



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Nooit meer een 'schending van de rechtsstaat?': Zeven valkuilen uit de kabinetsreactie op de toeslagenaffaire**

Meuwese, A.C.M.

### **Citation**

Meuwese, A. C. M. (2021). Nooit meer een 'schending van de rechtsstaat?': Zeven valkuilen uit de kabinetsreactie op de toeslagenaffaire. *Forum*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278677>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3278677>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).



## FORUM

### NOOIT MEER EEN 'SCHENDING VAN DE RECHTSSTAAT'? ZEVEN VALKUILEN UIT DE KABINETSREACTIE OP DE TOESLAGENAFFAIRE ANNE MEUWESE -

De laatste dagen en weken buitelden de experts [over elkaar](#) heen om de hoofdschuldige in de kinderopvangtoeslagaffaire aan te wijzen. Die discussie is boeiend, maar even belangrijk zijn de bredere lessen die we voor het staats- en bestuursrecht uit de affaire kunnen trekken. In zijn [reactie](#) van 15 januari 2021 op het rapport van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (POK) geeft het kabinet hier een uitgebreid voorschot op. Aangezien het “bestaande bestuursrecht een te strikte toepassing van de regels niet heeft kunnen verhinderen” zal er hervormd moeten worden. Maatwerk en openheid zijn het devies.

Van de kinderopvangtoeslagaffaire kunnen we ook leren dat doorslaan in hervormen blinde vlekken creëert. Daarmee zouden we de rechtsstaat een slechte dienst bewijzen. De kabinetsreactie maakt een goed begin met het voorkomen van nieuwe problemen door te benadrukken dat de overheid altijd afwegingen moet maken en dat eenvoudige oplossingen meestal niet bestaan. Hieronder toch maar vast een lijstje met zeven voorzienbare valkuilen. Hierbij laat ik een aantal grotere staatsrechtelijke thema's zoals de gevolgen voor de [ministeriële verantwoordelijkheid](#) en het [functioneren van de rechtspraak](#) buiten beschouwing, en richt ik me met name op wat het kabinet schrijft onder het kopje ‘Wet- en regelgeving en [de menselijke maat](#)'.

**Valkuil 1: Nieuwe onduidelijkheid introduceren in wetgeving.** Dat wetgeving een belangrijke rol heeft in het faciliteren van maatwerk in de uitvoering is duidelijk. Maar over de manier waarop wetgevingshervorming een rol moet spelen, moet nog heel goed nagedacht worden. Hoe lastig het is om duidelijkheid te bieden in de wettekst blijkt wel uit de huidige discussie omtrent de vanzelfsprekendheid van de nieuwe lezing die de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in 2019 aan artikel 26 Awir gaf, overigens een bepaling die redelijk op zichzelf staat: van [‘een eerstejaars student had het kunnen zien’](#) tot een [‘rechterlijk paardenmiddel’](#). Er gaan stemmen op dat uitvoerders over de hele linie meer van een [dynamische interpretatie van wetgeving](#) moeten uitgaan en de beginselen van behoorlijk bestuur als ‘ingebouwd’ moeten beschouwen. Daarnaast suggereert de kabinetsreactie dat expliciet meer ruimte voor maatwerk gecreëerd moet worden in wetgeving. Deze twee sporen zijn niet per definitie onverenigbaar, maar het risico

op nieuwe onduidelijkheid bestaat: moeten uitvoerders straks vooral de letter van de tekst van de (inmiddels maatwerkbewuste) wetgever volgen (en dus er ook van uitgaan dat maatwerk echt niet de bedoeling is als de wet erover zwijgt), of steeds maatwerkvriendelijk interpreteren?

**Valkuil 2: Ons blindstaren op hardheidsclausules.** Hoeveel gedupeerden van de kinderopvangtoeslagaffaire zouden gered zijn als de wetgeving conform het advies de Raad van State uit 2004 een [hardheidsclausule](#) had bevat? Persoonlijk denk ik niet veel, althans niet in de eerste jaren. De Participatiewet, die centraal stond in [de kwestie van de wekelijkse boodschappen en de terugvordering van 7000 euro](#), kent wel een hardheidsclausule, maar deze werd bewust niet gebruikt en [de rechter keurde die keuze expliciet goed](#). Er bestaat vaak beleid voor de toepassing van hardheidsclausules. Alleen al daardoor kunnen we niet veronderstellen dat deze synoniem zijn met een individuele beoordeling waarin alle omstandigheden worden meegewogen. Nu is het 'normaliseren' en mogelijk ook het meer opengooien van hardheidsclausules in het wetgevingsbeleid een van de waarschijnlijke hervormingen die we tegemoet kunnen zien, en dat zorgt zeker voor een 'ventiel' in sommige gevallen. Maar om maatwerk te kunnen leveren, moet je het bijzondere geval eerst op de radar krijgen. Daar zit de grootste uitdaging.

**Valkuil 3: De lessen rond 'doenvermogen' vergeten.** Sommige regels die op het eerste gezicht maatwerkvriendelijk zijn, zoals ook hardheidsclausules, leggen de bal toch teveel bij de burger die er vaak immers actief een beroep op moet doen. Dit gebrek aan sensitiviteit bij de wetgever voor verschillen in doenvermogen bij burgers alleen al kan leiden tot nieuwe ongelijkheid. Handige individuen kunnen bepaalde maatvriendelijke regels in hun voordeel laten werken, terwijl ze aan anderen volledig voorbijgaan. Voordat we het weten klinkt dan een nieuwe roep om fraudebestrijding. Het is dus belangrijk om op de een of andere manier uitvoeringsorganisaties ertoe aan te zetten zoveel mogelijk op proactieve wijze maatwerk aan te bieden. De nieuwe [doenvermogenstoets](#) is een goede start, als we ons er maar genoeg bewust van blijven dat ook (en misschien wel juist!) maatwerkbevorderende regels een bepaalde mate van doenvermogen veronderstellen.

**Valkuil 4: Alle 'hardheid' over een kam scheren.** De boodschappentas van 7000 euro is op dit moment het symbool van de maatwerk-*hype* geworden. Het vinden van de balans tussen strengheid en redelijkheid in de uitvoering van de bijstand is, net als bijvoorbeeld in het vreemdelingenrecht, een bekende en wellicht onmogelijke opgave. Dit wil niet zeggen dat er in deze sectoren geen sprake is van misstanden, maar wel dat niet alle lessen van de kinderopvangtoeslagaffaire opgaan. Aan het drama met de kinderopvangtoeslag lag een '*perfect storm*' ten grondslag, die verder ging dan de 'alles of niets'-uitleg van de wet. We hadden te maken met een totaal contra-intuïtief stelsel, opgetuigd in een hard politiek klimaat

en sterk geautomatiseerd uitgevoerd terwijl daar nog weinig ervaring mee was.

**Valkuil 5: Te hoge verwachtingen hebben van de menselijke beoordeling.** Er gaat ongetwijfeld wel iets veranderen naar aanleiding van de kabinetsreactie, die goede ideeën bevat rond training en bewustwording. Het 'buikpijncriterium' dat informeel zijn intrede heeft gedaan in het debat is mogelijk een voorbode van een nieuwe wind in de uitvoeringscultuur. Belangrijker is echter, zoals hierboven al opgemerkt, dat schrijnende situaties überhaupt op de radar moeten komen. Wat het kabinet schrijft over het 'beter herkennen van signalen uit de praktijk' is waardevol, maar hier ligt ook een kans om kunstmatige intelligentie in te zetten op een manier die de rechtsstaat versterkt.

**Valkuil 6: Te lage verwachtingen hebben van algoritmes.** Geautomatiseerde besluitvorming is uiteraard één van de boemannen in de kinderopvangtoeslagaffaire. Toch is het terugdringen van het gebruik ervan een valkuil. Algoritmen kunnen namelijk ook helpen juist 'signalen van discriminatie' door te geven. Ook kunnen ze, alleen als hulpmiddel uiteraard, behulpzaam zijn bij het voorspellen in welke gevallen maatwerk nodig is.

**Valkuil 7: Wetgevingstoetsen blijven stapelen.** [Complexiteit is al een belangrijke oorzaak van het niet optimaal functioneren van het Integraal Afwegingskader \(IAK\)](#). De paradox van de noodzaak om de manier waarop we wetgeving ex ante toetsen tegelijkertijd te vereenvoudigen en te verfijnen is alleen op te lossen door slimmer te toetsen. De 'invoeringstoets' van het kabinet is geen slecht idee, maar belangrijker is het te kunnen aangeven welke wetgevingsprojecten een bijzonder risico lopen op onbedoelde effecten in de praktijk. De [signaleringsactiviteiten](#) van de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State vormen op dit vlak een interessant ontwikkeling. Daarnaast zouden we meer gebruik kunnen maken van monitoringsystemen die de wet continu evalueren. Het *ex ante* evaluatie systeem zou dus gericht moeten zijn op die monitoring: hoe kunnen we straks weten of de wet in de praktijk doet wat hij moet doen en welke data moet daarvoor verzameld gaan worden?