

Bijlage 2. Paper: Alles of niets

De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State inzake terugvordering van kinderopvangtoeslag in de periode van 2010 tot 23 oktober 2019

Prof.mr. S.E. Zijlstra

Inleiding

De Ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (hierna: de Commissie) van de Tweede Kamer heeft mij opdracht gegeven tot het opstellen van een paper over de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State inzake de zogeheten 'alles of niets' benadering inzake terugvordering van kinderopvangtoeslag vanaf 2010 tot en met [23 oktober 2019]⁵⁰ (de datum van de uitspraak waarop de 'alles of niets' benadering is verlaten).

De Commissie heeft daartoe een zestal vragen opgesteld, die hieronder paragraafsgewijs worden behandeld en beantwoord. Aan het slot volgt een beknopte samenvatting.

§ 1. De belangrijkste uitspraken in de 'alles-of-niets' benadering van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Wat zijn de belangrijkste uitspraken van de [Afdeling bestuursrechtspraak van de] Raad van State met betrekking tot de zogenoemde 'alles of niets' benadering van de Belastingdienst bij de uitvoering van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen in verbinding met de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen (kinderopvangtoeslag) vanaf 2010 tot en met 23 oktober 2019?

1.1 De 'alles of niets' benadering

Om deze vraag te kunnen beantwoorden, wordt hieronder eerst beknopt omschreven wat moet worden verstaan onder de 'alles of niets' benadering. Volgens de commissie-Donner, die deze uitdrukking gebruikte voor de wijze waarop de Belastingdienst/Toeslagen en de bestuursrechter toepassing gaven aan artikel 26 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) in samenhang met artikel 1:7 Wet op de kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen (Wko), behelst deze benadering,):

'dat op grond van de Awir de ouder het bedrag van de terugvordering in zijn geheel is verschuldigd. Het was weliswaar mogelijk om een betalingsregeling te treffen, maar Toeslagen en de bestuursrechter stelden standvastig dat de Awir geen mogelijkheid kent om het verschuldigde bedrag te verlagen of kwijt te schelden'; [...] 'kleine tekortkomingen [leidden al snel [...] tot het vervallen van iedere aanspraak voor het betreffende KOT-jaar. Als bijvoorbeeld voor een week een tekortkoming in de urenadministratie werd geconstateerd of voor een maand een loonstrookje ontbrak of op een overeenkomst ontbrak een handtekening, dan kon dat gemakkelijk leiden tot een nihilstelling van de KOT voor het gehele kalenderjaar en vervolgens terugvordering van alle uitbetaalde voorschotten voor dat jaar.'⁵¹

De commissie-Donner verwees naar de jurisprudentie van de bestuursrechter

⁵⁰ In de offerte-aanvraag werd hier de datum van 15 november 2019 genoemd. De 'wende' in de jurisprudentie van de Afdeling is echter van 23 oktober van dat jaar.

⁵¹ Adviescommissie uitvoering toeslagen (hierna: commissie-Donner), *Interim-rapport Omzien in verwondering*, p. 28-29.

'dat er bij de vaststelling van de KOT-aanspraken en bij het nemen van terugvorderingsbesluiten geen ruimte is voor een evenredigheidstoets.⁵² [...] Steeds strenger werd er op toegezien dat de kosten ook daadwerkelijk en volledig werden betaald. De bestuursrechter accordeerde deze steeds strengere handhavingsbesluiten.'⁵³

De commissie-Donner gaf verschillende voorbeelden van de 'strikte eisen die uit de Wko en de Awir werden afgeleid in de jurisprudentie':

- Relevante wettelijke bepalingen in deze zijn dat de kinderopvang dient te berusten op een overeenkomst (artikel 1.52 Wko). Deze overeenkomst moest zijn ondertekend door de vraagouder, de gastouder en het gastouderbureau.⁵⁴ Ook moesten alle aanpassingen (bijvoorbeeld een verhoging van het uurtarief) steeds door alle betrokkenen worden ondertekend.
- De hoogte van de KOT berust op het aantal afgenomen uren opvang en het wettelijk vastgesteld uurtarief (artikel 1.7 Wko). Volgens vaste jurisprudentie moeten de kosten gemaakt voor kinderopvang op tijd, volledig en aantoonbaar zijn betaald.⁵⁵ Als niet kan worden aangetoond dat alle kosten zijn betaald, heeft de kinderopvang niet op basis van de gemaakte afspraken plaatsgevonden en bestaat er geen recht op KOT. Daarbij moeten de kosten kort na de opvang worden voldaan teneinde de toeslag snel definitief vast te kunnen stellen.⁵⁶
- Als de kosten niet volledig zijn voldaan (of als dat niet kan worden aangetoond), dan komt het recht op toeslag voor dat toeslagjaar geheel te vervallen en moeten alle onverschuldigd betaalde voorschotten worden teruggevorderd: "Zoals de Afdeling eveneens eerder heeft overwogen (...), bestaat geen aanspraak op kinderopvangtoeslag, indien de vraagouder niet kan aantonen dat hij het volledige bedrag aan kosten ook daadwerkelijk heeft betaald. Indien een deel van de kosten aantoonbaar is voldaan, kan geen aanspraak worden gemaakt op een evenredig lager voorschot of lagere tegemoetkoming. In de uitspraak van 8 juni 2016 (...) heeft de Afdeling voorts in haar overwegingen betrokken dat Toeslagen alleen bij afrondingsverschillen, dat wil zeggen bij kleine verschillen tussen de totale kosten van kinderopvang en de aantoonbaar betaalde kosten, ervan uitgaat dat is aangetoond dat alle kosten van kinderopvang zijn voldaan."⁵⁷
- Er kunnen zich bijzondere situaties voordoen waarbij het voor de ouder niet mogelijk is om de kinderopvangkosten tijdig te betalen, zoals het niet ontvangen van een KOT-voorschot. Het niet ontvangen van een voorschot kan echter op zich geen excuus zijn voor het niet betalen van in ieder geval een deel van de kosten, nu altijd een deel van de kosten voor eigen rekening komt. Deze betaling

⁵² Idem p. 29, onder verwijzing naar ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610.

⁵³ Idem, p. 29.

⁵⁴ Idem, p. 29. De commissie-Donner zegt hierover: 'Ondertekening van de overeenkomst vloeit overigens niet voort uit de letterlijke wettekst!'

⁵⁵ Idem, p. 29. De commissie-Donner verwijst hierbij naar ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:714.

⁵⁶ Idem, p. 29, onder verwijzing naar ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2006.

⁵⁷ Idem, p. 29, onder verwijzing naar ABRvS 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:137 (r.o. 5.3).

dient tijdig plaats te vinden. Indien een deel van de kosten niet of niet tijdig wordt betaald, zal de ouder daarvoor een verklaring dienen te geven.⁵⁸

- Alleen indien betrokken ouder uit eigen beweging de toeslag stopzet en geen aanspraak meer maakt op toeslag voor de rest van het toeslagjaar, hoeft niet van een volledig jaar te worden uitgegaan bij de berekening van de KOT-rechten.⁵⁹

1.2 De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak

1.2.1 Algemeen

Uit de weergegeven passages uit het interim-rapport van de commissie-Donner komen al enkele uitspraken naar voren die in ieder geval in de ogen van de commissie zo niet als richtinggevend, dan toch in ieder geval als illustratief moeten worden aangemerkt.

We zagen al dat de Commissie-Donner de volgende uitspraken uit de 'alles-of-niets'-jurisprudentie aanhaalt (in chronologische volgorde): ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2006, ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:714, ABRvS 16 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3044, ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610 en ABRvS 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:137.

Ook is in de literatuur die met name naar aanleiding van de 'omslag-uitspraak' van 23 oktober 2019 verscheen, naar verschillende uitspraken verwezen, opnieuw als richtinggevend dan wel illustratief. Daarbij worden enkele uitspraken vaker genoemd, maar eenstemmigheid valt hier niet aan te ontleen.

In de literatuur worden als belangrijkste uitspraken genoemd (eveneens chronologisch): ABRvS 24 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5679;⁶⁰ ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2473;⁶¹ ABRvS 27 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3173;⁶² ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4179;⁶³ ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610;⁶⁴ ABRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:589;⁶⁵ ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:817;⁶⁶

⁵⁸ Idem, p. 30, onder verwijzing naar ABRvS 16 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3044.

⁵⁹ Idem, p. 30.

⁶⁰ R. Stijnen, 'De Afdeling gaat om. Er is wettelijk gezien ruimte om ook een recht op kinderopvangtoeslag vast te stellen als de aanvrager een deel van de kosten van kinderopvang heeft voldaan. Toepassing art. 3:4 Awb' (annotatie onder ABRvS 23 oktober 2019, *Gst.* 2020/29).

⁶¹ A. Drahmman en D.K. Jongkind, 'Herzien voorschot kinderopvangtoeslag. Evenredigheidsbeginsel' (annotatie onder ABRvS 23 oktober 2019, *AB* 2020/85).

⁶² Stijnen 2020.

⁶³ E.J.E. Groothuis, P.J. Huisman, N. Jak, 'Belastingdienst/Toeslagen mag kinderopvangtoeslag proportioneel gaan toekennen. Afdeling 'om' (annotatie onder 23 oktober 2019, *RSV* 2020/22).

⁶⁴ M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2019/24; Marseille 2020; Groothuis, Huisman en Jak 2020.

⁶⁵ H.A. Elbert, '**Onrecht en ander te voorkomen fiscaal leed in de wereld van de fiscale toeslagen,**' *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht* 2018/1201; J.D. Baron en E. Poelmann, 'Principles always ring twice: de menselijke maat is willen en doen', *Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht* 2020/2; M.E. Gonzalez Perez, 'Na 12,5 jaar op naar een menselijke maat?', *Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht* 2020/3 en A.T. Marseille, 'Kinderopvangtoeslagen: wel of geen beleidsvrijheid voor de Belastingdienst/Toeslagen?' (annotatie onder 23 oktober 2019, *Ars Aequi* 2020 p.393 e.v.).

⁶⁶ Gonzalez Perez 2020.

ABRvS 19 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1945;⁶⁷ ABRvS 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1702⁶⁸ en ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2848.⁶⁹

Ten slotte heeft de Afdeling de gewoonte om bij overwegingen die als het ware een reeds ingezette 'lijn' weergeven, te verwijzen naar uitspraken waarin die 'lijn' voor het eerst is neergelegd (formulering: 'zoals de Afdeling eerder heeft overwogen...'), dan wel die voor die 'lijn' illustratief zijn (formulering: 'zie bijvoorbeeld de uitspraak ...'). Wat daarbij opvalt, is dat er – op een paar na – steeds naar verschillende uitspraken wordt verwezen, waar dan bij nazoeken ook nog niet altijd meteen duidelijk wordt waaróm naar deze uitspraken wordt verwezen.

Zo wordt ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610 veelal aangewezen als één van de 'sleuteluitspraken' in de reeks 'alles-of-niets'-jurisprudentie.⁷⁰ In die uitspraak verwijst de Afdeling weer terug naar ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5166 en ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:714; deze laatste uitspraak verwijst weer terug naar ABRvS 22 juni 2011 ECLI:NL:RVS:2011:BQ8833. Uit dit geheel van verwijzingen wordt niet duidelijk wáár welke lijn nu is ingezet, en op welke punten de verwijzende uitspraak iets nieuws brengt.

Het voorgaande betekent dat de verwijzingen in de literatuur en de jurisprudentie hooguit als hulpmiddel kunnen worden gebruikt om de vraag te beantwoorden welke uitspraken de belangrijkste zijn geweest.

Voor onderstaande analyse is gebruik gemaakt van de volgende zoekmethoden. Op de website van de Raad van State is gezocht op de termen 'awir' of 'kinderopvangtoeslag', en zijn alle gevonden uitspraken geanalyseerd. Hetzelfde is gedaan op www.rechtspraak.nl (beperkt tot uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak). Van de belangrijkste gevonden uitspraken zijn de ECLI-nummers weer als zoekterm gebruikt op www.rechtsorde.nl.

De hier aan de orde zijnde jurisprudentie vindt haar grondslag voor een belangrijk deel in de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir). Die wet is – haar citeertitel zegt het al – ook van toepassing op andere inkomensafhankelijke regelingen, zoals huur- en zorgtoeslag. Sommige belangrijke uitspraken over bepalingen in de Awir betreffen dan ook andere terreinen dan de kinderopvangtoeslag, maar zij worden vermeld als zij ook hun uitstraling hebben naar de kinderopvangtoeslag. De in deze paper weergegeven uitspraken betreffen kinderopvangtoeslag, tenzij anders vermeld.

Ten slotte is er contact geweest met de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State om te toetsen of de belangrijkste uitspraken met betrekking tot de zogenoemde 'alles-of-niets' benadering zijn geïdentificeerd. Dat bleek het geval.

⁶⁷ Gonzalez Perez 2020.

⁶⁸ Drahmman en Jongkind 2020.

⁶⁹ Stijnen 2020.

⁷⁰ Zoals bij de Commissie-Donner, Scheltema 2019; Marseille 2020; Groothuis, Huisman en Jak 2020. Ook in de uitspraken van de Afdeling van na die datum wordt in 46 gevallen naar deze uitspraak verwezen.

1.2.2 Ontwikkeling van de jurisprudentie

Elementen

Gelet op de structuur van het juridische besluitvormingsproces rond invordering onder de Awir, mede in het licht van het interim-rapport van de commissie-Donner, is de álles-of-niets'-benadering juridisch opgebouwd uit de volgende elementen:

- a. degene die kinderopvangtoeslag ontvangt, moet kunnen aantonen dat hij kosten voor kinderopvang heeft gemaakt en wat de hoogte is van deze kosten (art. 18 lid 1 Awir en art. 52 (oud) Wko, thans 7 lid 1 onder b Wko);
- b. als de Belastingdienst/Toeslagen tot de constatering komt dat de bewijsstukken die betrokkene moet aanleveren op één of meer punten ontbreken of onjuist of onvolledig zijn, is zij bevoegd tot het nemen van een beschikking tot terugvordering van het voorschot (art. 16 lid 4 en art. 5 Awir);
- c. de Belastingdienst/Toeslagen is daarbij bevoegd ook bij een zeer geringe tekortkoming in de gegevens een herziening of verrekening ten nadele van betrokkene door te voeren;
- d. indien een herziening of een verrekening leidt tot een terug te vorderen bedrag, is betrokkene het bedrag van de terugvordering in zijn geheel verschuldigd (art. 26 Awir).
- e. de bevoegdheid tot terugvordering is een gebonden bevoegdheid, dat wil zeggen er kan niet worden afgezien van terugvordering; alleen bij zeer kleine verschillen tussen de totale kosten van kinderopvang en de aantoonbaar betaalde kosten, kan dit anders liggen;
- f. de terugvordering betreft het geheel van het voorschot, dat wil zeggen niet bijvoorbeeld het gedeelte waarvoor bewijs ontbrak. De Belastingdienst/Toeslagen is niet bevoegd de terugvordering te matigen of daarbij anderszins een evenredigheidstoets (artikel 3:4 Awb) toe te passen.
- g. de bestuursrechter is evenmin bevoegd een dergelijke evenredigheidstoets toe te passen.

Bewijslevering (element a), bevoegdheid tot terugvordering (element b) en volledige verschuldigheid (element d)

De elementen a, b en d volgen rechtstreeks uit de wet, en zijn dus ook al vanaf het begin in de jurisprudentie van de Afdeling terug te vinden.

Zie voor wat betreft de *verplichting tot aanlevering van gegevens* (element a) bijvoorbeeld ABRvS 22 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ8833:

“Ingevolge artikel 18, eerste lid, van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (hierna: de Awir), verstrekken een belanghebbende, een partner en een medebewoner 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.”⁷¹

De *bevoegdheid tot terugvordering* (element b) is inherent aan de hele jurisprudentie over dit onderwerp, die immers niet zou zijn ontstaan als die bevoegdheid werd ontkend.

⁷¹ Naar deze uitspraak wordt veelvuldig verwezen, bijvoorbeeld in ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6900.

Zie voor een bevestiging van de *volledige verschuldigheid* (element d) bijvoorbeeld ABRvS 24 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8262, een zaak over huurtoeslag (die als gezegd ook onder de Awir valt):

“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.”

Deze standaardoverweging komt in talloze andere uitspraken terug.

Zonder pretentie van volledigheid: ABRvS 21 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM1759 (huur- en zorgtoeslag); ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1353 (zorgtoeslag); ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5166 (huurtoeslag); ABRvS 19 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT8597; 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:714 en ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610.

Bevoegdheid tot terugvordering bij geringe tekortkoming (element c)

Element c valt niet rechtstreeks op (de letter van) de wet terug te voeren, en behoeft dus meer aandacht. Zij kan als zodanig niet expliciet in de onderzochte uitspraken worden gevonden, maar kan uit de casuïstiek worden afgeleid.

Het betreft dan onder meer de jurisprudentie over de overeenkomst tussen betrokkene en de aanbieder (instelling voor kinderopvang of gastouderbureau) die moet worden overlegd. Deze overeenkomst moest zijn ondertekend door de vraagouder, de gastouder en het gastouderbureau, en de uurtarieven, het aantal uren gastouderopvang per jaar per kind en de duur van de overeenkomst bevatten. Ook alle aanpassingen (bijvoorbeeld een verhoging van het uurtarief) moesten steeds door alle betrokkenen worden ondertekend. Ontbreekt één of meer van deze elementen, dan wordt de overeenkomst geacht te ontbreken en ontbreekt het recht op kinderopvangtoeslag. Standaarduitspraak lijkt te zijn⁷²

ABRvS 27 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR3219, waarin de Afdeling overwoog:

“Uit artikel 52 van de Wko, gelezen in samenhang met artikel 11, derde lid, aanhef en onder c, van de Regeling, volgt dat de overeenkomst, bedoeld in artikel 52 van de Wko, in elk geval de gegevens, genoemd in artikel 11, derde lid, aanhef en onder c, van de Regeling moet bevatten. De door [appellant] overgelegde voorovereenkomst van 4 januari 2008 vermeldt, naar de Belastingdienst/Toeslagen ter zitting terecht heeft opgemerkt, niet de voor de gastouderopvang te betalen prijs per uur, het aantal uren gastouderopvang per jaar en de duur van de overeenkomst. Gelet daarop is geen sprake van een overeenkomst als bedoeld in artikel 52 van de Wko die de basis vormt voor de kinderopvang en bestond reeds daarom derhalve niet vanaf 1 januari 2008 recht op een voorschot kinderopvangtoeslag.”

Deze lijn was echter al eerder ingezet in een uitspraak van vijf dagen eerder, te weten ABRvS 22 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR3217; zij is sindsdien consequent toegepast.

⁷² Hier wordt in latere uitspraken naar verwezen, bijvoorbeeld in ABRvS 12 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT7381.

Bijvoorbeeld ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1062; ABRvS 19 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1925 en ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2282.

Onder dit element valt ook de eis dat, mede met het oog op 'het belang van controle op een juiste besteding van overheidsgelden', de betalingen direct of binnen korte tijd na afloop van de betrokken periode aan de instelling moeten zijn verricht. Zie al ABRvS 17 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:371:

"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 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."

Ook deze lijn is in verschillende latere uitspraken herhaald.

Zie bijvoorbeeld ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:497, ABRvS 19 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1925 en ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2282.

De uitspraak van 20 november 2013 wordt ook aangehaald in ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1114, waarbij de Afdeling uitdrukkelijk het belang van de Belastingdienst verdisconteert:

"Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 20 november 2013 in zaak nr. 201210719/1/A2), 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*" (curs. SZ).

Het is mogelijk dat een uitzondering wordt gemaakt als de betrokkene redelijkerwijs niet in staat was de betalingen uiterlijk kort na afloop van het betrokken jaar te doen (zie de eerdergenoemde uitspraak ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1114), maar een beroep daarop wordt zelden gehonoreerd.

Aldus bijvoorbeeld de uitspraken ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:497 (late betaling voorschot), ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1114 (betalingsnood) en ABRvS 3 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3295 (late betaling voorschot).

Gebondenheid van de bevoegdheid tot terugvordering (element e)

Ook dit is een vaste lijn in de hele onderzochte periode. In de eerder aangehaalde uitspraak ABRvS 24 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8262, een zaak over huurtoeslag, vervolgt de Afdeling na de passage over de verschuldigdheid van de terugvordering:

“Voorts wordt met de rechtbank geoordeeld dat in de Awir geen bepaling is opgenomen op grond waarvan de Belastingdienst van terugvordering kan afzien.”

Deze standaardoverweging volgt in de hierboven bij element d genoemde uitspraken steeds op de overweging over de volledige verschuldigdheid. Als oudste uitspraak over kinderopvangtoeslag⁷³ waarin dit werd overwogen vond ik ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4444.

Wel is ruimte voor niet-terugvordering als het gaat om afrondingsverschillen, dat wil zeggen bij zeer kleine verschillen tussen de totale kosten van kinderopvang en de aantoonbaar betaalde kosten (ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610 en ABRvS 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:773), en is de Belastingdienst/Toeslagen daartoe ook bevoegd als “de gegevens bij de vraagouder zijn opgevraagd, deze zijn overgelegd en vervolgens bij de Belastingdienst/Toeslagen een langere periode (minimaal drie jaar) zijn blijven liggen zonder vervolgstappen van de dienst. De eventueel daardoor ontstane bewijsnood van de vraagouder wordt de ouder niet tegengeworpen. In het geval het totale bedrag aan voorschotten hoger was dan de totale kosten van kinderopvang, is geen sprake van een afrondingsverschil als hiervoor bedoeld (ABRvS 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:137), maar dat laat onverlet dat onder bepaalde omstandigheden sprake kan zijn van een zodanig klein verschil dat de Belastingdienst/Toeslagen niet kan tegenwerpen dat de kosten in dit geval niet zijn voldaan (ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1333).”

Het gehele voorschot moet worden teruggevorderd: geen evenredigheidstoets door Belastingdienst/Toeslagen (element f)

De oudste door mij gevonden uitspraak waarin dit expliciet wordt overwogen⁷⁴ betreft ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5166 (huurtoeslag). Na de ‘bekende’ overweging dat artikel 26 Awir dwingendrechtelijk bepaalt dat belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel is verschuldigd, volgt:

“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” (curs. SZ).

Dit is in vele latere uitspraken herhaald.

Bijvoorbeeld ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4179, ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:386, ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3137 en ABRvS 4 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3013.

Soms volstaat de Afdeling ermee om, als betrokkene een beroep doet op matiging, vast te stellen dat dit vanwege artikel 26 Awir niet mogelijk is.

Zie bijvoorbeeld ABRvS 14 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3055 en 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1114. In ABRvS 3 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3295, herhaalt de Afdeling dit standpunt als betrokkene een beroep doet op het evenredigheidsbeginsel. “[appellant] betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat het op nihil vaststellen van het aan hem

⁷³ Zie over huur/zorgtoeslag nog ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1353, ABRvS 16 februari 2001, ECLI:NL:RVS:2011:BP4722 en ABRvS 2 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP6322.

⁷⁴ Zij wordt door ABRvS in haar uitspraak van 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610 (zie hierna) dan ook aangehaald als standaarduitspraak: zie verder onder.

toegekende voorschot disproportioneel is. [...] Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 14 november 2012 [ECLI:NL:RVS:2012:BY3055] is de Belastingdienst/Toeslagen niet bevoegd van terugvordering af te zien, nu in artikel 26 van de Awir is bepaald dat indien een herziening van een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag, de belanghebbende dat bedrag in zijn geheel is verschuldigd. De rechtbank is er daarom terecht van uitgegaan dat de Belastingdienst/Toeslagen het aan [appellant] toegekende voorschot herzien op nihil mocht vaststellen.”

Ook wordt een beroep op artikel 3:4 Algemene wet bestuursrecht (het evenredigheidsbeginsel) expliciet verworpen (ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:840):

“Ten slotte faalt ook het betoog van [appellante] dat de rechtbank heeft miskend dat de Belastingdienst/Toeslagen, in strijd met artikel 3:4, tweede lid, van de Awb onvoldoende oog heeft gehad voor haar belangen, aangezien zij door de terugvordering van het voorschot financieel ernstig wordt benadeeld. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 14 november 2012 in zaak nr. 201202657/1/A2) is de Belastingdienst/Toeslagen niet bevoegd van terugvordering af te zien, nu in artikel 26 van de Awir is bepaald dat indien een herziening van een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag, de belanghebbende dat bedrag in zijn geheel is verschuldigd.” Zie al eerder ABRvS 7 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7020 en ABRvS 25 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ8254, JB 2012/62: “Gezien het wettelijk kader waaraan de Belastingdienst een aanvraag moet toetsen, faalt het beroep van [wederpartij] op artikel 3:4 van de Awb eveneens.”

Artikel 1 Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, dat de eigendom beschermt, bevat in zijn toepassing eveneens een vorm van evenredigheidstoets (‘fair balance’). De wijze waarop de Belastingdienst/Toeslagen de voorschotten terugvordert vormt volgens de Afdeling geen schending van dat artikel 1 Eerste Protocol, omdat de voorschotten geen eigendom vormen (ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4445):

“Nu de rechtbank voorts terecht heeft overwogen dat aan een voorschot niet het gerechtvaardigde vertrouwen kan worden ontleend dat een met dat voorschot overeenkomende aanspraak bestaat, heeft de Belastingdienst/Toeslagen [appellante] geen eigendom ontnomen”. Zie ook ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:691: Voorts heeft de Belastingdienst/Toeslagen met het terugvorderen van het verleende voorschot kinderopvangtoeslag over 2010, waarvan achteraf bleek dat dit ten onrechte is uitgekeerd, [appellant] geen eigendom ontnomen, nu een voorschot geen ‘possession’ is in de zin van artikel 1, Eerste Protocol bij het EVRM.

Ten slotte komt het voor dat Afdeling eenvoudigweg constateert dat wel een groot deel, maar niet alle kosten aantoonbaar zijn betaald. Dat leidt (bijvoorbeeld in ABRvS 19 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6772) tot de volgende, korte overweging:

“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.”

In haar uitspraak van 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610 heeft de Afdeling het voorgaande geëxpliciteerd, waarbij nader wordt toegelicht dat dit betekent dat geen ruimte bestaat voor een corrigerende werking van het evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4 Algemene wet bestuursrecht):

“De belangenafweging die een bestuursorgaan dient te maken, wordt ingevolge artikel 3:4, eerste lid, beperkt voor zover dit voortvloeit uit een wettelijk voorschrift. Uit de hiervoor genoemde bepalingen 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 hiervoor genoemde uitspraak van 17 augustus 2011⁷⁵ eerder heeft overwogen, bij de terugvordering. De Belastingdienst/Toeslagen kon dan ook bij de herziening van het voorschot, de definitieve vaststelling van de tegemoetkoming en de terugvordering geen rekening houden met de kosten van kinderopvang die [appellante] aantoonbaar heeft betaald. De Belastingdienst/Toeslagen heeft zich dan ook terecht op het standpunt gesteld dat [appellante] geen aanspraak kan maken op een evenredig deel van de kinderopvangtoeslag over de jaren 2009, 2010 en 2011. Met de door haar aangevoerde persoonlijke omstandigheden kan [appellante] ook niet bereiken dat van terugvordering wordt afgezien. Dat aan [appellante] nog geen boete is opgelegd, ontslaat haar, zoals de Belastingdienst/Toeslagen terecht heeft gesteld, evenmin van de plicht om de voorschotten kinderopvangtoeslag over de jaren 2009, 2010 en 2011 in zijn geheel terug te betalen.”

De Afdeling maakt hierop een uitzondering als de Belastingdienst/Toeslagen geen voorschot heeft uitbetaald (ABRvS 16 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3044) of de toeslag in strijd met de systematiek van de Awir lopende het jaar heeft stopgezet, en dit ertoe leidt dat betrokkene ook zijn betaling aan de instelling voor kinderopvang c.q. gastouderschap heeft stopgezet (ABRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:589). In deze laatste uitspraak maakt de Afdeling echter meteen duidelijk dat zij dit niet als een evenredigheidstoets beschouwt:

“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 bezien 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] aantoont dat zij de kosten over de maanden januari tot en met augustus 2014, waarover een voorschot was verstrekt, heeft voldaan. Het gaat daarbij niet om een aanspraak op kinderopvangtoeslag over een heel berekeningsjaar naar evenredigheid van de aangetoonde maanden, maar om een aanspraak over het gedeelte van het berekeningsjaar voorafgaand aan het tijdstip van stopzetting van de toeslag.”

⁷⁵ Deze uitspraak werd hiervoor aangehaald.

Bij uitspraken van 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI:NL:RVS:2019:3536), heeft de Afdeling de 'alles-of-niets' benadering verlaten. De kernoverweging luidt:

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.

[...].

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.

Geen evenredigheidstoets door de rechter (element g)

Het is denkbaar dat de bestuursrechter een bestuursorgaan toestaat om een strenge lijn te hanteren bij terugvordering, maar dat niet *voorschrijft*, zodat er ruimte voor het bestuursorgaan is om in plaats daarvan een lankmoediger beleid te voeren. Gegeven het feit dat de Afdeling bij de terugvordering van kinderopvangtoeslag tot oktober 2019 van oordeel was dat de Belastingdienst/Toeslagen een dergelijke ruimte niet bezat, en dus niet bevoegd was tot matiging van de terugvordering, is een evenredigheidstoets door de bestuursrechter logischerwijs niet meer aan de orde. In de eerder aangehaalde uitspraak van 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610 is, na vaststelling dat de Belastingdienst/Toeslagen niet toekomt aan een evenredigheidstoets, dan ook de slotsom:

“[appellante] betoogt dus tevergeefs dat de rechtbank het besluit van 21 januari 2015 in strijd had moeten achten met het evenredigheidsbeginsel.”

1.3 Conclusie: de belangrijkste uitspraken

Element a, b en d volgen rechtstreeks uit de wet voort, en zijn ook nooit omstreden geweest, terwijl element g onvermijdelijk uit element f voortvloeit: ik laat de daarvoor illustratieve uitspraken dan ook verder buiten beschouwing.

Per element zijn de belangrijkste uitspraak of uitspraken:

1. *de Belastingdienst/Toeslagen is bevoegd ook bij een geringe tekortkoming in de gegevens een herziening of verrekening ten nadele van betrokkene door te voeren.*

Belangrijkste uitspraak/uitspraken:

- ten aanzien van de overeenkomst: ABRvS 27 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR3219
- ten aanzien van te late betaling: ABRvS 17 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:371

2. *de bevoegdheid tot terugvordering is een gebonden bevoegdheid, dat wil zeggen er kan niet worden afgezien van terugvordering; Alleen bij zeer kleine verschillen tussen de totale kosten van kinderopvang en de aantoonbaar betaalde kosten, kan dit anders liggen;*

Belangrijkste uitspraak/uitspraken:

- algemeen: ABRvS 24 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8262 (huurtoeslag) en ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4444.
- geen terugvordering bij afrondingsverschillen: ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610.
- geen terugvordering bij zeer klein verschil: 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1333.

3. *de terugvordering betreft het geheel van het voorschot, dat wil zeggen niet bijvoorbeeld het gedeelte waarvoor bewijs ontbrak. De Belastingdienst/Toeslagen is niet bevoegd een evenredigheidstoets (artikel 3:4 Awb) toe te passen.*

Belangrijkste uitspraak/uitspraken:

- In algemene zin: ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5166 (huurtoeslag);
- Geen matiging mogelijk: ABRvS 14 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3055;
- Niet alles terugvorderen als voorschot niet (tijdig) is betaald of de toeslag in strijd met de systematiek van de Awir lopende het jaar is stopgezet: ABRvS 16 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3044 en ABRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:589;
- Explicitering (geen) toetsing evenredigheid: ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610;
- Afdeling gaat 'om': ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI:NL:RVS:2019:3536.

§ 2. Rol belastingdienst

Wat was de inbreng van Belastingdienst/Toeslagen in deze zaken en welke plek neemt deze in bij de (onderbouwing van de) uitspraken?

Hieronder richt ik mij uitsluitend op *de uitspraken* van de Afdeling, en wel die uitspraken die eerder (par. 1.4) als de belangrijkste werden aangeduid. In die uitspraken wordt het standpunt van de Belastingdienst/Toeslagen in de betrokken zaak, of in algemene zin, weergegeven. Dit kan dus in beeld worden gebracht. Wat de

Belastingdienst overigens in de voorbereiding van de zitting of ter zitting heeft aangevoerd kan, voor zover het althans niet in de uitspraak wordt aangehaald, in dit onderzoek niet worden meegenomen.

1. De Belastingdienst/Toeslagen is bevoegd ook bij een geringe tekortkoming in de gegevens een herziening of verrekening ten nadele van betrokkene door te voeren.

Hier zagen we al dat de Afdeling bij het vereiste dat uiterlijk kort na de opvang alle verschuldigde kosten moeten zijn voldaan, voorop stelt "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" (ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1114). In diezelfde uitspraak legt de Afdeling een verband met het vereiste van een geldige overeenkomst:

"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.

De Afdeling onderkent dus dat de Belastingdienst/Toeslagen zich primair baseert (moet baseren) op de gegevens die door de betrokkene worden aangeleverd, waarbij een belangrijke rol is weggelegd voor de overeenkomst met de instelling voor kinderopvang of het gastouderbureau. Er wordt dan ook bij controle zeer streng toegezien op juistheid en volledigheid van deze gegevens.

2. De bevoegdheid tot terugvordering is een gebonden bevoegdheid, dat wil zeggen er kan niet worden afgezien van terugvordering; Alleen bij zeer kleine verschillen tussen de totale kosten van kinderopvang en de aantoonbaar betaalde kosten, kan dit anders liggen.

De oudste uitspraak inzake kinderopvangtoeslag waarin dit werd overwogen is ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4444. Daarin is geen voor dit element relevante inbreng van de Belastingdienst/Toeslagen te vinden.

Die is er wel in de uitspraken waarin een correctie op deze lijn wordt aangebracht, te weten inzake afrondingsverschillen en zeer kleine verschillen.

In de zaak die leidde tot ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610 bleek dat de Belastingdienst/Toeslagen het beleid voerde dat bij afrondingsverschillen, dat wil zeggen bij kleine verschillen tussen de totale kosten van kinderopvang en de aantoonbaar betaalde kosten, er van uit werd gegaan dat alle kosten van kinderopvang zijn voldaan.

Als het gaat om de terugvordering bij zeer kleine verschillen, lag het anders: daar wilde de Belastingdienst/Toeslagen ook een gering verschil terugvorderen, maar dat stond de Afdeling niet toe (ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1333):

Uiteindelijk is het verschil tussen de totale kosten en de betaalde kosten (€ 11.891,00- € 11.775,56 =) € 115,44. Dat is een dusdanig klein verschil dat gezien de omvang van en de regelmaat waarmee de betalingen maandelijks plaatsvonden en het feit dat maandelijks naar aanleiding van de factuur werd betaald, niet kan worden tegengeworpen dat de kosten van kinderopvang over 2013 niet zijn voldaan. Dat het totale bedrag aan voorschotten kinderopvangtoeslag dat [appellante] heeft ontvangen hoger was dan de totale kosten, zoals ook het geval was in de door de Belastingdienst/Toeslagen aangehaalde uitspraak van 17 januari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:137), laat onverlet dat onder de hiervoor genoemde omstandigheden de Belastingdienst/Toeslagen niet kan tegenwerpen dat de kosten in dit geval niet zijn voldaan. Gelet op het vorenstaande heeft de Belastingdienst/Toeslagen ten onrechte de kinderopvangtoeslag over 2013 berekend en vastgesteld op nihil.

3. De terugvordering betreft het geheel van het voorschot, dat wil zeggen niet bijvoorbeeld het gedeelte waarvoor bewijs ontbrak. De Belastingdienst/Toeslagen is niet bevoegd een evenredigheidstoets (artikel 3:4 Awb) toe te passen.

De eerste, algemene uitspraak bij dit element betrof een zaak over huurtoeslag, te weten ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5166. Uit die uitspraak blijkt geen inbreng van de Belastingdienst/Toeslagen op dit punt. Datzelfde geldt voor de eerste uitspraak die wél over kinderopvangtoeslag ging, waar de Afdeling hetzelfde overwoog (ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4179), en de aangehaalde uitspraak waarin de Afdeling een beroep op matiging of het evenredigheidsbeginsel verwierp (respectievelijk ABRvS 14 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3055 en ABRvS 3 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3295).

De vaker aangehaalde uitspraak ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610, waarin de Afdeling expliciteerde waarom geen ruimte bestaat voor een corrigerende werking van het evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4 Algemene wet bestuursrecht, biedt een ander beeld. Daar werd het standpunt van de Belastingdienst/Toeslagen over de dwingendrechtelijkheid van de Wko en de Awir, en de onmogelijkheid van een evenredigheidstoetsing (zelfs niet een drempelpercentage) uitgebreid weergegeven.

“Op de tweede zitting heeft de Belastingdienst/Toeslagen desgevraagd toegelicht dat indien niet is aangetoond dat alle kosten van de afgesproken kinderopvang zijn betaald, de Wko en de Awir hem geen ruimte bieden bij de vaststelling van een voorschot kinderopvangtoeslag, tegemoetkoming of terugvordering rekening te houden met dat deel van de kosten dat wel aantoonbaar is betaald. De Belastingdienst/Toeslagen heeft ter zake dan ook geen beleidsregels vastgesteld of een vaste gedragslijn ontwikkeld. Volgens de dienst biedt de wet geen ruimte om een beroep op het evenredigheidsbeginsel te honoreren, waarbij indien slechts een deel van de kosten aantoonbaar is voldaan aanspraak kan worden gemaakt op een evenredig lager voorschot of lagere tegemoetkoming.

Voorts heeft de Belastingdienst/Toeslagen toegelicht alleen bij afrondingsverschillen, dat wil zeggen bij kleine verschillen tussen de totale kosten van kinderopvang en de aantoonbaar betaalde kosten, er van uit te gaan dat alle kosten van kinderopvang zijn voldaan. Dit is volgens de Belastingdienst/Toeslagen echter een bewijskwestie en ziet dus niet op toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Hetzelfde geldt volgens de dienst in het geval dat gegevens bij de vraagouder zijn opgevraagd, deze zijn overgelegd

en vervolgens bij de Belastingdienst/Toeslagen een langere periode (minimaal drie jaar) zijn blijven liggen zonder vervolgstappen van de dienst. De eventueel daardoor ontstane bewijsnood van de vraagouder wordt de ouder niet tegengeworpen.

Ook heeft de Belastingdienst/Toeslagen toegelicht dat hij geen mogelijkheid ziet en het bovendien onwenselijk acht om in het kader van de evenredigheid een zogenoemd drempelpercentage te hanteren. Het hanteren van zo'n drempel zou betekenen dat indien ten minste een bepaald percentage - bijvoorbeeld 95% - van de kosten van kinderopvang aantoonbaar is betaald, ervan wordt uitgegaan dat wel aanspraak bestaat op toeslag. Niet alleen biedt de regelgeving hiervoor geen ruimte, ook werkt het vaststellen van een dergelijk percentage willekeurig in de hand. Bovendien kan dit anticiperend gedrag van vraagouders oproepen. Daarbij komt dat mede door de invoering van de kassiersfunctie van het gastouderbureau, waardoor het bureau wettelijk verplicht is de betalingen van vraagouders aan gastouders door te geleiden, het aantal zaken waarin een beroep wordt gedaan op het evenredigheidsbeginsel, is gedaald, aldus de Belastingdienst/Toeslagen."

De Afdeling overweegt vervolgens, onder verwijzing naar eerdere, vaste jurisprudentie dat die evenredigheidstoets inderdaad niet aan de orde is.

Wat betreft de uitzonderingen op het terugvorderen bestaat een duidelijk verschil tussen de situatie dat het voorschot niet (tijdig) is betaald (ABRvS 16 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3044) en de situatie dat de toeslag in strijd met de systematiek van de Awir lopende het jaar is stopgezet (ABRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:589). In de eerste situatie is het beleid van de Belastingdienst/Toeslagen om dan niet alles terug te vorderen, maar er wel streng op toe te zien dat de betrokkene actie onderneemt. De Afdeling neemt dit over:

"De Belastingdienst/Toeslagen onderkent dat vraagouders in bepaalde situaties niet in staat kunnen zijn om de kosten tijdig te voldoen. Dit kan zich voordoen indien er geen voorschot is verstrekt. De Belastingdienst/Toeslagen verwacht dan dat de aanvrager actief handelt, waarbij kan worden gedacht aan het overeenkomen van uitstel van betaling. Die afspraak moet aan de Belastingdienst/Toeslagen worden doorgegeven. Het niet ontvangen van een voorschot kan volgens de Belastingdienst/Toeslagen echter geen reden zijn om in het geheel geen kosten van kinderopvang te betalen. In het geval van [appellante] acht de Belastingdienst/Toeslagen doorslaggevend dat niet duidelijk is dat de betaling van 3 februari 2014 aan het berekeningsjaar 2013 moet worden toegerekend, de betaling niet via het gastouderbureau is gelopen en niet duidelijk is of [appellante] uitstel van betaling of een schenking met de gastouder is overeengekomen."

In de tweede situatie wilde de Belastingdienst/Toeslagen wél het gehele voorschot invorderen, maar is het de Afdeling zélf die overweegt dat dit in een dergelijk geval niet aanvaardbaar is.

"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. De Belastingdienst/Toeslagen heeft zich bij brief van 28 oktober 2016 als reactie op vragen van de Afdeling op het standpunt gesteld dat in dit geval naar het gehele berekeningsjaar moet worden gekeken. Daarbij is volgens de dienst niet van belang of het voorschot kinderopvangtoeslag wel of niet is uitbetaald, omdat dit niets afdoet aan de betalingsafspraken met het gastouderbureau die tijdig moeten worden nagekomen voor het recht op kinderopvangtoeslag. Wel kan bij dit laatste een uitzondering worden gemaakt indien tijdig uitstel van betaling wordt verkregen bij het gastouderbureau, indien het voorschot kinderopvangtoeslag niet is uitbetaald, er sprake is van betalingsonmacht en het bedrag dat voor eigen rekening komt wel is betaald. Ook kan een uitzondering worden gemaakt indien de oorzaak van het niet uitbetalen van de kinderopvangtoeslag toe te rekenen is aan de Belastingdienst/Toeslagen, aldus die brief. [...] 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.”

In de zaak die leidde tot ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 zette de Belastingdienst/Toeslagen desgevraagd uiteen waarom het ‘alles-of-niets’ beleid zo belangrijk was. Duidelijk is dat de Dienst vooral het oog had op de preventieve werking die van deze benadering uitging:

In vergelijkbare zaken waarin het nadere voorschot of de definitieve berekening op nihil is gesteld, heeft de Afdeling aan de Belastingdienst/Toeslagen gevraagd wat de reden ervan is dat dergelijke ingrijpende consequenties worden verbonden aan het niet aantonen van volledige betaling van de gestelde kosten. De Belastingdienst/Toeslagen heeft, samenvattend weergegeven, allereerst geantwoord dat een andere benadering ertoe zou leiden dat aanvragers — gevraagd naar de daadwerkelijke kosten — in de verleiding zullen komen te hoge kosten van opvang op te geven. Wanneer het gevolg van te hoge opgave niet langer zou zijn dat toeslag geheel wordt geweigerd, kunnen aanvragers het erop aan laten komen of controle plaatsvindt. Vindt deze niet plaats, dan ontvangen zij een te hoge toeslag, gerelateerd aan de te hoog opgegeven kosten. Vindt controle wel plaats, dan zou in een andere dan de gevolgde benadering bijstelling naar een lager toeslagbedrag plaatsvinden, waarmee de stimulans om correcte opgave te doen zou komen te ontbreken. [...]

De Belastingdienst/Toeslagen heeft ter verdediging van haar huidige lijn daarnaast aangevoerd dat kinderopvangtoeslag is bedoeld als tegemoetkoming en dat de aanvrager dus steeds een deel van de kosten, aangeduid als eigen bijdrage, zelf moet betalen. Als gekozen zou worden voor een "toekenning naar evenredigheid" zou dit de kans verkleinen dat de aanvrager de eigen bijdrage betaalt, aldus de Belastingdienst/Toeslagen. [...]

De Belastingdienst/Toeslagen heeft er ook op gewezen dat een te hoog aangevraagd en toegekend voorschot het niet wenselijke gevolg kan hebben dat de daadwerkelijk gemaakte lagere kosten hieruit volledig kunnen worden voldaan. [...]

De Afdeling kan deze argumenten waar het de preventieve werking betreft nog wel volgen, maar is van oordeel dat deze ‘niet moet leiden tot het meest vergaande gevolg

dat geen enkele aanspraak op toeslag bestaat als vaststaat dat een gedeelte van de kosten wel is betaald.' De andere argumenten acht zij niet valide.

§ 3. Aard van de toetsing

Wat is de aard van de toetsing die de [Afdeling bestuursrechtspraak van de] Raad van State uitvoert in deze zaken? Op welke manier maken billijkheid, redelijkheid en proportionaliteit van de aanpak van de Belastingdienst en de gevolgen voor betrokken burgers deel uit van de toetsing?

Toetsing aan billijkheid, redelijkheid en proportionaliteit komt in het bestuursrecht neer op toetsing aan het materiële zorgvuldigheids- of evenredigheidsbeginsel zoals dat is neergelegd in artikel 3:4 Algemene wet bestuursrecht:

Artikel 3:4 Awb

1. Het bestuursorgaan weegt 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.
2. De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

Als we kijken naar de kernelementen van de 'alles-of-niets' benadering die aan het slot van § 1 werden geïdentificeerd, gaat de lijn die de Afdeling in de hier onderzochte periode hanteerde, er vanuit dat de 'alles-of-niets' benadering voortvloeit uit de wet (Wko en Awir). De wet geeft een gebonden bevoegdheid tot invordering, en biedt geen grondslag voor afzien of matigen van de terugvordering. Kernoverweging in dit verband is te vinden in ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610:

"Voor zover het beroep dat [appellant] heeft gedaan op het evenredigheidsbeginsel moet worden opgevat als een beroep op artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) geldt het volgende.

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."

Volgens de Afdeling sneuvelt een beroep op artikel 3:4 Awb dus al op het eerste lid: immers, de betrokken wettelijke voorschriften staan er in de ogen van de Afdeling aan in de weg dat het belang van de burger wordt meegewogen. Het bestuursorgaan kan dan ook niet meer toekomen aan toetsing aan het evenredigheidsbeginsel van het

tweede lid van artikel 3:4.⁷⁶ Voor alle duidelijkheid: dit komt niet neer op een *marginale toetsing*, maar op *geen toetsing* aan het evenredigheidsbeginsel.

Kan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 meebrengen dat het 'dwingendrechtelijke' systeem van de Wko/Awir wordt doorbroken? Daarvoor eerst iets over de verhouding tussen de Awb en de bijzondere wet.⁷⁷ De Awb, de Awir en de Wko zijn alle drie wetten in formele zin. Maar omdat de Awb een algemene wet is, gaan de Awir en de Wko, met inbegrip van hun 'dwingendrechtelijke' systeem van terugvorderen, vóór de Awb, en dus ook vóór het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4. Dat Awir en Wko dus niet expliciet bepalen dat artikel 3:4 Awb niet van toepassing is, doet er in dat licht dus niet toe.

Nu geeft artikel 3:4 Awb weliswaar uitdrukking aan het materiële zorgvuldigheids- of evenredigheidsbeginsel, maar het kan dat nooit uitputtend doen: materiële zorgvuldigheid en evenredigheid zijn algemene rechtsbeginselen, die betrekking hebben op het handelen van alle overheidsorganen, ook van de wetgever.

In dat licht zou een toetsing aan het materiële zorgvuldigheidsbeginsel of het evenredigheidsbeginsel neerkomen op een zogenaamde contra-*legem* toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Afdeling heeft daar blijkens haar jurisprudentie tot oktober 2019 niet voor willen kiezen.

In de uitspraken van ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI:NL:RVS:2019:3535, heeft de Afdeling als gezegd deze lijn verlaten, en wel ruimte geboden voor een toepassing van het evenredigheidsbeginsel. De Afdeling doet dit door het wettelijk stelsel (artikel 1.7, eerste lid, Wko "op zichzelf en in samenhang met artikel 1.52, eerste lid, Wko") niet meer als dwingendrechtelijk te beschouwen, maar er in te lezen "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." En gegeven deze ruimte moet de Belastingdienst/Toeslagen ingevolge artikel 3:4, eerste lid, Awb ook het belang van de betrokkene meewegen; dat brengt dan weer mee dat ook het evenredigheidsbeginsel van het tweede lid van artikel 3:4 Awb moet worden toegepast, hetgeen het mogelijk maakt "tot een andere berekening te komen die minder ingrijpende gevolgen heeft." "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."

§ 4. Aard en strekking van de uitspraken; ruimte voor de Belastingdienst/toeslagen en het ministerie

Wat is de aard en strekking van de uitspraken van de [Afdeling bestuursrechtspraak van de] RvS? Wat schrijven de uitspraken van de Raad van State dwingend voor en welke ruimte laten de uitspraken voor de Belastingdienst/het departement als het gaat om de 'alles of niets' benadering? Welke aanwijzingen of signalen bevatten de uitspraken voor handhaven of bijstellen van het beleid en/of wet- en regelgeving?

⁷⁶ Zie voor kritiek op deze uitleg Scheltema 2019.

⁷⁷ Zie hierover S.E. Zijlstra, 'De verhouding tussen de Awb en de bijzondere wet', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2000 nr., 4 p. 94-98.

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, nagenoeg⁷⁸ nihil waren⁷⁹ Maar omdát de Belastingdienst/Toeslagen geen belangrijk soepeler beleid ging hanteren, blijft het intussen speculeren hoe de Afdeling daarmee zou zijn omgegaan. Het is in ieder geval mogelijk gebleken dat de Afdeling in 2019 zelf een geheel andere invulling aan de wettelijke voorschriften is gaan geven; niet geheel ondenkbaar (maar in mijn ogen niet waarschijnlijk) is dat de Afdeling dat eerder was gaan doen als de Belastingdienst/Toeslagen het standpunt had ingenomen dat dat de juiste uitleg was.

In dit verband is ook relevant dat in de nadagen van de 'alles-of-niets' jurisprudentie enkele – zij het bescheiden – openingen werden geboden, namelijk de eerder aangehaalde kwesties van de afrondingsverschillen en niet-betaling van het voorschot (beleid van de Belastingdienst/Toeslagen), de zeer kleine verschillen en de onjuiste stopzetting van de betaling (de Afdeling zelf).

§ 5. Reacties in de literatuur

Hoe is in juridische (vak)literatuur gereageerd op de uitspraken van de [Afdeling bestuursrechtspraak van de] Raad van State? Wat zijn de belangrijkste verschillende zienswijzen of benaderingen die daarbij zijn te onderscheiden? In welke mate is in juridische (vak)literatuur kritiek geweest op de harde lijn die de Raad van State ten aanzien van de 'alles of niets benadering' gehanteerd heeft?

5.1 De periode tot de uitspraken van 23 oktober 2019

Hier kan ik kort over zijn. Van de uitspraken van de Afdeling in de betrokken periode zijn er slechts enkele in de vakliteratuur gepubliceerd. Soms werden zij daarbij voorzien van commentaar ('annotatie'), maar voor zover ik heb kunnen vinden is geen van de gepubliceerde uitspraken voorzien van een annotatie die betrekking heeft op de 'alles of niets' benadering, met inbegrip van de andere elementen die hierboven in dat kader werden onderscheiden.

⁷⁸ Nagenoeg, vanwege de openingen die de jurisprudentie bood op niet onbelangrijke, maar relatief kleine onderdelen (zie boven, § 2). In dat licht moet ook de volgende passage uit de 'wende'-uitspraak ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 worden begrepen: "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" (curs. SZ).

⁷⁹ Zie ook Drahmman en Jongkind 2020: 'Op grond van de oude jurisprudentielijn was volgens de Afdeling sprake van een volledig gebonden bevoegdheid van B/T: het was alles of niets,' alsmede Marseille 2020: 'Kort maar goed: ook al kunnen bijna alle kosten worden verantwoord, het feit dat niet de volledige kosten kunnen worden verantwoord zorgt ervoor dat in het geheel geen aanspraak bestaat op toeslag. De Belastingdienst heeft op dat punt geen beleidsvrijheid.' Gonzalez Perez is van mening dat de uitspraken van 23 oktober 2019 ten onrechte als een 'om' gaan worden gezien, omdat ook in eerdere uitspraken sinds 2013 'een duidelijke lijn is te onderkennen die zich laat kenmerken door het toepassen van maatgevoel, c.q. de menselijke maat.' Dat in de jurisprudentie de algemene beginselen of menselijke maat zou ontbreken is naar haar mening dan ook onjuist: '[het is] de Belastingdienst/Toeslagen [...] geweest die in de onderzochte periode heeft vastgehouden aan een lijn waarin geen ruimte was voor de menselijke maat.' Zij baseert zich daarbij op enkele rechtbankuitspraken, maar dat kan naar mijn mening niet afdoen aan de harde lijn van de Afdeling.

Er is in de betrokken periode, en dan alleen nog tegen het einde ervan, in de juridische literatuur door precies twee auteurs iets over de 'alles-of-niets'-jurisprudentie geschreven. Beide zijn hier zeer kritisch over.

De eerste is oud-belastinginspecteur, thans belastingadviseur H.A. Elbert in 2018.⁸⁰ Zij schrijft onder de titel 'Onrecht en ander te voorkomen fiscaal leed in de wereld van de fiscale toeslagen':

"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 ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2519; ABRvS 14 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3301 en ABRvS 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 ABRvS 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."

En in mei 2019 verscheen een artikel van de hand van M. Scheltema onder de titel 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief'.⁸¹ 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 hij ook aandacht aan de jurisprudentie over de kinderopvangtoeslag. Hij merkte daarover op:

"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 1300 euro betalen. Nu blijkt bij controle achteraf dat de 10.000 euro van de toeslag aan het kinderdagverblijf is betaald, maar dat van

⁸⁰ H.A. Elbert, 'Onrecht en ander te voorkomen fiscaal leed in de wereld van de fiscale toeslagen,' *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht* 2018/1201.

⁸¹ M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief,' *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2019/24.

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. ABRvS 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 probleemschulden: 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.

Verder is er als gezegd in de juridische literatuur in de periode tot de oktober-uitspraken uit 2019 geen aandacht aan deze jurisprudentie besteed.

5.2 Periode 23 oktober tot heden

Dat wordt anders als de Afdeling 'om' gaat. Allereerst worden de uitspraken van 23 oktober in tal van (jurisprudentie)tijdschriften gepubliceerd, en daarbij door verschillende auteurs van een annotatie voorzien. Daarnaast leiden zij ook tot afzonderlijke artikelen en bijdragen.

Beoordeling 'alles-of-niets' benadering in de literatuur

Als het gaat om de beoordeling van de 'alles-of-niets' benadering van de Afdeling, is de teneur in overwegende mate ⁸² negatief.

Marseille⁸³ concludeert na een analyse van de wetteksten op grond waarvan de Afdeling tot het oordeel kwam dat de Belastingdienst geen beleidsruimte had om af te wijken van een alles-of-niets benadering: "Het lukte mij – anders dan klaarblijkelijk de Afdeling – niet om uit die drie bepalingen af te leiden dat de Belastingdienst geen beleidsvrijheid heeft bij het vaststellen van de hoogte van de toeslag in het geval niet alle kosten zijn verantwoord." Stijnen: ⁸⁴ De tekst van [art. 17 lid 1 Wko] noopt mijns inziens niet tot die [strengere] interpretatie, want er staat slechts dat de hoogte van de tegemoetkoming afhankelijk is van de

⁸² Uitzondering hierop vormt het eerder (§ 4) aangehaalde artikel van Gonzalez Perez, die als gezegd van mening is dat al sinds 2013 een 'menselijke maat' valt te ontdekken in de jurisprudentie van de Afdeling, en dat de 23-oktober uitspraken niet als 'om' gaan moeten worden beschouwd.

⁸³ Marseille 2020.

⁸⁴ Stijnen 2020/29.

draagkracht en de hoogte van de kosten van kinderopvang in het berekeningsjaar. Toch heeft de Afdeling die interpretatie jarenlang omarmd, ondanks dat aanstonds duidelijk kon zijn dat die uitleg volstrekt oneerlijk uitpakt en gezinnen in grote problemen zou brengen.'

Beoordeling 'wende' uitspraken in de literatuur

De 'wende' uitspraken van 23 oktober 2019 kunnen inhoudelijk over het algemeen op instemming rekenen.⁸⁵

Niettemin ontmoeten deze uitspraken ook kritiek, maar dan vanwege juridisch-systematische redenen. Zo merkt Marseille⁸⁶ op dat het terugkomen op de eerdere jurisprudentie "nogal wat argumentatieve acrobatiek vergt." Ik laat dit onderwerp verder liggen, nu het niet rechtstreeks relevant is voor de mij voorgelegde vragen.

§ 6. De 'ommezwaai' in 2019; verklaring(en)

Welke verklaringen kunnen worden gegeven voor het terugkomen op eerdere jurisprudentie door de [Afdeling bestuursrechtspraak van de] Raad van State in oktober 2019? De Commissie zou bij deze analyse graag een beeld krijgen hoe uitzonderlijk het is dat de Raad van State terugkomt op eerdere uitspraken.

Wat de (betrokken staatsraden in de) Afdeling heeft bewogen om in 2019 'om te gaan' en wél ruimte te zien voor een evenredigheidstoets, kan niet worden gezegd: ik beperk mij ertoe wat de Afdeling in de betrokken uitspraken (met name de uitspraken van 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI:NL:RVS:2019:3536) op dat punt heeft overwogen.

Nadat de Afdeling in de uitspraak heeft weergegeven wat de lijn tot dan toe was ("dat artikel 26 van de Awir imperatief 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 dat in de Awir geen bepaling is opgenomen op grond waarvan de Belastingdienst/Toeslagen van terugvordering kan afzien, het terug te vorderen bedrag kan matigen, of van een ander dan de belanghebbende kan terugvorderen") zegt zij kortweg: "De Afdeling komt terug van de eerdere jurisprudentie." Zij onderbouwt dit als volgt:

"Door het grote aantal zaken over terugvordering van toeslagen 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. Verschillende publicaties bevestigen dat gezinnen in situaties zoals hier aan de orde in grote financiële problemen terecht kunnen komen. De Afdeling wijst in dit 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 op 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

⁸⁵ Zie bijvoorbeeld Drahmans en Jongkind 2020, Stijnen 2020/30 en Baron en Poelmann 2020.

⁸⁶ Marseille 2020. Zie ook Groothuis, Huisman en Jak 2020: 'Is misschien sprake van een 'gekunstelde interpretatie' die te ver van de wettekst en wetsgeschiedenis afstaat waardoor de nieuwe interpretatie wellicht onaanvaardbaar is?'

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

Ook het gezin van [appellante] wordt langdurig in ernstige financiële moeilijkheden gebracht door de terugvordering van € 34.566,00 aan voorschotten kinderopvangtoeslag.

In het licht van hetgeen onder 5.10 is overwogen, ziet de Afdeling thans aanleiding om tot een andere uitleg van artikel 26 van de Awir te komen. 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.

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."

Samengevat is de beëindiging van de 'alles-of-niets' jurisprudentie dus ingegeven door de zware, negatieve gevolgen voor de financiële positie van belanghebbenden, waarbij de Afdeling zich mede baseert op rapporten van de Nationale ombudsman en de WRR.

De Commissie heeft mij ook de vraag voorgelegd hoe uitzonderlijk het is dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State terugkomt op eerdere uitspraken. Dit valt niet binnen het bestek van dit onderzoek te kwantificeren, al zijn er tal van bekende voorbeelden in de bestuursrechtspraak, maar ook daarbuiten, van – hoogste - rechters die een bepaalde lijn beëindigen, of vervangen door andere: te wijzen valt op de jurisprudentie inzake de herhaalde aanvraag (artikel 4:6 Awb), het alcoholslotprogramma,⁸⁷ de beginselplicht tot handhaven en rechtsbescherming tegen gedoogbeslissingen. Die 'wendes' kunnen verschillende oorzaken hebben: een beter of consistenter systeem van rechtsbescherming, kritiek in de literatuur, en/of maatschappelijke en/of politieke onrust. Bij de 'alles-of-niets' jurisprudentie komt het mij voor dat ook van deze oorzaken sprake is, waarbij ik niet kan zeggen welke het zwaarst zal hebben gewogen.

⁸⁷ Stijnen 2020/29.

Samenvatting

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft vanaf het begin van de onderzochte periode een duidelijke lijn getrokken, die als volgt kan worden samengevat:

- a. degene die kinderopvangtoeslag ontvangt, moet kunnen aantonen dat hij kosten voor kinderopvang heeft gemaakt en wat de hoogte is van deze kosten
- b. als de Belastingdienst/Toeslagen tot de constatering komt dat de bewijsstukken die betrokkene moet aanleveren op één of meer punten ontbreken of onjuist of onvolledig zijn, is zij bevoegd tot het nemen van een beschikking tot terugvordering van het voorschot;
- c. de Belastingdienst/Toeslagen is daarbij bevoegd ook bij een zeer geringe tekortkoming in de gegevens een herziening of verrekening ten nadele van betrokkene door te voeren;
- d. indien een herziening of een verrekening leidt tot een terug te vorderen bedrag, is betrokkene het bedrag van de terugvordering in zijn geheel verschuldigd.
- e. de bevoegdheid tot terugvordering is een gebonden bevoegdheid, dat wil zeggen er kan niet worden afgezien van terugvordering; alleen bij zeer kleine verschillen tussen de totale kosten van kinderopvang en de aantoonbaar betaalde kosten, kan dit anders liggen;
- f. de terugvordering betreft het geheel van het voorschot, dat wil zeggen niet bijvoorbeeld het gedeelte waarvoor bewijs ontbrak. De Belastingdienst/Toeslagen is niet bevoegd de terugvordering te matigen of daarbij anderszins een evenredigheidstoets (artikel 3:4 Awb) toe te passen.
- g. de bestuursrechter is evenmin bevoegd een dergelijke evenredigheidstoets toe te passen.

Wat precies de rol van de Belastingdienst/Toeslagen bij het totstandkomen van deze jurisprudentie is geweest, valt binnen het bestek van dit onderzoek niet te zeggen. Duidelijk is wel dat de lijn van de Afdeling weinig tot geen ruimte bood voor iets anders dan een 'alles of niets' benadering bij terugvordering.

De aard van de toetsing die de Afdeling hier pleegde komt, gezien vanuit het evenredigheidsbeginsel, neer op *geen* toetsing.

In de juridische literatuur is tot 2018 geen aandacht besteed aan deze jurisprudentie: in dat jaar, dus een jaar voordat de Afdeling haar 'alles-of-niets' lijn verliet, kwam de eerste – kritische – publicatie. De literatuur die ná de ommezwaai van 2019 verscheen, is over de 'alles-of-niets'-benadering in overwegende mate negatief.

Beëindiging van de 'alles-of-niets' jurisprudentie in 2019 is blijkens de betrokken uitspraak ingegeven door de zware, negatieve gevolgen voor de financiële positie van belanghebbenden, waarbij de Afdeling zich mede baseert op rapporten van de Nationale ombudsman en de WRR. Aangenomen mag worden dat kritiek in de literatuur en maatschappelijke en politieke onrust hierbij een rol hebben gespeeld, al kan ik niet inschatten hoe zwaar dat heeft gewogen.