



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Toeslagenaffaire: outlier of symptoom van het systeem?

Schuurmans, Y.E.

Citation

Schuurmans, Y. E. (2021). Toeslagenaffaire: outlier of symptoom van het systeem? *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2021(6), 205-207. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278693>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3278693>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Toeslagenaffaire: *outlier* of symptoom van het systeem?

Een *outlier* is een feitelijke bevinding die significant verschilt van andere bevindingen. En wel in die mate, dat de *outlier* het beeld vervuult en voor een betrouwbare statistische analyse uit de dataset moet worden verwijderd. Is de Toeslagenaffaire een *outlier*? Het leed uit de Toeslagenaffaire is ongekend, zo verwoordde de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (POK).¹ Die bevinding wordt breed gedragen. Parlement, rechtspraak,² ombudsman³ noch wetenschap⁴ hadden in het vizier dat burgers met zó velen zó hard werden getroffen door de terugvorderingen van de Belastingdienst. Verlies van baan, inkomen, ouderlijk gezag en uithuisplaatsingen waren het gevolg. Is dat onrecht ongekend omdat het recht in de Toeslagenaffaire zo andersoortig is toegepast en staatsmachten zo andersoortig hebben gefunctioneerd, dat we het gewoon niet konden zien aankomen? Geldt de Toeslagenaffaire als *outlier* bij de 'meting' van de staat van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, die ons beeld oneigenlijk vervormt? Of hoort de affaire in onze dataset als we het functioneren van rechtsbescherming tegen de overheid willen beschrijven? Ik meen het tweede, omdat wij een bestuursrechtelijk systeem hebben ontworpen waarin zo een grootschalige catastrofe zich nou eenmaal eerder voordoet dan in – tja – het rechtssysteem van een gemiddelde moderne westerse liberale democratie.

Het is lastig om met de ogen van een buitenstaander naar het Nederlandse systeem van rechtsbescherming tegen de overheid te kijken. Bij velen zal het idee leven dat je een spectrum aan bestuursrechtelijke rechtssystemen hebt en dat wij zo ongeveer in het midden zitten – of in ieder geval aan de kant van de meest ontwikkelde rechtsbeschermingsstelsels. Dat is niet zo. Natuurlijk, Nederland heeft sterke democratische instituties en is een goed functionerende staat. Maar, het ontwerp van het rechtsbeschermingsstelsel is atypisch en zit aan een uiteinde van een spectrum.

Wij hebben altijd veel geïnvesteerd in de effectiviteit van bestuurlijke besluitvorming en in rechtsbescherming door het bestuur zelf. Voordat burgers naar de rechter kunnen stappen, moeten zij gebruikmaken van de bestuurlijke voorprocedure, anders is er geen toegang tot de rechter. Die bestuurlijke voorprocedure is laagdrempelig en heeft een enorme zeefwerking, omdat zo'n 90% van de geschillen in bezwaar wordt afgedaan, zonder dat het ooit tot een procedure bij de rechter komt. Goede besluitvorming

is er ook het meest bij gebaat dat burgers alle relevante informatie en argumentatie al in die voorprocedure ter kennis van het bestuur brengen. Daarom heeft de rechtspraak een lange tijd 'fuiken' gehanteerd, in de vorm van bewijs-, gronden- en laatstelijk onderdelenfuiken (artikel 6:13 Awb), die de informatie-inbreng in (hoger) beroep beperken. In het Nederlandse bestuursrecht zien we rechtspraak vooral als een aanvullende voorziening voor een enkele uitwas die het bestuur niet zelf heeft weten op te lossen. Europese arresten als *Bentham*⁵ en *Varkens in Nood*⁶ vormen dan een *shock to the system*, omdat blijkt dat de Europese benadering anders is: burgers hebben recht op toegang tot de onafhankelijke en onpartijdige rechter. Daar mag je wel beperkingen aan stellen, maar niet zó generiek als het Nederlandse bestuursrecht soms placht te doen, door bijna alle rechtsbescherming door het bestuur te laten verlenen en de competentie van de bestuursrechter klein te houden. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kon dit jaar niet anders dan bepalen dat milieuorganisaties en belanghebbenden milieubesluiten bij haar mogen bestrijden, ook als ze helemaal niet aan enige bestuurlijke voorprocedure hebben meegedaan.⁷ De onderdelenfuike van artikel 6:13 Awb bleek in strijd met het Verdrag van Aarhus. Het is mooi als je nooit naar de rechter hoeft omdat het bestuur het geschil al oplost, maar uiteindelijk is rechtsbescherming gewoon dé taak van de rechter.

Een ander kenmerk is de aard van bestuursrechtelijke normering. Het Nederlandse bestuursrecht heeft een sterk instrumentele functie en draagt bij aan een effectieve uitvoering van bestuurstaken. Wet- en regelgeving formuleren bevoegdheden voor het bestuur en de normen die het daarbij in acht dient te nemen. Subjectieve rechten waarop burgers een beroep kunnen doen bij die bevoegdheidsuitoefening, zijn veel minder sterk ontwikkeld. Denk alleen al aan onze algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die we wat onevenwichtig hebben geladen. De formele beginselen als het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel zijn in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gecodificeerd en uitgebreid in jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen. De meer materiële beginselen op basis waarvan de burger een bepaald recht kan claimen, zoals het evenredigheids-, vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel, zijn jarenlang niet of nauwelijks te effectueren geweest, omdat vrijwel elk beroep daarop werd afgewezen. De bestuursrechtelijke werkgroep die onderzocht

1. Verslag Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend onrecht*, Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 2.
2. Rapport Werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken, *Recht vinden bij de rechtbank. Lessen uit de toeslagenaffaire*, oktober 2021 en B.J. van Ettekoven, 'Tussen wet en recht', *NJB* 2021/101.
3. Reinier van Zutphen, 'Woorden zijn nooit zonder betekenis en daden trouwens ook niet', *NTB* 2021/74.
4. Zie o.a. Leo Damen, 'Mea culpa: ik was het wel!', *NTB* 2021/63.
5. EHRM 23 oktober 1985, AB 1986/1, m.nt. Hirsch-Ballin, NJ 1986/102, m.nt. Alkema.
6. HvJ EU 14 januari 2021, C-826/18, AB 2021/200, m.nt. Nijmeijer.
7. ABRvS 14 april 2021, AB 2021/201, m.nt. Nijmeijer & Tolsma.

of de Awb mee kan komen in Europeesrechtelijke ontwikkelingen ziet juist in dat verschil in normstelling een frictie. Daar waar het beginsel van goed bestuur in Europees- en internationaalrechtelijke context vooral door subjectieve burgerrechten en het burgerperspectief wordt ingekleurd, formuleert de Awb de beginselen als bestuurlijke gedragsnormen, waarbij de inhoud vanuit bestuurlijk perspectief wordt gedefinieerd.⁸ Dat de rechtspraak in de toeslagenaffaire zo gemakkelijk ingrijpende bevoegdheden voor de Belastingdienst aannam en evenredigheidstoetsing categoriaal van de hand wees,⁹ is geen *outlier* in bestuursrechtelijk rechtsbeschermingsland.

Die zwakke erkenning van subjectieve burgerrechten komt niet alleen door een onevenwichtige codificatie in de Awb, maar, fundamenteeler, door een ontbrekende *cultuur* van constitutionele toetsing. De Venetië Commissie, die onlangs haar door het parlement gevraagde advies uitbracht, benoemt ook als kwetsbare factoren rechterlijke cultuur, terughoudende toetsing en het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet.¹⁰

‘This means that even if a court comes to the conclusion that the law that it has to apply is flagrantly unconstitutional, it still will be obliged to apply that law. This makes the Netherlands the only Council of Europe and Venice Commission Member State that entirely excludes constitutional review.’¹¹

Natuurlijk mag de rechter wetten in formele zin wel toetsen aan rechtstreeks werkend verdragsrecht en het recht van de EU, maar dat daarbuiten elke vorm van constitutionele toetsing is uitgesloten, ook als de belangen van burgers disproportioneel worden aangetast, dat is inmiddels een unicum. Dat wisten we natuurlijk al. Het komt bij vrijwel elke Grondwetscommissie naar voren en recent nog liet het Ministerie van Binnenlandse Zaken een rechtsvergelijkend onderzoek uitvoeren.¹² Bijna alle onderzochte stelsels gingen tot het midden van de vorige eeuw uit van de onaantastbaarheid van de formele wet, omdat deze werd gezien als de democratische uitdrukking van de wil van het volk. Al die stelsels hebben echter een draai gemaakt in de tweede helft van de vorige eeuw, in het licht van een hernieuwd inzicht in het belang van de handhaving van de Grondwet, en de daarin neergelegde bevoegdheidsverdelingen, fundamentele beginselen en grondrechten.¹³ Ook Claes e.a. concluderen:

‘Met de absolute afwijzing van elke vorm van constitutionele toetsing van formele wetten bevindt Nederland zich inmiddels in de EU, in Europa (en in de wereld) in een uitzonderingspositie (...) De Nederlandse Grondwet er-

kent de bevoegdheid van de rechter om wetten te toetsen aan (mensenrechten-)verdragen. Van die bevoegdheid maakt de rechter, trouw aan de constitutionele cultuur van Nederland, zoals hierboven aangegeven, slechts spaarzaam gebruik.’¹⁴

Artikel 120 Grondwet is een cultuuruiting en een mal waarop de rechter zijn taak ent. Als Nederland het enige land ter wereld is met een grondwettelijk toetsingsverbod, dan verbaast het niet dat de rechter dat als een sterke aanwijzing ziet voor zijn rol in het constitutionele bestel. Hij is erin gedruild dat hij de innerlijke waarde van wetten niet heeft te beoordelen en evenmin de formele wet aan rechtsbeginselen mag toetsen. Voeg daar artikel 8:3 Awb aan toe, dat algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels aan direct beroep bij de bestuursrechter onttrekt, en je krijgt een rechter die alleen over de individuele omstandigheden van het geval durft te oordelen. Wettelijke regels worden maar zeer beperkt langs de lat van rechtmatigheid gelegd. Hoewel genuanceerde jurisprudentie het mogelijk maakt om de strikte toepassing van een formele wet in het individuele geval in strijd met het evenredigheidsbeginsel te beoordelen,¹⁵ is dat ‘noodventiel’ in de bestuursrechtspraak vrijwel niet toegepast. Op zich logisch, als de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel überhaupt nog in de kinderschoenen staat. Bij gebrek aan een constitutioneel hof, constitutionele toetsing en weinig ontwikkelde subjectieve rechten, krijgt het beroep op fundamentele rechten niet als vanzelf de aandacht en denkkraft die het verdient. Dat in de vele rechtszaken over de invordering van toeslagen nooit een serieuze toetsing aan het eigendomsrecht zoals beschermd in artikel 1 Eerste Protocol van het EVRM heeft plaatsgevonden, is veelzeggend. Het aantal zaken waarin eisers daar wel een beroep op hebben gedaan, lijkt zeer beperkt en de ABRvS oordeelde al snel dat een voorschot op een toeslag geen eigendomsrecht betreft, zonder enige verwijzing naar Straatsburgse jurisprudentie.¹⁶

Die ontbrekende cultuur van constitutionele toetsing stimuleert de rechter niet om zijn rol in het constitutionele bestel te doordenken. Dat is gevaarlijk, want een bestuursrechter die zich niet op constitutionele waarden richt, is onvoldoende toegerust om wetgever en bestuur aan rechtmatigheidsgrenzen te houden. Hij beslecht wel geschillen, maar heeft geen vocabulaire en geëxpliciteerde waarden op basis waarvan hij de macht van het bestuur en de wetgever begrenst en zijn eigen taak vormgeeft. Die worsteling in het vinden van de eigen rol komt ook naar voren in het reflectierapport dat de rechtbanken

8. R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, ‘Wie wenst en hoopt leeft in de toekomst. Europa en het algemeen bestuursrecht. Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde’, *NTB* 2021/138.

9. ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610.

10. Venice Commission, The Netherlands Opinion on the Legal Protection of Citizens, 18 October 2021, Opinion No. 1031/2021, p. 20–26.

11. Opinion No. 1031/2021, p. 25.

12. M. Claes e.a., *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing*, Maastricht: Maastricht University 2021.

13. Claes e.a. 2021, p. 3.

14. Claes e.a. 2021, p. 67.

15. HR 14 april 1989, *NJ* 1989/469, m.nt. Scheltema (*Harmonisatiewet*); HR 12 april 1978, ECLI:NL:PHR:1978:AC2432 (*Doorbraakarrest*).

16. Zie o.a. ABRvS 22 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:482 en ABRvS 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1711.

uitbrachten.¹⁷ Heeft de eerstelijnsrechter een andere taak dan de hoogste rechter? Moet hij zich richten op individuele rechtsbescherming en vragen van (on)constitutionnalité aan de hoogste rechter laten? Wat zijn de onderscheiden eisen van rechtsstaat en democratie en hoe geven zij de rechterlijke taak vorm? Nederlandse rechters zijn weinig getraind om in die termen te denken. Zo staat in een van de persoonlijke essays in het reflectierapport de verzuiming:

‘In de ideale situatie is de meest rechtvaardige uitkomst in een individuele zaak ook de beste uitkomst voor de democratische rechtsstaat. De praktijk is weerbarstiger. Ik vind dit nog steeds het lastigste aspect aan het bestuursrecht. De uitkomst lijkt in een zaak onrechtvaardig, maar is wel volgens de regels. De burger kiest de politiek, en de politiek bepaalt de regels. Wie is de rechter om daaraan te tornen?’¹⁸

Ik snap de persoonlijke worsteling, maar dit is zó een simplificatie van wat het betekent een democratische rechtsstaat te zijn. Sinds wanneer is ‘de politiek’ een staatsmacht in de trias politica? En ja, de politiek bepaalt de koers en het beleid, vastgelegd in regels. Maar de politiek heeft geen vrij spel, want die regels moeten aan rechtmatigheidsgrenzen voldoen. Dat is in essentie de *rule of law*, die bij uitstek de rechter heeft te handhaven. Politieke controle vooraf bij de totstandkoming van wetten en algemeen verbindende voorschriften is van een heel andere aard dan rechtmatigheidscontrole achteraf, aan de hand van een concreet geval waarin een burger rechten zijn ontnomen. De onrechtmatigheid van regels wordt vaak pas duidelijk door de praktijk van wettoepassing, omdat dan blijkt wat de impact van de beleidsmatige keuze is op het dagelijks leven van burgers.¹⁹ Dat is waarom A-G Widdershoven in zijn conclusie over exceptieve toetsing van regels benadrukt dat die politieke controle vooraf rechterlijke toetsing niet kan vervangen. Of de rechter nu een beschikking of een regel toetst, hij kan zijn toetsing vormgeven aan de hand van dezelfde juridische beginselen en hetzelfde leerstuk inzake toetsingsintensiteit.²⁰

De Venetië Commissie benadrukt in het rapport dat de *rule of law* vooral als een materieel en niet enkel een formeel concept moet worden gezien.

‘In this respect, maintaining the rule of law is not only about institutions and formal legal safeguards, but also about maintaining an enabling environment for the rule of law through the political and legal culture within the society. This requires a political culture with a high degree of awareness of the rule of law consequences of political

decisions and exercise of self-restraint when politically desired measures are contrary to the rule of law. It also requires a legal culture in which the rule of law is accepted as a framework for and limit to democratic decisions and policies.²¹ (...) The Venice Commission’s Rule of Law Checklist states that an “exercise of power that leads to substantively unfair, unreasonable, irrational or oppressive decisions violates the Rule of Law”. It seems safe to conclude, which indeed has been done by several Dutch authorities, including the Council of State’s Administrative Jurisdiction Division in its two judgments in 2019, that applying the “all or nothing” approach falls under this definition.’²²

Het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming zou beter moeten worden toegerust om de wetgever effectief aan de *rule of law* te houden. Politiek is niet de centrale constitutionele waarde die borgt dat burgers in een vreedzame samenleving kunnen leven, dat is de democratische rechtsstaat. Meerderheidsbesluitvorming kan nooit de legitimatie vormen van zo een disproportionele aantasting van de belangen van ouders – daar verzet het recht zich tegen.

De Venetië Commissie is niet alleen maar kritisch. Ook in andere landen hebben zich schandalen voorgedaan van massaal onrecht in de sociale zekerheid en vele landen zouden van de gedane suggesties kunnen profiteren.²³ Ook prijst zij de bereidheid en openhartigheid van alle instituties om op de eigen rol te reflecteren en dat is inderdaad een groot goed. In de Toeslagenaffaire zijn vele ongelukkige omstandigheden bij elkaar gekomen (zoals twee verantwoordelijke ministeries met uiteenlopende belangen en een uitvoerende taak van de Belastingdienst, die wat omvang en complexiteit betreft inherent onuitvoerbaar is), maar zij vormt geen *outlier*, zo laten alleen al de vele reacties vanuit het vreemdelingenrecht zien.²⁴ De Toeslagenaffaire legt de zwakke elementen van ons systeem van rechtsbescherming tegen de overheid bloot. Het zou de sterke reputatie van Nederland als democratische rechtsstaat te na moeten zijn om dit probleem niet op te willen lossen.

YES

17. Rapport Werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken, *Recht vinden bij de rechtbank. Lessen uit de toeslagenaffaire*, oktober 2021.

18. Rapport Werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken, *Recht vinden bij de rechtbank. Lessen uit de toeslagenaffaire*, oktober 2021, p. 21.

19. Vgl. Opinion No. 1031/2021, p. 25.

20. A-G Widdershoven in zijn conclusie van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

21. Opinion No. 1031/2021, p. 8.

22. Opinion No. 1031/2021, p. 24.

23. Opinion No. 1031/2021, p. 9.

24. Karen Geertsema e.a., ‘Ongezien onrecht in het vreemdelingenrecht’, *NJB* 2021/979.