

**FORUM****HOOGSTE RECHTER, HOOGSTE ONRECHT: OVER DE RECHTER EN DE WET IN DE TOESLAGENAFFAIRE****LEONARD BESSELINK - 08.01.2021**

Het drama van de terugvordering van de kinderopvangtoeslag is omvangrijk. Naar verluidt gaat het misschien om zoveel als tussen de 20.000 en 30.000 gevallen, hoewel het rapport van de Commissie-Van Dam ook spreekt van 92.000 terugvorderingen tussen 2013 en 2019. Bij een gemiddelde gezinsgrootte zal het dan dus snel om ongeveer 75.000 tot 100.000 direct betrokkenen gaan. Deze Toeslagenaffaire kan niet zonder gevolgen blijven voor politici, maar zeker ook niet voor de rechtspraak, die – hoe hoog deze ook van de toren blaast over de rol van de rechter bij het handhaven van de rechtsstaat – in hoogste instantie jammerlijk gefaald heeft. Onduidelijk is wat die gevolgen voor de rechtspraak zouden moeten zijn. Veel hangt af van de analyse van het probleem. Deze bijdrage concentreert zich voornamelijk op de rol van de wet in de jurisprudentie, en daarmee op het meest fundamentele principe van de democratische rechtsstaat: de wettigheid van bestuur.

De hier gepresenteerde analyse concludeert dat het drama mogelijk is geworden doordat de hoogste bestuursrechter faalde in het toepassen van de wet zoals deze luidde en bedoeld was; de Afdeling bestuursrechtspraak gaf haar goedkeuring in hoogste instantie aan een praktijk die in evidente strijd was met zowel de letter als de bedoeling van de wet. Anders dan in deze affaire vaak beweerd is, was de wet *niet* streng, sterker: de wettelijke grondslag voor het strenge beleid ontbrak ten enenmale. Het probleem ligt dus voor een keer *niet* bij de wetgever, maar bij de uitvoerende macht en bij de rechter die de burger tegen onwettig bestuur heeft te beschermen. De oplossing kan dan ook niet primair liggen in wijziging van de wetgeving, zoals nu vrij algemeen gesteld wordt. Er moet zeker iets gebeuren in de uitvoeringspraktijk. Maar het onmiddellijk terugbetalen van hetgeen in strijd met de letter en bedoeling van de wet is teruggevorderd (met wettelijke rente, plus vergoeding van geleden materiële en immateriële schade veroorzaakt door onwettig handelen), is onvoldoende om het gevaar van de actieve rechterlijke goedkeuring van onwettig handelen te voorkomen. Ook hier moet een publiek debat over worden gehouden, en moet de rechter verantwoording afleggen, nu het niet gaat om een enkel incident maar om een wezenlijk verzaken van zijn taak in de democratische rechtsstaat.

### *De wet en de rechter*

In het debat over de Toeslagenaffaire speelt de mythe een rol dat de wet heel streng is, dat de wet dwong tot de ‘alles-of-niets’ benadering, zoals de niet-onafhankelijke Commissie-Donner het noemde (immers bestaande uit voormalige bewindspersonen van Sociale Zaken, waarvan een tevens voormalig vicepresident van de Raad van State, plus een op dat moment aanstaand lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State). Deze ‘alles-of-niets’ benadering behelst dat ook een relatief kleine fout van de burger, vaak in de vorm van een onjuiste, niet aantoonbare of te geringe betaling van de eigen bijdrage, ertoe leidt dat elke aanspraak op een tegemoetkoming in de kosten van de kinderopvang vervalt, en dus het hele door de overheid voorgesloten bedrag ter betaling van de kinderopvang terug moest worden betaald.

Nu het in al deze zaken gaat om een tegemoetkoming en eigen bijdragen naar rato van draagkracht, betekent deze benadering dat armen nog zwaarder worden getroffen dan meer draagkrachtigen. Hoe lager het inkomen, hoe lager de eigen bijdragen, en hoe hoger dus het bedrag dat moet worden terugbetaald. Kort gezegd: hoe armer, hoe meer je moet betalen. Elke rechter die zo’n zaak voor zich heeft gehad, heeft direct of indirect verwezen naar artikel 1.7 Wet kinderopvang waarin het draagkrachtbeginsel is vastgelegd. Elke rechter met enig geweten weet dus wat hij aanricht als hij de alles-of-niets benadering toepast. Deze benadering is niet alleen theoretisch ten nadele van burgers. Sterker, zoals de Afdeling bestuursrechtspraak in zijn uitspraak van 23 oktober 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:3535](#), in r.o. 8.12 vaststelt, deze was doelbewust gericht op afschrikking, ‘generale preventie’, zoals het in het strafrecht heet. Het is misschien in strikte zin geen punitief besluit, het smaakt er al te zeer naar.

Zoals elke eerstejaars student weet, kan zo’n beslissing ten nadele van de burger niet zonder grondslag in de wet genomen worden. Dus de vraag die we aan eerstejaars studenten dan stellen: wat is die wet?

Beweerd is en wordt dat dit artikel 26 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) is. Deze bepaling zou een plicht opleveren om bij een tekortkoming voor het in aanmerking komen voor een kinderopvangtoeslag de gehele toeslag moet worden terugbetaald. Dus bij niet aantoonbaar of niet tijdig betalen van een eigen bijdrage van, bijvoorbeeld [€ 230 zal men € 8300](#) moeten terugbetalen, of als men [€ 540 niet aantoonbaar heeft betaald moet €15769](#) worden teruggevorderd, zo leren voorbeelden uit de rechtspraak van de Afdeling. Deze lezing van artikel 26 Awir is bijvoorbeeld gesuggereerd door collega Marseille voor de [Parlementaire ondervragingscommissie-Van Dam](#) (p. 92). De ‘alles-of-niets’ benadering zou besloten liggen in deze wetsbepaling. Maar dit is patent onjuist.

De tekst van artikel 26 Awir luidt:

‘Indien een herziening van een tegemoetkoming of een herziening van een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag dan wel een verrekening van een voorschot met een tegemoetkoming daartoe leidt, is de belanghebbende *het bedrag van de terugvordering* in zijn geheel verschuldigd.’

De alles-of-niets benadering die door bestuursrechtjuristen en door de Afdeling bestuursrechtspraak (bijvoorbeeld in [ECLI:NL:RVS:2016:714](#), r.o. 3.3; er zijn ook gevallen waarin de Afdeling zijn alles-of-niets benadering niet met deze wetsbepaling verknoopt) maakt daar iets heel anders van:

‘Indien een herziening van een tegemoetkoming of een herziening van een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag dan wel een verrekening van een voorschot met een tegemoetkoming daartoe leidt, is de belanghebbende *het bedrag van de tegemoetkoming of het voorschot* in zijn geheel verschuldigd.’

Deze lezing is niet alleen in strijd met [de tekst van de wetsbepaling](#), maar ook met de bedoeling van de wetgever. Deze geeft in de MvT ([kamerstuk 29 764, nr. 3](#)) een ondubbelzinnige uitleg van de betekenis van artikel 26 die geheel tegenovergesteld is aan de alles-of-niets bepaling.

Op pagina 22 wordt zonder omhaal van woorden over de terugvorderingsbepaling gesteld:

‘Als aan een belanghebbende meer is uitbetaald dan waar hij recht op heeft, kan *het teveel betaalde bedrag* worden teruggevorderd.’

Dus als teveel voorgeschoten is, kan alleen het teveel worden teruggevorderd; alleen het meerdere, dus niet het hele bedrag van het voorschot.

Over artikel 24 Awir stelt de MvT (p. 54) geheel in lijn hiermee:

‘Het derde lid geeft aan dat de verrekening van een verleend voorschot niet alleen kan leiden tot een uitbetaling maar ook kan leiden tot een terugvordering. Een en ander is afhankelijk van de hoogte van het voorschot en het uiteindelijk vastgestelde bedrag van de tegemoetkoming. *Een te laag voorschot leidt tot een nabetaling. Een te hoog voorschot tot een terugvordering.*’

Bij de artikelsgewijze toelichting op artikel 26 (p. 55) vinden we:

‘In dit artikel wordt de betalingsverplichting benadrukt die op de belanghebbende rust om het bedrag dat wordt teruggevorderd (het teveel uitbetaalde bedrag) te voldoen.’

Het gaat dus om een bepaling die zich richt tot de burger, en bedoelt niet iets te bepalen over wat er wel of niet moet of mag worden teruggevorderd door de Belastingdienst.

Ten aanzien van de terugvorderingsbeschikking is dus volkomen duidelijk dat niets wijst op de zolang door de Raad van State voorgestane lezing. Dat de Afdeling in een van haar uitspraken van 23 oktober ([ECLI:RVS:2019:3536](#), r.o. 5.12) terugkomt op zijn eerdere uitleg van artikel 26 Awir bevestigt de fout waarop haar eerdere jurisprudentie was gebaseerd. De onderbouwing van deze herziene uitleg, ondanks het vermeldde in r.o. 5.7, is kennelijk niet wezenlijk gebaseerd op de tekst en bedoeling van de wet maar op twee rapporten die duidelijk maken dat die rechtspraak mensen in enorme financiële problemen bracht: hoogst wonderlijk. Het suggereert dat de zittende leden van de Afdeling in al die eerdere concrete zaken, geval na geval zich niet heeft afgevraagd welke financiële rampen hij over de

concrete voor de rechter staande burger afriep. Nee, niet de voor hem staande burger, maar rapporten van de WRR en de Nationale Ombudsman heeft de Afdeling nodig om dat vast te stellen. *So much* voor de kwaliteit van de rechtsbescherming door de Afdeling bij de toepassing van de wet op concrete gevallen.

Laten we rechterlijke ethos en empathie met de burger voor wat die is, en beperken we ons tot de juridische kwaliteit van de oude rechtspraak. Te zeggen dat de staatsraden als juristen zaten te slapen, is een onvoldoende kwalificatie van hoe zij omgingen met de wet: het gaat ten minste om het niet willen weten wat de wet behelst. Een eerstejaars student – of laten we zeggen een tweedejaars student (van wie immers verlangd mag worden dat 'ie niet alleen naar de wet maar ook naar de Memorie van toelichting kijkt) – zou hiervoor zakken.

Maar dit is natuurlijk niet het hele verhaal. Want juist onze lezing van artikel 26 Awir maakt duidelijk dat er naast een terugvorderingsbesluit nog wel een besluit tot 'herziening' nodig is voordat er besloten kan worden tot terugvordering. Dus we zitten echt wel in het tweede jaar van onze studie, want we moeten nu nagaan of er misschien nog een andere wettelijke bepaling is op grond waarvan zo'n besluit tot herziening in de zin van het 'op nul stellen' van de tegemoetkoming kan worden gebaseerd. De aanspraak op de tegemoetkoming, althans bevoegdheid tot toekenning van een tegemoetkoming is gebaseerd op de Wet kinderopvang.

De rechtspraak van de Afdeling stelde in een zeer vaak terugkerende variant op een standaardoverweging dat de 'alles-of-niets' verplichting voor het bestuur volgt uit 'artikel 18, eerste lid, van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (hierna: de Awir), gelezen in samenhang met artikel 1.7, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wet kinderopvang'.

Maar ook een bestudering van de tekst en toelichting op deze wettelijke bepalingen levert op dat helemaal nergens een plicht tot herziening aan het bestuursorgaan opgelegd wordt in die zin dat de gehele aanspraak op de toeslag moet vervallen als niet onvoorwaardelijk en geheel aan elk van de eisen is voldaan, met name ook niet op het punt van de eigen bijdrage. Derhalve schept de wet geen grondslag om de toeslag telkens op nihil te stellen.

De conclusie moet zijn dat geen wet – noch de Awir, noch de Wet kinderopvang – de Belastingdienst ertoe heeft verplicht om elke aanspraak op een kinderopvangtoeslag te ontzeggen, als slechts een relatief klein deel van het voorgeschoten bedrag niet aantoonbaar of niet tijdig is betaald. Sterker, er is geen wettelijke grondslag, terwijl die voor zulke ingrijpende besluiten er toch echt moet zijn. Deze conclusie is een kwestie van het lezen van de wet, en voor zover over de tekst twijfel had kunnen bestaan, het opzoeken van de memorie van toelichting.

Je zou mogen verwachten dat de rechter, elke rechter en zeker de zo excellent ondersteunde hoogste rechter, de Afdeling bestuursrechtspraak, toch de middelen moet kunnen mobiliseren om zoiets simpels te doen als de staatsraden zelf daartoe al niet in staat zouden zijn. Kennelijk gaat het mis in de manier waarop de rechter een boodschap wil hebben aan de wet. Zo bezien ligt het probleem voor een keer dus niet bij de wetgever, maar bij het bestuur en in laatste instantie bij de rechter die de wet niet wil kennen.

### *Gevolgen voor de rechtspraak: verantwoording aan de getroffen en aan de samenleving*

Welke gevolgen moet het stelselmatig niet willen volgen van de wet voor de rechter hebben? Dat politici momenteel talmen in het trekken van politieke conclusies aangaande het eigen beleid, mag geen reden zijn voor de rechter om geen conclusies te trekken. Om het in beelddspraak te gieten: als bij de politici geen koppen rollen, zou het nog wel 'ns op zijn plaats kunnen zijn dat die bij wijze van spreken wél bij de hoogste rechter rollen. Zijn uitspraken kunnen immers niet worden herzien. Weliswaar kan de uitvoerende macht her en der nog proberen te repareren, maar als de hoogste rechter het daarbij zou laten, zou dat het afschuiven zijn van verantwoordelijkheid voor het aangerichte onrecht.

Gelukkig [kondigde de Raad van State aan](#) zich te beraden naar aanleiding van Toeslagenaffaire en de conclusies van de parlementaire commissie-Van Dam, en met een reactie te zullen komen. Dit zal toch vooreerst een afleggen van verantwoordelijkheid zijn jegens de door de rechtspraak van de Afdeling getroffen, maar ook in het algemeen jegens het publiek, nu het gaat om rechterlijke misslagen die de rechtsorde hebben geschokt, en vanwege de welhaast systematisch trekken die zij aannamen de grondslagen van de democratische rechtsstaat raken.

### *Interne organisatie*

Praktische vragen omtrent de interne organisatie van de rechtspraak waarvan we mogen verwachten dat die beantwoord zullen worden, zullen in elk geval de volgende moeten zijn. Hoe komt het dat in betrekkelijk veel gevallen de Afdeling de zaak met een *unus* afdeed, ook als dat zulke diep ingrijpende gevolgen had? Hoe kan het dat nergens in de ondersteuning even gewezen werd op de tekst van de wet en de memorie van toelichting – iets wat toch het niveau van de bachelor-student niet overstijgt? Hoe komt het dat zoveel verschillende staatsraden zittend in zoveel verschillende gevallen tot dezelfde misslag kwamen bij de uitleg van de wet? Was er sprake van rechterlijk beleid dat in dit type van geval beslissend was? Wat was dat rechterlijk beleid? Hoe kwam dat tot stand? En in welke vorm werd dat beleid vastgelegd, en op grond waarvan had elke staatsraad dat in alle gevallen te volgen, zelfs als evident moet zijn dat dit financiële rampen aanricht?

Meer principieel: hoe verhoudt een eventuele interne binding van rechtsprekende staatsraden zich eigenlijk tot het in artikel 17 Grondwet tot uitdrukking komend constitutionele beginsel, gemeen aan de constituties van de meeste ons omringende landen, dat een burger door de rechter die de wet hem aanwijst berecht wordt en niet door staatsraden die niet op die zaak zitten, mocht de verklaring gelegen liggen in 'rechterlijk beleid'? En natuurlijk ook de vraag: wat moeten we voor de toekomst op deze punten maar ook in het algemeen doen om dit soort, het vertrouwen in de rechtsstaat ondergravende, en meer in het bijzonder het vertrouwen in de bestuursrechtspraak ondergravende, rechterlijk gedrag? En als er daarvoor geen manieren zijn, moet dan niet veel drastischer worden ingegrepen in de rechtspraak van de Raad van State en in het systeem van bestuursrechtelijke rechtspraak?

*Nog langer een aparte structuur voor de algemene bestuursrechtspraak?*

Het verwijt van een te gouvernementele houding van de Afdeling is bepaald niet nieuw. Dat naar aanleiding van deze dramatische affaire [collega's en de voormalige president van de Hoge Raad Corstens](#) – de laatste op het punt van de reorganisatie van de bestuursrechtspraak geen onbeschreven blad – roepen om het weghalen van de rechtspraak bij de Raad van State kan niet verrassen. Politici zouden zich daar zomaar 'ns bij kunnen gaan aansluiten.

En wellicht is daar inderdaad iets voor te zeggen. Te meer nu we in de rechtspraak ook gevallen tegenkomen van rechtbanken die in eerste aanleg wel tot een juiste uitleg komen van de wet (zoals bijvoorbeeld Rb Roermond 12 mei 2009, [ECLI:NL:RBROE:2009:BI3652](#), die met toepassing van art. 26 Awir wél komt tot een verrekening in plaats van een alles-of-niets standpunt). Alle argumenten voor een aparte bestuursrechter en bestuursrechtspraak in het algemeen zouden de revue kunnen passeren. Maar oog voor wat er specifiek mis is gegaan in de toeslagenaffaire voegt daar wellicht nog wat aan toe voor wat betreft de rechterlijke praktijk.

De burgerlijke rechter heeft het recht verschaffen aan het voor hem verschijnende individu tot z'n persoonlijke ethos verheven, waarbij hij principes als redelijkheid en billijkheid als regulatieve beginselen gericht op de rechtsidee laat fungeren. Dat zou een goed antidotum kunnen zijn tegen een al te gouvernementele benadering. De bescherming van het individu als ethos van de gewone rechter – als wat daarover gezegd is waar is – zou misschien ook over kunnen slaan op de bestuursrechter als die deel zou uitmaken van een geïntegreerde rechterlijke macht, ook in hoogste instantie.

Of dit een werkelijk draagkrachtige reden is, zou nog wel goed onderzoek vergen naar hoe de belastingrechter, die immers geïntegreerd is in de rechterlijke macht, opereert in vergelijking met de Afdeling en de meer specialistische hoogste bestuursrechters, met name ook als het gaat over de binding aan de wet. Maar het lijkt erop dat de bestuursrechtspraak bloot staat aan de verleiding om, als het gaat om veel enigszins gelijke gevallen, zelf als beslisautomaat te functioneren, waarbij de rechtszoekende wellicht uit het oog verloren kan raken.

In z'n algemeenheid geeft rechtspraak in drie instanties natuurlijk meer mogelijkheden voor rechtsbescherming, want er zijn dan meer ogen die nog 'ns naar een zaak kijken dan rechtspraak in twee instanties – maar dan moeten we wel veronderstellen dat die rechters zelf rechtspreken en niet op onconstitutionele wijze doen wat onderling en oncontroleerbaar afgestemd wordt met en door rechters die niet op een zaak zitten, maar zich wel actief bemoeien met de beslechting van concrete zaken (zie [Jessurun d'Oliveira](#), 2019). En lagere rechters moeten dan wel durven terug te komen op wat hogere rechters aan precedentes hebben geschapen in het licht van onbillijkheden van overwegende aard.

#### *Skepsis over de gewone rechtspraak*

Toch is enige skepsis hier op z'n plaats, juist als we bedenken dat in de toeslagenaffaire de omgang van de hoogste rechter met de wet, of beter: het niet willen omgaan met de wet, bron van ellende is geworden. Als hem dat uitkomt, lapt de Hoge Raad de wet ook aan de laars, met name wanneer het om zijn eigen functioneren gaat (zie weer [Jessurun d'Oliveira](#) 2019, waarin veel gebruik wordt gemaakt van hetgeen voormalig HR-president Corstens en andere leden van de



Hoge Raad daarover aan schrijver meedeelde).

Als alternatief voor de remedie van hoofdstuk 3 vers 4 van de Awb die de Afdeling in de uitspraken van 23 oktober 2019 aanbood, wordt in het licht van de onzekerheden waarmee deze oplossing omgeven wordt, wel bepleit de opnemng van een [hardheidsclausule in de Awir](#). Dat is misschien een mogelijkheid. Maar de totstandkomingsgeschiedenis van de Awir is nu juist op dit punt ontzuenderend. De regering had in het voorontwerp namelijk een algemene hardheidsclausule opgenomen. En wie was blijkens de genoemde Memorie van Toelichting (blz. 7) een van de twee instanties die het belangrijkste alibi verschafte voor het verwijderen daarvan? De Raad voor de Rechtspraak, die zich tegenwoordig zo bescheiden afficheert als 'de Rechtspraak'... Vertrouwen dat de rechter de wet toepast ter bescherming van de burger is geen vanzelfsprekendheid meer. Dat dit de meest elementaire beginselen van de rechtsstaat ernstig kan ondermijnen is nu wel vast komen te staan.

Noot van de redactie (4 februari 2021): Een eerdere versie van dit blog bevatte de zin "En wie drong aan op het verwijderen daarvan, omdat het teveel onduidelijkheden en rechtszaken daarover zou opleveren?" Deze zin is vervangen door "En wie was blijkens de genoemde Memorie van Toelichting (blz. 7) een van de twee instanties die het belangrijkste alibi verschafte voor het verwijderen daarvan?"