



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### De Afdeling Bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis rond de Toeslagenaffaire

*Over een onverstandige en onvoldoende reactie*

Besselink, L.

#### Publication date

2021

#### Document Version

Final published version

#### Published in

Nederlands Juristenblad

#### License

Article 25fa Dutch Copyright Act (<https://www.openaccess.nl/en/in-the-netherlands/you-share-we-take-care>)

[Link to publication](#)

#### Citation for published version (APA):

Besselink, L. (2021). De Afdeling Bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis rond de Toeslagenaffaire: Over een onverstandige en onvoldoende reactie. *Nederlands Juristenblad*, 96(3), 194-198. Article 201. <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D4A68D&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

#### General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

#### Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

*UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)*

# De Afdeling Bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire

Over een onverstandige en onvoldoende reactie

Leonard Besselink<sup>1</sup>

De rol van de rechter in de toeslagenaffaire drukt ons met de neus op wat een rechtsstatelijke crisis genoemd mag worden. Het siert de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak dat hij in zijn reactie bereid is toe te geven dat het misging. Maar de excuses en delen van de toelichting daarbij overtuigen bepaald niet. Bestudering van de wetten en toelichtingen daarop die de kinderopvangtoeslagen beheersen, leert dat de hoogste bestuursrechter de wil van de wetgever helemaal niet heeft gevolgd. De rechter schiep en sanctioneerde een uitleg en wetstoepassing waarvoor de wet geen grondslag bood. Dat is bij zulke diep ingrijpende besluiten uit rechtsstatelijk oogpunt ernstig, en roept meer vragen op over hoe dat mogelijk was dan beantwoord worden.

**H**oogste rechters spreken het hoogste recht. Onontkomelijk impliceert dit dat als hoogste rechters grote fouten maken – en dat kan: rechtspreken blijft mensenwerk – zij het hoogste onrecht spreken. Dit laatste is wat er aan de orde was in de toeslagenaffaire tot aan de uitspraken van 23 oktober 2019 van de Afdeling bestuursrechtspraak. De parlementaire commissie-Van Dam spreekt van ongekend onrecht, zowel in de betekenis van onrecht dat niet onderkend werd, als onrecht van ongekende omvang.

Het is belangrijk dat de Afdeling bestuursrechtspraak bij monde van haar voorzitter begonnen is met het afleggen van buitengerechtigde verantwoording voor de oude, foute rechtspraak. Herzien kunnen al die oude zaken niet worden. In die zin is dit het equivalent van het verschijnen voor een parlementaire commissie, maar dan is die commissie het juridisch forum in de vorm van zijn bijdrage in het *NJB*,<sup>2</sup> en er worden ook stappen richting slachtoffers van de rechtspraak gemaakt, en via een interview in dagblad *Trouw*,<sup>3</sup> een nog opener forum van het publiek, de burgers, daarin betrokken. Het is te prijzen dat de voorzitter de rol van de Afdeling onder ogen wil zien. Het siert de voorzitter van de Afdeling dat hij in zijn reac-

tie bereid is toe te geven dat het misging. Het siert dat hij uitlegt hoe vele staatsraden niet goed gekeken hadden naar de burgers die aan hen voorbijtrokken, en deze al te snel zagen als potentiële misbruiker van sociale voorzieningen en fraudeur – een houding en uitgangspunt die hij onterecht acht.

En toch overtuigen de excuses en delen van de toelichting daarbij niet als het gaat over de rechter en diens houding ten opzichte van de wet. Dit aspect is van groot belang, en zoals ik hieronder betoog, heeft het grote consequenties voor de beoordeling van de bijdrage van de Afdeling rechtspraak aan de crisis van de rechtsstaat waarvan gesproken mag worden bij de toeslagenaffaire. Als op zo'n wezenlijk punt de diagnose niet overtuigt, blijft zicht op hoe en of dit soort rampen kan worden voorkomen lastig. En toch moeten we over dit laatste blijven nadenken.

## De schuld ligt niet bij de rechter maar bij de wet

Onder de kop 'Grondbeginselen van de rechtsstaat geschonden' concludeert de commissie-Van Dam over de rol van de rechter dat deze 'een wezenlijke bijdrage heeft

# ‘Systeemfalen’ dreigt zo te worden tot het eigenlijk niet willen nemen van verantwoordelijkheid – deze ligt immers eigenlijk bij een ander

geleverd aan het in stand houden van de niet dwingend uit de wet volgende, spijkerharde uitvoering’.<sup>4</sup>

In zijn reactie ontkent de voorzitter dit. De gegeven uitvoering vloeide dwingend uit de wet voort. Daarmee wordt een kernpunt van de parlementaire kritiek op de rechter ontkend. Net als we zagen bij de verhoren voor de parlementaire commissie is de kern van de reactie hier het wijzen met de vinger naar een ander: hier wijst de rechter naar de wetgever. Net als bij de parlementaire verhoren krommen de tenen. ‘Systeemfalen’ dreigt zo te worden tot het eigenlijk niet willen nemen van verantwoordelijkheid – deze ligt immers eigenlijk bij een ander.

Behalve onverstandig is het ook onjuist om zo centraal te stellen dat de wet de spijkerharde praktijk veroorzaakte. Noch de tekst noch de bedoeling van de wet dwong tot wat zo pertinent de ‘alles-of-niets’ benadering is gaan heten. Sterker, deze alles-of-niets benadering strekt zodanig ten nadele van burgers, althans in al die gevallen waarin het betreffende voorschot daadwerkelijk aan kinderopvang is besteed, dat zij slechts mogelijk is als daarvoor een wettelijke grondslag bestaat, een grondslag die een onomstreden beginsel van de democratische rechtsstaat is. Anders dan gesuggereerd werd, en nu opnieuw gesuggereerd wordt, bestond die noch in de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir), noch in de Wet kinderopvang.

## De wet Awir

De ‘alles-of-niets’ benadering behelst dat ook een relatief kleine fout van de burger, bijvoorbeeld in de vorm van een onjuiste of niet voor het geheel aantoonbare 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 voorgeschoten bedrag ter betaling van de kinderopvang terug moest worden betaald, ook als de kosten voor de kinderopvang daadwerkelijk zijn gemaakt, zoals in de overgrote meerderheid van gevallen zo was. Het is nu wel van algemene bekendheid dat het soms ging om een niet afdoende aantoonba-

re betaling van bedragen in de orde van grootte van enkele honderden euro’s die leidt tot een plicht een bedrag in de orde van grootte van vele duizenden tot zelfs tienduizenden euro’s terug te betalen, zoals ook blijkt uit de rechtspraak van de Afdeling.

Beweerd wordt dat artikel 26 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) in samenhang met de Wet kinderopvang de dwingende grondslag was voor deze benadering.

In artikel 26 Awir is die grondslag echter niet te vinden. 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.’

Slechts over het bedrag van de terugvordering wordt iets gezegd, niet over het bedrag dat teruggevorderd kan of moet worden. Dus valt van deze bepaling niet te maken:

‘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.’

Hoewel de overwegingen van de Afdeling over artikel 26 in verschillende uitspraken soms bepaald dubbelzinnig zijn, zijn er in elk geval verschillende aan te wijzen waarin nu juist deze laatste uitleg wordt gegeven aan deze wetsbepaling.<sup>5</sup> En nog steeds lijkt dit een voorgestane uitleg, die echter allerm minst vervat is in de tekst van de wetsbepaling,<sup>6</sup> maar ook niet overeenkomt met de bedoeling van de wetgever. Deze geeft in de MvT een ondubbelzinnige uitleg van de betekenis van artikel 26 die geheel tegenovergesteld is aan de alles-of-niets benadering.<sup>7</sup>

Op bladzijde 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 te veel betaalde bedrag* worden teruggevorderd.’

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

### Auteur

1. Prof. mr. L.F.M. Besselink is hoogleraar constitutioneel recht aan de Universiteit van Amsterdam. De auteur is dankbaar voor wat hij geleerd heeft tijdens gedachte-wisselingen over het onderwerp tijdens actualiteitenbijeenkomsten van de sectie staats- en bestuursrecht UvA. Uiteraard kan geen van de andere daarbij aanwezige sectieleden verweten worden dat zij de standpunten die

in dit stuk worden ingenomen, niet hebben weten te voorkomen. Geen van de staatsraden die formeel deel uitmaken van de sectie was bij enige van deze gedachte-wisselingen aanwezig. Een deel van de hier gepresenteerde analyse werd eerder gepubliceerd op het blog forum [NederlandRechtsstaat.nl](http://NederlandRechtsstaat.nl).

### Noten

2. B.J. van Etekoven, “Tussen wet en

recht”. Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport *Ongekend onrecht* van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag’, *NJB* 2021/101, p. 97 e.v.

3. *Trouw* 9 januari 2021, [www.trouw.nl/binnenland/raad-van-state-onderzoekt-eigen-uitspraken-na-toeslagenaffaire-het-had-anders-gekund-b5dc1655/?referrer=](http://www.trouw.nl/binnenland/raad-van-state-onderzoekt-eigen-uitspraken-na-toeslagenaffaire-het-had-anders-gekund-b5dc1655/?referrer=)

<https://3A%2F%2Fmyprivacy.dpgmedia.nl%2F>.

4. Verslag Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend Onrecht*, p. 7.

5. Bijv. in ECLI:NL:RVS:2016:714, r.o. 3.3.

6. Aldus ook W.T. Eijsbouts in ‘Rechter zat opzichtig te slapen in toeslagenaffaire’, *de Volkskrant* 22 december 2020.

7. *Kamerstukken II* 2004/05, 29764, nr. 3.

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.*’ [cursivering toegevoegd]

Bij de artikelsgewijze toelichting op artikel 26 vinden we:

‘In dit artikel wordt de betalingsverplichting benadrukt die op de belanghebbende rust om het bedrag dat wordt teruggevorderd (het te veel uitbetaalde bedrag) te voldoen.’ (MvT p. 55)

Het gaat dus om een bepaling die zich richt tot de burger, en zich ervoor leent te worden begrepen als een bepaling die niet gaat over wat er wel of niet moet of mag worden teruggevorderd door de Belastingdienst. Een plicht tot terugvordering van de hele tegemoetkoming valt er in ieder geval niet in te lezen.

Ten aanzien van de terugvorderingsbeschikking is dus volkomen duidelijk dat niets wijst op de zolang door de Raad van State voorgestane lezing, die in de reactie van de voorzitter van de Afdeling jammer genoeg nog steeds wordt gepresenteerd als dwingend.

Intussen is de Afdeling in een van haar uitspraken van 23 oktober 2019<sup>8</sup> op die lezing teruggekomen en bevestigt dat haar eerdere jurisprudentie fout was. Wonderlijk genoeg verwijst de Afdeling in deze uitspraak wel naar de tekst en totstandkomingsgeschiedenis van artikel 26 Awir, maar citeert zij deze niet, en legt deze ook niet ten grondslag aan het ‘omgaan’. Het zijn twee rapporten van de WRR en de Nationale ombudsman die duidelijk maken dat die rechtspraak mensen in enorme financiële problemen bracht: wonderlijk. Niet de voor hem staande burgers waarvan de Afdeling had kunnen navoelen welke financiële rampen zij over hen uitriep, maar rapporten van twee overheidsinstanties heeft zij 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.

Artikel 26 Awir maakt duidelijk dat we goed moeten onderscheiden tussen wat teruggevorderd wordt – waartoe een betalingsplicht voor de burger in het leven wordt geroepen – en de herziening van een tegemoetkoming of voorschot die tot een terugvordering kan leiden. Over de terugvordering zelf wordt gezegd dat *als* er teruggevor-

derd wordt, hetgeen teruggevorderd wordt helemaal betaald moet worden. En over die invordering zelf kunnen natuurlijk ook geschillen bestaan (en die bestonden ook). Daarover bepaalt de wet dat wat teruggevorderd wordt, betaald moet worden. Niet wordt daarmee de in veel gevallen belangrijker vraag beantwoord of er terecht teruggevorderd is; dus of het voorschot of de tegemoetkoming wel ‘op nul’ mocht worden gesteld, en of dan vervolgens alles moest of mocht worden teruggevorderd. Dit zijn twee andere vragen waarop het antwoord niet is vervat in de Awir, behalve dan dat de MvT wel volkomen duidelijk maakt dat alleen een teveel of te weinig verrekend kan worden, niet dus dat de gehele tegemoetkoming of het hele voorschot teruggevorderd moet worden.

### De Wet kinderopvang

Is in de Wet kinderopvang dan misschien een bepaling opgenomen die deze vragen beantwoordt? Het antwoord kan kort zijn: nee, die is er niet. Hierover bestaat onder bestuursrechtjuristen die zich erover uitgelaten hebben weinig verschil van mening. Men zie wat collega Marseille daarover bij de parlementaire ondervragingscommissie heeft opgemerkt.<sup>9</sup>

In dit ontbreken van bepalingen over het niet hebben, stopzetten of vervallen van een aanspraak op een tegemoetkoming en een daarmee correlerende plicht terug te vorderen, verschilt de Wet kinderopvang van bijvoorbeeld de Wet op de huurtoeslag (en haar voorgangers), waar de Awir eveneens betrekking op heeft. In de Wet op de huurtoeslag wordt telkens precies bepaald wanneer ‘slechts’, en wanneer ‘geen’ aanspraak op huurtoeslag bestaat. Men kan zeggen dat de Wet kinderopvang een lacuneuze regeling is, maar dat laat onverlet dat deze geen grondslag biedt voor een ‘alles-of-niets’ benadering bij de ‘herziening’ van een tegemoetkoming en bij de vraag of het hele toegekende bedrag teruggevorderd moet worden. Tot die benadering heeft de wet de rechter noch het bestuur ooit gedwongen.

### De rechter en de wet

De rechter is gebonden aan de wet, en heeft de wet zelfstandig uit te leggen en toe te passen. Daaraan is een rechtsvormend element inherent, zoals we ten minste sinds Hans Kelsen weten. De rechtsstaat, zelfs in de meest minimale zin van het woord, legt aan deze rechtsvorming een grens op die besloten ligt in het legaliteitsbeginsel. Het nemen van besluiten die zo sterk ten nadele van burgers strekken dat kosten die zij in termen van de wet zelf niet geacht kunnen worden te dragen – kosten die bovendien gemaakt zijn in het kader van een belang dat de wet beoogt te bevorderen (het desalniettemin kunnen gebruik maken van kinderopvang) – dat

**Niet de voor hem staande burgers waarvan de Afdeling had kunnen navoelen welke financiële rampen zij over hen uitriep, maar rapporten van twee overheidsinstanties heeft zij nodig om vast te stellen dat haar eerdere jurisprudentie fout was**

kan niet zonder wettelijke grondslag. Daarover kan toch weinig twijfel bestaan.

De conclusies die we tot zover moeten trekken zijn de volgende. In tegenstelling tot het vertoog van de voorzitter van de Afdeling rechtspraak, was de rechter niet gedwongen tot de 'spijkerharde' uitleg en toepassing van de wet op de hem voorgelegde zaken. Het legaliteitsbeginsel leidt eerder tot de tegenovergestelde conclusie, die afwijkt van het door de voorzitter gestelde: de rechter heeft nooit zo'n conclusie *kunnen en mogen* trekken, en heeft door dat toch te doen grondbeginselen van de rechtsstaat geschonden. Het rapport van de commissie-Van Dam heeft hierin gelijk, niet de voorzitter van de Afdeling rechtspraak.

Eveneens is dus onjuist dat bij het 'omgaan' in de uitspraken van 23 oktober 2019 de rechter iets zou hebben gedaan dat op gespannen voet zou staan met de onderworpenheid van de rechter aan de wet, zoals de voorzitter suggereert, integendeel. Er is in die uitspraken helemaal niets dat lijkt op een *contra legem* uitleg, zoals de voorzitter in aansluiting op Zijlstra suggereert – eerder zijn de *oude* uitspraken op te vatten als in strijd met de tekst en bedoeling van de wet. Wat er zij van de mate waarin dit omgaan daarop berustte, door om te gaan volgde de Afdeling, met name in ECLI:RVS:2019:3536 (beslist door een formatie waar de afdelingsvoorzitter geen deel van uitmaakte), de wet en de bedoeling van de wetgever; zij onderwierp zich aan de wet.

### Oorzaken en gevolgen: gouvernementele rechters

De rechter is onderworpen aan de wet en heeft deze zelfstandig uit te leggen en toe te passen. Een rechter is neutraal. De rechter heeft bij zijn wetsuitleg en in de toepassing van het overige recht zijn oren niet te laten hangen naar een van de partijen. Zo zou je denken. De voorzitter legt uit dat dit ten onrechte niet het geval is geweest in de zaken over kinderopvangtoeslagen. In het interview in *Trouw* gaat hij zelfs zover te stellen dat als de Belastingdienst de wet anders had uitgelegd, de Afdeling waarschijnlijk tot een andere en soepelere uitleg was gekomen.<sup>10</sup> De rechter legt de wet niet uit, de rechter toetst niet aan de wet, de rechter volgt het bestuur. Een schokkender illustratie van het aloude bezwaar dat de Afdeling te gouvernementeel is, is bijna niet denkbaar.

Mogelijk heeft een rol gespeeld dat de Afdeling weinig gericht is op zelfstandige waarheidsvinding, maar eerder uitgaat van de vraag of een burger voldoende aanneemelijk heeft gemaakt dat het bestuursorgaan de feiten onjuist of incompleet heeft voorgesteld. De aanwijzingen dat dossiers in elk geval in bepaalde zaken door de Belastingdienst stelselmatig incompleet werden gehouden, is sedert het rapport van de parlementaire commissie wel heel erg sterk. De combinatie van het beeld van de burger als potentiële misbruiker van sociale voorzieningen is nefast.

Een 'gouvernementele houding' was voorheen een wat abstracte aanduiding. Die is nu wel heel concreet geworden in de financiële rampen die dit heeft veroorzaakt voor burgers.

### Weg met de Afdeling bestuursrechtspraak

Men mag zich terecht afvragen of een bestuursrechter die zo systematisch het bestuur volgt en daarmee het zicht op het gerechtvaardigde belang van de burger kwijt is wel een neutrale rechter is – een fundamentele eis van de democratische rechtsstaat. Het verbaast daarom niet dat de roep om het weghalen van de rechtspraak bij de Raad van State onmiddellijk gehoord werd. Dit is het herope-

**Men mag zich terecht afvragen of een bestuursrechter die zo systematisch het bestuur volgt en daarmee het zicht op het gerechtvaardigde belang van de burger kwijt is, wel een neutrale rechter is**

nen van een discussie die in het recente verleden gesloten werd,<sup>11</sup> waarbij de Raad van State gelijk kreeg, althans wat betreft handhaving van zijn rol als algemene bestuursrechter in hoogste instantie. Ook de andere hoogste bestuursrechters, de Centrale Raad van Beroep die naar de Raad van State zou gaan, en het College van Beroep voor het bedrijfsleven werden toen gehandhaafd.

De reactie van de voorzitter gaat voor een groot deel over wat er wel goed is gegaan bij de Afdeling rechtspraak, en is dus op te vatten als een hernieuwd pleidooi voor handhaving van de separate algemene bestuursrechtspraak die met de toeslagenaffaire in zwaar weer terecht is gekomen. Maar met een *mea culpa* en hoe goed het er overigens aan toegaat in de Afdeling zijn we er niet. Zo moeten we misschien wel de goede redenen van destijds om de algemene bestuursrechtspraak te integreren in de rechterlijke macht herwaarderen in het licht van hetgeen de toeslagen-affaire aan het licht brengt. Maar eveneens moeten we de argumenten herwaarderen voor gespecialiseerde bestuursrechtspraak. Zo is het wat curieus dat de jurisdictie over fiscaal uitgevoerde inkomensmaatregelen in de sfeer van sociale zaken bij de Afdeling bestuursrechtspraak terecht is gekomen en niet opgedragen werd aan de belastingrechter of de Centrale Raad van Beroep, die toch meer affiniteit hebben met dergelijke regelingen. Dit levert mijns inziens nog een andere optie op dan de

8. ECLI:RVS:2019:3536, r.o. 5.12.

9. *Ongekend onrecht*, p. 92-93. Over art. 26 Awir is hij dubbelzinniger.

10. 'Stel je voor dat het anders was gelopen

en de Belastingdienst had van begin af aan een andere benadering gekozen, met meer onderscheid en meer proportie in het terugvorderen van kinderopvangtoeslagen. Wat

hadden wij dan gedaan? Ik vermoed dat we bestuursrechtspraak) in die uitleg mee waren gegaan.'

11. *Kamerstukken II 2016/17*, 34 389 nr.

23 (intrekking Wet organisatie hoogste

## In de Nederlandse praktijk bij hoogste rechters van voornamelijk informele en deels formele afstemming tussen rechters in concrete zaken zien we nu hoe een en ander toch volkomen verkeerd kan gaan: rechtseenheid werd onrechtseenheid

hele bestuursrechtspraak weghalen bij de Raad van State, die serieus moet worden overwogen.

### Onbeantwoorde vragen

Bij de kwestie of de bestuursrechtspraak in goede handen is geweest bij de Raad van State moet ook ingegaan worden op een argument dat deze aanvoerde om die te behouden: de goede interne organisatie die heeft geleid tot goede doorlooptijden en tijdige afwikkeling van zaken.<sup>12</sup> Wel, die heeft dus in te veel toeslagenzaken kennelijk totaal gefaald. In de Nederlandse praktijk bij hoogste rechters van voornamelijk informele en deels formele afstemming tussen rechters in concrete zaken – die uiteraard constitutioneel bedenkelijk is vanuit een oogpunt van rechterlijke onafhankelijkheid<sup>13</sup> en vanuit bijvoorbeeld Duitsland met open mond en hoofdschuddend wordt gezien – zien we nu hoe een en ander toch volkomen verkeerd kan gaan: rechtseenheid werd onrechtseenheid. Er rijzen pertinente vragen: hoe is het mogelijk geweest dat de wettelijke regelingen door elke staatsraad die op een zaak zit niet werd bestudeerd, besproken en uitgelegd in de uitspraak zelf, maar in bijlages werden gestopt? Hoe kan de memorie van toelichting van de Awir aan de aandacht van de staatsraden zijn ontsnapt, als de tekst al niet duidelijk genoeg was en in andere richting wees? Hoe kan het dat staatsraden een eenmaal ingezette lijn bij een heel andere vorm van toeslag (huurtoeslag) zonder meer heeft willen toepassen op kinderopvangzaken hoewel een wettelijke grondslag ontbrak? Was er een rechterlijk beleid, en zo ja, hoe kwam dat tot stand, werd het toegepast en werd dit intern als beslissende maatstaf gekozen hoewel dit beleid toch indruiste tegen de bedoeling van de wet? Faalde het informele afstemmingscircuit, en zo ja, hoe komt dat, en welke consequenties moet dat hebben voor het voortbestaan van interne informele

afstemming? Wordt het niet tijd voor onafhankelijke rechtspraak?

### Conclusie

De rol van de rechter in de toeslagenaffaire drukt ons met de neus op wat een rechtsstatelijke crisis genoemd mag worden. Twee punten noem ik bij wijze van conclusie.

De vice-president van de Raad van State heeft in het jaarverslag 2019 gesteld dat binnen de grenzen van het Europese en internationale recht niet de rechter maar de wetgever het laatste woord heeft. Dat is waar zolang de rechter de wetgever wil volgen. Gezien de wetten die de kinderopvangtoeslagen beheersen is dat echter niet gedaan. De rechter schiep en sanctioneerde een uitleg en wetstoe-passing waarvoor de wet geen grondslag bood. Tegen een rechter die de wet niet volgt, is in een rechtsstaat gebaseerd op scheiding der machten geen kruid gewassen. Grondwetten houden opstanden niet tegen, en wetten houden niet tegen dat rechters die veronachtzamen.

Een overactieve rechter die de wet niet toepast is problematisch; een rechter die te passief is, is ten minste even problematisch; en vanuit een rechtsstatelijk oogpunt van rechtsbescherming van de burger eigenlijk problematischer. •

<sup>12</sup> Overigens zat er in zaak ECLI:RVS:2019:3536 van 23 oktober 2019 bijna een jaar tussen de zitting (6 november 2018) en de uitspraak. Opmerkelijk is de timing van de twee uitspraken van die datum in verhouding tot de oorspronkelijk aangekondigde publicatiedatum van het rapport van de Commissie Donner over de toeslagenaffaire, zie art. 5 lid 2, Instellings-

besluit Adviescommissie uitvoering Toeslagen, *Stcr.* 2019, 40595; zie Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N* 2019/52.20.

<sup>13</sup> Zie H.U. Jessurun d'Oliveira, *Een boekje open over de Hoge Raad en zijn 'reservisten' - Een fundamenteel recht gedeukt, de rechtsstaat aangetast!*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2019.