

36. Verruimde toepassing van het evenredigheidsbeginsel: een manier van symptoombestrijding?

MR. A.H.G.M. BLOMEN

De kinderopvangtoeslagaffaire heeft veel losgemaakt in het land. Daarbij stond één vraag centraal: hoe heeft het zover kunnen komen? Na een hoop (terechte) commotie, veel evaluaties en politiek gesteggel heeft de affaire ook de wetgever in beweging gebracht. Een concreet uitvloeisel hiervan is het Consultatievoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb. Na de preconsultatie is inmiddels ook de internetconsultatie eind juli afgerond.

In deze bijdrage beperk ik mij tot – volgens de literatuur – één van de belangrijkste pijlers van het wetsvoorstel, de ‘verruimde’ toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Inmiddels is hier al veel over gepubliceerd in de vakbladen, met name over de juridische aspecten.¹ In een vakblad als *TFB* ontikom ik er natuurlijk niet aan om hierop in te gaan, maar ik ga ook in op de mijns inziens niet-juridische kern van het probleem: de mentaliteit van bestuursorganen. Zolang het probleem niet bij de wortels wordt aangepakt, blijft het voorstel een manier van symptoombestrijding.

1. Herstel van vertrouwen

Uit de memorie van toelichting valt duidelijk af te leiden dat de hele kinderopvangtoeslagaffaire² een belangrijke rol heeft gespeeld bij de totstandkoming van het wetsvoorstel. De overheid probeert met man en macht het vertrouwen van de burger te herstellen. De wijzigingen in het wetsvoorstel hebben volgens de memorie van toelichting dan ook als doel ‘bij te dragen aan een overheid die betrouwbaar, dienstbaar en rechtvaardig is’.³ Dit moet onder andere worden bereikt door een responsieve overheid. In de memorie van toelichting wordt dit als volgt toegelicht:⁴

‘Al geruime tijd is er in het bestuursrecht en de bestuurspraktijk een ontwikkeling gaande richting een “responsieve” overheid, dat wil zeggen een overheid die minder

focus op strikte toepassing van regels en die er meer naar streeft recht te doen aan het individuele geval. Dat vergt een andere denk- en werkwijze van bestuursorganen, waarbij er nadrukkelijk oog is voor de positie en belangen van kwetsbare burgers.’

Gelukkig wordt ook in de memorie van toelichting erkend dat een meer responsieve overheid geen breuk betekent met het klassieke bestuursrechtelijke denken over de rechtsverhouding tussen overheid en burger. In de Awb heeft immers altijd al een opdracht aan het bestuur besloten gelegen om rekening te houden met de positie en belangen van de burger. Wel is er volgens de memorie van toelichting dus sprake van een accentverschuiving in het huidige denken over de rechtsverhouding tussen overheid en burger waarbij wordt gezocht naar een nieuw evenwicht tussen consistente en strikte wetstoepassing enerzijds en maatwerk anderzijds. Wat mij betreft, zijn deze accentverschuiving en de zoektocht naar een nieuw evenwicht positief. Al blijft het natuurlijk jammer dat hiervoor een desastreuze toeslagenaffaire nodig was. Ik meen namelijk dat rechtsbescherming, maatwerk en evenredigheid in het bestuursrecht altijd de boventoon hadden moeten voeren. De burger moet in het bestuursrecht vooropstaan en rechtsbescherming is cruciaal in een goed functionerende rechtsstaat.

Terug naar het evenredigheidsbeginsel. Eén van de voorgestelde wijzigingen van de Awb in het wetsvoorstel is een ‘verruimde’ toepassing van het evenredigheidsbeginsel, die uitvoering moet geven aan het inmiddels populaire begrip ‘de menselijke maat’. In art. 3:4 lid 2 Awb is het huidige evenredigheidsbeginsel gecodificeerd. Het volledige artikel luidt als volgt:

‘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.

1 Zie onder anderen in onderhavig vakblad J.D. Baron & E. Poelmann, ‘Hoe zal de beoogde wijziging van art. 3:4 lid 2 Awb uitwerken in de fiscale aangiftepraktijk?’, *TFB* 2023/26 en J.D. Baron, ‘Evenredigheidstoetsing: de stand van zaken in 2024 deel 2’, *TFB* 2024/30. Maar bijvoorbeeld ook G.T.K. Meussen, ‘De menselijke maat in het (fiscale) bestuursrecht: Wet versterking waarborgfunctie Awb’, *NTRF* 2024/1125 en W. van Roij, ‘Het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb nader en door een fiscale bril bezien’, *NJB* 2023/1396.

2 In het vervolg van deze bijdrage kort ik dit af tot toeslagenaffaire.

3 MvT bij de consultatieversie Wet versterking waarborgfunctie Awb, p. 5.

4 MvT bij de consultatieversie Wet versterking waarborgfunctie Awb, p. 5.

2. De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding met de tot het besluit te dienen doelen.⁷

Het evenredigheidsbeginsel houdt dus – plat gezegd – in dat de (nadelige) gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn voor de belanghebbende. ‘Probleem’ en aanleiding voor de toelagenaffaire waren dat in de praktijk de Raad van State het standpunt hanteerde dat de alles-of-nietsbenadering uit de wet voortvloeide en er aldus geen ruimte was voor toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Immers, in geval van gebonden bevoegdheden in formele wetten mag het evenredigheidsbeginsel niet worden toegepast (de beperking uit het eerste lid). Het wetsvoorstel beoogt dit ‘probleem’ in de toekomst te voorkomen door aan het tweede lid de zinsnede ‘ook indien het eerste lid de af te wegen belangen beperkt’ toe te voegen. Volgens de memorie van toelichting kan zonder de voorgestelde wijziging de toelagenaffaire zich herhalen.⁵ Ik heb hier mijn twijfels over, maar daarover later meer. Al met al beoogt de wijziging dus dat ook een besluit gebaseerd op een gebonden bevoegdheid in een formele wet door het bestuur en de rechter aan de evenredigheidstoets kan worden onderworpen.

2. De huidige evenredigheidstoets en de toelagenaffaire

Voor een goed begrip van onderhavige bijdrage is het noodzakelijk om dieper in te gaan op de huidige evenredigheidstoets en de rol hiervan in de toelagenaffaire.

Zoals gezegd is in art. 3:4 lid 2 Awb het evenredigheidsbeginsel gecodificeerd. Voor de toetsing van besluiten aan het evenredigheidsbeginsel moet een onderscheid gemaakt worden tussen de soort besluiten.

Bij een besluit dat zijn grondslag vindt in een wet in formele zin is de exceptieve toetsing niet mogelijk

Is sprake van een besluit dat berust op een discretionaire bevoegdheid dan is toetsing aan het evenredigheidsbeginsel mogelijk op grond van art. 3:4 lid 2 Awb. Immers, er is dan geen sprake van een beperking die voortvloeit uit een wettelijk voorschrift of de aard van de uit te oefenen bevoegdheid. De toets die wordt gehanteerd op basis van art. 3:4 lid 2 Awb is de zogenoemde exceptieve toets waarbij wordt gekeken naar de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid van het voorschrift *an sich*. Als echter sprake is van een besluit dat zijn grondslag vindt in een wet in formele zin, dan is de exceptieve toetsing niet mogelijk. Het toetsingsverbod uit art. 120 Grondwet staat dit in de weg. Wel kan *rechtstreekse* toetsing van het bestreden

besluit plaatsvinden in bijzondere omstandigheden. De toets die dan wordt aangelegd, is niet het gecodificeerde evenredigheidsbeginsel, maar het ongeschreven evenredigheidsbeginsel. Als een bepaling in een wettelijk voorschrift zozeer in strijd is met de algemene rechtsbeginselen of het ongeschreven recht, waaronder het evenredigheidsbeginsel, kan de rechter bepalen dat toepassing hiervan achterwege dient te blijven. In dit geval wordt dan uitsluitend getoetst aan de evenwichtigheid. Hierbij is van belang dat toetsing alleen plaatsvindt als sprake is van bijzondere omstandigheden die niet of niet ten volle zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever. Deze toets wordt dan ook de *contra-legendtoets* genoemd.⁶

Hoewel toepassing van het ongeschreven evenredigheidsbeginsel ook bij de toelagenaffaire voor de hand had gelegen, is deze hele affaire niet door toepassing hiervan ‘gestrand’. De Raad van State heeft in de toelagenaffaire namelijk een andere draai gemaakt. Tot oktober 2019 werd zoals eerder aangegeven het standpunt gehanteerd dat de alles-of-nietsbenadering uit de wet voortvloeide. In de uitspraak van 23 oktober 2019 is de Raad van State hierop teruggekomen. De Raad van State oordeelde als volgt:⁷

‘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/Toelagen 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/Toelagen 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/Toelagen 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.’

Onder het motto beter ten halve gekeerd, dan ten hele gedwaald, juich ik de gemaakte draai uiteraard volledig toe. Al was deze draai naar mijn mening niet nodig geweest

5 MvT bij de consultatieversie Wet versterking waarborgfunctie Awb, p. 12.

6 Zie voor het juridisch kader onder andere de uitspraken: ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285; ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2290; CBb 26 maart 2024, ECLI:NL:CBb:2024:190 en ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772. Ook Baron heeft dit in zijn bijdrage in onderhavig vakblad helder beschreven. Zie hiervoor J.D. Baron, ‘Evenredigheidstoetsing: de stand van zaken in 2024 deel 2’, *TFB* 2024/30.
7 ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, r.o. 8.11.

omdat in een eerder stadium ook al getoetst had kunnen worden aan het ongeschreven evenredigheidsbeginsel.⁸

Ik constateer overigens dat het goed is om te zien dat de Raad van State inmiddels wél verantwoordelijkheid neemt en het ongeschreven evenredigheidsbeginsel toepast in de praktijk. Zo oordeelde de Raad van State zeer recent in een zaak waarin het draaide om de vraag of de minderjarige partner van een tienermoeder terecht als toeslagpartner was aangemerkt, dat toepassing van art. 3 lid 2 aanhef en onder a Awir achterwege moet blijven ‘omdat die toepassing in haar bijzondere geval leidt tot onevenredige gevolgen die de wetgever niet heeft voorzien en die dus niet zijn verdisconteerd in de Awir’.⁹

In tegenstelling tot de Raad van State wordt het ongeschreven evenredigheidsbeginsel door de fiscale rechter tot op heden nog maar zelden toegepast.¹⁰ De uitgelezen kans – voor in ieder geval de inspecteur – deed zich mijns inziens voor in de zaak waarin de Hoge Raad op 6 september 2024 arrest heeft gewezen.¹¹ In deze zaak draaide het om de vraag of een kind dat ‘family life’ heeft met de biologische vader maar niet is erkend bij de verkrijging van een erfenis voor de erfbelasting recht heeft op de kindvrijstelling en het tarief voor afstammelingen in de rechte lijn. De inspecteur stelde zich op het standpunt dat bloedverwantschap in biologische zin hiervoor onvoldoende was. Dit ondanks alle door belanghebbende aangedragen bijzondere omstandigheden. Hoewel ik uit het arrest en de uitspraak van het hof niet kan opmaken of een beroep is gedaan op het ongeschreven evenredigheidsbeginsel, had het hier op de weg van de inspecteur gelegen om in bezwaar hieraan te toetsen. Gelet op de bijzondere omstandigheden die zijn aangedragen, kan ik mij niet voorstellen dat het besluit de toets van evenredigheid had doorstaan. Wat mij betreft een gemiste kans.

3. Verruimde toepassing van het evenredigheidsbeginsel

Ik kom aan bij een verdieping op de voorgestelde wijziging. Zoals toegelicht, heeft het wetsvoorstel tot doel het creëren van de wettelijke mogelijkheid om gebonden bevoegdheden in formele wetten aan het evenredigheidsbeginsel te kunnen toetsen, zowel voor bestuursorganen als bestuursrechters. In de memorie van toelichting wordt uiteengezet dat die mogelijkheid er met de huidige wetsbepaling immers nog niet is. Wel wordt erkend dat de mogelijkheid bestaat dat een beroep wordt gedaan op het ongeschreven evenredigheidsbeginsel. In de memorie van toelichting staat hierover het volgende:¹²

‘Met dit voorstel krijgt het criterium ‘niet-verdisconteerde omstandigheden’ – waar het toetsing aan het evenredigheidsbeginsel betreft – een ruime uitleg, in die zin dat ook het doel dat de wetgever met een wet heeft willen bereiken daarbij betrokken kan worden door (het bestuur en) de rechter. Aldus vormt het voorstel een correctie op de situatie die kon ontstaan als gevolg van de uitleg die aan de Wet kinderopvang werd gegeven door de Belastingdienst en de bestuursrechter. Het is immers niet voorstelbaar dat de wetgever zich de gevolgen van de kinderopvangtoeslagaffaire ten doel heeft gesteld of heeft gewild.’

Ik heb deze passage een aantal keer moeten lezen om goed te begrijpen wat hier nu staat. Er wordt namelijk erkend dat op dit moment al een evenredigheidstoetsing mogelijk is, zelfs bij gebonden bevoegdheden in formele wetten. Volgens de memorie van toelichting zou deze bevoegdheid echter niet ruim genoeg zijn omdat deze alleen toegepast mag worden bij niet door de wetgever verdisconteerde omstandigheden. Maar hangen het doel van de wetgever bij een wet en al dan niet verdisconteerde omstandigheden niet dusdanig met elkaar samen? Dit maak ik concreet: in de uitspraak van de Raad van State van 1 maart 2023 waarin werd geoordeeld dat toepassing van het huidige art. 3:4 lid 2 Awb niet mogelijk is bij een gebonden bevoegdheid, werd tevens geoordeeld over de contra-legaltoepassing en bedoeling van de wetgever bij de betreffende wet:¹³

‘Anders dan de AG is de Afdeling van oordeel dat in dit geval geen aanleiding bestaat voor zogenoemde contra-legaltoepassing van het evenredigheidsbeginsel. De essentie van een dwingend geformuleerde termijnbepaling als artikel 1.3, tweede lid, aanhef, van de Wko is dat degenen die niet of niet tijdig hun aanvraag indienen hun rechten verspelen, ook als zij daardoor financieel of anderszins worden gedupeerd. Deze essentie kan de wetgever bij het vaststellen van de wet niet zijn ontgaan, zodat moet worden aangenomen dat de wetgever deze gevolgen heeft bedoeld en voorzien. Dit oordeel vindt ook steun in de wetsgeschiedenis. Er is daarom geen sprake van een door de wetgever niet verdisconteerde bijzondere omstandigheid.’

De Raad van State koppelt de al dan niet verdisconteerde omstandigheden en de bedoeling van de wetgever aan elkaar. Er was geen sprake van een niet door de wetgever verdisconteerde bijzondere omstandigheid omdat moest worden aangenomen dat het niet de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest. Het voorgestelde nieuwe art. 3:4 lid 2 Awb had in deze zaak dus ook geen uitkomst kunnen bieden, zou ik zeggen. Op dit punt overtuigt de memorie van toelichting mij dan ook niet. Hoewel het er niet letterlijk staat, denk ik overigens dat is gepoogd om de bepaling zo aan te passen dat indien geen sprake is van niet-verdisconteerde omstandigheden, alsnog een geslaagd beroep op het evenredigheidsbeginsel kan worden gedaan als sprake

8 Extra wrang in de gehele affaire is dat rechtbank Rotterdam wel toepassing gaf aan de evenredigheidslijn.

9 ABRvS 28 augustus 2024, ECLI:NL:RVS:2024:3497, r.o. 7.4.

10 Zie een voorbeeld waarin een beroep op het ongeschreven evenredigheidsbeginsel wel is geslaagd, Hof Amsterdam 30 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4304.

11 Hoge Raad 6 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1130.

12 MvT bij de consultatieversie Wet versterking waarborgfunctie Awb, p. 10.

13 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772.

is van een besluit dat zijn grondslag vindt in een wet in formele zin. Dit blijft echter gissen.

Een ander onderdeel op basis waarvan het voorstel wat mij betreft niet overtuigt, is het al kort genoemde toetsingsverbod in art. 120 van de Grondwet. Bij een gebonden bevoegdheid zou de wetgever al een expliciete afweging hebben gemaakt voor de vormgeving van een bepaalde wet. Het zou dan gelet op het machtsverevenwicht dat we in een democratische rechtsstaat als Nederland hebben niet aan de uitvoerende en rechtsprekende macht zijn om daarin te treden.¹⁴ De wetgever is immers democratisch gelegitimeerd. Het recht mag niet de persoonlijke mening van een rechter (of een bestuursorgaan) zijn.¹⁵ De memorie van toelichting heeft ook hier aandacht aan besteed. Volgens de toelichting belet art. 120 Grondwet de wetgever echter niet om binnen de grenzen die de wet stelt geschreven of ongeschreven constitutionele normen te operationaliseren en om als uitlegger van de Grondwet op te treden. Volgens dit gezichtspunt benut de formele wetgever met het voorstel zijn vrijheid om de uitvoering van eigen wetten te normeren en blijft hij daarbij binnen het kader van art. 120 Grondwet. De Grondwet of de verhouding tussen de staatsmachten staat volgens de memorie van toelichting niet in de weg aan het operationaliseren van geschreven of ongeschreven constitutionele normen, zolang die operationalisering verenigbaar is met die normen. Dit betekent dat die operationalisering niet indruist tegen de tekst en bedoeling van de grondwettelijke bepaling.¹⁶

Voor de wetgever is het natuurlijk lastig om bij het vormgeven van iedere wet iedere mogelijke uitkomst uit te denken

De redenering an sich kan ik in theorie volgen. Voor de wetgever is het natuurlijk ook lastig om bij het vormgeven van iedere wet iedere mogelijke uitkomst uit te denken.

Derhalve kan de wetgever niet voor alle specifieke individuele gevallen een bepaalde dwingende uitkomst hebben voorgeschreven en is het in theorie een goede gedachte dat onevenredige gevolgen door een bestuursorgaan of rechter gecorrigeerd kunnen worden, waarbij juist het grotere doel van de wetgever wordt meegewogen. In dat geval wordt dan slechts de toepassing van de wet in het specifieke individuele geval getoetst, waarbij het moet gaan om dusdanig evidente gevallen waarvoor het niet denkbaar is dat de wetgever de onevenredige gevolgen op die manier dwingend gewild zou hebben. Maar deze mogelijkheid bestaat

toch al? Ik verwijs hiervoor naar het ongeschreven evenredigheidsbeginsel.

Een ander veelgehoord kritiekpunt in de praktijk is dat het wetsvoorstel een potentiële (grotere) spanning tussen het evenredigheidsbeginsel en andere rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur zal opleveren.¹⁷ In de memorie van toelichting staat opgenomen dat wanneer er met toepassing van het evenredigheidsbeginsel bijzondere belangen of omstandigheden tot een maatwerkoplossing leiden, er per definitie geen sprake is van een situatie die niet standaard is.¹⁸ Daarmee zou in dergelijke gevallen dan geen sprake zijn van strijd met het gelijkheidsbeginsel. Vaak zijn situaties qua feiten en omstandigheden inderdaad niet één-op-één exact gelijk, maar zaken kunnen wel op een vergelijkbare wijze onevenredig zijn, waarmee die zaken in een dergelijke zin wel als gelijke gevallen – met gelijke behandeling – beschouwd dienen te worden. De toeslagenaffaire is hiervan een voorbeeld. Van Roij noemt het verder zelfs evident dat de beoordeling op onevenredigheid een spanningsveld oplevert met het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur. Gelukkig merkt de wetgever in dit kader ook nog op dat een bestuursorgaan in gelijke bijzondere gevallen tot eenzelfde (evenredigheids)afweging dient te komen. Daarbij zal dan ook meer recht gedaan kunnen worden aan de ongelijke gevallen die naar hun mate van ongelijkheid ongelijk behandeld moeten worden. Deze laatste toevoeging kan ik overigens waarderen. Dat de wetgever juist aanspoort om beslissingen te nemen die recht doen aan de feiten en omstandigheden van de individuele casus zonder angst voor eventuele precedentwerking vind ik niet meer dan normaal.

Alles bij elkaar gezien denk ik dat het goed is dat de wetgever er alles aan doet om een tweede toeslagenaffaire te voorkomen. Of de voorgestelde aanpassing hier daadwerkelijk aan gaat bijdragen waag ik wel te betwijfelen. Op basis van het ongeschreven evenredigheidsbeginsel kan immers al rechtstreeks getoetst worden aan een besluit dat zijn grondslag heeft in een wet in formele zin, zij het dat dit alleen kan als de bijzondere omstandigheden niet zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever. Door in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel toch weer aan te sluiten bij het doel van de wettelijke bepaling wordt de aanpassing naar mijn mening overbodig. Voorgaande neemt echter niet weg dat als het daadwerkelijk tot een aanpassing in de wet zal komen, het wel een extra instrument in de gereedschapskist van de (gemachtigde van de) belastingplichtige zal opleveren. Al is het hiervoor noodzakelijk dat het bestuursorgaan ook zelf inziet dat sprake is van een onevenredig besluit. Daarmee kom ik bij de kern van het probleem.

14 Het toetsingsverbod is momenteel politiek een hot item. Zo staat in het Hoofdlijnenakkoord tussen PVV, VVD, NSC en BBB als maatregel opgenomen: 'Een grondwetsherzieningsvoorstel tot het schrappen van het toetsingsverbod in artikel 120 wordt ingediend. De klassieke bepalingen van de Grondwet worden toetsbaar.' Zie ook de gezamenlijke conclusie van Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

15 Zie ook Raad van State 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441, concl. A-G. Snijders.

16 MvT bij de consultatieversie Wet versterking waarborgfunctie Awb, p. 12.

17 Zie bijvoorbeeld W. van Roij, 'Het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb nader en door een fiscale bril bezien', *NJB* 2023/1396.

18 MvT bij de consultatieversie Wet versterking waarborgfunctie Awb, p. 14.

4. Mentaliteit binnen bestuursorganen

Ik gaf het in de inleiding al aan: de kern van het probleem is naar mijn mening niet een juridisch probleem. Het betreft een mentaliteitsprobleem bij de bestuursorganen. De burger wordt wantrouwend behandeld en staat al voor er contact heeft plaatsgevonden op achterstand. Zolang dit niet wordt aangepakt, blijft het voorstel een gevalletje symptoombestrijding.

Volgens de memorie van toelichting richten art. 3:4 Awb en daarmee de aanpassing zich primair tot de bestuursorganen die wetten uitvoeren.¹⁹ De verruimde evenredigheidstoets in het wetsvoorstel wordt nagenoeg een-op-een gekoppeld aan de toeslagenaffaire. In de memorie van toelichting staat zelfs, zoals eerdergenoemd, opgenomen dat zonder de verruiming van de toepassing van het evenredigheidsbeginsel een dergelijke affaire zich kan herhalen. Dit baart mij ernstige zorgen omdat hiermee wordt gesuggereerd dat niemand de toeslagenaffaire heeft gewild, maar dat het simpelweg uit de wet volgde en er geen instrumenten waren om dit tegen te gaan. Dit is natuurlijk klinkklare onzin. Ik heb in een aantal zaken de houding van de bestuursorganen onder de loep genomen, en dan meer specifiek gekeken naar de aangedragen argumenten. De schrijnende houding (van in dit geval de Belastingdienst/Toeslagen) komt in de eerdergenoemde uitspraak van de Raad van State van 23 oktober 2019 duidelijk naar voren.²⁰

‘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.’

Maar ook:

‘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.’

Het wantrouwen van de Belastingdienst/Toeslagen richting de burger wordt niet eens onder stoelen of banken gestoken maar open en bloot gepresenteerd.

En voor wie nu denkt dat dit alleen bij de toeslagenaffaire van toepassing is, komt helaas bedrogen uit. Ik heb geen enkel voorbeeld in de jurisprudentie kunnen vinden waarin

een bestuursorgaan zegt dat het besluit voor de belanghebbende onevenredig uitpakt, maar dat het orgaan is gebonden aan een wet in formele zin en daarom het besluit in stand laat. Ik vraag mij dan ook af of het wetsvoorstel wel een verandering teweeg gaat brengen. Als de mentaliteit richting de burger wantrouwen in plaats van vertrouwen is, dan wordt niet op eigen kracht ingezien dat een besluit onevenredig is. Reeds bij de invoering van de eerste tranche van de Awb werd in de parlementaire geschiedenis gesproken over een andere benadering van de burger. In de memorie van toelichting uit 1988 (!) is opgenomen dat binnen de grenzen van de wet rekening moet worden gehouden met de belangen van de besluitvorming van de betrokken burger zoals de burger deze zelf ziet.²¹ Nu dit ruim 35 jaar na dato nog niet is gelukt, zal een uitbreiding van de toepassing van het evenredigheidsbeginsel hier ook geen verandering in brengen. De jurisprudentie ten aanzien van toepassing van het ongeschreven evenredigheidsbeginsel is naar mijn mening inmiddels wel zover uitgekristalliseerd dat een herhaling van de toeslagenaffaire binnen de rechterlijke macht (hopelijk) niet meer zal plaatsvinden.

Het wantrouwen van de Belastingdienst/Toeslagen richting de burger wordt niet onder stoelen of banken gestoken

Maar hoe breng je een mentaliteitsomslag teweeg in een zo'n grote, logge organisatie? Naar mijn mening begint dit bij de selectie aan de poort. Niet alleen in de uitvoerende kant van de organisatie, maar ook in de top. Focus hierbij niet alleen op IQ maar ook op EQ. Neem juist die mensen aan die beslissingen durven te nemen en niet alleen maar volgzzaam zijn, dit zou al een eerste goede stap zijn. Overigens is het nadrukkelijk niet mijn bedoeling om iedereen binnen de organen over één kam te scheren, dan wel behandelen individueel aan te spreken. Vaak genoeg merk ik in de praktijk dat de behandelaar persoonlijk wel wil bewegen, maar wordt tegengewerkt door zijn eigen organisatie. In dergelijke gevallen vind ik het voorstel overigens wel van absoluut toegevoegde waarde. Wellicht dat juist deze behandelaars zich vrijer voelen om toch de juiste beslissing te nemen in plaats van de gehanteerde lijn te blijven volgen. Ik wil tot slot niet onvermeld laten dat ook de wetgever zelf de hand in eigen boezem dient te steken. Ten aanzien van de Wet excessief lenen bij eigen vennootschap telt de evenredigheid blijkbaar opeens niet meer. De fracties van de VVD en het CDA hebben tijdens de parlementaire behandeling namelijk expliciet gevraagd of het ontbreken van een disculpatiemogelijkheid niet in strijd is met onder andere de vereiste zorgvuldigheid en evenredigheid die passen bij behoorlijke wetgeving. Hierop werd geantwoord dat gelet op het doel van de regeling (de onwenselijkheid van de grote mate waarin aanmerkelijkbelanghouders beschikken

¹⁹ MvT bij de consultatieversie Wet versterking waarborgfunctie Awb, p. 11.

²⁰ ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, r.o. 8.12.

²¹ Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. 11-12.

over financiële middelen die afkomstig zijn uit de vennootschap zonder dat daarover belasting is verschuldigd) het kabinet een tegenbewijsregeling niet wenselijk acht. Ook zou een tegenbewijsregeling leiden tot uitvoeringscomplexiteit voor de Belastingdienst en voor extra administratieve lasten voor belastingplichtigen.²² Hiermee wordt volledig voorbijgegaan aan het feit dat de Awb ook van toepassing is op minder kwetsbare burgers en (al dan niet grote) bedrijven. Ook voor deze groepen mogen de nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn.

5. Afsluiting

De huidige verschuiving in het bestuursrecht naar een meer responsieve overheid kan ik uiteraard alleen maar toejuichen, nu dit in theorie meer rechtsbescherming voor burgers met zich mee zal moeten brengen. Maar of dat in de praktijk met de verruiming van de toepassing van het evenredigheidsbeginsel ook daadwerkelijk gaat gebeuren,

betwijfel ik. De verruiming van de evenredigheidstoets is in die zin naar mijn mening strikt genomen niet nodig omdat de bestuursorganen en rechters besluiten die hun grondslag vinden in een wet in formele zin al kunnen toetsen aan het ongeschreven evenredigheidsbeginsel.

Zinvoller is het om naar de kern van het probleem te kijken zodat een tweede toeslagenaffaire kan worden voorkomen, het liefst al voor er een rechter aan te pas komt. Hiervoor is het van belang dat er een mentaliteitsomslag plaatsvindt binnen de bestuursorganen. Op die manier kunnen onevenredige uitwerkingen worden voorkomen, in plaats van genezen.

Dit artikel is afgesloten op 14 september 2024.

Over de auteur

Mr. A.H.G.M. (Antoine) Blomen

Advocaat bij Hertoghs advocaten.

²² Kamerstukken I 2022/23, 35496, nr. C.