

Vorbij de toeslagaffaire

Nieuwe kansen voor responsieve klachtbehandelaars?

Heinrich Winter

Een fragmentatiebom in het bestuursrecht, zo noemt Heinrich Winter de situatie die volgde op de kinderopvangtoeslagaffaire. Allerlei instituties in Nederland negeerden te lang de ernstige problematiek, naast de Belastingdienst onder meer ook het parlement, de Afdeling bestuursrechtspraak en wetenschappers. Dat vraagt om reflectie en die biedt hij hier. Ook gaat hij in op de vraag wat klachtfunctionarissen kunnen leren van deze affaire.

In Nederland is in 2021 een bom ontploft. Zo kunnen we de impact van de kinderopvangtoeslagaffaire voor de toepassing van het bestuursrecht in ons land gerust kwalificeren. In de allereerste plaats kwam door het rapport van de parlementaire onderzoekscommissie onnoemlijk veel leed aan de oppervlakte die de Belastingdienst veel gezinnen in ons land heeft berokkend. Maar het was niet alleen de uitvoeringsorganisatie waarnaar met een beschuldigende vinger moest worden gewezen. Vrijwel alle instituties in ons land hebben grove steken laten vallen. Dat geldt voor het kabinet, het parlement en zelfs ook voor de rechtspraak. Eerst publiceerden de rechtbanken in oktober 2021 een rapport waarin tegen de achtergrond van de toeslagenaffaire de stelling wordt ingenomen dat het belang van de rechtsbescherming van het individu zwaarder moet wegen dan de vaste lijn in de rechtspraak.¹ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) stak daarna de hand in eigen boezem na de vaststelling dat de ABRvS de strenge lijn in de rechtspraak eerder had kunnen en had moeten wijzigen. De ABRvS is bezig met een uitgebreid reflectieprogramma waarvan het verschijnen van het reflectierapport *Lessen uit de*

Kinderopvangzaken nog maar een begin is.² Waar allerlei instituties in ons staatsbestel het hadden laten afweten, gaf het vervolgens geen fraaie indruk dat de ene institutie, de toezichthouder voor de bescherming van persoonsgegevens, de Autoriteit Persoonsgegevens, de andere institutie, de Afdeling bestuursrechtspraak, de maat ging nemen op een terrein waarop zijzelf mogelijk steken had laten vallen.³

Het is ook goed om zelf in de spiegel te kijken. De wetenschap heeft al het leed ook niet tijdig onderkend. Rechterlijke uitspraken werden in de tijdschriften niet geannoteerd, tot aan de Afdelingsuitspraak van oktober 2019 waarin de ABRvS 'omging' en de alles-of-niets-lijn verliet.⁴ Overigens waren er ook nauwelijks onderzoekers, juristen of sociale wetenschappers die aan de bel trokken terwijl het maatschappelijke probleem geruime tijd – en ook steeds luider en zichtbaarder – om aandacht schreeuwde.

Dat vraagt om reflectie en daar gaat dit stuk over. Meer specifiek om de vraag wat klachtfunctionarissen kunnen leren van de kinderopvangtoeslagaffaire.

Scan de QR-code voor een directe link naar de beschreven bronnen.

Rapport *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken*



Rapport *Recht vinden bij de rechtbank*



Een lichtpuntje: de Nationale ombudsman

Deze inleiding heeft een sombere toon, maar het stuk had evengoed ook positiever kunnen beginnen. Uiteindelijk hebben instituties het leed van de uitvoering van de kinderopvangregeling wel degelijk opgepikt. Onderzoeksjournalisten hebben de bal aan het rollen gebracht, vasthoudende parlementariërs beten zich vervolgens vast in de zaak. En uiteindelijk trok na een kritisch rapport van een onderzoekscommissie van de Tweede Kamer het kabinet de enig mogelijke conclusie en stapte op. En, niet onbelangrijk, er was nog een andere institutie die in deze verschrikkelijke toestand haar stem verhief. De Nationale ombudsman waarschuwde al in 2015 voor de grote problemen bij de uitvoering van de regeling Kinderopvangtoeslag, nadat in 2014 het aantal klachten explosief steeg. En in 2017 schreef de ombudsman in het rapport *Geen powerplay, maar fair play* dat het burgerperspectief in de uitvoering voorop zou moeten staan. Bij het uitdenken en vormgeven van een toezichtsactie moeten de gevolgen van het handelen voor de betrokken burgers een prominente plaats hebben. De Nationale ombudsman constateert dat sprake was van een onevenredig harde aanpak die niet in verhouding staat met het beoogde doel, het voorkomen van onterecht uitgekeerde kinderopvangtoeslag. De ombudsman spreekt van een disproportionele reactie op een signaal van mogelijke onrechtmatigheid.

De ombudsman spreekt van een disproportionele reactie op een signaal van mogelijke onrechtmatigheid

En het is ook de ombudsman die als een van de eersten aandacht heeft gevraagd voor het traag en slecht verlopende proces van compensatie en reparatie. Daartoe is hij gestart met de *monitor klachtbehandeling hersteloperatie kinderopvang*. Helaas constateert de ombudsman in een rapportage van oktober 2021 dat de hersteloperatie in zwaar weer is terechtgekomen. De berichten zijn sindsdien niet minder somber stemmend.

Wat te leren voor klachtbehandelaars?

Om een positief effect van de toeslagenaffaire te benadrukken: het is nu tijd om te leren en iedereen staat ook in die stand. Dat geldt voor het landelijke

niveau waar uitvoeringsorganisaties de wind mee hebben, maar vooral ook meer algemeen voor de verhouding tussen overheid en burger. Ten minste op papier wordt beleden dat professionals bij de overheid veel meer aandacht moeten hebben voor de noden van burgers. Centraal staat daarin de zogenaamde responsieve benadering. Wat moet daaronder worden verstaan?

Rechtssociologen Philippe Nonet en Philip Selznick gebruiken het begrip responsieve benadering om te benadrukken dat het in het recht niet alleen gaat om wat rechtmatig en behoorlijk is, maar ook om wat rechtvaardig is.⁵ Bij het behandelen van klachten betekent dit dat niet alleen wordt gekeken naar de inhoud van een klacht, maar ook naar de verhouding tussen de klager en de overheidsorganisatie en de professionals die daarbij werken. Vertrouwen is daarbij een sleutelbegrip. En dan komt de term 'procedurele rechtvaardigheid' ook aan de orde. Dat betekent dat bij klachtbehandeling de relatie met de klager centraal komt te staan. Voor het realiseren van procedurele rechtvaardigheid is belangrijk dat de klachtfunctionaris goed naar de klager luistert en dat deze het gevoel heeft serieus te worden genomen. Bij de behandeling van bezwaarschriften en klachten in ons land vindt deze benadering inmiddels steeds breder ingang. Bij een responsieve klachtbehandeling gaat het veel meer om 'het goede gesprek' en veel minder om de schriftelijke neerslag van de klachtprocedure in een rapport en een oordeel. Dat gesprek wordt ook wel mediation of pre-mediation genoemd. Zo'n gesprek kan eindigen zonder een formele beslissing op de klacht wanneer de klager over het proces van behandeling zodanig tevreden is dat de klacht wordt ingetrokken.

In de bezwaarprocedure wordt wel gesproken over 'anders afdoen' of 'de informele behandeling'. Dat wekt ten onrechte de indruk dat wat in dat kader gebeurt buiten de wettelijke regeling om geschiedt. Niets is minder waar. Immers: de bezwaarprocedure is in de Awb op hoofdlijnen geregeld en die hoofdlijnen laten een invulling van de procedure op allerlei manieren toe, dus ook een benadering waarbij partijen met elkaar in gesprek gaan. Dat is voor de klachtprocedure niet anders. Zeker niet, is de gedachte, want juist bij klachten is aandacht voor de achterliggende vragen en problemen waarvoor de klager aan de bel trekt, van groot belang. En in een goed

gesprek komen die vaak gemakkelijker en beter aan de orde dan in een formele klachtprocedure. Hoe moeten klachtfunctionarissen zo'n behandeling van klachten vormgeven? Soms wordt wel gesproken van mediation, hetgeen impliceert dat daarvoor een onafhankelijke derde wordt ingeschakeld, die functioneert als gespreksleider. In de praktijk blijkt echter heel vaak dat die distantie helemaal niet nodig is in de ogen van de klager. De klachtfunctionaris kan heel goed die distantie inbrengen; het is maar zelden zo dat daarvoor meer afstand nodig is. Maar het kan zijn dat achter de klacht een problematiek schuilgaat waarbij in de ogen van de klager sprake is van een zodanig beschadigde relatie met de organisatie, dat de klachtfunctionaris die daarvan onderdeel uitmaakt, bij voorbaat verdacht is. In zo'n geval is het inschakelen van een derde soms wenselijk.

Responsieve klachtbehandeling maakt verschil tussen klagers

Behalve dat in een responsieve benadering de relatie met de klager en het belang van procedurele rechtvaardigheid centraal staan, heeft de responsieve benadering nog een andere consequentie. Daarbij gaat het om verschil maken en oog hebben voor de specifieke noden en behoeften van burgers. Niet elke klager is immers gelijk. De een heeft goede schriftelijke vaardigheden, maar minder goede mondelinge kwaliteiten. Sommigen zijn gefrustreerd en boos en door die emoties niet goed in staat hun klacht en het ervaren probleem goed te verwoorden. Anderen begrijpen de procedure niet, zijn wellicht digitaal en/of schriftelijk analfabeet, en komen niet verder dan het verwoorden van een algemeen gevoel van onvrede. Niet iedereen kent het recht.⁶ En als dat al wel zo is: niet iedereen is in staat daarnaar te handelen. Er is de afgelopen jaren veel aandacht voor het beperkte 'doenvermogen' van de burger.⁷ 'Weten is nog geen doen', aldus de WRR. Responsieve klachtbehandeling betekent dat klagers worden geholpen en ondersteund, zodanig dat beperkingen op dat vlak worden weggenomen. Responsieve klachtbehandeling is dus een op de maat van de burger vormgegeven klachtbehandeling.

Mogelijke tegenwerping: ongelijkheid

Responsieve klachtbehandeling maakt dus verschil tussen klagers. De procedure wordt ingericht op de maat van de klager en de ondersteuning van de klager in de procedure kan daarmee ook verschillen. Een mogelijke tegenwerping kan dan zijn dat burgers op die manier in klachtprocedures ongelijk worden behandeld. En dat is ook zo. Maar die ongelijke behandeling is te rechtvaardigen, gelet op de verschillen die er tussen burgers nu eenmaal zijn. Die ongelijke behandeling is eigenlijk de essentie van het burgerperspectief waarover de Nationale ombudsman sprak in het kader van de kinderopvangtoeslag. De burger centraal betekent ook het kiezen van een benadering die rekening houdt met wat in de gegeven situatie en voor de betrokken burger van belang is. Maar een misverstand is dat daarmee ongelijkheid ontstaat. Dat is niet het geval: de burger centraal betekent dat ongelijkheid waar mogelijk wordt gecompenseerd en dus weggenomen. De toelagenaffaire kan dat perfect illustreren: wie werden de dupe van het onevenredig optreden van de Belastingdienst? Juist de bureaucratisch minder competente ontvangers van de toelagen. De Belastingdienst/Toelagen had bij velen waarvoor dat geldt het probleem kleiner kunnen maken of op kunnen lossen door daarmee rekening te houden. Maar de benadering was gericht op *one size fits all*, en de uitwerking was dan ook nog onevenredig hard. Een responsieve benadering heeft oog voor de individuele burger, zonder dat daarmee het eindresultaat onrechtmatig is. Vanuit een juridisch perspectief dus heel goed verdedigbaar, sterker nog, juist erg goed passend in een democratische rechtsstaat. In het rapport *Bestuursrecht op maat* wordt in dit verband het onderscheid tussen maatwerk in procedurele en materiële zin gemaakt.⁸ De auteurs wijzen op de andere kant van de medaille van het gelijkheidsbeginsel: alleen daadwerkelijk gelijke gevallen behoren een gelijke behandeling te krijgen. Wanneer het burgerperspectief centraal staat, en een responsieve benadering wordt gekozen, betekent dit dat burgers die van elkaar verschillen ook op een andere manier worden behandeld. Dat zou zelfs ook voor materieel maatwerk moeten gelden. Een maatwerkbenadering kan er dan toe leiden dat op basis van individuele afwegingen inhoudelijk verschillende uitkomsten tot stand kunnen komen, juist binnen de kaders van de evenredigheid van artikel 3:4 lid 2 Awb.

Rapport
Bestuursrecht
op maat



Ook relevant: komende wijziging Awb

In dit verband is het goed te wijzen op een bepaling in de Awb die op 1 januari 2023 in werking zal treden, een nieuw artikel 2:1 lid 1 Awb: 'Het bestuursorgaan draagt zorg voor passende ondersteuning bij het verkeer met dat bestuursorgaan.' Deze bepaling is onderdeel van de Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer, maar de strekking ervan geldt voor alle communicatie, niet alleen de elektronische. In artikel 2:1 wordt een algemene zorgplicht geïntroduceerd. Het gaat om passende ondersteuning bij overheidscommunicatie, waaronder begrepen dienstverlening. Deze bepaling staat in hoofdstuk 2 en heeft daarom ook relevantie voor de inrichting van de klachtprocedure. De strekking ervan is dat bestuursorganen bepalen welk maatwerk nodig is voor de betreffende burger. Dat kan in de vorm van algemene voorzieningen, maar ook het bieden van faciliteiten in de vorm van individueel maatwerk is mogelijk.

Beter bestuursrecht

Tot slot is ook relevant een initiatief van de VAR, de Vereniging voor Bestuursrecht, die in 2021 is gestart met een project *Beter bestuursrecht*.⁹ Ook hier een link met de toelagenaffaire: hoe kunnen we zorgen dat het bestuursrecht beter wordt, zodat dergelijke grote problemen in de verhouding overheid/burger in de toekomst wellicht voorkomen kunnen worden? Er zijn zes deelprojecten, waarvan voor klachtbehandelaars het project *Burgers tussen wal en schip* relevant kan zijn. Uitgangspunt van dit project is de vaststelling dat het burgers vaak niet goed lukt hun probleem adequaat aan te kaarten in procedures van bezwaar en beroep en in klachtprocedures. Hier is ook een verband met de gesignaleerde aanstaande wijziging van de Awb, want hoe kan de ondersteuning door de overheid, ook in dergelijke procedures beter verlopen?

Project *Beter bestuursrecht*



In het nieuwe artikel 2:1 Awb wordt een algemene zorgplicht geïntroduceerd

Conclusie

Het nieuwe artikel 2:1 lid 1 Awb, de projecten van de VAR, en de conclusies die verbonden kunnen worden aan de toelagenaffaire wijzen in dezelfde richting. Het gaat erom de weg naar de oplossing van door burgers ervaren problemen eenvoudiger te vinden. Het voorkomen van geschillen is daarbij een doelstelling en als geschillen zich toch voordoen moeten ze zo eenvoudig en laagdrempelig mogelijk worden opgelost. Daarvoor is het nodig te kiezen voor een perspectief waarin de burger centraal staat en waarin het accent ligt op maatwerk en responsief handelen.

Het gaat erom de weg naar de oplossing van door burgers ervaren problemen eenvoudiger te vinden

Noten

- 1 Werkgroep reflectie toelagenaffaire rechtbanken, *Recht vinden bij de rechtbank. Lessen uit Kinderopvangtoelagenzaken*, oktober 2021.
- 2 Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, *Lessen uit de kinderopvangtoelagenzaken*, november 2021.
- 3 Zie hierover het opiniestuk van Fatma Capkurt, 'De Autoriteit Persoonsgegevens is zélf medeplichtig aan discriminatie', *de Volkskrant* 22 november 2021.
- 4 ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI:NL:RVS:2019:3536.
- 5 P. Nonet & P. Selznick, *Toward Responsive Law. Law & Society in Transition*, New York: Harper and Row 1978.
- 6 M. Scheltema, Wetgeving in de responsieve rechtsstaat, *RegelMaat* 2018, afl. 3, p. 120-131.
- 7 WRR, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op zelfredzaamheid*, Den Haag: 2017.
- 8 Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat. Tussenrapport: een juridische analyse van knelpunten bij het bieden van maatwerk*, Leiden: 2020.
- 9 Lentine Schouten, '#Bestuursrechtbeter: zes projecten om het bestuursrecht beter te maken' op vereniging-bestuursrecht.nl, 7 oktober 2021.

Prof. dr. H.B. Winter is parttime hoogleraar bestuurskunde, faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen.