

Ik was het niet, ik was het niet, het was de wetgever!

Leo Damen¹

De tekst noch de wetsgeschiedenis van artikel 26 Awir dwongen in de relevante periode inzake de 100%-terugvorderingsplicht tot de interpretatie die de Afdeling steeds heeft gevolgd en nog steeds aanhangt. Zij gaven juist aanleiding tot de tegengestelde interpretatie: bij de terugvorderingsbevoegdheid bestond beleidsruimte. Het *a contrario*-argument van het ontbreken van een hardheidsclausule kon daar niet aan afdoen, omdat een hardheidsclausule gezien de tekst en wetsgeschiedenis helemaal niet nodig was.

Te vergaande verwijten van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag?

Bart Jan van Ettekoven reageert in zijn *NJB*-artikel op de vergaande verwijten van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (POK) aan het adres van de Afdeling bestuursrechtspraak.² De POK schrijft: de 'bestuursrechtspraak heeft jarenlang een wezenlijke bijdrage geleverd aan het in stand houden van de *niet dwingend uit de wet volgende spijkerharde uitvoering* van de regelgeving van de kinderopvangtoeslag'. Er was sprake van het 'wegredeneren van algemene beginselen van behoorlijk bestuur'.³

Die verwijten vond ik aanvankelijk opvallend omdat een adequate onderbouwing ervan in het rapport *Ongekend onrecht* ontbreekt. De POK heeft weliswaar Sjoerd Zijlstra het paper 'Alles of niets' laten schrijven, maar Zijlstra volstaat met een neutrale weergave van de jurisprudentie.⁴ Hij laat kwalificaties ervan vrijwel geheel achterwege, behalve: 'De aard van de toetsing (...) komt, bezien vanuit het evenredigheidsbeginsel, neer op *geen* toetsing'.⁵ Voor het niet dwingend zijn van de *alles-of-niets-lijn* (zie hierna) beroept de POK zich alleen op de door haar verhoorde getuige Bert Marseille.⁶ Voor het ontbreken van een *plicht tot 100% terugvordering* (zie hierna) heb ik in *Ongekend onrecht* geen adequate onderbouwing kunnen vinden. Marseille zag juist wel een grondslag voor die 100%-terugvorderingsplicht.⁷

Toch zijn de verwijten van de POK mijns inziens terecht. Ik zal dat oordeel hierna onderbouwen, deels in aanvulling op, deels in afwijking van het betoog van Leonard Besselink.⁸

Reactie van de Afdeling bestuursrechtspraak verdient veel waardering

Ik heb veel waardering voor het feit dat Bart Jan van Ettekoven en de Afdeling bestuursrechtspraak hun nek uitsteken met het artikel in het *NJB* en het interview met Van Ettekoven in *Trouw* van 9 januari 2021.⁹ Het is niet helemaal duidelijk of het *NJB*-artikel het standpunt van de Afdeling bevat of dat van Van Ettekoven. Op p. 101 r.k. maakt Van Ettekoven een aantal persoonlijke opmerkingen. Ik ga er daarom van uit dat de rest van de tekst het standpunt van de Afdeling bevat.

Het is jammer dat het *NJB*-artikel hier en daar iets te veel een *oratio pro domo* is. Is bijvoorbeeld het oordeel: 'De bestuursrechtspraak is bij de ABRvS als onafhankelijke rechter in goede handen'¹⁰ niet aan anderen?

Auteur

1. Prof. mr. dr. L.J.A. Damen is emeritus hoogleraar bestuursrecht aan de RUG, redacteur van de *AB* en adviseur bij Stijl advocaten.

Noten

2. B.J. van Ettekoven, 'Tussen wet en recht', *NJB* 2021/101, afl. 2.
3. *Ongekend onrecht*, Verslag – Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Kamerstukken II* 2020/21, 35 510, nr. 2, p. 7-8; curs. toeg.
4. *Ongekend onrecht*, p. 109-132.
5. *Ongekend onrecht*, p. 132.
6. *Ongekend onrecht*, p. 34, 36, 92.

7. *Ongekend onrecht*, p. 34, 36, 92. Zo ook in zijn annotatie onder ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, AAM 20200393 (*alles-of-niets*).

8. L.F.M. Besselink, 'De Afdeling Bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire', *NJB* 2021/201, afl. 3.

9. B.J. van Ettekoven, 'Tussen wet en recht', *NJB* 2021/101; 'De rechter had anders kunnen, niet moeten handelen', *Trouw* 9 januari 2021.

10. B.J. van Ettekoven, 'Tussen wet en recht', *NJB* 2021/101, p. 107 r.k.



Het verweer van de Afdeling

Van Ettekoven levert kritiek op de verwijten van de POK en doet dat diplomatiek. De POK heeft volgens hem twee dilemma's niet gezien. Het eerste dilemma is dat de relevante formeel wettelijke bepalingen *imperatief* waren en een hardheidsclausule ontbrak (p. 100 l.k.). Het tweede dilemma is dat de uitleg van artikel 26 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) in de '100%-terugvorderingsuitspraak' van 23 oktober 2019¹¹ 'schuurt' met de wettekst en een rechterlijk paardenmiddel is dat niet zonder meer voor herhaling vatbaar is.

Artikel 3:4 lid 2 Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan volgens Van Ettekoven niet worden gebruikt om de toepassing van formele wetten te corrigeren, althans daarover bestaat geen eenstemmigheid (p. 101 l.k., 104 r.k.). Van Ettekoven verwijst naar de 'nieuwe' interpretatie van Michiel Scheltema van artikel 3:4 lid 2 Awb.¹² Artikel 3:4 lid 2 Awb (evenredigheid) zou volgens Scheltema altijd ook van toepassing zijn geweest op de uitoefening van gebonden bevoegdheden. Dus ook in gevallen zonder beleidsvrijheid/beleidsruimte,¹³ waarbij dus geen belangen kunnen worden afgewogen. Deze spectaculaire nieuwe encycliek van de paus van het Nederlandse bestuursrecht is inderdaad nog niet breed door het juridische forum omarmd en verdient aparte aandacht.

De kern van het verweer

In de kern komt het verweer van Van Ettekoven erop neer dat de POK niet heeft onderkend dat enkele centrale wettelijke bepalingen die de Afdeling onrechtmatig zou heb-

Deze spectaculaire nieuwe encycliek van de paus van het Nederlandse bestuursrecht is inderdaad nog niet breed door het juridische forum omarmd

ben geïnterpreteerd en toegepast, nu eenmaal zeer dwingend waren geformuleerd: *lex dura!* Daarom zag de Afdeling geen ruimte voor souplesse van de Belastingdienst/Toeslagen en evenmin voor een evenredigheids-toetsing door haarzelf.

Het draait daarbij – in mijn terminologie – om de 'alles-of-niets'-lijn en de '100%-terugvorderingsplicht'. Bij de *alles-of-niets-lijn* gaat het om het op nihil stellen van de hele toeslag, zelfs bij betrekkelijk geringe gebreken in de aanvraag of de verantwoording. Zo werd bij een niet (vrijwel) volledige verantwoording ook geen proportionele toeslag toegekend voor zover er wel was verantwoord en er wel degelijk kinderen waren opgevangen. Bij de *100%-terugvorderingsplicht* ging het om de plicht van de Belastingdienst/Toeslagen om bij een te veel betaald bedrag, dit voor 100% terug te vorderen, ongeacht de evenredigheid van de gevolgen daarvan.

De commissie-Donner en in haar voetspoor Zijlstra zien de 100%-terugvorderingsplicht als onderdeel van de alles-of-niets-lijn,¹⁴ maar ik vind de bovenstaande tweedeling overzichtelijker. In de twee Afdelingsuitspraken van 23 oktober 2019 komen zij ook apart aan bod.¹⁵

Alles-of-niets-lijn is toch niet zo dwingend

Van de *alles-of-niets-lijn* zegt Van Ettekoven nu dat die toch niet zo dwingend was als altijd was beweerd (p. 101 l.k.). Daarmee is wel de eerste fout van de Afdeling erkend en zijn de verwijten van de POK in zoverre terecht.¹⁶ Als de Afdeling de *alles-of-niets-lijn* niet zo lang had gesauveerd, was duizenden ouders veel leed bespaard gebleven.

Viel aan de 100%-terugvorderingsplicht niet te ontkomen?

Inzake het 'omgaan' inzake de *100%-terugvorderingsplicht* schrijft Van Ettekoven dat het daarbij 'schuurt met de wettekst'. Hij houdt staande dat artikel 26 Awir dwong tot de 'oude' interpretatie en toepassing, en dat het 'omgaan' een eenmalig kunststukje van de Afdeling is. Dat vinden ook de 'big shots' R.J. Hoekstra, H.D. Tjeenk Willink, P.J.G. Kapteyn en F.P. Zwart die de Afdeling in deze voor haar zo spannende tijden te hulp zijn gesnel, overigens zonder een juridische onderbouwing van de *100%-terugvorderingsplicht*, behalve een verwijzing naar het ontbreken van een hardheidsclausule.¹⁷ Zie voor dat laatste hierna.

Wat zegt de wettekst?

Artikel 26 Awir bepaalde in de relevante periode:

'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.' (curs. toeg.)

Ik citeer deze bepaling volledig, omdat ik mij bij lezing van de jurisprudentie en het *NJB*-artikel van Van Ettekoven soms afvroeg: hebben ze op de Kneuterdijk soms een andere wettekst?

Er stond dus dat de burger *het hele bedrag was verschuldigd*, maar gewoon¹⁸ niet dat de Belastingdienst/Toeslagen dat bedrag voor 100% moest terugvorderen. Hoe

kan het dan dat Van Ettehoven schrijft: artikel 26 Awir 'is wel duidelijk. Als er ten onrechte voorschot op toeslag is uitbetaald, dan moet het ten onrechte betaalde bedrag worden teruggevorderd. En wel in zijn geheel. De tekst van artikel 26 Awir geeft geen ruimte voor interpretatie.'¹⁹

Verder bestond weliswaar in de relevante periode *geen expliciete bevoegdheid* voor de Belastingdienst/Toeslagen om van terugvordering af te zien of de terugvordering te matigen, geen hardheidsclausule. Maar is zo'n *expliciete bevoegdheid* wel nodig als de wettekst helemaal niet verplicht tot 100% terugvorderen? Heeft de Belastingdienst/Toeslagen geen *geïmpliceerde bevoegdheid* daartoe als dat uitsluitend in het voordeel van een burger is? *Mag wie het meerdere mag, niet ook het mindere?*

Een 100%-terugvorderingsplicht is pas per 1 januari 2021 opgenomen in een nieuw tweede lid van artikel 26 Awir, nu wel in combinatie met een hardheidsclausule.

Wat zegt de wetsgeschiedenis?

Kijken we in de memorie van toelichting bij artikel 26 Awir. Daar lezen we: 'Als aan een belanghebbende meer is uitbetaald dan waar hij recht op heeft, kan het teveel betaalde bedrag worden teruggevorderd.'²⁰ Ik weet wel, het is maar een zin uit een memorie van toelichting. Toch duidt deze *kan-bepaling* allerminst op een *100%-terugvorderingsplicht*, integendeel.

Leonard Besselink legt in zijn *NJB*-bijdrage bij deze passage uit de memorie van toelichting niet zozeer het accent op het woord 'kan', maar op het 'te veel betaalde bedrag'. Daar leidt hij uit af dat alleen het meerdere, maar niet het hele bedrag van het voorschot kan worden teruggevorderd.²¹ Daarbij miskent hij, als ik het goed zie, dat als je maar eenmaal aanneemt dat rechtmatig de *alles-of-niets-lijn* kan worden toegepast, na een nihilstelling altijd het *hele* bedrag te veel betaald is, en dat bedrag dus voor 100% kan worden teruggevorderd. Besselink en ik zijn het er wel over eens dat als eenmaal de rechtvaardiging van de *alles-of-niets-lijn* is weggevallen, en die is ook bij Van Ettehoven

al weggevallen, de memorie van toelichting bepaald niet de *imperatieve interpretatie* van de Afdeling, namelijk een *100%-terugvorderingsplicht*, ondersteunt. Integendeel.

Al met al dwongen noch de tekst noch de wetsgeschiedenis van artikel 26 Awir tot de interpretatie die de Afdeling steeds heeft gevolgd en nog steeds aanhangt. Zij dwongen eerder tot de tegengestelde interpretatie: het ging om een *discretionaire bevoegdheid met beleidsruimte*.

Besselink wijst er verder terecht op dat de Afdeling bij het 'omgaan' wel wijst op de tekst en de wetsgeschiedenis van artikel 26 Awir, maar deze niet citeert en evenmin ten grondslag legt aan het 'omgaan'. Dat is logisch omdat de Afdeling dan *expressis verbis* had moeten toegeven dat zij eerder gewoon fout zat, ook bij de *100%-terugvorderingsplicht*, en daar heeft de Afdeling kennelijk nog steeds geen zin in.

Is het ontbreken van een hardheidsclausule dan het dragende argument?

De Raad van State heeft in zijn wetgevingsadvies gesteld dat 'een hardheidsclausule bij massale processen niet kan worden gemist'. Van Ettehoven wijst daar ook op (p. 102 r.k.).

De regering achtte zo'n hardheidsclausule echter niet nodig omdat 'op het belangrijkste element van de inkomensafhankelijke regelingen, de draagkracht, al een voldoende waarborg tegen onbillijke gevolgen wordt geboden'. Bovendien kan volgens de Raad voor de rechtspraak 'een hardheidsclausule een bron van conflicten zijn en leiden tot een veelvuldig beroep op de bestuursrechter'.²² Dat laatste is toch gebeurd, zij het met andere soorten conflicten. De Tweede Kamer dwong ook geen hardheidsclausule af.²³

De Afdeling heeft in haar uitspraken en nu ook in het *NJB*-artikel *a contrario* uit het niet opnemen van een hardheidsclausule afgeleid dat bij de terugvordering *geen maatwerk mag worden geleverd*, dat niet aan de *evenredigheid* mag worden getoetst. De Afdeling beroept zich daarbij niet expliciet op de wetsgeschiedenis en evenmin

De Afdeling heeft *a contrario* uit het niet opnemen van een hardheidsclausule afgeleid dat bij de terugvordering *geen maatwerk mag worden geleverd*, dat niet aan de *evenredigheid* mag worden getoetst

11. ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, AB 2020/86, m.nt. Drahmman en Jongkind, *Gst.*

2020.30, m.nt. Stijnen (*100% terugvordering*). Indien hierna in citaten cursivering en voorkomen, zijn die door mij toegevoegd.

12. M. Scheltema, *Een wet van Meeden en Perzen?*, preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid 2019.

13. Hierna in de terminologie van de Afdeling: *beleidsruimte*.

14. Adviescommissie uitvoering toeslagen

(commissie-Donner), *Omzien in verwondering (1)*, interim-advies, Den Haag november 2019.

15. ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, AB 2020/85, m.nt. Drahmman en Jongkind, *Gst.*

2020.29, m.nt. Stijnen, *AAM 20200393*, m.nt. Marseille (*alles-of-niets*); ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, AB 2020/86, m.nt. Drahmman en Jongkind, *Gst.* 2020.30, m.nt. Stijnen (*100% terugvordering*).

16. *Ongekend onrecht*, p. 36.

17. Respectievelijk Hoekstra: *de Volkskrant* 14 januari 2021, Tjeenk Willink: *NRC* 14 januari 2021, Kapteyn: *NRC Handelsblad* 16-17 januari 2021 en Zwart: *NJB* 2021/201, afl. 3.

18. Willem van Bennekom, 'Beschermdere functie van het recht moet terug', *Trouw* 8 januari 2021: een verplichting tot invorderen 'stond en staat "gewoon" niet in de wet.'

19. B.J. van Ettehoven, 'Tussen wet en recht', *NJB* 2021/101, p. 99 r.k. Zie ook

p. 102 l.k., 104 r.k.

20. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 764, nr. 3, p. 22, curs. toeg.

21. L.F.M. Besselink, 'De Afdeling Bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire', *NJB* 2021/201, p. 195 r.k., p. 196.

22. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 764, nr. 5, p. 10-11. Is deze adviesrol bij wetgeving van de Raad voor de rechtspraak trouwens wel *Procolaproof*?

23. *Ongekend onrecht*, p. 13, 34.

op het wetgevingsadvies van de Raad van State. Is de Afdeling door *Procola*-angst daarvan weerhouden?

In de 'basisuitspraak' van 8 juni 2016 waar de Afdeling ook op 23 oktober 2019 naar verwijst, lezen we:

'Ingevolge artikel 26 van de Awir is de belanghebbende, 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, het bedrag van de terugvordering *in zijn geheel verschuldigd*.

In dit artikel staat met zoveel woorden dat het bedrag van de terugvordering *in zijn geheel is verschuldigd*. In dit verband wordt verwezen naar vaste jurisprudentie van de Afdeling (...). Volgens deze jurisprudentie is in artikel 26 van de Awir dwingendrechtelijk bepaald dat indien een herziening of een verrekening leidt tot een terug te vorderen bedrag, de belanghebbende het bedrag van de terugvordering *in zijn geheel is verschuldigd*. In de Awir is geen bepaling opgenomen op grond waarvan de Belastingdienst/Toeslagen van terugvordering kan afzien dan wel de terugvordering kan matigen.²⁴

Er staat drie keer dat het *bedrag* van de terugvordering *in zijn geheel is verschuldigd*. Maar dat zegt *drie keer niks*

Er staat drie keer dat het *bedrag* van de terugvordering *in zijn geheel is verschuldigd*. Maar dat zegt drie keer niks over de 100%-terugvorderingsplicht

over de 100%-terugvorderingsplicht. Afgesloten wordt met een verwijzing naar het ontbreken van een hardheidsclausule. Dat ontbreken van een hardheidsclausule is dan dus het enige dragende (*a contrario*) argument.

Nu zijn *a contrario* redeneringen in het algemeen al niet de allersterkste. Maar bij de terugvordering gaat het gezien de tekst en de wetsgeschiedenis van artikel 26 Awir helemaal niet om een gebonden bevoegdheid waarbij een hardheidsclausule hoort, maar om een discretionaire bevoegdheid met beleidsruimte. Zou dan *a contrario* uit het niet opnemen van een hardheidsclausule moeten worden afgeleid dat de Belastingdienst/Toeslagen geen (*geïmpliceerde*) bevoegdheid heeft om van terugvordering af te zien of de terugvordering te matigen? Ook niet als dat uitsluitend in het voordeel van een burger is? *Mag wie het meerdere mag, niet ook het mindere?* Zelfs niet bij een discretionaire bevoegdheid met beleidsruimte?

Tot slot

De tekst noch de wetsgeschiedenis van artikel 26 Awir dwongen in de relevante periode inzake de 100%-terugvorderingsplicht tot de interpretatie die de Afdeling steeds heeft gevolgd en nog steeds aanhangt. Zij gaven juist aanleiding tot de tegengestelde interpretatie: bij de terugvorderingsbevoegdheid bestond beleidsruimte. Het *a contrario*-argument van het ontbreken van een hardheidsclausule kon daar niet aan afdoen, omdat een hardheidsclausule gezien de tekst en wetsgeschiedenis helemaal niet nodig was. In zoverre zijn ook deze verwijten van de POK terecht. Als de Afdeling de 100%-terugvorderingsplicht-lijn niet had gevolgd, was nog veel meer ouders veel leed bespaard gebleven.

Ten onrechte zingt de Afdeling daarom: *Ik was het niet, ik was het niet, het was de wetgever!*²⁵ •

²⁴. ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610, curs. toeg.

²⁵. Deze afsluiting en de titel van dit artikel zijn ontleend aan het TV-programma van 21 november 2020 *Even tot hier* waarin een act was te zien: 'ik was het niet, ik was het niet, hij was het!'