

Driemaal is (geen) scheepsrecht?

De juridische reflectie op de toeslagenaffaire ontleed

Jacob van de Beeten & Rob van de Beeten¹

Ondanks een reeks van kritische wetenschappelijke publicaties komt de Afdeling in haar *Zelfreflectie* naar aanleiding van de toeslagenaffaire niet terug op haar interpretatie van artikel 26 Awir als dwingend recht en het idee dat de wetgever in 2005 bewust een strenge wet aannam. Ook in de eerdere rapporten van de Raad van de Rechtspraak en de Venetië Commissie kwam dit punt niet helder uit de verf. Dit terwijl de dwingendrechtelijke lezing noch uit de wettekst noch uit de wetsgeschiedenis te rechtvaardigen valt. Zo fungeert artikel 26 Awir als een bliksemafleider: enerzijds kan de foute interpretatie van de Wko worden toegegeven, terwijl anderzijds het beeld van de 'strenge wet' ook in stand wordt gehouden. Door de oorzaak van de toeslagenaffaire te *framen* als een gebrek aan rechtsbescherming wordt de discussie over artikel 120 Grondwet en constitutionele toetsing weer leven ingeblazen, terwijl dat nu juist niet het probleem was.

1. Inleiding

In de afgelopen twee maanden zijn er drie analyses van de toeslagenaffaire verschenen. Eerst verscheen het rapport *Recht vinden bij de Rechtbank* van de Raad voor de rechtspraak, vervolgens de opinie van de Venetië Commissie van de Raad van Europa en kortgeleden ook de uitgebreide zelfreflectie van de Raad van State.² Alle drie de rapporten zijn over het algemeen goed ontvangen, evenals de conclusies, aanbevelingen en diverse schuldbekentenissen. Toch komt geen van de drie rapporten tot een sluitende juridische analyse van de toeslagenaffaire. Het rapport van de Raad voor de rechtspraak is te oppervlakkig, de Venetië Commissie hanteert een onjuist juridisch kader en het rapport van de Raad van State gaat weliswaar de diepte in, maar omzeilt de juridische tekortkomingen in de eigen jurisprudentie.

In deze bijdrage zetten wij deze omissies recht. We zullen niet ingaan op alle vragen die deze rapporten oproepen, maar ons beperken tot een analyse van het juridisch kader en specifiek de interpretatie van de Awir. In de verschillende rapporten is niet genoeg nadruk gelegd op de verkeerde wetsinterpretatie door de bestuursrechter. Doordat dit gegeven niet volledig wordt erkend, blijft het beeld bestaan van een wetgever die een strenge toeslagenwet aannam, terwijl in werkelijkheid de Belastingdienst de wet te streng heeft toegepast en de Afdeling bestuursrechtspraak van de

Raad van State ('de Afdeling') de wet onjuist heeft geïnterpreteerd.

Dit is problematisch, omdat een juridisch gebrekkige analyse ook tot een verkeerde probleemoplossing leidt. Door de oorzaak van de toeslagenaffaire te *framen* als een gebrek aan rechtsbescherming wordt de discussie over artikel 120 Grondwet en constitutionele toetsing weer leven ingeblazen, terwijl dat nu juist niet het probleem was.³ Tegelijkertijd is er onvoldoende aandacht voor de interne cultuur van de Afdeling en de gevolgen daarvan voor de gebrekkige motivering van en in de uitspraken over de kinderopvangtoeslagen. Dit laatste voedt uiteraard de discussie over een andere vraag, namelijk of de hoogste bestuursrechtspraak bij de Raad van State moet blijven.

Wij beginnen met een korte bespreking van het relevante juridisch kader, waarna wij de rapporten op volgorde van verschijningsdatum zullen bespreken. We eindigen met een korte reflectie over de pleidooien voor constitutionele toetsing in reactie op de toeslagenaffaire.

2. Juridisch kader toeslagenaffaire

De juridische dimensie van de toeslagenaffaire kent twee aspecten. Enerzijds is er de 'alles-of-niets'-benadering van de Belastingdienst die zij baseerde op de Wet kinderopvang (Wko). Deze praktijk hield in dat als de belasting-

dienst vaststelde dat bij de aanvraag van kinderopvangtoeslag fouten waren gemaakt – zelfs al waren dit administratieve slordigheden – er geen recht bestond op kinderopvangtoeslag. Nadat vaak al hoge voorschotten waren uitgekeerd, werd de definitieve aanvraag op nihil gesteld wat bij vele ouders tot grote geldproblemen zorgde. De Afdeling heeft deze aanpak van de belastingdienst jarenlang geaccordeerd zonder te motiveren dat deze op een straf neerkomende sanctie de expliciete bedoeling van de wetgever was. Eind 2019 wijzigde de Afdeling haar interpretatie.⁴

Daarnaast bestond ook de 100%-terugvorderingsplicht die voortkwam uit artikel 26 (oud) van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) die inhield dat als de Belastingdienst eenmaal had vastgesteld dat een bedrag moest worden teruggevorderd, de belastingdienst verplicht was om het gehele bedrag terug te vorderen. Eind 2019 heeft de Afdeling ook haar interpretatie van deze bepaling gewijzigd met een beroep op het evenredigheidsbeginsel en vanwege de ‘ernst en omvang’ van de financiële gevolgen voor ouders.⁵ Vervolgens heeft de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, Bart Jan van Ettehoven, publiekelijk verkondigd dat deze koerswijziging een ‘paardenmiddel’ was dat schuurde met de tekst van de wet. In plaats daarvan had de wetgever niet moeten nalaten om een hardheidsclausule in te bouwen.⁶

Door velen is inmiddels betoogd dat artikel 26 Awir door de Afdeling ten onrechte is uitgelegd als een dwingende bepaling. Damen presenteert het meest overtuigende argument, namelijk dat in artikel 26 weliswaar staat dat de belanghebbende het bedrag in zijn geheel verschuldigd is, maar daaruit blijkt niet dat de Belastingdienst dit bedrag voor 100% moest terugvorderen.⁷ Met andere

woorden: artikel 26 bevat geen gebonden bevoegdheid, want de tekst geeft überhaupt geen antwoord op de vraag wat de Belastingdienst moet doen zodra een belanghebbende een bedrag verschuldigd is. Daarnaast hebben onder andere Besselink,⁸ Zijlstra⁹ en Essers¹⁰ op basis van verschillende argumenten betoogd dat artikel 26 geen dwingendrechtelijke bepaling was en wel degelijk ruimte bood voor toepassing van het evenredigheidsbeginsel.

3. Rapport raad van rechtspraak

Het rapport *Recht vinden bij de Rechtbank* gaat helaas aan al deze argumenten voorbij door te stellen dat de Raad van State wel degelijk tot de dwingendrechtelijke lezing van artikel 26 Awir kon komen. Vooral de manier waarop dit gebeurt wringt. In de juridische bijlage van het rapport wordt gesteld dat, hoewel door enige auteurs is betoogd dat uit de tekst van artikel 26 Awir zou blijken dat matiging van de terugvordering mogelijk is, een dergelijke uitleg niet strookt met de tekst van de wet en de memorie van toelichting.¹¹ Bovendien zouden deze auteurs miskennen dat een dergelijke bepaling begrepen moet worden binnen de systematiek van de wetgeving. Daarbij wordt in een voetnoot verwezen naar een passage uit de memorie van toelichting. Hoe de auteurs van het Rapport daar een terugvorderingsplicht in menen te kunnen lezen wordt echter niet duidelijk gemaakt; wij denken, omdat de auteurs de wetsgeschiedenis niet goed hebben gelezen. Erger nog is dat het grootste deel van de bovengenoemde auteurs volledig wordt genegeerd. De opstellers maken zich dus veel te makkelijk van deze juridische kwestie af door de argumenten van verschillende gezaghebbende hoogleraren eenvoudigweg te negeren.

Eerder hebben wij al in een bijdrage in het *NTB* laten zien de Afdeling haar dwingendrechtelijke lezing van artikel 26 Awir in geen enkele uitspraak met juridische argumenten onderbouwt en dat deze uitleg achteraf is gerechtvaardigd op basis van verkeerde aannames over de wil van de wetgever.¹² Uit het rapport *Recht vinden bij de Rechtbank* blijkt dat ook bestuursrechtssimpelweg niet goed naar artikel 26 Awir gekeken hebben. Namens de Rechtbank Rotterdam, waar lange tijd verzet was tegen de ‘alles-of-niets’-lijn van de Raad van State, verklaart rechter Coojmans dat de Rotterdamse bestuursrechtssimpelweg niet goed naar artikel 26 Awir gekeken hebben. Namens de Rechtbank Rotterdam, waar lange tijd verzet was tegen de ‘alles-of-niets’-lijn van de Raad van State, verklaart rechter Coojmans dat de Rotterdamse bestuursrechtssimpelweg niet goed naar artikel 26 Awir gekeken hebben. Namens de Rechtbank Rotterdam, waar lange tijd verzet was tegen de ‘alles-of-niets’-lijn van de Raad van State, verklaart rechter Coojmans dat de Rotterdamse bestuursrechtssimpelweg niet goed naar artikel 26 Awir gekeken hebben. Namens de Rechtbank Rotterdam, waar lange tijd verzet was tegen de ‘alles-of-niets’-lijn van de Raad van State, verklaart rechter Coojmans dat de Rotterdamse bestuursrechtssimpelweg niet goed naar artikel 26 Awir gekeken hebben.

Door velen is inmiddels betoogd dat artikel 26 Awir door de Afdeling ten onrechte is uitgelegd als een dwingende bepaling

Auteurs

1. Mr. J. van de Beeten promoveert op de verbeelding van recht en Europese integratie aan de London School of Economics.
- Mr. R.H. van de Beeten is werkzaam als advocaat en was lid van de Eerste Kamer.

Noten

2. Werkgroep Reflectie Toeslagenaffaire Rechtbanken, *Recht vinden bij de Rechtbank: lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken* (oktober 2021); Venice Commission, The Netherlands: Opinion on the Legal Protection of Citizens (Straatsburg, 15-16 oktober), CDL-AD(2021)031; Afdeling

bestuursrechtspraak van de Raad van State, *Lessen uit de kinderopvangtoeslagen* (november 2021).

3. Zie bijvoorbeeld: Ingrid Leijten, ‘Constitutional Review in Sight?: The Venice Commission on the Dutch Childcare Allowance Scandal’, *VerfassungsBlog*, 25 oktober 2021, verfassungsblog.de/constitutional-review-in-sight.
4. ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, AA20200393, m.nt. Marseille
5. ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, r.o. 5.10.
6. Raad van State onderzoekt eigen uitspraak

na toeslagenaffaire: ‘Het had anders gekund’, *Trouw* 9 januari 2021. Zie ook:

Bart Jan van Ettehoven, ‘Tussen Wet en Recht’, *NJB* 2021/101, afl. 2.

7. Leo Damen, ‘Ik was het niet, ik was het niet, het was de wetgever!’, *NJB* 2021/354, p. 371-374.

8. Leonard Besselink, ‘De Afdeling Bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire’, *NJB* 2021/201, afl. 3, p. 194-198.

9. Sjoerd Zijlstra, ‘Lessen uit de toeslagenaffaire’, *NTB* 2021/59.

10. Peter Essers, ‘De menselijke maat en “Ongekend onrecht”’: Kanttekeningen bij

het Verslag “Ongekend onrecht” van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag’, in: *Op zoek naar evenwicht Liber Amicorum Marc Groenhuijsen*, 2021.

11. Rapport Werkgroep Reflectie Toeslagenaffaire Rechtbanken, *Recht vinden bij de Rechtbank*, 2021, 69.

12. J. van de Beeten & R.H. van de Beeten, ‘De Mythe van de hardheidsclausule: de toeslagenaffaire en de interpretatie van artikel 26 Awir’, *NTB* 2021, afl. 5, p. 299-305.

Het is zonder meer aannemelijk dat door de uitspraak van de Raad van State over artikel 26 Awir de rechtsopvatting is ontstaan dat de Belastingdienst bij de terugvordering geen beleidsruimte had

werden gesteld voor een recht op toeslag, in mindere mate op de Awir'.¹³ De gedachte daarbij was: 'het onrecht geschiedt op het moment van een onredelijke herziening/nihilstelling (Wko), ongeacht het terug- en invorderingstraject (Awir)'.¹⁴

Op deze lezing valt nogal wat af te dingen: het onrecht kwam ook tot stand door de verkeerde lezing van artikel 26 Awir. De Raad van State heeft immers zelf geoordeeld dat dit artikel aan toepassing van het evenredigheidsbeginsel in de weg stond. Bovendien staat ook vast dat tot 2008 – het jaar waarin de Afdeling tot de dwingendrechtelijke uitleg van artikel 26 Awir kwam – de Belastingdienst wel degelijk tot kwijtschelding van toeslagschulden overging. Zo schrijft de Rekenkamer in haar rapport bij het jaarverslag 2008 dat de Belastingdienst dat jaar bijna € 60.000 aan vorderingen heeft kwijtgescholden.¹⁵ Het is dus zonder meer aannemelijk dat door de uitspraak van de Raad van State over artikel 26 Awir de rechtsopvatting is ontstaan dat de Belastingdienst bij de terugvordering geen beleidsruimte had. Zou de toeslagenaffaire werkelijk zo uit de hand gelopen zijn als de ambtenaren bij de Belastingdienst gedacht hadden dat de wet hen wel beleidsruimte bood bij de terugvordering?

Voor sommigen is al deze aandacht voor de interpretatie van artikel 26 Awir misplaatst. Zo betoogde Bert Marseille dat de obsessieve aandacht voor artikel 26 Awir afleidt van de fouten van de Afdeling in haar interpretatie van de Wko.¹⁶ Om die reden prijst hij het rapport van de Raad voor de rechtspraak. Dat doet echter niets af aan het feit dat wel erg makkelijk voorbij wordt gegaan aan de gemaakte fouten met betrekking tot artikel 26 Awir. De enige verklaring die wij daarvoor hebben is het belang om dit niet te benadrukken, aangezien de lagere bestuursrechters hier simpelweg geen oog voor hadden.

4. Rapport van de Venetië Commissie

Met betrekking tot het rapport van de Venetië Commissie, heeft Marseille echter zeker een punt. In dit rapport wordt namelijk überhaupt geen onderscheid gemaakt tussen de 'alles-of-niets'-benadering en de 100%-terugvorderingsplicht, waardoor de Afdeling aan alle kritiek ontsnapt. De rapporteurs van de Venetië-Commissie hanteren een warrig juridisch kader en zien de wettelijke basis van de 'alles-of-niets'-benadering in artikel 26 Awir in plaats van de Wet kinderopvang.¹⁷ Het gevolg daarvan is dat in het gehele rapport met geen woord wordt gesproken over de Wet kinderopvang en de manier waarop de Afdeling deze wet jarenlang verkeerd heeft geïnterpreteerd.¹⁸ Bovendien houdt het rapport vast aan de interpretatie van artikel 26 Awir als een dwingendrechtelijke bepaling die noopte tot

invorderen van het gehele bedrag.¹⁹ Vervolgens wordt met de vinger naar de wetgever gewezen die een strenge wet zou hebben gemaakt en zou hebben nagelaten om hardheidsclausules op te nemen – een verwijt dat Afdelingsvoorzitter Van Ettehoven en vele anderen ook aan de wetgever gemaakt hebben.²⁰

Wij hebben eerder al in het *NTB* betoogd dat al deze aandacht voor de afwezige hardheidsclausule compleet misplaatst is en ten onrechte het beeld creëert dat de wetgever de intentie had om een streng terugvorderingsregime op te tuigen.²¹ De ontbrekende hardheidsclausule vormt telkens weer aanleiding om het strenge karakter van artikel 26 Awir te benadrukken. Zo stelde Martine Mondt – oud-lid van de Raad van State – in januari 2021 in *NRC*: 'De Awir is een harde wet en het is ook steeds de bedoeling geweest dat die wet streng werd uitgevoerd'.²² Om die reden pleitte zij voor het invoeren van hardheidsclausules. Ook in het rapport van de Venetië Commissie komt de mythe weer aan bod: '*Parliament intentionally adopted harsh legislation without hardship clauses*'.²³ Zijlstra meent zelfs dat het ontbreken van een hardheidsclausule een doorslaggevende rol in de 100%-terugvordering-jurisprudentie van de Afdeling heeft gespeeld.²⁴

Beeldvorming vertroebelt hier een duidelijk zicht op de feiten. De Awir was geen strenge wet en het feit dat er in de Awir geen algemene hardheidsclausule is opgenomen, zegt niets over de intentie van het parlement om een streng terugvorderingsregime op te tuigen. Wie de moeite neemt om de verslagen van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Awir te lezen, ziet dat er door de Tweede Kamer maar zeer weinig over de terugvordering werd gesproken, laat staan over strenge terugvordering in het licht van fraudebestrijding. In de nota naar aanleiding van het verslag staat zelfs dat: 'een effectievere aanpak van fraude niet als expliciete doelstelling is opgenomen'.²⁵

Sterker nog, het debat in de Tweede Kamer over de hardheidsclausule had uitsluitend betrekking op de *toekenning* van toeslagen. Verschillende Kamerleden wilden niet dat burgers die enige vorm van smartengeld krijgen uitgekeerd (bijvoorbeeld asbestslachtoffers of voormalig mijnwerkers) daardoor hun recht op toeslagen zouden verliezen.²⁶ De staatssecretaris maakte echter duidelijk dat in de belastingwetgeving al een regeling bestaat die dergelijke situaties voorkomt.²⁷ Er was daarom geen noodzaak om een hardheidsclausule op te nemen. Met een intentie om streng terug te vorderen had dit niks te maken.

Wel werd een hardheidsclausule opgenomen met betrekking tot de vermogensgrens bij de toekenning van toeslagen, omdat daar de fiscale regelgeving geen uitkomst biedt. De rapporteurs van de Venetië Commissie

noemen deze hardheidsclausule 'impractical',²⁸ maar hebben duidelijk geen idee van de context waarin de discussie plaatsvond.

Uiteindelijk doen de rapporteurs zes aanbevelingen aan het parlement – nota bene is de eerste aanbeveling om voortaan hardheidsclausules op te nemen! – en geen enkele aan de Afdeling. Dit is onbegrijpelijk gezien de juridische missers die zijn gemaakt. Al helemaal omdat de Venetië Commissie vervolgens ook adviseert om nog eens kritisch naar artikel 120 Grondwet te kijken en te overwegen om het toetsingsverbod te herzien. Een advies dat door verschillende rechtswetenschappers meteen is omarmd, zonder stil te staan bij het feit dat dit advies voortkomt uit een gebrekkige juridische analyse.²⁹

5. De zelfreflectie van de Afdeling

Gezien de gebreken in bovenstaande analyses, was het aan de Afdeling om het juridisch kader helder uiteen te zetten en de gemaakte fouten met betrekking tot artikel 26 Awir te erkennen. Over een periode van ruim tien maanden hebben de staatsraden, daarbij ondersteund door een externe commissie van juridische zwaargewichten, hun eigen werkwijze geanalyseerd. Dit resulteerde in drie rapporten van in totaal bijna 500 pagina's, waarvan het merendeel is gewijd aan een juridische reflectie. Toch laat ook de Afdeling het na om de fouten met betrekking tot artikel 26 Awir te benoemen. Waar de Venetië Commissie te veel nadruk op artikel 26 Awir legt, doet de Afdeling precies het tegenovergestelde: er wordt voluit erkend dat de 'alles-of-niets'-benadering niet uit de wet volgde en de Afdeling op dit punt fouten heeft gemaakt, maar over de interpretatie van artikel 26 Awir wordt eigenlijk niks gezegd.

In het hoofdrapport *Lessen uit de kinderopvangtoeslagen* staat over artikel 26 Awir alleen het volgende:

'In de kern gaat die discussie over de vraag of de bepalingen uit de Wet kinderopvang en de Awir een gebonden bevoegdheid bevatten, dat wil zeggen dat er maar één uitleg mogelijk is. Tal van rechtsgeleerden hebben zich hierover alsnog uitgelaten. Een meerderheid vindt de destijds door de Afdeling bestuursrechtspraak gekozen uitleg onjuist, een minderheid kan zich in de gekozen uitleg vinden. Daarbij wordt aangetekend dat de strenge uitleg van artikel 26 Awir door meer rechtsgeleerden wordt gedeeld dan de uitleg van de desbetreffende bepalingen uit de Wet kinderopvang.'³⁰

Op de kwalificaties die de Afdeling hier aanbrengt komen wij zo terug. In een voetnoot wordt vervolgens verwezen naar de juridische reflectie die is samengesteld door verschillende staatsraden. In dit rapport wordt in veel detail ingegaan op de juridische literatuur die is verschenen in reactie op het omgaan van de Afdeling en de publieke verdediging van Van Ettehoven. De auteurs besteden ruim tien pagina's aan een uitputtende samenvatting van deze literatuur, maar er wordt vervolgens *geen enkel oordeel* over de literatuur en de daarin aangedragen argument geveld.³¹ Wel staat ook in de juridische zelfreflectie een opmerking over de reacties. Zo stellen de auteurs:

'Van de vele reacties die de rechtspraak van de Afdeling heeft ontlokt is een minderheid instemmend. Een meerderheid van de auteurs plaatst kanttekeningen bij de uitleg die de Afdeling heeft gegeven aan artikel 26 Awir. Echter, noch onder de instemmende, noch onder de kritische reacties is sprake van eenstemmigheid ten aanzien van de redenen waarom de Afdeling al dan niet voor een bepaalde uitleg van de wet had moeten kiezen.'³²

De auteurs besteden ruim tien pagina's aan een uitputtende samenvatting van deze literatuur, maar er wordt vervolgens geen enkel oordeel over de literatuur en de daarin aangedragen argument geveld

13. Rapport Werkgroep Reflectie Toeslagenaffaire Rechtbanken, *Recht vinden bij de Rechtbank* (2021), 41.

14. *Ibid.*, 42.

15. De Rekenkamer stelt vervolgens dat deze kwijtscheldingen onrechtmatig zijn verleend, zie *Kamerstukken II*, 31924 IXB, nr. 2, p. 42, Jaarverslag en Slotwet Ministerie van Financiën. De kwalificatie 'onrechtmatig' is logisch in het licht van de jurisprudentie van de Afdeling uit dat jaar, zie ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8262.

16. Bert Marseille, 'Raad van State wordt de wacht aangezegd: bestuursrechtters blikken

terug en vooruit na toeslagenaffaire', *NederlandRechtsstaat.nl* (18 oktober 2021).

17. Venice Commission, *Opinion on the Legal Protection of Citizens*, §13.

18. Er is in het hele rapport slecht een generieke verwijzing naar de Wet kinderopvang ('Childcare Act') te vinden, zie §104.

19. Venice Commission, *Opinion on the Legal Protection of Citizens*, §82 en §104.

20. Bart Jan van Ettehoven, 'Tussen Wet en Recht', *NJB* 2021/101, afl. 2.

21. J. van de Beeten & R.H. van de Beeten, 'De Mythe van de hardheidsclausule: de toeslagenaffaire en de interpretatie van artikel 26 Awir', *NTB* 05/2021, p. 299-305.

22. Martine Mondt, 'Eenvoudige oplossing: zet een hardheidsclausule in de wet', *NRC* 5 januari 2021.

23. Venice Commission, *Opinion on the Legal Protection of Citizens*, §53.

24. Sjoerd Zijlstra, 'Lessen uit de toeslagenaffaire', *NTB* 2021/59, p. 134.

25. *Kamerstukken II* 2004/05, 29764, nr. 8, p. 12.

26. Zie onder andere *Handelingen II* 2005/06, 39, p. 2596 en 2610 en *Handelingen II* 2005/06, 40, p. 2690 en 2698.

27. *Handelingen II* 2005/06, 40, p. 2708.

28. Venice Commission, *Opinion on the Legal Protection of Citizens*, §47.

29. Zie onder andere Tom Barkhuysen, 'Toetsing aan de Grondwet: uitweg of uitvlucht?' *NJB* 2021/2810, afl. 38, en de verschillende rechtswetenschappers in Francisca Mebius, 'Schrapping artikel 120 Gw: Iedereen is om, behalve de VVD', *Advocatenblad* 21 november 2021, geraadpleegd via www.advocatenblad.nl/2021/11/11/schrapping-artikel-120-gw-iedereen-is-om-behalve-de-vvd/.

30. Afdeling Bestuursrechtspraak, *Lessen uit de kinderopvangtoeslagen*, p. 40.

31. Afdeling Bestuursrechtspraak, *Verslag van de werkgroep juridische reflectie*, p. 51-64.

32. *Ibid.*, p. 62.

Het is verbazingwekkend dat de meerstemmigheid in de literatuur zo wordt benadrukt, want meerstemmigheid is de norm in iedere vorm van wetenschappelijk debat. Bovendien is het merendeel van de ‘instemmende reacties’ gepubliceerd op de opiniepagina van de *NRC* (oud-vicevoorzitter van de Raad van State Tjeenk Willink en oud-staatsraad Paul Kapteyn) en *de Volkskrant* (oud-lid van de Raad van State Rein Jan Hoekstra). Het zal niet verbazen dat de verwijzingen naar de ‘strengere wet’ in deze bronnen niet juridisch wordt onderbouwd. Waarom de werkgroep juridische reflectie zich dan toch genoodzaakt ziet om naar deze ‘instemmende reacties’ te verwijzen ontgaat ons dan ook volledig.

Het wordt niet veel beter. De werkgroep juridische reflectie citeert ook bijdragen van hoogleraren Ortlep en Van Den Brink en hoogleraar Poorter, maar deze reageren alleen op de kritiek van Besselink.³³ In hun interpretatie van artikel 26 Awir hebben deze auteurs dus niet gereageerd op de kritiek van Damen ten aanzien van de wettekst, onze analyse van de wil van de wetgever en de argumenten van onder andere Zijlstra en Al Khatib en Linders over de mogelijke toepassing van het EVRM.³⁴ Hoezo wordt dit door de werkgroep niet opgemerkt? De laatste instemmende reactie die de werkgroep juridische reflectie aanhaalt, is het oriënterend onderzoek over de mogelijke vervolging van bewindspersonen van voormalig procureur-generaal bij de Hoge Raad Jos Silvis. In dit onderzoek verwart Silvis, evenals de Venetië Commissie, de ‘alles-of-niets’-benadering en de 100%-terugvoeringsplicht. Ook hij herhaalt vervolgens de mythe van de hardheidsclausule.³⁵

Al met al had de werkgroep dus beter kunnen schrijven:

‘Een grote meerderheid van de auteurs is erg kritisch op de uitleg die Afdeling heeft gegeven aan artikel 26 Awir. De auteurs dragen daarvoor verschillende argumenten aan die elkaar versterken en aanvullen. Deze auteurs schrijven dat noch de wettekst, noch de bedoeling van de wetgever aanleiding geeft tot een dwingendrechtelijke uitleg. Bovendien is door hen ook betoogd dat de Afdeling te makkelijk aan het EVRM voorbij is gegaan. In de literatuur zijn geen tegenargumenten aangedragen.’

Dat de auteurs van de juridische reflectie ervoor kiezen om de verschillen in de literatuur te benadrukken is een keuze, die waarschijnlijk meer zegt over de meerstemmigheid binnen de Afdeling zelf dan over de (academische) literatuur als zodanig. Gezien de boude uitspraken van Van Ettekoven was het politiek simpelweg niet opportuun om wat betreft artikel 26 Awir alsnog om te gaan. Het lijkt ons logisch dat om die reden de staatsraden de verschillende argumenten op geen enkele manier wegen en nalaten alsnog een inhoudelijk oordeel te vellen.

Kwalijk is ook dat in het reflectierapport wederom de mythe van de hardheidsclausule wordt herhaald. Zo stelt het rapport dat bij de strenge uitleg van de wet heeft meegespeeld ‘het feit dat de wetgever bewust geen hardheidsclausule voor het recht op toeslag heeft opgenomen in de wet’.³⁶ Zoals wij hebben hierboven laten zien, had de afwe-

De afwezigheid van een hardheidsclausule had niets, maar dan ook niets, te maken met de intentie om een strenge wet te maken. Er is dus geen sprake van een feit, maar van een fictie

zigheid van een hardheidsclausule niets, maar dan ook niets, te maken had met de intentie om een strenge wet te maken. Er is dus geen sprake van een *feit*, maar van een *fictie*. Van Ettekoven maakt het nog erger door in verschillende media weer over de Bulgarenfraude te beginnen: ‘Het politieke klimaat van die tijd was streng, strenger, strengst. Ook door de ontdekte Bulgarenfraude.’³⁷ Nogmaals: alle relevante wetgeving dateert van voor de Bulgarenfraude en dat geldt ook voor de ‘harde lijnen’ van de Afdeling.

En daarmee komen we bij de kern van wat volgens ons aan het rapport van de Afdeling schort. Noch in het rapport over de zelfreflectie noch in de juridische reflectie wordt in enige detail ingegaan op de wetsgeschiedenis van de Wko of de Awir. Dat terwijl door Van Ettekoven uitgebreid is aangevoerd dat het niet de taak van de bestuursrechter is om op de stoel van de wetgever plaats te nemen; dan zou men toch verwachten dat op basis van de parlementaire geschiedenis van de Awir of de Wko wordt gekeken naar wat de wetgever daadwerkelijk bedoelde? Is niet een van de lessen die de Afdeling had moeten trekken dat staatsraden meer aandacht dienen te geven aan een bestudering van de wetsgeschiedenis? In de zelfreflectie staat niet voor niets dat de onderbouwing voor de strenge uitleg van de wet ‘maar beperkt in de desbetreffende uitspraken [is] terug te vinden’.³⁸

6. Van toeslagenaffaire naar constitutionele toetsing?

Ondanks een reeks van kritische wetenschappelijke publicaties wordt niet teruggekomen op de strenge interpretatie van artikel 26 Awir als dwingend recht en het idee dat de wetgever in 2005 bewust een strenge wet aannam. Dit terwijl een dergelijke lezing noch uit de wettekst, noch uit de wetsgeschiedenis te rechtvaardigen valt. In de zelfreflectie valt evenmin een sluitende uiteenzetting hierover te vinden, zelfs niet het begin ervan. Al heeft de Afdeling op tal van punten de hand in eigen boezem gestoken, het rapport schiet te kort in de evaluatie van de voor de rechtspreekende functie essentiële eis beslissingen conform de tekst van de wet en de wil van de wetgever te beoordelen (als dat was gebeurd, had de discussie überhaupt niet over algemene beginselen, het EVRM of het toetsingsverbod hoeven te gaan).

Wij betogen natuurlijk niet dat de wetgever of de Belastingdienst/Toeslagen vrijuit gaan. Verschillende

Gezien de gebrekkige juridische analyse en het gemis aan zelfreflectie op de interne cultuur van de Afdeling, biedt het rapport extra munitie voor hen die de hoogste bestuursrechtspraak bij de Raad van State willen weghalen

ministers en de Tweede Kamer hebben bewust signalen uit de praktijk genegeerd. Een treurige illustratie is de manier waarop de Tweede Kamer in maart 2016 de motie van leden Ulenbelt en Siderius wegstemde. Daarin werd voorgesteld om alleen de niet-betaalde ouderbijdrage te innen en de rest van de terugvordering van de kinderopvangtoeslag kwijt te schelden.³⁹ Bovendien zijn ook binnen de Belastingdienst/Toeslagen grote fouten gemaakt. Natuurlijk ligt lang niet alle schuld bij de Raad van State.

Tegelijkertijd is het van belang om de juiste lessen uit de toeslagenaffaire te trekken. Daarbij is het dus niet logisch om, zoals de Venetië Commissie, alleen aanbevelingen te doen aan de uitvoerende macht en de wetgever, en de rechtspraak compleet te ontzien. Ook vinden wij het bevreemdend dat de Venetië Commissie de toeslagenaffaire als aanleiding ziet om het debat over artikel 120 Grondwet opnieuw leven in te blazen. De staatsraden advocaat-generaal Wildershoven en Wattel sorteerden alvast voor op een dergelijke uitkomst door in hun conclusie van 7 juli 2021 te stellen dat de tijd rijp is voor 'afschaffing van het onzes inziens achterhaalde, recht belemmerende en (omgekeerd) discriminerende artikel 120 Grondwet, dat Nederland constitutioneel ook ongunstig onderscheidt van andere Staten'. Hoogleraar staatsrecht Heringa stelde zelfs dat 'als het toetsingsverbod niet had bestaan, rechters mogelijk eerder alert waren geweest bij de toeslagenaffaire'.⁴⁰

Voor dergelijke aannames bestaat geen enkel bewijs, zelfs geen begin daarvan. Het is duidelijk dat in beginsel de toeslagenaffaire niet voortkwam uit een gebrek aan rechtsbescherming, maar dat dit gebrek is ontstaan door de strenge uitvoeringspraktijk van de Belastingdienst die door de Afdeling bestuursrechtspraak is geaccordeerd. Zowel in de *vertaling* van de wet naar de praktijk als bij de *toetsing* van de praktijk aan de wet is het dus misgegaan. De problematiek zat niet in de verhouding tussen rechter

en wetgever, of in een te strenge wet vanuit een grondwettelijk of mensenrechtelijk perspectief, maar in de gebrekkige manier waarop de Raad van State de uitvoeringspraktijk van de Belastingdienst/Toeslagen heeft getoetst aan het geldende wettelijk kader. Wie meent dat grondwettelijke toetsing, in wat voor een vorm dan ook, deze situatie eerder had kunnen corrigeren, zal daarvoor een gedegen onderbouwing dienen aan te dragen.

In plaats van opnieuw te discussiëren over het al dan niet schrappen van artikel 120 en het invoeren van constitutionele toetsing, is het logischer een weg te zoeken waarlangs wetgever en rechter een beter zicht kunnen ontwikkelen op de uitvoeringspraktijk en de invloed van rechterlijke uitspraken op die praktijk.

Daarnaast wacht een aantal kritische vragen over de interne cultuur van de Afdeling nog altijd op een antwoord: Hoe kan het dat geen enkele staatsraad de wetsgeschiedenis erbij gepakt heeft? Hoe kan het dat de Raad van State de wetsuitleg van de Belastingdienst zo makkelijk heeft overgenomen? Hoe kan het dat in de zelfreflectie zo weinig aandacht voor dergelijke vragen is geweest? De externe begeleidingscommissie heeft indringend antwoord gevraagd op de vraag 'of en op welke wijze de cultuur van de Afdeling een rol heeft gespeeld bij het late "omgaan" van de Afdeling', maar signaleert dat op dit punt geen scherp beeld is ontstaan.⁴¹

Gezien de gebrekkige juridische analyse en het gemis aan zelfreflectie op de interne cultuur van de Afdeling, biedt het rapport extra munitie voor hen die de hoogste bestuursrechtspraak bij de Raad van State willen weghalen. In de parlementaire enquête wordt die discussie ongetwijfeld voortgezet. Wij hopen slechts dat in dat debat niet langer de zogenaamde 'strenge wet' en 'ontbrekende hardheidsclausule' als rechtvaardiging voor de fouten van de Afdeling worden aangevoerd. •

33. Dat heeft deels ook te maken met het tijdstip van publicatie. J.E. van den Brink & R. Ortlep, 'Kinderopvangtoeslagaffaire. De democratische rechtsstaat wordt als staal in de wind gehard', *NJB* 2021/353, afl. 5, p. 363-370. Poorter wordt in de juridische reflectie wel geciteerd, maar zonder vermelding van vindplaats. Wij nemen aan dat het om de volgende bijdrage gaat: J.C.A. de Poorter, 'Ongekend onrecht in de kinderopvangtoeslag en de rol van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van Sta-

te', *JBplus*/01, maart 2021.

34. Leo Damen, 'Ik was het niet, ik was het niet, het was de wetgever!', *NJB* 2021/354, afl. 5, p. 371-374; J. van de Beeten & R.H. van de Beeten, 'De Mythe van de hardheidsclausule: de toeslagenaffaire en de interpretatie van artikel 26 Awir', *NTB* 2021/136, afl. 5; Sjoerd Zijlstra, 'Lessen uit de toeslagenaffaire', *NTB* 2021/60, afl. 3; en Ali Al Khatib & Tess Linders 'Het EVRM als anker om een nieuwe toeslagenaffaire te voorkomen', *NJB* 2021/1321, afl. 18,

p. 1479-1486.

35. J. Silvis, *Aangifte tegen bewindspersonen in de Toeslagenaffaire: Een oriënterend onderzoek van de procureur-generaal bij de Hoge Raad*, p. 35. Te raadplegen via: www.hogeraad.nl/over-ons/publicaties/.

36. Afdeling Bestuursrechtspraak, *Lessen uit de kinderopvangtoeslagen*, p. 34.

37. Zie onder meer: 'Rechters waren te lang te streng' *Het Parool* 19 november 2021.

38. Afdeling Bestuursrechtspraak, *Lessen uit de kinderopvangtoeslagen*, p. 36.

39. *Kamerstukken II* 2015/16, 31322 (Kinderopvang), nr. 295 motie van de leden Ulenbelt en Siderius.

40. 'Moet een rechter kunnen zeggen dat de wet niet deugt?' *Trouw* 24 september 2021, geraadpleegd via trouw.nl/binnenland/moet-rechter-kunnen-zeggen-dat-een-wet-niet-deugt-b0c7bb2b/.

41. Afdeling Bestuursrechtspraak, *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken*, p. 81.