

Het EVRM als anker om een nieuwe toeslagenaffaire te voorkomen

Ali al Khatib & Tess Linders¹

Had een adequate toetsing aan het EVRM de toeslagenaffaire deels kunnen voorkomen door de spijkerharde alles-of-niets-benadering aan banden te leggen? Dit artikel beantwoordt deze vraag bevestigend door te betogen dat verschillende EVRM-bepalingen een verdragsrechtelijke basis bieden om de proportionaliteit van een dergelijke benadering te toetsen. Een dergelijke toetsing bleef echter uit vanwege de ‘een-voorschot-is-geen-eigendomsrecht’-jurisprudentie van de Afdeling. Die jurisprudentie heeft geen basis in de rechtspraak van het EHRM. Daardoor is artikel 1 Protocol 1 EVRM ten onrechte niet toegepast om de proportionaliteit van de alles-of-niets-benadering te toetsen. Andere EVRM-rechten zijn evenmin of onvoldoende benut. Dit artikel breekt een lans voor een betere benutting van het EVRM in de toekomst. Dit om de scherpe randjes van manifest onredelijke wetten in formele zin af te halen en een nieuwe ‘toeslagenaffaire’ te voorkomen.

1. Inleiding

Over de toeslagenaffaire is inmiddels het nodige geschreven. Een belangrijke oorzaak van die affaire is de zogeheten alles-of-niets-benadering.² Deze benadering houdt kortgezegd in dat de geringste tekortkoming aan de zijde van de ontvanger, op het gebied van administratie of verantwoording van kinderopvanguren, bij de vaststelling van de kinderopvangtoeslag leidt tot terugvordering van het volledige voorschot. Bij een geringe tekortkoming gaat het bijvoorbeeld om een tekortkoming in de urenadministratie voor één week. Deze benadering is een decennium lang door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS of Afdeling) in stand gelaten.³ Sommige auteurs menen dat de Afdeling dit nooit had mogen doen,⁴ terwijl andere menen dat die alles-of-niets-benadering wel degelijk uit de Wet kinderopvang (Wko) en Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) volgde.⁵

Dit artikel onderzoekt een andere vraag, namelijk of het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) een rol had kunnen spelen bij het tegengaan van de alles-of-niets-benadering. De aanleiding hiervoor is de reactie van de voorzitter van de Afdeling in dit tijdschrift op het rapport van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (POK).⁶ Daarin geeft hij – wat daarvan ook zij – aan dat de ABRvS deze alles-of-niets-benadering niet aan het nationale evenredigheidsbeginsel

kon toetsen omdat de Wko en de Awir wetten in formele zin zijn en de gekozen alles-of-niet-benadering daaruit dwingend zou voortvloeien.⁷ In zijn artikel geeft de voorzitter van de Afdeling echter tevens aan dat toetsing van die benadering aan het EVRM, en het daarin verankerde

Auteurs

1. Mr. A.A. al Khatib is advocaat bij Stibbe en tevens als buitenpromovendus verbonden aan de Universiteit Leiden. Mr. T.M. Linders is junior professional support lawyer bij Stibbe. De auteurs bedanken dr. A.E.M. Leijten voor haar opmerkingen bij eerdere concepten van dit artikel.

Noten

2. Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend onrecht*, verslag – *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 2, p. 9.
3. Zie bijvoorbeeld ABRvS 27 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR3219; ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1062; ABRvS 19 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1925.
4. L.J.A. Damen, ‘Ik was het niet, ik was het niet, het was de wetgever!’, *NJB 2021/354*,

- afl. 5; L.F.M. Besselink, ‘De Afdeling bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire. Een onverstandige en onvoldoende reactie’, *NJB 2021/201*, afl. 3.
5. J. van den Brink & R. Ortlep, ‘Kinderopvangtoeslagaffaire. De democratische rechtsstaat wordt als staal in de wind gehard’, *NJB 2021/353*, afl. 5. Zie voor bredere duiding van de toeslagenaffaire ook: C.N.J. Kortmann, ‘Maatwerk in de wet’, *NTB 2021/59*; L.M. Koenraad, ‘Empathisch bestuursrecht’, *NTB 2021/61*; L. Damen, ‘Mea culpa: ik was het wel!’, *NTB 2021/63*.
 6. B.J. van Etekoven, ‘Tussen wet en recht’, *NJB 2021/101*, afl. 2.
 7. Dit volgt uit het toetsingsverbod: HR 14 april 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD5725, *NJ 1989/469*, m.nt. M. van der Scheltema (*Harmonisatiewet-arrest*).



© Shutterstock

evenredigheidsbeginsel, ook geen mogelijkheid zou bieden, omdat 'de terugvordering van een voorschot op een financiële tegemoetkoming, waar achteraf geen recht op bestaat, wordt opgevat als een reparatoire (en niet als punitieve) maatregel, die geen aantasting van eigendomsrechten oplevert (artikel 1 Protocol 1 EVRM) en ook geen boete (artikel 6 EVRM)'. Dit roept de vraag op of artikel 1 Protocol 1 EVRM (hierna: artikel 1 EP EVRM) inderdaad niet van toepassing was⁸ en – meer in het algemeen – of andere EVRM-artikelen geen basis hadden kunnen bieden om de evenredigheid van de alles-of-niets-benadering aan de kaak te stellen.

Dit artikel onderzoekt deze vraag door ten eerste na te gaan of artikel 1 EP EVRM (inclusief daarmee samenhangende EVRM-rechten) inderdaad niet van toepassing is op de terugvordering van een voorschot voor kinderopvang door een geringe tekortkoming als hiervoor geschetst (par. 2). Ten tweede gaat dit artikel na of andere EVRM-rechten soelaas hadden kunnen bieden om de alles-of-niets-benadering aan de kaak te stellen bij geringe tekortkomingen (par. 3). De beantwoording van deze vragen leidt tot een tweeledige conclusie, namelijk dat de Afdeling: (i) in het licht van jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) onnodig veronderstelt dat een te goeder trouw aangevraagd en verkregen voorschot in het geheel niet valt onder de bescherming van artikel 1 EP EVRM, en (ii) onvoldoende acht heeft geslagen op andere EVRM-rechten die zonder meer van toepassing zijn bij de terugvordering van een verleend voorschot. Dit artikel sluit af met enkele aanbevelingen voor de toekomst om de rol van het EVRM een prominente plek te geven met als doel om een 'nieuwe toeslagen-affaire' (verdrukking van de burger door andere spijkerharde (formele) wetgeving) te voorkomen (par. 4).

2. Artikel 1 EP EVRM, het gelijkheidsbeginsel en de alles-of-niets-benadering

2.1. Inleiding: reikwijdte van het eigendomsbegrip

Artikel 1 EP EVRM beschermt het recht op het ongestoord genot van eigendom (*possessions*). Het begrip eigendom legt het EHRM autonoom uit: het EHRM vaart niet blind op etiketten die het nationale recht geeft aan bepaalde rechten,⁹ maar onderzoekt 'whether the circumstances of the case, considered as a whole, conferred on the applicant title to a substantive interest protected by Article 1 of Protocol No. 1'.¹⁰ Verder is het eigendomsbegrip niet beperkt tot eigendom van fysieke goederen. Het begrip omvat daarnaast (i) aanspraken die voldoende vaststaan om ze als 'assets' aan te merken en (ii) legitieme verwachtingen om een effectief genot van eigendomsrechten te verwerven.¹¹ Het onderscheid tussen beide categorieën staat niet muurvast.¹² Onder de eerste categorie vallen aanspraken (*assets*) die voldoende vaststaan om ten uitvoer te kunnen worden gelegd uit hoofde van bijvoorbeeld een contract, een rechterlijke uitspraak of een administratieve beslissing. Onder de tweede categorie vallen (financiële) rechten

De toepasselijkheid van artikel 1 Protocol 1 EVRM brengt dus mee dat het overheidshandelen aan een evenredigheidstoets onderworpen wordt

die een burger aan de wet ontleent indien aan alle voorwaarden wordt voldaan. Hierdoor vallen uitkeringen op grond van socialezekerheidsregelingen onder de bescherming van artikel 1 EP EVRM, zowel onder de eerste als onder de tweede categorie.¹³ De toepasselijkheid van artikel 1 EP EVRM betekent echter niet dat elke inmenging in het eigendomsrecht (bijvoorbeeld intrekking van een uitkering) ook direct leidt tot een schending van deze bepaling. De inmenging is gerechtvaardigd indien deze bij wet is voorzien, een gerechtvaardigd algemeen belang dient en proportioneel is.¹⁴ De toepasselijkheid van artikel 1 EP EVRM brengt dus mee dat het overheidshandelen aan een evenredigheidsstoets onderworpen wordt.

Hierna komt de jurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechter over de verhouding tussen voorschotten en artikel 1 EP EVRM aan bod (par. 2.2). Vervolgens wordt de rechtspraak van het EHRM over artikel 1 EP EVRM (al dan niet in samenhang met het gelijkheidsbeginsel (artikel 14 EVRM)) in sociale zekerheidszaken uiteengezet (par. 2.3). Daarna wordt de jurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechter over voorschotten en artikel 1 EP EVRM beoordeeld in het licht van deze rechtspraak van het EHRM (par. 2.4). De conclusie is dat de ABRvS, net als andere bestuursrechters overigens, te snel tot het oordeel komt dat een te goeder trouw aangevraagd en verstrekt voorschot niet onder de bescherming van artikel 1 EP EVRM valt op het moment van de terugvordering daarvan vanwege een geringe (administratieve) tekortkoming. Tot slot wordt toegelicht waarom de Afdeling wél aan het evenredigheidsbeginsel als verankerend in artikel 1 EP EVRM (eventueel in samenhang met artikel 14 EVRM) kon toetsen bij de terugvordering van kinderopvangtoeslagen (par. 2.5).

2.2. De jurisprudentie van de ABRvS en andere Nederlandse bestuursrechters over de relatie tussen artikel 1 EP EVRM en toeslagen in het socialezekerheidsrecht

Het is vaste jurisprudentie van de Afdeling dat een voorschot geen 'possession' is en dat artikel 1 EP EVRM daardoor niet van toepassing is.¹⁵ Dat wil concreet zeggen dat dit artikel de ontvanger van een voorschot geen bescherming biedt als bij de vaststelling blijkt dat hij al dan niet gedeeltelijk niet voldoet aan de wettelijke voorschriften en wordt overgegaan tot terugvordering. Dit is overigens niet alleen de lijn van de Afdeling, maar ook die van de Centrale Raad voor Beroep (CRvB).¹⁶

Hoe de Afdeling, en andere hoogste bestuursrechters zoals de CRvB, tot deze conclusie over de verhouding tussen het voorschot en het eigendomsrecht als bedoeld onder artikel 1 EP EVRM zijn gekomen is, voor zover wij hebben kunnen nagaan, niet altijd uitgebreid toegelicht onder verwijzing naar jurisprudentie van het EHRM. In sommige zaken licht de Afdeling een tipje van de sluier en overweegt zij dat 'aan een voorschot niet het gerechtvaardigde vertrouwen kan worden ontleend dat een met dat voorschot overeenkomende aanspraak bestaat',¹⁷ dat 'het toekennen van een voorschot geen materiële aanspraak op een tegemoetkoming voor de kosten van kinderopvang'¹⁸ oplevert, of enkel dat een 'voorschot geen "possession" is in de zin van artikel 1, Eerste Protocol bij het EVRM'.¹⁹ Uit deze jurisprudentie kan afgeleid worden dat de Afdeling van oordeel is dat de verstrekking van een voorschot op zichzelf beschouwd geen legitieme aanspraak creëert dat als een eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP EVRM kwalificeert.

In een aantal uitspraken verwijzen de Afdeling en de CRvB naar het oordeel van het EHRM in de zaak *Jantner/Slowakije* om deze 'een-voorschot-is-geen-eigendomsrecht'-jurisprudentie te onderbouwen.²⁰ Deze zaak gaat evenwel niet over een uitkering in het kader van het sociale zekerheidsrecht, maar over de pogingen van Jantner om een stuk land – dat ooit in eigendom was van zijn vader en oom – te revindiceren. Een dergelijke revindicatie maakte de nationale wet mogelijk als de aanvrager permanent in Slowakije verblijft ten tijde van de revindicatieaanvraag. Jantner verbleef toentertijd echter niet permanent in Slowakije. In die omstandigheden oordeelde het EHRM dat een eigendomsrecht als bedoeld in artikel 1 EP EVRM ontbreekt:

'Thus under the relevant law, as applied and interpreted by domestic authorities, the applicant neither had a right nor a claim amounting to a legitimate expectation in the sense of the Court's case-law to obtain restitution of the property in question and therefore no "possession" within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1.'

Uit deze zaak kan onze inziens alleen afgeleid worden dat indien er nog niets is toegekend door de autoriteiten en/of vanaf het begin niet wordt voldaan aan de wettelijke voorwaarden, deze persoon geen eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP EVRM heeft.²¹

8. Zie S.E. Zijlstra, 'Lessen uit de toeslagen-affaire', *NTB* 2021/60.

9. A.E.M. Leijten, 'Eigendomsrechten en proportionaliteit: Toetsing aan Artikel 1 Eerste Protocol EVRM in het socialezekerheidsrecht', *JB plus* 2016/2; J. Sluysmans & R.L. de Graaff, 'Ontwikkelingen in het eigendomsbegrip onder artikel 1 Eerste Protocol', *NTM/NJCM-Bulletin* 2014/20.

10. Zie bijvoorbeeld EHRM 11 januari 2007, nr. 730/01 (*Anheuser-Busch Inc./Portugal*), par. 63.

11. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese Grondrechten en het Nederlandse*

bestuursrecht. De betekenis van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest, Deventer: Wolters Kluwer 2017; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Het recht op eigendom', in: J. Gerards (red.), *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2020; J. Sluysmans & R.L. de Graaff, 'Ontwikkelingen in het eigendomsbegrip onder artikel 1 Eerste Protocol', *NTM/NJCM-Bulletin* 2014/20.

12. Annotatie R.L. de Graaff bij EHRM 21 april 2016, nr. 32913/03 (*Topallay/Albanie*), *European Human Rights Cases*

2016/150.

13. Idem.

14. T. Barkhuysen e.a., *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 77.

15. ABRvS 6 maart 2019, ECLI:RVS:NL:2019:716; ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2031.

16. ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4162, r.o. 7.1; CRvB 25 februari 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AO9625.

17. ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4445.

ECLI:NL:RVS:2014:4445.

18. ABRvS 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1711.

19. ABRvS 6 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:716; ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2031; ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:691; ABRvS 24 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO4841.

20. Zie noot 16.

21. EHRM 4 maart 2003, nr. 39050/97 (*Jantner/Slowakije*).

In de rechtspraak van de ABRvS zijn deze omstandigheden niet geadresseerd, en wordt de terugvordering van de kinderopvangtoeslag op één hoop gegooid met gevallen waarin op geen enkel moment iets was toegekend en de aanvrager nimmer aan de wettelijke voorwaarden voldeed

De zaak *Jantner/Slowakije* gaat meer in het bijzonder niet over de specifieke situatie die door de terugvordering van de kinderopvangtoeslag werd gecreëerd. In deze situatie was er vooraf een voorschotbeschikking afgegeven. Verder bestond bij het aanvragen van het voorschot de verwachting dat op dat moment aan de wettelijke voorschriften werd voldaan en/of zou worden voldaan. Achteraf bleek pas dat er een geringe afwijking bestond. In de rechtspraak van de ABRvS en de andere hoogste bestuursrechters zijn deze omstandigheden niet geadresseerd, en wordt de terugvordering van de kinderopvangtoeslag op één hoop gegooid met de gevallen waarin op geen enkel moment in de procedure iets was toegekend en de aanvrager nimmer aan de wettelijke voorwaarden voldeed. De vraag is of dit in het licht van de EHRM-jurisprudentie nodig en terecht is.

2.3. Jurisprudentie EHRM over aanspraken op sociale-zekerheidsuitkeringen

De reikwijdte van het eigendomsbegrip onder artikel 1 EP EVRM is namelijk door het EHRM door de jaren heen opgerekt. Met name ook op het terrein van het socialezekerheidsrecht.²² Waar het EHRM bijvoorbeeld in eerste instantie enkel uitkeringen onder artikel 1 EP EVRM liet vallen indien iemand premies had betaald,²³ heeft het EHRM in 2005 in de zaak *Stec e.a./Verenigd Koninkrijk* duidelijk gemaakt dat de reikwijdte van artikel 1 EP EVRM ook strekt tot niet-contributieve uitkeringen.²⁴ De reden die het EHRM hiervoor geeft is:

*'In the modern, democratic State, many individuals are, for all or part of their lives, completely dependent for survival on social security and welfare benefits. Many domestic legal systems recognise that such individuals require a degree of certainty and security, and provide for benefits to be paid – subject to the fulfilment of the conditions of eligibility – as of right. Where an individual has an assertable right under domestic law to a welfare benefit, the importance of that interest should also be reflected by holding Article 1 of Protocol No. 1 to be applicable.'*²⁵

Het uitgangspunt van het EHRM is dat aan alle wettelijke voorwaarden moet zijn voldaan om een aanspraak of legitieme verwachting in de zin van artikel 1 EP EVRM aan te nemen.²⁶ Artikel 1 EP EVRM bevat namelijk niet het recht om eigendommen te verwerven zonder dat dit recht uit nationale wetgeving voortvloeit.²⁷ Dit uitgangspunt is evenwel door de jaren heen sterk genuanceerd. Daarom genieten personen die niet aan alle wettelijke voorwaar-

den voldoen soms alsnog bescherming onder artikel 1 EP EVRM. Er dient in dat kader een onderscheid gemaakt te worden tussen (a) de categorie toegekende aanspraken of legitieme verwachtingen, (b) de categorie discriminatoire voorwaarden en (c) de categorie bijzondere omstandigheden. Bij de eerste categorie maakt het feit dat in eerste instantie de aanspraak was toegekend door de overheid dat artikel 1 EP EVRM van toepassing is onder bepaalde omstandigheden.²⁸ Bij de tweede categorie is weliswaar niet voldaan aan sommige wettelijke voorwaarden, maar zijn die wettelijke voorwaarden tegelijkertijd discriminatoir, waardoor het niet voldoen daaraan niet in de weg staat aan toepasselijkheid van artikel 1 EP EVRM. Bij de derde categorie maakt het samenstel van omstandigheden van het geval dat artikel 1 EP EVRM van toepassing is.

Een voorbeeld van de eerste categorie biedt de zaak *Moskal/Polen*.²⁹ De verzoekster in die zaak kreeg in eerste instantie een vervroegd pensioenuitkering toegekend. Naderhand – na een controle – bleek dat deze uitkering ten onrechte was toegekend door de betreffende overheidsinstantie en werd deze ingetrokken. Reden voor intrekking was dat haar zoon niet zo ziek was als de wet vereiste om voor vervroegd pensioen in aanmerking te komen. Het EHRM overwoog dat artikel 1 EP EVRM desondanks van toepassing is omdat de aanvraag te goeder trouw door verzoekster en in lijn met de wet was ingediend en omdat de overheid de aanvraag in eerste instantie honoreerde. Uit dit arrest kan afgeleid worden dat zodra een bijdrage is verstrekt, artikel 1 EP EVRM van toepassing is.³⁰

In februari 2021 komt het EHRM in de zaak *Casarin/Italië* tot een soortgelijk oordeel.³¹ Een ontvangen toeslag, zo blijkt uit deze uitspraak, kwalificeert als eigendom in de zin van artikel 1 EP EVRM, zelfs als naderhand blijkt dat niet aan alle wettelijke voorwaarden wordt voldaan. In deze zaak ontving verzoekster (een lerares) een toeslag als compensatie voor salarisverlies na invoering van nieuwe regelgeving. Pas jaren later bleek dat verzoekster niet voldeed aan de wettelijke voorwaarden voor deze toeslag en moest verzoekster ruim € 13.000 terugbetalen. Het EHRM benadrukt dat verzoekster te goeder trouw de vergoeding aanvroeg en door toepassing van de bestaande regelgeving kreeg en dat zij niet kon vermoeden dat dit ten onrechte is gebeurd.³² Zoals aangegeven worden deze gevallen ook weleens gecategoriseerd onder de legitieme verwachtingen die door artikel 1 EP EVRM beschermd worden.

De tweede categorie gaat over socialezekerheidsregelingen die een discriminatoire voorwaarde behelzen. In die gevallen kan degene die uitgesloten wordt door het

niet voldoen aan de discriminatoire voorwaarde toch een beroep doen op artikel 1 EP EVRM in combinatie met artikel 14 EVRM (het gelijkheidsbeginsel). Het EHRM toetst dan of de betreffende voorwaarde discriminatoir is en of degene die klaagt anders wel in aanmerking zou zijn gekomen voor de uitkering. Als het antwoord op beide vragen bevestigend is, dan zal het EHRM oordelen dat het eigendomsrecht van de betreffende persoon is geschonden.³³ Dit alles vanuit de gedachte dat een lidstaat verplicht is om socialezekerheidsregelingen op een niet-discriminatoire wijze vorm te geven.³⁴ Overigens is het gelijkheidsbeginsel inmiddels verankerd in het Protocol 12 EVRM. Het gelijkheidsbeginsel is op basis van dit protocol zelfstandig inroepbaar, zonder dat een link hoeft te worden gelegd met bijvoorbeeld artikel 1 EP EVRM.

De derde categorie, de bijzondere omstandigheden van het geval, vloeit voort uit de zaak *Bélané Nagy/Hongarije*.³⁵ In deze zaak voldeed verzoekster tijdens de beoordeling van haar aanvraag niet aan de voorwaarden van de betreffende uitkering doordat een wetwijziging was doorgevoerd. Het EHRM merkt echter op dat er toch in deze zaak sprake is van een legitieme verwachting. Daarbij wijst het EHRM op de spanning tussen het beginsel van de *rule of law* en het feit dat iemand op een bepaald moment aan de voorwaarden voldeed, maar ten tijde van de aanvraag niet meer, waardoor hij vervolgens geen uitkering kan verkrijgen. Leijten leidt uit deze uitspraak dan ook af dat er ook een legitieme verwachting (en daarmee een eigendomsrechtelijke claim) kan bestaan als niet aan

de voorwaarden voor een uitkering wordt voldaan én verzoekster op dat moment nog geen concrete, op dat moment bestaande aanspraak ontving.³⁶

2.4. Evaluatie 'een-voorschot-is-geen-eigendomsrecht'-jurisprudentie van de Afdeling

De 'een-voorschot-is-geen-eigendomsrecht'-jurisprudentie van de Afdeling verdient onzes inziens nuancering in het licht van de hiervoor besproken rechtspraak van het EHRM. Ten eerste blijkt uit de eerdergenoemde zaken van het EHRM dat indien op grond van een socialezekerheids-wet een uitkering of toeslag is toegekend, dit als 'asset' wordt aangemerkt en er sprake is van een eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP EVRM.³⁷ Hiervan is ook sprake indien achteraf blijkt dat niet aan een voorwaarde voor de toekenning wordt voldaan, mits de verzoeker te goeder trouw de toeslag heeft aangevraagd.³⁸ Dat geldt zelfs voor de situaties waarin de toekenning onder voorbehoud is gedaan en op grond daarvan een bedrag wordt teruggevorderd, zoals blijkt uit de zaak *Čakarević/Kroatië* waar het EHRM overweegt dat '[t]he mere fact that a property right is subject to revocation in certain circumstances does not prevent it from being a 'possession' within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1, at least until it is revoked" en "an individual should in principle be entitled to rely on the validity of a final (or otherwise enforceable) administrative decision in his or her favour' (cursive-*ing door auteurs*).³⁹ Het EHRM benadrukt in deze zaak dat reeds verkregen bedragen een eigendomsrecht in de

Het EHRM benadrukt ook dat telkens het samenstel van de specifieke omstandigheden van het geval in ogenschouwen genomen dient te worden om na te gaan of artikel 1 Protocol 1 EVRM van toepassing is. In de jurisprudentie over de (kinderopvang)toeslagen in relatie tot artikel 1 Protocol 1 EVRM betreft de Afdeling deze principes niet

22. A.E.M. Leijten, 'Eigendomsrechten en proportionaliteit: Toetsing aan Artikel 1 Eerste Protocol EVRM in het socialezekerheidsrecht', *JB plus* 2016/2; A.E.M. Leijten, *Core Rights and the Protection of Socio-Economic Interests by the European Court of Human Rights* (diss. Leiden), E.M. Meijers Instituut, 2015.

23. EHRM 17 december 1966, nr. 2116/64 (*X/Duitsland*); EHRM 1 oktober 1974, nr. 5849/72 (*Müller/Oostenrijk*); EHRM 21 februari 1997, nr. 20060/92 (*Van Raalte/Nederland*).

24. EHRM 6 juli 2005, nrs. 65731/01 en 65900/01 (*Stec en anderen/het Verenigd Koninkrijk*), AB 2005/376, m.nt. F.J.L. Pennings.

25. Idem, r.o. 51.

26. Idem, r.o. 54. Zie ook de annotatie van A.E.M. Leijten bij EHRM 13 december 2016, nr. 53080/13 (*Bélané Nagy/Hongarije*), AB 2017/212.

27. Zie ook EHRM 24 oktober 2013, nr. 52943/10 (*Damjanac/Kroatië*), EHRC 2014/16, m.nt. Leijten.

28. Dat geeft A.E.M. Leijten ook aan in haar annotatie bij EHRM 13 december 2016, nr. 53080/13 (*Bélané Nagy/Hongarije*), AB 2017/212.

29. EHRM 15 september 2009, nr. 10373/05 (*Moskal/Polen*), EHRC 2009/120, m.nt. Pennings.

30. A.E.M. Leijten, 'The right to minimum subsistence and property protection under

the ECHR: Never the twain shall meet?', *European Journal of Social Security* 2019: 'Thus, as soon as a benefit is provided, a decrease in the amount of this benefit can be reviewed as an interference with property rights'.

31. EHRM 11 februari 2021, nr. 4893/13 (*Casarin/Italië*).

32. Idem, par. 40 en 41.

33. Zie bijvoorbeeld EHRM 16 september 1996, nr. 17371/90 (*Gaygusuz/Oostenrijk*); A.E.M. Leijten, 'From Stec to Valkov: Possessions and Margins in the Social Security Case Law of the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review* 2013, 13:2, p. 317-318.

34. EHRM 10 april 2012, nr. 26252/08

(*Susan/Richardson*), par. 20.

35. EHRM 10 februari 2015, nr. 53080/13 (*Bélané Nagy/Hongarije*).

36. Annotatie A.E.M. Leijten bij EHRM 13 december 2016, nr. 53080/13 (*Bélané Nagy/Hongarije*), AB 2017/212. Zij merkt tegelijkertijd op dat deze interpretatie van legitieme verwachtingen omstrede is, zoals ook blijkt uit de nipte meerderheid waarmee een schending van artikel 8 EVRM is aangenomen.

37. Dit herhaalt het EHRM ook in *Bélané Nagy/Hongarije*, par. 77.

38. Zie ook EHRM 26 april 2018, nr. 48921/13 (*Čakarević/Kroatië*), EHRC 2018, afl. 8, m.nt. Leijten, par. 52, 53, 56, 57, 64.

39. Idem, par. 52.

vorm van 1 EP EVRM zijn. In deze zaak benadrukt het EHRM ook dat telkens het samenstel van de specifieke omstandigheden van het geval in ogenschouw genomen dient te worden om na te gaan of artikel 1 EP EVRM van toepassing is. In de jurisprudentie over de (kinderopvang) toeslagen in relatie tot artikel 1 EP EVRM betreft de Afdeling deze principes niet.

Toch is daar alle aanleiding toe aangezien de overheid (de Belastingdienst/Toeslagen) duidelijk bij het aanvragen van een voorschot aangeeft welke informatie in het licht van het wettelijke kader van belang is (bij de kinderopvangtoeslag: bijvoorbeeld: aantal opvanguren, verwachte loon en aantal kinderen) en de aanvraag uitmondt in een voorschotbeschikking. Deze voorschotbeschikking moet onzes inziens worden gezien als een toekenning, waardoor de toeslag als ‘asset’ moet worden aangemerkt. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt namelijk, zoals hiervoor aangegeven, dat het voorwaardelijke karakter van een beschikking in beginsel hieraan niet afdoet indien de aanvrager te goeder trouw is. Dat het nationale recht aan het toegekende bedrag de kwalificatie ‘voorschot’ geeft, doet hieraan niet af, mede gelet op de autonome invulling die het EHRM geeft aan het eigendomsbegrip. Een analogie kan in dit verband gemaakt worden met het subsidie-recht. Een subsidieverleningsbesluit heeft een voorwaardelijk karakter omdat bij de subsidievaststelling de aanspraak op een subsidie bevestigd wordt. Toch heeft het EHRM geoordeeld dat het subsidieverleningsbesluit op zichzelf een eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP EVRM is.⁴⁰

Onzes inziens zou de voorschotbeschikking dus moeten worden gezien als een toekenning en daardoor als een concrete ‘asset’ in de zin van artikel 1 EP EVRM in het geval van een aanvrager die te goeder trouw is. Bovendien kan beargumenteerd worden dat de voorschotbeschikking een legitieme verwachting behelst in de zin van artikel 1 EP EVRM. Daarvoor dient de aanvrager wel te goeder trouw te zijn en alle informatie naar juistheid in te vullen bij zijn aanvraag. Indien vervolgens een dergelijke aanvraag leidt tot een bepaalde voorschotbeschikking, wordt deze aanvrager beschermd door artikel 1 EP EVRM op het moment van de vaststelling, waarbij natuurlijk geldt dat terugvordering evenredig kan zijn (bijvoorbeeld als iemand een voorschot in het geheel niet aan kinderopvang heeft uitgegeven) of onevenredig (als iemand een kleine tekortkoming in de verantwoording van de kinderopvanguren heeft).

Een kanttekening is evenwel dat in veel van de hiervoor aangehaalde EHRM-zaken de betreffende overheid jarenlang gewacht heeft met het terugvorderen van de verstrekte betalingen. Deze omstandigheid deed zich (wellicht) niet voor in de zaken over kinderopvangtoeslag. Het lijkt ons echter sterk dat het ontbreken van die omstandigheid voor het EHRM zoveel gewicht in de

schaal zou leggen dat naar het oordeel van het EHRM geen sprake is van een eigendomsrecht in die zaken. Dit geldt temeer nu in die er zaken er wel sprake is van een bijzondere, aan de overheid toe te rekenen, omstandigheid, namelijk de complexiteit van het systeem voor kinderopvangtoeslagen.

Tot slot merken wij op dat de ‘een-voorschot-is-geen-eigendomsrecht’-jurisprudentie niet of in ieder geval niet expliciet genoeg rekening houdt met de omstandigheid dat een of meerdere wettelijke voorwaarden discriminatoir kunnen zijn en – volgens vaste jurisprudentie van het EHRM – getoetst dienen te worden aan artikel 1 EP EVRM in samenhang met het non-discriminatiebeginsel van artikel 14 EVRM en Protocol 12 EVRM. Dit om uitsluiting te voorkomen van burgers die eigenlijk wel in aanmerking zouden moeten komen voor sociale voorzieningen. De Afdeling had meer concreet kunnen toetsen of de alles-of-niets-benadering niet een discriminatoir onderscheid maakt tussen (a) de groep bij wie geen discrepantie bestaat tussen de voorschotaanvraag en het moment van de vaststelling van de toeslag en (b) de groep die te goeder trouw de voorschotaanvraag invulde maar waarbij een geringe afwijking bestaat ten opzichte van de aanvraag op het moment van de vaststelling. Het EHRM toetst naast op discriminatie op grond van bijvoorbeeld seksuele geaardheid, leeftijd en handicap ook op andere vormen van ongelijke behandeling: bijvoorbeeld onderscheid tussen wel of niet lid zijn van een vakbond,⁴¹ onderscheid in hoogte of rang van een functie,⁴² onderscheid in woonplaats,⁴³ onderscheid tussen vergunninghouders en onderscheid in compensatie van bedrijven (sommige op basis van totaal vermogen en sommige op basis van omzet).⁴⁴ In deze gevallen is het van belang dat individuen of groepen van elkaar zijn te onderscheiden op zodanige wijze dat een andere behandeling gerechtvaardigd is.⁴⁵ Op basis van het gelijkheidsbeginsel van artikel 14 EVRM en Protocol 12 kon de ABRvS de proportionaliteit toetsen van het onderscheid tussen mensen met een volkomen deugdelijke administratie (groep (a)) en mensen die bij wijze van spreken één bonnetje missen (dus slechts een geringe tekortkoming hebben) (groep (b)). Een onderscheid maken tussen verschillende burgers mag namelijk alleen als dat onderscheid een legitiem doel dient en als dat onderscheid een evenredig middel is om dat doel te bereiken. De Afdeling had onzes inziens kunnen nagaan of het proportioneel is dat de groep met een geringe tekortkoming alles moet terugbetalen.

2.5. Artikel 1 EP EVRM (in samenhang met het gelijkheidsbeginsel) als remedie tegen de alles-of-niets-benadering

Op basis van de voorgaande analyse concluderen wij dat de Afdeling minstens twee manieren had om de rechtmatigheid en de evenredigheid van de alles-of-niets benade-

Wij concluderen dat de Afdeling minstens twee manieren had om de rechtmatigheid en de evenredigheid van de alles-of-niets-benadering langs de meetlat van het EVRM te leggen

ring langs de meetlat van het EVRM te leggen. Ten eerste kon de Afdeling een meer fijnmazige manier hanteren in de ‘een-voorschot-is-geen-eigendomsrecht’-jurisprudentie. Daarbij zou een voorschotbeschikking, mits te goeder trouw aangevraagd, kunnen worden aangemerkt als ‘asset’ waardoor de voorschotbeschikking onder het eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP EVRM zou vallen. Daarnaast zou bij degene die te goeder trouw een voorschot heeft aangevraagd en gekregen wél aangenomen kunnen worden dat er een legitieme verwachting en dus een eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP EVRM bestaat. De voorwaardelijkheid van het voorschot staat hieraan niet in de weg. Ten slotte kon de Afdeling toetsen aan artikel 1 EP EVRM in samenhang met het gelijkheidsbeginsel als vervat in artikel 14 EVRM en artikel 1 Protocol 12 EVRM.

3. Andere EVRM-rechten en de alles-of-niets-benadering: artikel 8 EVRM

Naast de hiervoor genoemde EVRM-rechten, kan ook artikel 8 EVRM een basis bieden om de evenredigheid van een terugvordering van een kinderopvangtoeslag te toetsen. Artikel 8 EVRM behelst het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven. Het EHRM leest ‘*multiple aspects of the persons physical and social identity*’ onder de belangen beschermd onder artikel 8 EVRM,⁴⁶ maar het recht op het verkrijgen van een pensioen of een andere *social benefit* niet.⁴⁷ Volgens het EHRM is het echter niet uitgesloten dat in bepaalde omstandigheden de weigering om een sociale uitkering uit te keren toch onder artikel 8 EVRM valt. Bijvoorbeeld wanneer de weigering tot gevolg zou hebben dat de normale ontwikkeling van het gezins- en privéleven van een persoon onmogelijk wordt gemaakt.⁴⁸

De terugvordering van grote bedragen door de overheid kan ook een groot effect hebben op de normale ontwikkeling van een persoon. Toegepast op specifiek de toeslagenaffaire bracht de terugvordering verschillende schrijnende gevolgen voor gedupeerde ouders mee: persoonlijke en/of psychische problemen, verlies van baan en/of huis en scheidingen. Hierdoor valt onzes inziens de terugvordering in dergelijke gevallen onder de werkingssfeer van artikel 8 EVRM. De terugvordering had daarom onzes inziens rechtstreeks getoetst kunnen worden aan artikel 8 EVRM. In het bijzonder had de Afdeling kunnen nagaan of de gevolgen van de terugvordering voor het familie- en gezinsleven evenredig zijn.

Ook de Afdeling heeft overigens artikel 8 EVRM, in de context van de kinderopvangtoeslag, onderkend als grondslag om de nationale wetgeving te toetsen. Zij heeft

De terugvordering had rechtstreeks getoetst kunnen worden aan artikel 8 EVRM. In het bijzonder had de Afdeling kunnen nagaan of de gevolgen van de terugvordering voor het familie- en gezinsleven evenredig zijn

echter geoordeeld dat dit alleen kan als een positieve verplichting voor de Staat uit dit artikel volgt:⁴⁹

‘Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 21 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1787), kan artikel 8 van het EVRM onder omstandigheden positieve verplichtingen meebrengen, die noodzakelijk zijn voor een effectieve waarborg van het recht op privéleven en familie- en gezinsleven. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM) heeft verscheidene malen geoordeeld dat artikel 8 van het EVRM ook relevant kan zijn in zaken die betrekking hebben op de besteding van publieke middelen. Hierbij is van belang dat volgens vaste jurisprudentie van het EHRM in een dergelijk geval aan de Staat een extra ruime “margin of appreciation” toekomt. In de beslissing van 3 mei 2001, in de zaak van Domenech Pardo tegen Spanje, nr. 55996/00 (<http://hudoc.echr.coe.int>) heeft het EHRM overwogen dat niet kan worden uitgesloten dat de weigering om een sociale uitkering toe te kennen in bepaalde gevallen in strijd kan zijn met artikel 8 van het EVRM, bijvoorbeeld indien een dergelijke weigering de normale ontwikkeling van het privéleven en familie- en gezinsleven van de minderjarige effectief onmogelijk zou maken, (...).’

Het gaat er dus om of de omstandigheden van de persoon in kwestie nopen tot het aannemen van een positieve verplichting van de overheid om in het betreffende geval toch een uitkering of een toeslag te verstrekken.⁵⁰ Hierbij moet dan ook een evenredigheidstoetsing plaatsvinden door het algemeen belang en het belang van het individu tegen elkaar af te wegen.⁵¹ Het is onzes inziens echter niet nodig dat sprake is van een positieve verplichting om de

40. EHRM 28 mei 2010, nr. 16021/02 (*Plalam S.P.A./Italië*), AB 2010/189, m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden.

41. EHRM 30 juli 2009, nr. 67336 (*Danilenkov e.a./Rusland*).

42. EHRM 25 oktober 2011, nr. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 en 2041/05 (*Valkov e.a./Bulgarije*); EHRM 2 juli 2007, nr. 34952/07 (*Beekman e.a./*

België).

43. EHRM 29 oktober 2019, nr. 30100/18 (*Baralija/Bosnië-Herzegovina*).

44. EHRM 29 november 1991, nr. 12742/87 (*Pine Vally Developments Ltd e.a./Ierland*) en EHRM 8 juli 1986, nr. 9006/80 (*Lithgow e.a./Verenigd Koninkrijk*).

45. EHRM 10 januari 2019, nr. 12879/09 (*ECIS/Letland*), par. 73.

46. Zie bijvoorbeeld EHRM 4 december 2008, nr. 30562/04 en 30566/04 (*S. en Marper/het Verenigd Koninkrijk*), par. 66;

EHRM 7 februari 2002, nr. 53176/99, (*Mikulić/Kroatië*), par. 53.

47. EHRM 4 maart 1985, nr. 10671/83, (*T./Zweden*); zie ook EHRM 7 september 2000, nr. 33088/96 (*Jazvinsky/Slowakije*).

48. EHRM 3 mei 2001, nr. 55996/00 (*Domenech Pardo/Spanje*).

49. ABRvS 25 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2491, AB 2019/22, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

50. ABRvS 22 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO8342, AB 2011/169, m.nt. A.E.M. Leijten en J. Uzman.

51. EHRM 17 oktober 1986, no. 9532/8 (*Rees/het Verenigd Koninkrijk*), r.o. 37.

evenredigheid van een terugvorderingsmaatregel over de band van artikel 8 EVRM te toetsen. Dit leerstuk is namelijk van belang als een burger actie van de overheid verwacht. Bij het opkomen tegen terugvordering van toeslagen (op basis van een geringe tekortkoming) vraagt een burger evenwel niet om een doen, maar om een nalaten, oftewel het nakomen van een negatieve verplichting. De rechter kan in dat geval rechtstreeks toetsen aan het EVRM voor zover de terugvordering het recht op privéleven en familie- en gezinsleven raakt.

Ons lijkt het dus op zijn minst verdedigbaar dat geen sprake hoeft te zijn van een positieve plicht om de terugvordering van grote bedragen van veelal niet enorm vermogende burgers aan artikel 8 EVRM te toetsen. Daarboven menen wij dat in een dergelijk geval wél bijzondere omstandigheden bestaan die het aannemen van een positieve verplichting rechtvaardigen. Het is inmiddels bekend dat veel van de ouders die met terugvordering zijn geconfronteerd failliet zijn gegaan, gescheiden zijn en dat meer in het algemeen de hele gezinsstructuur door de spijkerharde terugvordering is ontwricht. In dat licht lijkt het ons logisch dat de Afdeling de evenredigheid van de alles-of-niets benadering ook op grond van artikel 8 EVRM had kunnen toetsen.

4. Aanbevelingen voor de toekomst: het EVRM als anker om een nieuwe toeslagenaffaire te voorkomen

De conclusie is dat het EVRM zonder meer een geschikt en voor de hand liggend instrument zou zijn geweest om de alles-of-niets-benadering zoals door de Afdeling werd gelezen in de wet in formele zin te onderwerpen aan een evenredigheidstoetsing. Deze conclusie is niet (meer) van belang voor de toeslagenaffaire als onderzocht door de POK. Daar heeft de wetgever inmiddels voorzien in een hardheidsclausule,⁵² waardoor toetsing aan de evenredigheid mogelijk is, en de Staat gedupeerden (hopelijk) snel en adequaat zal compenseren. Deze conclusie is echter wél van belang om te proberen een 'nieuwe toeslagenaffaire' te voorkomen.

Het is namelijk helaas geenszins uitgesloten dat de (bestuurs)rechter, al dan niet in de nabije toekomst, geconfronteerd wordt met spijkerharde regelgeving die rechtstreeks tegen het rechtvaardigheidsgevoel indruist. Dit geldt temeer nu de POK nagenoeg alle betrokkenen de maat nam, behalve de hoofdrolspeler in dit alles: de regering en Staten-Generaal als wetgever in formele zin, al dan niet onder druk van de media.⁵³ De politieke partijen die de Staten-Generaal bestieren hebben na het rapport van de POK niet bepaald laten zien begrepen te hebben dat spijkerharde regelgeving die de rechter geen enkele beoordelingsmarge laat, oftewel een alles-of-niets-benadering inhoudt, tot onredelijke gevolgen kan leiden. De onlangs door de Tweede Kamer aangenomen wet om een taakstraf uit te sluiten voor degenen die geweld plegen

tegen politieagenten en ambulancemedewerkers is daar een schoolvoorbeeld van.⁵⁴ De (bestuurs)rechter zal in gevallen waar dit soort regelgeving tot schrijnende situaties leidt het EVRM optimaal moeten benutten. Wij doen daartoe een drietal aanbevelingen.

De eerste aanbeveling is om serieus te toetsen aan het EVRM en in het bijzonder artikelen 1 EP EVRM, 8 EVRM, 14 EVRM en Protocol 12 EVRM. Bij bestudering van de jurisprudentie van de Afdeling valt op dat een beroep op artikel 1 EP EVRM vaak afgedaan wordt met een standaardoverweging. Uit die standaardoverwegingen blijkt niet dat de Afdeling rekening houdt met de specifieke omstandigheden van de burger in kwestie en evenmin blijkt dat de meest recente jurisprudentie van het EHRM is betrokken. De overige artikelen komen ofwel niet ofwel op een beperkte wijze aan bod. De bestuursrechter kan – zo nodig – door rechtsgronden aan te vullen aan het EVRM toetsen.⁵⁵

Daarnaast is het van belang om het bestuursorgaan te wijzen op zijn verantwoordelijkheid om de EVRM-rechten te respecteren bij de vormgeving van zijn (handhavings)beleid. Dit dient de bestuursrechter in het bijzonder te doen in zaken waarin de toepassing van een vergaande bevoegdheid door een bestuursorgaan wordt goedgekeurd. De toeslagenaffaire leert namelijk dat bestuursorganen door uitspraken gesterkt kunnen worden in hun (strenge) beleid.⁵⁶ Het is daarom van belang dat in die zaken de uitspraken van de bestuursrechter het mensenrechtelijke kader schetsen waaraan het bestuursorgaan zich dient te houden als het een vergaande bevoegdheid toepast.

Tot slot kunnen de hoogste (bestuurs)rechters gebruik maken van de – sinds relatief recent bestaande – mogelijkheid om vragen te stellen aan het EHRM over de interpretatie van kernbepalingen.⁵⁷ De (bestuurs)rechter kan bijvoorbeeld vragen aan het EHRM of hij de reikwijdte van het eigendomsrecht (artikel 1 EP EVRM) in een bepaalde categorie gevallen goed interpreteert. Hiertoe is alle aanleiding als de rechter constateert dat spijkerharde en onredelijke regelgeving burgers op een inhumane wijze treft. In het geval van twijfel over de toepasselijkheid van een of meerdere artikelen van het EVRM kan een constitutionele dialoog met het EHRM wellicht verduidelijken dat het EVRM – anders dan de reeds verschenen Afdeling-jurisprudentie zou doen vermoeden – wel soelaas biedt om de scherpe randjes van onredelijke regelgeving eraf te halen. •

52. *Stb.* 2020, 227.

53. Vgl. de uitstekende analyse van J. Frederik, 'Zo hadden we het niet bedoeld', *Amsterdam: De Correspondent* 2021.

54. *Kamerstukken II* 2019/20, 35 528, nr.

2. Aangenomen op 2 februari 2021.

55. Artikel 8:69 Awb.

56. Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend onrecht*, verslag – *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 2, p. 36.

57. Protocol 16 EVRM.