

Hoofdstuk 1

De toeslagenaffaire

Bijna 30 jaar was ik rechter, waarvan 25 jaar bestuursrechter. Veel ging er vaak goed, van fouten heb ik het meest geleerd. Na verloop van tijd groeide het besef dat het rechtspreken beter kon en ook beter moest. Vooral de laatste tien jaar dat ik rechter was, kreeg ik meer inzicht. Ik was toen beter in staat meer afstand van mijn dagelijkse bezigheden te nemen en daarover na te denken. Nadien heeft de toeslagenaffaire me nog meer aan het denken gezet. Bij nader inzien: om bestuursrechter te zijn, is, anders dan misschien gedacht, individueel meesterschap niet voldoende. Natuurlijk, kennis van het recht, zijn regels en jurisprudentie, de vaardigheid om een zitting te leiden en een uitspraak te schrijven, vullen de gereedschapskist die noodzakelijk is om recht te kunnen spreken. Zonder die kennis en kunde kom je niet ver. Maar is die kist daarmee voldoende gevuld om aan burgers rechtsbescherming tegen de overheid te verlenen? Het beschermen van rechten van burgers is immers de taak van de bestuursrechter, de voornaamste reden van zijn bestaan. De toeslagenaffaire laat zien dat het antwoord op die vraag nee is. De bestuursrechter kon met al zijn juridische kennis en vaardigheden, en die zijn niet gering, niet voorkomen dat velen door de Belastingdienst/toeslagen onrecht werd aangedaan.

Per 1 februari 2020 ging ik met pensioen en zat ik dankzij de coronapandemie in splendid isolation thuis in Groesbeek. En toen kreeg je dit: de toeslagenaffaire. Het falen van de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid. Ben je 25 jaar bestuursrechter geweest, zat je er middenin, en toch (of juist daarom?) had je het niet in de gaten. Het rapport van de parlementaire ondervragingscommissie *Ongekend onrecht* (december 2020) bracht het slechte nieuws. Na lezing drong tot me door: de bestuursrechter, ook ik dus, had moeten ingrijpen en de Belastingdienst/toeslagen op tijd, en dat is vanaf het begin, moeten corrigeren. Dat heeft hij nagelaten, jarenlang kon de Belastingdienst/toeslagen zijn gang gaan. De affaire werd een schandaal dat nog steeds voortwoekert. Toen het erop aankwam is de bestuursrechter aanmerkelijk tekortgeschoten.

Nog meer onrecht

Te vrezen valt dat de toeslagenaffaire niet op zichzelf staat. Onrecht in de rechtsbescherming kent meer gezichten. Twee voorbeelden. In een bijzonder nummer van het *Nederlands Juristenblad* (NJB april 2021) is aandacht gevraagd voor het vele onrecht in het vreemdelingenrecht, onthutsend om te lezen. En hoe is het gesteld met de uitvoering van de bijstand? We hebben in de krant kunnen lezen over de bijstandsmoeder die een deel van haar bijstand zou moeten terugbetalen (duizenden euro's) omdat haar moeder haar boodschappen met enige regelmaat betaalde. De rechtbank vond dat goed en oordeelde dat terug moest worden betaald. De Centrale Raad van Beroep heeft in hoger beroep het college van B&W, de uitvoeringsinstantie voor de bijstand, deels teruggefloten en de uitspraak van de rechtbank daarom vernietigd.

Hoe zal het verder gaan met de rechtsbescherming van de burger na de toeslagenaffaire? Hoe zal de uitvoeringsinstantie en daarna de bestuursrechter zich gaan opstellen? Met enige regelmaat valt er in de krant wel iets over te lezen. Zo was het UWV er niet in geslaagd een aanvraag om een arbeidsongeschiktheidsuitkering op tijd te behandelen. Er waren fikse achterstanden. Daarom gaf het UWV de betrokkene maar een voorschot op zijn mogelijke uitkering. Na behandeling van de aanvraag bleek maanden later dat er toch geen recht op een uitkering bestond. Gelukkig heeft het UWV zelf ingezien dat het ervan moest afzien om het voorschot terug te vorderen. Het besluit om niet terug te vorderen was tegen de wet, want de wet verplicht tot terugvorderen. Terugbetalen van het voorschot zou betrokkenen in grote problemen hebben gebracht. Zou de bestuursrechter tot hetzelfde resultaat zijn gekomen indien het UWV het erop aan had laten komen en toch het voorschot was gaan terugvorderen? Ik ben er niet helemaal gerust op. Een ander voorbeeld. Dezelfde uitkeringsinstantie heeft besloten een dubbele uitkering die door haar per ongeluk ten onrechte was uitbetaald niet terug te vorderen, lees ik in de NRC van 9 september 2021. Terugvorderen zou een te grote impact op betrokkenen kunnen hebben, zegt een UWV-bestuurder. Zou de bestuursrechter ook zo hebben geredeneerd? Er is geen ruimte voor de menselijke maat als de bestuursrechter zich van een legistische redenering bedient. Bij 'wet is wet' verdwijnt het individu in de abstractie van de algemene regel, de mens wordt niet meer gezien: terugbetalen dus.

Een laatste voorbeeld haal ik uit *de Volkskrant* van 29 september 2021. Het betreft een column van verslaggever Toine Heijmans en is een vervolg op een eerdere column van hem over deze zaak. In het kort komt de zaak hierop neer dat de politie constateert dat een automobilist vier, niet al te ernstige, verkeersovertredingen heeft begaan. Hij was geen bumperklever en ook reed hij niet veel te hard, geen verkeershuffer dus, zou je denken. De naam van de automobilist wordt toch doorgegeven aan het CBR (Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen). Het CBR legt de automobilist de maatregel op dat hij een zogenaamde verkeershufferscursus moet volgen. De niet geringe cursuskosten komen voor zijn rekening. Zijn protesten halen te weinig uit. Drie van de vier overtreedingen worden weliswaar geschrappt, die blijken niet te zijn begaan, maar er resteert nog eentje, links blijven rijden. Ook in dat ene geval is de toepasselijke wet dwingend en laat geen ruimte voor een afweging van belangen, aldus de uitvoeringsinstantie. Bezwaar ongegrond. Dit keer gaat de uitvoeringsinstantie, het CBR, anders dan daarnet het UWV, niet zelf overstag. Het CBR heeft evenmin oog voor de menselijke maat, schrijft de verslaggever. Nu is de bestuursrechter (de rechtbank) aan zet. De verslaggever schrijft daarover: 'De bestuursrechter deed wat bestuursrechters doen: door een kokertje kijken, niet de mens zien en zijn omstandigheden.' Voor een rechter geen fijne feedback om te ontvangen, zeker niet in tijden van de toeslagenaffaire. Ik begrijp uit de column dat de zaak nu in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State is beland. Staat de maatregel (het volgen van een verkeershufferscursus) voor het links blijven rijden wel in verhouding tot de bedoeling van de wet: verkeershuffers aanpakken? Is het nu echt zo dat toelaten van de menselijke maat afhankelijk is van de grillen van een wetgever of de luimen van een uitvoeringsinstantie? En mag de bestuursrechter er geen oog voor hebben?

Maar kijk aan, dezelfde rechtbank van daarnet (Gelderland) heeft in haar uitspraak van 9 november 2021 (ECLI:NL:RBGEL:2021:5972) wel in aanmerking genomen dat toepassing van de wettelijke regeling (het ging om een arbeidsongeschiktheidsuitkering) tot onevenredig nadelige gevolgen voor betrokkene zou leiden. De rechtbank heeft het besluit van het UWV waarin de wet strikt werd toegepast, vernietigd. In dit bijzondere geval had het UWV de wet buiten toepassing moeten laten, was het oordeel van de rechtbank. Ik ben benieuwd wat het hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep, zo dat wordt ingesteld door het UWV, zal

brengen. Een nieuwe lente en een nieuw geluid? Maar ik ben voorzichtig: één zwaluw maakt nog geen zomer.

Een burger moet bij de rechter terechtkunnen om tegen de macht van de overheid te worden beschermd. Als daar niet meer op kan worden vertrouwd, valt de rechtsstaat van zijn voetstuk. Alleen al bij de kinderopvangtoeslag zijn vele duizenden mensen de dupe geworden, zelfs aan de bedelstaf geraakt. Het leed is nauwelijks te overzien. En hoe zit het met de compensatie van al die gedupeerden? Krijgen ze de genoegdoening waarop ze recht hebben? Hoe lang zullen ze moeten wachten? Ambtelijke molens malen nu eenmaal langzaam. Het is mooi dat er een overheid is die de opdracht heeft om aan mensen in de knel bestaanszekerheid te verschaffen. Je bent alleen niet te benijden als je van een sociale voorziening gebruik moet maken. Bestaanszekerheid kan op een dag in het tegendeel verkeren. In het sociale vangnet blijken asociale gaten te zitten. Daardoorheen kan je diep vallen. En de bestuursrechter keek lange tijd toe en deed niets. Hij ging voorbij aan missers in wetgeving en uitvoering en voor de maatschappelijke gevolgen van zijn uitspraken had hij evenmin oog.

Drie hoofdrolspelers

Hoofdrolspelers in het toeslagendrama zijn de drie staatsmachten die elkaar op het rechte pad en in evenwicht zouden moeten houden: de wetgever, de uitvoerder en de rechter. Dat evenwicht was helaas ver te zoeken. Wat was hun rol?

In een rechtsstaat begint het allemaal bij de **wetgever**. Er is voor een uitvoeringsinstantie geen bevoegdheid om op te treden zonder dat de wet dat mogelijk maakt. Regering en parlement, Eerste en Tweede Kamer der Staten-Generaal, zijn tezamen wetgever, met de Raad van State als adviseur. Het foutenfestival is bij de wetgever begonnen. In de kern deugt de toeslagenwetgeving niet. Zij biedt namelijk geen enkele rechtszekerheid. Goede wetgeving biedt dat wel. Zekerheid bieden is juist een belangrijke functie van wetgeving. Mensen die een toeslag aanvragen zijn van het geld dat ze krijgen afhankelijk. De toeslagen verschaffen hen bestaanszekerheid. Zonder dat geld kunnen ze vaak niet of nauwelijks rondkomen. Hun aanvragen werden door de Belastingdienst/toeslagen niet of nauwelijks bekeken. Dat hoefde van de wetgever ook niet. Bovendien kon het niet want er waren eenvoudig te veel aanvragen.

De toeslagen werden daarom als voorschot verstrekt. Nader onderzoek volgt. Als een jaar later de gegeven toeslag wel wordt beoordeeld en als dan blijkt dat er geen recht op bestaat, dat kan om allerlei redenen zijn, dan is het geld natuurlijk al lang uitgegeven en is Leiden in last. In zo'n systeem van controle achteraf komt alle risico te liggen bij degene die dat juist niet kan dragen: de burger. De burger moet terugbetalen. Dat kan hij niet, het gaat om duizenden euro's. Mensen komen zodoende in de problemen: loonbeslag, huisuitzetting, rekeningen die niet meer kunnen worden betaald en ga zo maar door. Een en al ellende. En het allerergste, ook kinderen waren de dupe. Ze werden niet zelden uit huis geplaatst, weg bij hun ouder(s). Dat leed gaat maar door. Vaak konden ouders er weinig aan doen, hun situatie was moeilijk te beoordelen of ze hadden het niet helemaal goed begrepen. Voor hen zijn formulieren vaak te lastig om goed in te vullen. Zelf ben ik er ook geen held in. Het toeslagensysteem was bovendien buitengewoon fraudegevoelig. Ook dat werkte in het nadeel van de ouders die te goeder trouw waren. Om fraude tegen te gaan, werden velen als verdachten aangemerkt als er in de ogen van de Belastingdienst/toeslagen ook maar iets mis leek. Er kwam een ware heksenjacht tegen fraude op gang. Er werden mensen veel te gemakkelijk als fraudeurs weggezet, ten onrechte bleek later. Maar het kwaad was al geschied. Het kwaad was bovendien veel erger dan aanvankelijk werd gedacht. De Belastingdienst/toeslagen discrimineerde, zo is later boven water gekomen. Er kwam ook nog eens een boete bovenop de terugvordering omdat de wet dat voorschreef. Met enige regelmaat bleken mensen zonder dat zij het wisten in zee te zijn gegaan met mafide gastouderbureaus of bureaus die hun administratie niet op orde hadden. Dat risico kwam ook geheel voor hun rekening. Kortom, onzekerheid troef. En die onzekerheid werd afgewenteld op de ouders. Dit soort wetgeving is niet voor herhaling vatbaar, weten we nu.

De Raad van State heeft over die wetgeving geadviseerd. Zijn advies was om een hardheidsclausule op te nemen om uitzonderingen op de dwingende regelgeving toe te laten. Dat advies heeft de wetgever niet overgenomen. Is dat een gemiste kans? Had het wat uitgemaakt? Ik weet bijna zeker van niet. In mijn jarenlange praktijk van bestuursrechter ben ik vele malen een beroep op een hardheidsclausule tegengekomen. Ik kan me niet herinneren dat er ook maar eentje is geslaagd. De interpretatie van zo'n clausule is snoeihard en laat vrijwel geen ruimte voor mededogen. De wet moet worden nageleefd, dat staat voorop: lex

dura sed lex. De regel is niet voor niets hard. Zo heeft de wetgever het kennelijk gewild. Het doel heiligt de middelen. Het advies van de Raad van State was dus niet goed. Waarom hebben de bestuursrechters van de Raad van State de wetgevingsadviseurs niet op betere gedachten gebracht? Ik vraag me dit af omdat één van de argumenten om ook rechtspraak bij de Raad van State onder te brengen juist is ingegeven door de gedachte dat adviseren over wetgeven en rechtspreken (toepassen van wetten) elkaar wederzijds zo goed zouden kunnen ondersteunen. Niet dus. En dat is niet zo gek, want rechtspreken en adviseren zijn verschillende disciplines. Ook de Raad voor de rechtspraak heeft een wetgevingsadvies afgegeven, heb ik gelezen. Eén van de adviezen was om geen hardheidsclausule in de toeslagenwetgeving op te nemen omdat dat alleen maar meer beroepen zou uitlokken. Ik schrijf dit met schaamrood op de kaken. Het advies van de Raad voor de rechtspraak smaakt in ieder geval niet naar meer. De rechtspraak is er niet voor om over wetgeving te adviseren. Houd die machten gescheiden. Dat wist Montesquieu al. Hou je bij je leest, dat is moeilijk genoeg. Er is bovendien voldoende werk aan de eigen winkel. Doe minder beter, zei Job Cohen eens. Corrigeren van wetgeving en uitvoering doet een rechter, als hij het goed doet, via zijn uitspraak. Als de letterlijke tekst van de wettelijke regel te weinig speelruimte laat, kan hij binnen de bedoelingen van de wet gebruikmaken van een redelijke wetsuitleg. Van zo'n uitspraak kunnen beide andere staatsmachten kennismaken en daar hun voordeel mee doen.

De **uitvoering** van de toeslagenwetgeving is in handen van de Belastingdienst/toeslagen. De uitvoerders hadden de opdracht, zo begrepen zij van hogerhand, de regels strikt na te leven en hard tegen fraude op te treden. Er was al wel een (geheim) advies van de landsadvocaat (2009) om maatwerk te leveren en niet alles en iedereen over één kam te scheren, maar dat advies is niet opgevolgd. Aan de regels werd een fraudeaanpakdraai gegeven. De regels werden strenger dan streng uitgelegd teneinde fraude tegen te gaan. Na verloop van tijd kregen de uitvoerders van de Belastingdienst/toeslagen ook zelf in de gaten dat hun manier van doen wel erg hardvochtig was. Er werd geen onderscheid gemaakt tussen lichte gevallen (bijvoorbeeld niet geheel de eigen bijdrage betaald) en zware gevallen (de uitgave van de toeslag helemaal niet kunnen verantwoorden). Er vielen slachtoffers en dat kon toch ook niet de bedoeling zijn. Er is aan de bel getrokken, misschien zelfs wel alarm geslagen: moeten we wel zo doorgaan? Van de hoogste bestuurs-

rechter, de Afdeling bestuursrechtspraak, mag het, maar is het wel goed? De boodschap drong echter onvoldoende bij het Ministerie van Financiën door, evenmin landde zij op het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. De notities zijn in de la verdwenen en pas veel later en veel te laat boven water gekomen. De uitvoering heeft gefaald, het toezicht daarop door ministers en staatssecretarissen evenzeer. Aan ministers door burgers geschreven brieven werden inadequaet behandeld. Een rapport van de Nationale ombudsman is straal genegeerd. Er schijnen zelfs gesprekken te zijn geweest tussen de Nationale ombudsman en bewindslieden. Maar ook dat hielp niet. De informatievoorziening aan de Tweede Kamer was ronduit beschamend. Het was aan de hardnekkigheid van twee kamerleden, Omtzigt en Leijten, te danken dat deze ontsparing van de rechtsstaat aan het licht kwam. Het kabinet trad af. Minister Wiebes stapte direct op en oud-minister Asscher trad terug als lijsttrekker van en kandidaat voor de PvdA. Een onvermijdelijke gang van zaken als het vertrouwen in de rechtsstaat zo diepgaand en stelselmatig is geschaad. Premier Rutte had het goede voorbeeld moeten geven of in ieder geval moeten volgen. De rechtsstaat was bij hem niet in goede handen. De rechtsstaat is meer dan verkiezingen, meer dan een meerderheid in het parlement. De zogenaamde Rutte-doctrine, het niet open en voluit delen van informatie, kleeft aan hem. Een volgend kabinet zal aan herstel van vertrouwen moeten werken. En heel erg hard moeten werken, want vertrouwen komt te voet, en is te paard gegaan. Is het gek dat veel mensen de politiek de rug toekeren?

Ten slotte de **rechter**. Het rapport *Ongekend onrecht* van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag constateert dat ook de bestuursrechtspraak jarenlang een wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan het in stand houden van de niet dwingend uit de wet volgende spijkerharde uitvoering van de regelgeving van de kinderopvangtoeslag. Daarmee heeft de bestuursrechtspraak zijn belangrijke functie van rechtsbescherming van individuele burgers veronachtzaamd, schrijft de Parlementaire commissie. Zij is met name geraakt door het tot in oktober 2019 wegedeneren van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die zouden moeten dienen als stootkussen en beschermende deken voor mensen in nood. Naar mijn beste weten is het niet eerder voorgekomen dat vanuit het parlement zo openlijk en indringend de rechtspraak de maat wordt genomen. Maar als een vernietigend oordeel ergens op zijn plaats is, dan is het hier. Anders dan politici en ambte-

naren kunnen rechters niet worden ontslagen. Zij zijn voor het leven benoemd om hun onafhankelijkheid te waarborgen. Dat is een groot goed in een rechtsstaat, in goede en slechte tijden. Deze beschermde positie legt op rechters wel de dure plicht de rechtspraak zo in te richten dat zij haar taak onpartijdig en nauwgezet verricht, dat recht wordt gedaan en onrecht voorkomen. Gaat het hier mis, zal de rechter bij zichzelf te rade moeten gaan om tegenmaatregelen te nemen teneinde verder onrecht te voorkomen. De toeslagenaffaire laat zien dat het grondig mis is gegaan.

Ik zie overigens niets in een voorstel van het zo dadelijk nog te bespreken reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State om met enige regelmaat gesprekken tussen de drie staatsmachten te organiseren, waarvoor ook de rechtswetenschap, de Nationale ombudsman en wie verder ook maar een beetje meetelt, een uitnodiging kan ontvangen. Houd de rechter van de beide andere staatsmachten gescheiden. Een rechter praat noch overlegt over onafhankelijk en onpartijdig rechtspreken, hij treedt op door recht te doen. Het is aan anderen daarover een mening te hebben of een oordeel te geven: doet de rechter het goede en doet hij dat goed genoeg? Die anderen zijn bijvoorbeeld journalisten, de rechtswetenschap, de Raad van State in zijn jaarverslag (au, dat zou deels neerkomen op het keuren van eigen vlees, de bestuursrechtspraak van de Raad van State), het parlement. Een rechter poldert niet. De rechter neemt, als het goed is, van al die opinies kennis en kan er zijn voordeel mee doen door aan te passen en te verbeteren. Nou vooruit dan, als ik nog rechter zou zijn en ik zou een uitnodiging voor zo'n overleg krijgen, zou ik nieuwsgierig aanschuiven en vooral luisteren naar wat er leeft. En hopen op een redelijke lunch. Het is ook een sociaal gebeuren.

Beginselen van behoorlijk bestuur

Vooraf het wegedeneren van beginselen van behoorlijk bestuur zit, als gezegd, de Parlementaire commissie dwars. De Belastingdienst/toeslagen ging volledig aan die algemene beginselen voorbij en vorderde grote bedragen bij de ouders terug. Het was alles of niets. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de hoger-beroepsinstantie in toeslagenzaken, heeft deze praktijk goed gevonden. In dat spoor zijn de bestuursrechters van rechtbanken meegegaan. Beide deden ze niet het goede.