene en de door de minister van J en V gemaakte afwegingen;

- de door het college van B&W opgelegde boetes op grond van overtreding de Huisvestingswet/Huisvestingsverordening Amsterdam, met name de verhouding tussen de aard van de overtreding en de hoogte van de opgelegde boetes;
- de door colleges van B&W opgelegde lasten onder bestuursdwang voor de verwijdering van verkeerd geplaatste huisvuilzakken, waar het gaat om het moeilijk te ontkrachten bewijsvermoeden dat de eigenaar van afval dat zich in de huisvuilzak bevindt degene is die de zak verkeerd heeft geplaatst;
- besluiten van de Raad voor rechtsbijstand over (afwijzingen van) toevoegingen en toekenning van extra uren voor verleende bijstand door advocaten, in het bijzonder in toeslagzaken en zaken over de Participatiewet;
- toepassing van het Besluit bijstandsverlening zelfstandigen in toeslagzaken;
- besluiten van colleges van B&W over toekenning en intrekking van schuldhulpverlening;
- besluiten van de RDW met betrekking tot de identificatie, registratie of tenaamstelling van oude en/of buitenlandse motorvoertuigen;
- sluiting van woningen door de burgemeester op grond van artikel 13b Opiumwet: onvoldoende vaststellen van de feiten en omstandigheden, het onvoldoende betrekken van de gevolgen voor de (niet bij de verdovende middelen betrokken) bewoners, onder wie kinderen en ouders, en voor de verhuurder van de woning;
- besluiten met betrekking tot de (doorhaling van) de inschrijving van anciënniteitslijsten voor kooplieden op een markt;
- toepassing van het (door)koppelingsbeginsel in toeslagzaken;
- het op verzoek van een projectontwikkelaar te gemakkelijk toepassen van artikel 2.12, lid 1, onder a sub 2 Wabo en artikel 4 bijlage II bij Besluit omgevingsrecht (Bor) om te kunnen afwijken van een bestemmingsplan;
- besluiten van de IND naar aanleiding van Wob-verzoeken waar het gaat om openbaarmaking van minuten en andere documenten bestemd voor intern beraad;
- weigering van een college van B&W om burgers in de BRP in te schrijven wegens het ontbreken van een woon- of briefadres;
- besluiten over windparken, in het bijzonder waar het geluidsnormen voor windturbines betreft;
- besluiten tot preventieve stillegging als bedoeld in artikel 28a Arbeidsomstandighedenwet op basis van een niet onherroepelijke overtreding, de door de staatssecretaris van SZW gemaakte belangenafweging en de (toepassing van de regels uit) de Arbeidsomstandighedenregeling en de te strenge toepassing van de Beleidsregel preventieve stillegging arbeidswetten;
- besluiten van de Korpschef over het intrekken van wapenverlof of jachtakte;
- de mate waarin bestuursorganen onderzoeken of (digitaal opgeslagen) informatie, die in het kader van een Wob-verzoek is gevraagd, bestaat;

- de beperkingen die een derde-belanghebbende in het omgevingsrecht ondervindt, met name waar het gaat om bewijslast en mogelijkheden zelf bewijs te verzamelen;
- besluiten van bestuursorganen om niet tot handhaving over te gaan vanwege het bestaan van een concreet zicht op legalisatie;
- de rechtspositie van derde-belanghebbenden bij de Wet geurhinder en veehouderij;
- de uitleg van de begrippen “planologisch nadeliger situatie” en “actieve risicoaanvaarding” in planschadezaken en de methodiek voor en wijze van vaststelling van de hoogte van planschade;
- vaststelling van schadeomvang in het nadeelcompensatierecht, waaronder de vaststelling van de referentieperiode;
- voorkeursrechten die worden gevestigd en bestemmingsplannen die mede worden vastgesteld met het oog op de onteigening van woningen;
- besluiten van bestuursorganen waarbij (kleine) administratieve fouten leiden tot verlies van subsidie;
- definitie van toeslagpartner ex artikel 3 lid 2 Awir;
- de jurisprudentie over slecht levensgedrag (Drank- en horecawet);
- Vasthouden aan de naam in het paspoort is bijvoorbeeld in het geval van Oeigoeren onredelijk, omdat de Chinese overheid hun namen ‘verchineest’ en dit een teken van onderdrukking is.

Categorie B: Reacties die aandacht vragen voor de harde regelgeving of uitvoeringspraktijk in vreemdelingenzaken

- verplichting tot overleggen van een toestemmingsverklaring bij nareis, met name uit Eritrea wordt te streng toegepast;
- te strenge eisen aan vrijstelling van het mvv-vereiste;
- de voorwaarden om in aanmerking te komen voor een buiten-schuld vergunning zijn te streng;
- de lat voor het aannemen van afhankelijkheid van bepaalde familieleden in de zin van artikel 16 Dublinverordening ligt te hoog;
- de lat voor het in aanmerking komen voor een Chavez-verblijfsrecht ligt te hoog;
- het middelenvereiste om in aanmerking te komen voor een reguliere verblijfsvergunning wordt te streng toegepast;
- aan een iMMO-rapport wordt te weinig waarde toegekend bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van een asielrelaas;
- de bewijslast voor het aannemelijk maken van nationaliteit, identiteit en land van herkomst is te hoog;
- de bewijslast voor steunbewijs bij asielzaken over seksuele gerichtheid is te hoog;
- de eisen aan het bewijs rond beschikbaarheid en feitelijke toegankelijkheid van zorg in het land van herkomst zijn te streng;

- de belangenafweging in het kader van artikel 8 EVRM bij verruimde gezinshereniging pakt te streng uit, in het bijzonder bij kwetsbare ouders;
- de bewijslast om minderjarigheid aan te tonen voor vreemdelingen die in een andere lidstaat hebben opgegeven meerderjarig te zijn;
- het geven van onjuiste gegevens of niet doorgeven van nieuwe gegevens wordt te snel als fraude beschouwd;
- bij de integrale geloofwaardigheidsbeoordeling van bekeringen wordt te weinig waarde gehecht aan alle relevante aspecten, met name verklaringen van derden;
- er wordt te formalistisch omgegaan met verblijfsgaten, ook in het kader van de toekenning van nationaliteit;
- er worden te hoge sancties opgelegd voor het niet tijdig halen van inburgeringsexamens; te weinig oog voor bijzondere omstandigheden en evenredigheid bij de eisen aan inburgering;
- de ketenaansprakelijkheid voor werkgevers onder de Wav is te ver doorgeschoten, teveel (recht)personen worden als werkgever aangemerkt;
- de belangen van het kind moeten meer voorop staan bij besluiten die hen raken;
- er moet meer toepassing worden gegeven aan het evenredigheidbeginsel;
- bij beoordeling van kinderpardon wordt ten onrechte geen onderscheid gemaakt tussen eerste aanvragen en ambtshalve herbeoordelingen;
- het economisch belang van de staat speelt in de belangenafweging onder artikel 8 EVRM een te grote rol;
- vreemdelingen aan wie artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag wordt tegengeworpen terwijl zijn ook niet kunnen worden uitgezet vanwege artikel 3 EVRM verkeren ten onrechte jarenlang in "legal limbo";
- documenten waarvan de authenticiteit niet is vast te stellen spelen een te geringe rol in de geloofwaardigheidsbeoordeling;
- er wordt in het kader van rechtmatig verblijf in de zin van artikel 8h Vw 2000 ten onrechte onderscheid gemaakt tussen interim measures van het EHRM en die van het VN Comité;
- de discretionaire bevoegdheden uit de Vw 2000 zijn ten onrechte weg-geregeld in Vb 2000 en Vc;
- er ontbreekt een algemene hardheidsclausule in de Vw 2000;
- de bewijspositie van voormalige leden van de Khad/Wad ten aanzien van de tegenwerping van artikel 1F Vluchtelingenverdrag is onmogelijk gezien het algemene ambtsbericht Afghanistan dat aan de tegenwerping ten grondslag ligt;
- de toets of er een lichter middel dan bewaring mogelijk is stelt te weinig voor;
- vreemdelingen met een verblijfsrecht ontleend aan generaal pardon kunnen ten onrechte geen Nederlander worden bij gebrek aan paspoort en geboorteakte.

Categorie C: Meldingen waaruit meer algemene onvrede over de werking van het bestuurs(proces)recht blijkt

- toepassing van artikelen 6:5 en 6:6 Awb, waar het gaat om vermelding van de identiteit van de persoon die bezwaar maakt of beroep instelt en het vereiste dat gemachtigden, niet-advocaten, tijdig een machtiging moeten overleggen;
- terughoudendheid bij het aannemen van de verschoonbaarheid van overschrijding van de termijn van zes weken voor bezwaar/beroep, in het bijzonder als er sprake is van psychische omstandigheden;
- het door de rechter te snel voor waar aannemen van namens een bestuursorgaan ingenomen stellingen, zonder dat een nadere onderbouwing wordt gevraagd;
- het niet in strijd met een goede procesorde achten als een bestuursorgaan geen of zeer laat verweer voert;
- de beperkte mogelijkheid om herziening van rechterlijke uitspraken te vragen;
- het omgaan met zienswijzen en bewijslast in omgevingsrechtelijke geschillen;
- toepassing van het relativiteitsvereiste in artikel 8:69a Awb.
- het gemak waarmee wordt afgeweken van bestemmingsplannen door gemeenten, indien daarvoor politieke steun is;
- rechters zijn vooringenomen en hun competentieniveau is lager dan men cultiveert;
- alleen in uitzonderingssituaties zou iemand kennelijk niet-ontvankelijk in zijn beroep of bezwaar moeten worden verklaard; men zou in ieder geval het gesprek aan moeten gaan en standpunten moeten kunnen uitwisselen;
- er is veel willekeur bij gemeenten wat betreft de vergunningverlening;
- rechtbanken houden wel rekening met verhinderdata van bestuursorganen, maar niet met die van advocaten;
- de Awb/het bestuursrecht ontbeert een redelijkheid & billijkheid-norm of een hardheidsclausule;
- de Awb maakt ten onrechte geen onderscheid tussen tweepartijengeschillen en meerpartijengeschillen, bijvoorbeeld als het gaat om overschrijding van termijn voor het indienen van bezwaar en (hoger) beroep. Zeker bij tweepartijengeschillen zouden termijnoverschrijdingen niet in de weg moeten staan aan voortzetting van het geschil;
- door het besluit als object te nemen, is sprake van een botsing tussen doelmatigheid en rechtmatigheid. Een alternatief is dat als het geschil eenmaal in de sfeer van de bestuursrechtspraak belandt, het niet meer over een besluit hoeft te gaan, maar over de gevolgen van overheids-handelen voor de burger;

- de algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben te weinig betekenis;
- bij de hoogte van de schadevergoeding bij overschrijding van de redelijke termijn wordt geen rekening gehouden met het belang dat speelt in de hoofdzaak;
- de rechter zou voorbij moeten gaan aan artikel 11 Wet algemene bepalingen;
- de uitleg van artikel 3:4 lid 2 Awb zou meer overeen moeten komen met de wijze waarop in het Unierecht toepassing wordt gegeven aan het evenredigheidsbeginsel;
- de bestuursrechter legt artikel 120 Grondwet te ruim uit;
- artikel 4:84 Awb wordt te weinig toegepast;
- er moet een rechtvaardigheidsbeginsel in de Grondwet worden opgenomen;
- door de rechtsgevolgen in stand te laten wordt een bestuursorgaan niet verplicht om een onzorgvuldig genomen besluit te herzien of maatwerk te leveren.

Categorie D: Melding met een klacht over een individuele zaak

- het opnemen van een overweging ten overvloede in een zaak;
- het verlenen van een omgevingsvergunning voor een hek ter afsluiting van een weg;
- toepassing artikel 85a lid 2 WVO bij de bekostiging van een school;
- besluiten van een college van B&W in een Wob-, tevens AVG-zaak;
- weigering Deken om handhavend op te treden tegen een advocaat;
- toepassing van de Wob;
- het niet in behandeling nemen van een Wob-verzoek;
- weigering handhavend op te treden tegen een niet-legale overkapping;
- toepassing van de AVG;
- geschil over de hoogte van een dwangsom;
- geschil over oplegging van een dwangsom
- geschil over besluiten inzake de vervallenverklaring van de tenaamstelling van voertuigen;
- geschil over last onder dwangsom vanwege gebruik van recreatiewoning wegens strijd met bestemmingsplan;
- de tegenwerping van artikel 1F Vw 2000 aan een voormalig lid van de Khad/Wad;
- de tegenwerping van artikel 1F Vw 2000 aan een vreemdeling;
- de intrekking van de nationaliteit van een vreemdeling op basis van een individueel ambtsbericht op basis van geheime bronnen;
- uitzettingen naar Rwanda van vreemdelingen met kinderen;
- het effect van de verlenging van de termijn van rechtmatig verblijf in artikel 4 Wav voor bepaalde vreemdelingen;

- de intrekking van Nederlanderschap bij verzwijging van gegevens als dat mogelijk geen gevolgen heeft gehad voor verblijfsprocedures;
- uitholling van het vertrouwensbeginsel en te weinig bescherming van kinderen bij intrekken verblijfsvergunningen voor een gezin;
- het tegenwerpen van een veilig land van herkomst aan vreemdelingen met een tweede etnische nationaliteit;
- het overnemen van onjuiste paspoortnamen in verblijfsvergunningen;
- het tegenwerpen van het paspoortvereiste voor voortgezet verblijf;
- geschil over bijzondere omstandigheden bij tegenwerpen van de leeftijdseis voor gezinshereniging;
- identiteit en herkomst ongeloofwaardig geacht;
- geschil over verblijfsvergunning en uitzetbaarheid;
- zaak van een alleenstaande minderjarige vreemdeling.

Categorie E: Meldingen in zaken waar een andere rechter dan de Afdeling bestuursrechtspraak bevoegd is

- geschillen tussen (cliënt van) melder en het UWV over Ziektewet en WW;
- toepassing van het HPKB-beleid;
- besluiten van het UWV in zaken waarin belanghebbende fraude wordt verweten;
- de wijze waarop artikel 31, lid 2, aanhef en sub y, Participatiewet jo. artikel 6b lid 2 Participatiewet wordt toegepast;
- toepassing Participatiewet bij zelfstandigen;
- diverse andere gevallen van toepassing Participatiewet, waaronder de jurisprudentie over dringende redenen om van terugvordering af te zien;
- toepassing Ziektewet bij vaststelling eerste ziekte dag;
- toepassing van regelgeving over fosfaatheffingen en fosfaatrechten;
- verzoek tot schorsing van de tenuitvoerlegging van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling.
- reflectie noodzakelijk op de rechten van patiënten met Lyme en co-infecties;
- een iets te hoog inkomen voor een student leidt direct tot 100% terugbetaling, in plaats van een gradueel oplopende terugbetaling.

