



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Kinderopvangtoeslagaffaire: het belang van verbinding tussen het staats- en bestuursrecht voorop!

van den Brink, J.; Ortlep, R.; van Waarde, V.

DOI

[10.5281/zenodo.5528707](https://doi.org/10.5281/zenodo.5528707)

Publication date

2021

Document Version

Final published version

Published in

Liber amicorum Besselink

License

CC BY

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van den Brink, J., Ortlep, R., & van Waarde, V. (2021). Kinderopvangtoeslagaffaire: het belang van verbinding tussen het staats- en bestuursrecht voorop! In N. de Boer, B. Michel, A. Nieuwenhuis, & J.-H. Reestman (Eds.), *Liber amicorum Besselink: eine Festschrift für Leonard F.M. Besselink hem feestelijk aangeboden in occasione del suo emeritato* (pp. 233-253). Universiteit van Amsterdam. <https://doi.org/10.5281/zenodo.5528707>

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>)

Kinderopvangtoeslagaffaire: het belang van verbinding tussen het staats- en bestuursrecht voorop!

JACOBINE VAN DEN BRINK,
ROLF ORTLEP & VEERLE VAN WAARDE*
Universiteit van Amsterdam

OOK BIJ ZIJN AFSCHEID in 2012 van de Universiteit Utrecht werd de waardering voor Leonard tot uitdrukking gebracht in de vorm van een *liber amicorum*.¹ Zoals terecht in het voorwoord van dat *liber* staat, behoort Leonard zonder twijfel tot de wetenschappelijke top als het gaat om het belangrijke rechtsgebied van de constitutionele relaties tussen de Europese Unie en de lidstaten. Zijn denken over die relaties komt in het bijzonder tot uitdrukking in zijn oratie uit 2007 getiteld ‘Een samengestelde Europese constitutie’.² Het denken in het ‘samengestelde’ is niet alleen kenmerkend voor Leonard maar ook voor de wetenschap van het bestuursrecht. Zo omschreef Wiarda in zijn zoektocht naar een

* Rolf Ortlep is tevens verbonden aan de Open Universiteit. Deze bijdrage is afgesloten op 23 maart 2021.

¹ H.R.B.M. Kummeling e.a. (red.), *De samengestelde Besselink. Bruggen bouwen tussen nationaal, Europees en internationaal recht* (WLP 2012).

² L.F.M. Besselink, *Een samengestelde Europese constitutie* (Europa Law Publishing 2007).

omschrijving van de wetenschap van het bestuursrecht haar als een positie in het midden tussen enerzijds die van het staatsrecht en anderzijds die van het privaatrecht. Bij zijn aanname dat voor het staatsrecht het gezagsbeginsel en voor het privaatrecht het gerechtigheidsbeginsel richtinggevend is, is de spanning tussen deze beginselen een kenmerk van de wetenschap van het bestuursrecht.³ Deze spanning en daarmee het belang van de wetenschap van het bestuursrecht zijn opnieuw duidelijk geworden in de kinderopvangtoeslagaffaire en het is voor ons dan ook treffend dat Leonard in een van zijn laatste publicaties voor zijn pensionering daarover heeft geschreven.⁴

Op donderdag 17 december 2020 presenteerde de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (hierna: de commissie) haar verslag van het onderzoek naar de kinderopvangtoeslagaffaire met de titel *Ongekend onrecht*.⁵ De commissie stelt onder meer ‘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’.⁶ ‘Daarmee heeft’, aldus de commissie, ‘de bestuursrechtspraak zijn belangrijke functie van (rechts)bescherming van individuele burgers veronachtzaamd’.⁷ De commissie ‘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’.⁸ Dit zijn meedogenloze conclusies die, getuige bijvoorbeeld de reactie van

³ G.J. Wiarda, *De wetenschap van het bestuursrecht en de spanning tussen gezag en gerechtigheid* (Tjeenk Willink 1948), p. 16 e.v. en p. 28-29.

⁴ Vergelijk L.F.M. Besselink, ‘De Afdeling bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire. Over een onverstandige en onvoldoende reactie’, 96(3) *NJB* (2021), p. 194-198; L.F.M. Besselink, ‘Hoogste rechter, hoogste onrecht: over de rechter en de wet in de Toeslagenaffaire’, *Nederland Rechtsstaat* 8 januari 2021, m.nederlandrechtsstaat.nl/forum/id330/08-01-2021/hoogste-rechter-hoogste-onrecht-over-de-rechter-en-de-wet-in-de-toeslagenaffaire.html.

⁵ Het verslag is te vinden op tweedekamer.nl/kamerleden_en_commissies/commissies/pok.

⁶ Verslag van de Commissie, p. 7.

⁷ Verslag van de Commissie, p. 7-8.

⁸ Verslag van de Commissie, p. 8.

de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling bestuursrechtspraak), onverwacht en hard zijn aangekomen.⁹

Zoals gezegd, heeft ook Leonard over de kinderopvangtoeslagaffaire geschreven en dan in het bijzonder over de rol van de Afdeling bestuursrechtspraak hierin.¹⁰ Voortbouwend op een eerdere publicatie van twee van ons, reflecteren wij in deze bijdrage verder op zijn gedachten.¹¹ Hiermee nemen we ook een voorschot op het door de Afdeling bestuursrechtspraak geïnitieerde ‘Programma van reflectie van de Afdeling bestuursrechtspraak’. Het doel van dat programma is om ‘te leren van het verleden, daaruit lessen te trekken en aanbevelingen te doen voor de toekomst. Dit alles om bij te dragen aan betere bestuursrechtspraak’.¹² Onze reflectie doen we op een wijze hoe wij Leonard kennen en waarderen, namelijk: kritisch, op de bal, uitgesproken en toekomstgericht. De opzet van deze bijdrage is als volgt. In paragraaf 1 volgt een juridische reflectie, waarin wij onderbouwen dat de Afdeling bestuursrechtspraak voor de strenge interpretatie van de kinderopvangtoeslagwetgeving heeft kunnen kiezen, al was dat met de kennis van nu geen gelukkige keuze. Daarna reflecteren we in paragraaf 2 op de verhouding tussen regelgeving en bestuursrechtspraak. Daarbij gaan wij in het bijzonder in op artikel 120 Grondwet in relatie tot de toetsing van een gebonden bevoegdheid, en op het referentiekader van waaruit het bestuursrecht wordt gezien en geëvalueerd. Deze bijdrage wordt in paragraaf 3 afgesloten met een aantal op de toekomstgerichte opmerkingen. Een reflectie op de rol van het kabinet, de Tweede Kamer, de Raad voor de Rechtspraak, het bestuur en uitvoering (met name de Belastingdienst/Toeslagen) is

⁹ B.J. van Ertekoven, ‘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’, 96(2) *NJB* (2021), p. 98-107.

¹⁰ Vergelijk de bronnen genoemd in voetnoot 4.

¹¹ J.E. van den Brink & R. Ortlep, ‘Kinderopvangtoeslagaffaire – De democratische rechtsstaat wordt als staal in de wind gehard’, 96(5) *NJB* (2021), p. 363-370.

¹² Deze informatie is te vinden op

<https://www.raadvanstate.nl/kinderopvangtoeslag/programma-reflectie>.

ook noodzakelijk, maar valt vanwege de wens om de omvang te beperken buiten deze bijdrage.¹³

1. Juridische reflectie

De kern van het betoog van Leonard inzake de kinderopvangtoeslagaffaire vormt zijn conclusie dat de wet noch de wetstoelichting een grondslag bood voor de uitleg en toepassing van de wet door de Afdeling bestuursrechtspraak.¹⁴ Leonard is daarin niet de enige, ook anderen onderschrijven dat standpunt.¹⁵ Het betoog van Leonard – en

¹³ Vergelijk de kabinetsreactie rapport ‘Ongekend onrecht’, 15 januari 2021 <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2021/01/15/kabinetsreactie-op-het-rapport-ongekend-onrecht>. Zie verder M. Scheltema, preadvies 2020 voor de Vereniging voor Wetgeving, *Een wet van Meeden en Perzen*, (te vinden op <https://www.nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl>); A. Meuwese, ‘Nooit meer een ‘schending van de rechtsstaat’? Zeven valkuilen uit de kabinetsreactie op de toeslagenaffaire’, *Nederland Rechtsstaat* 16 januari 2021, [m.nederlandrechtsstaat.nl/forum/id333/16-1-2021/nooit-meer-eeen-‘schending-van-de-rechtsstaat’-zeven-valkuilen-uit-de-kabinetsreactie-op-de-toeslagenaffaire.html](https://m.nederlandrechtsstaat.nl/forum/id333/16-1-2021/nooit-meer-eeen-schending-van-de-rechtsstaat?-zeven-valkuilen-uit-de-kabinetsreactie-op-de-toeslagenaffaire.html); R. van den Berg, ‘Tijd voor een minister van Rechtsbescherming’, 101(1) *Advocatenblad* (2021), p. 66-67; M. Spanjers, ‘Alles of niets’, *WFR* (2021/6); R. Persoon, 90(2) ‘De fiscus als flappentap’, *MBB* (2021), p. 15-54; L. Stevens, ‘Was het onrecht rond de toeslagen wel zo ongekend?’, *WFR* (2021/7), p. 36-51; A.T.J.M. Jacobs, ‘Lessen uit de kinderopvangtoeslagaffaire’, 96(7) *NJB* (2021), p. 525-526; J.D. Baron & E. Poelmann, ‘Van toetsing van een wet in formele zin aan het evenredigheidsbeginsel: niet onevenredig is wat anders dan evenredig’, 21(1) *TFB* (2021), p. 4-8; A.F.M. Brenninkmeijer & A.T. Marseille, ‘Een dialoog met de Raad van State na de toeslagenaffaire’, 96(8) *NJB* (2021), p. 601-608; J. van der Pauw, ‘Kinderopvangtoeslag, de theorie en de werkelijkheid’, 96(8) *NJB* 2021/576, p. 609; J.C.A. de Poorter, ‘Ongekend onrecht in de kinderopvangtoeslag en de rol van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, 23(1) *JBplus* (2021), p. 12-22; M.J.A.M. Ahsmann, ‘De rechtsstaat en de toeslagenaffaire: over frames, feiten en recht(vaardigheid)’, 70(3) *Ars Aequi* (2021), p. 235-239. Voorts hebben in het maartnummer van het *NTB* negentien auteurs zich gebogen over de vraag wat er van de kinderopvangtoeslagaffaire valt te leren.

¹⁴ Besselink 2021, p. 195-196.

¹⁵ Vergelijk A.F.M. Brenninkmeijer, ‘De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden’ als ‘verschrikkelijk ongeluk’. Over de noodzaak van behoorlijk bestuur’, 96(1) *NJB* (2021), p. 6-13; L.J.A. Damen, ‘Ik was het niet, ik was het niet, het was de wetgever!’, 96(5) *NJB* (2021), p. 371-374.

anderen – doet volgens ons geen recht aan de juridische werkelijkheid. Om die reden beargumenteren wij in deze paragraaf dat de Afdeling bestuursrechtspraak voor de strenge interpretatie van de toepasselijke kinderopvangtoeslagwetgeving heeft kunnen kiezen.

De ‘alles-of-niets-benadering’

Het kinderopvangtoeslagsysteem bestaat uit verschillende fasen, waarbij de aanvrager van de kinderopvangtoeslag (de aanvraagfase)¹⁶ voorschotten ontvangt (de voorschotfase)¹⁷ die, als alles goed gaat, uiteindelijk resulteert in de definitieve toekenning van de ‘tegemoetkoming kinderopvangtoeslag’ (de definitieve fase).¹⁸ In de praktijk werden omvangrijke voorschotten toegekend op basis van een zeer summiere controle.¹⁹ De definitieve toekenning van de tegemoetkoming liet vaak jaren op zich wachten.²⁰ Als de Belastingdienst/Toeslagen in de tussentijd constateerde dat er fouten waren gemaakt door de burger, werden uitbetaalde voorschotten naar nihil herzien en de tegemoetkoming vervolgens op nihil vastgesteld.²¹ Ook in gevallen waarin die ‘fouten’ slechts bestonden uit het niet kunnen

¹⁶ Artikel 14 lid 1 Awir.

¹⁷ Artikel 16 lid 1 Awir.

¹⁸ Artikel 18 lid 1 en artikel 19 lid 2 Awir. Vergelijk over deze fasen H.P. Hermans, ‘De wonderde wereld van de toeslagen’, 20(1) *JBplus* (2018), p. 26-41, aldaar p. 27-28.

¹⁹ Vergelijk bijvoorbeeld Hermans 2018, p. 33. Hermans betoogt dat de voedingsbodem voor de toeslagenproblematiek ‘de combinatie van voor de aanvrager onduidelijke voorwaarden enerzijds en het ontbreken van een onderzoeksplicht aan de zijde van het bestuursorgaan anderzijds’ betreft. Vergelijk ook Persoon 2021, p. 39 e.v. die het voorschotstelsel treffend beschrijft.

²⁰ Vergelijk de Adviescommissie uitvoering toeslagen, *Interim-rapport Omzien in verwondering*, rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/11/14/interim-advies-adviescommissie-uitvoering-toeslagen, p. 28.

²¹ De rechtsgrondslag om voorschotten te herzien ligt in artikel 16 lid 5 Awir, waarin tot 1 januari 2017 een termijn waarbinnen herziening moest plaatsvinden ontbrak. Naar aanleiding van de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak (1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1484), volgend op een conclusie van staatsraad advocaat-generaal Keus (ECLI:NL:RVS:2016:159), is in artikel 16 lid 5 Awir neergelegd dat het voorschot niet kan worden verlaagd indien op het tijdstip van de herziening ten minste vijf jaren zijn verstreken na de laatste dag van het berekeningsjaar.

verantwoord van een klein deel van de eigen bijdrage²² of het niet ondertekenen van de overeenkomst die met de kinderopvang was gesloten.²³

Omdat er steeds werd gewerkt met voorschotten (waar de wet uitdrukkelijk vanuit gaat²⁴), is het opvallend dat de bevoegdheid om deze te herzien in de wet nauwelijks is genormeerd.²⁵ Artikel 21 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (hierna: Awir), dat wel belangrijke waarborgen biedt voor de burger tegen het herzien van een definitief toekenningsbesluit, was door het werken met voorschotbeschikkingen bijna nooit van toepassing.²⁶ De nihilstelling van de voorschotten en tegemoetkomingen, ook bij hele kleine fouten, vormde de basis van de zogenaamde ‘alles-of-niets-benadering’.²⁷ Het sluitstuk van de ‘alles-of-niets-benadering’ was gelegen in artikel 26 Awir. Dit artikel werd zo geïnterpreteerd dat de Belastingdienst/Toeslagen verplicht was om alle onverschuldigd betaalde voorschotten terug te vorderen. Dit wordt ook wel de 100%-terugvorderingsplicht genoemd.²⁸ Door deze stapeling van zeer strikte besluitvorming zijn burgers in de knel gekomen.

²² Vergelijk bijvoorbeeld ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1999.

²³ Vergelijk bijvoorbeeld ABRvS 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2668.

²⁴ Artikel 16 Awir.

²⁵ Artikel 16 lid 5 Awir bepaalde lange tijd enkel dat de Belastingdienst/Toeslagen het voorschot kon herzien. Als gezegd ontbrak tot 1 januari 2017 een termijn waarbinnen herziening moest plaatsvinden.

²⁶ De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in de in noot 21 genoemde uitspraak van 1 juni 2016 wel geoordeeld dat de bevoegdheid van de Belastingdienst/Toeslagen om een voorschot te herzien vervalt vijf jaar na de laatste dag van het berekeningsjaar waarop de toeslag betrekking heeft en ook dat in die termijn van vijf jaar de toeslag definitief moet worden vastgesteld, omdat anders de termijn neergelegd in artikel 21 lid 2 Awir zou worden doorkruist. Deze rechtspraak is wat betreft de herziening van het voorschot inmiddels gecodificeerd in artikel 16 lid 5 Awir (zie noot 21) en wat betreft de vaststelling van de tegemoetkoming in artikel 14 lid 7 Awir. De waarborgen uit artikel 21 lid 1 Awir die zien op de situaties waarin een definitief vastgestelde tegemoetkoming kan worden herzien, zijn niet van toepassing op de herziening van voorschotten. Vergelijk ook ABRvS 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3703.

²⁷ Vergelijk Damen 2021, p. 372.

²⁸ Vergelijk Damen 2021, p. 372.

De rol van de Afdeling bestuursrechtspraak

De Afdeling bestuursrechtspraak is jarenlang meegegaan met de interpretatie van de Belastingdienst/Toeslagen dat een burger alleen in aanmerking komt voor kinderopvangtoeslag indien kan worden aangetoond dat daadwerkelijk kinderopvang tot het volle voorgeschoten bedrag is genoten en de eigen bijdrage is betaald. Als dat niet kon worden aangetoond moest het voorschot volgens de Afdeling bestuursrechtspraak naar nihil worden herzien en de tegemoetkoming op nihil worden vastgesteld.²⁹ De Afdeling bestuursrechtspraak heeft wel degelijk voor deze strenge interpretatie van de kinderopvangtoeslagwetgeving kunnen kiezen, ook al had met de kennis van nu beter voor een andere interpretatie kunnen worden gekozen.

De destijds gemaakte keuze is niet onbegrijpelijk en evenmin – anders dan Leonard betoogt – evident in strijd met de wet.³⁰ Wat betreft de nihilstelling van voorschotten en tegemoetkomingen – de basis van de ‘alles-of-niets-benadering’ – staat voorop dat de regelgeving en de toelichting daarop geen duidelijk antwoord gaven op de vraag in welke gevallen een voorschot naar nihil kan (of moet) worden herzien en de tegemoetkoming op nihil kan (of moet) worden vastgesteld. Deze strenge interpretatie werd gebaseerd op artikel 18 Awir gelezen in verbinding met artikel 1.7, eerste lid, aanhef en onder b, Wet kinderopvang (hierna: Wko).³¹ Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak volgde uit deze bepalingen dat degene die aanspraak maakt op kinderopvangtoeslag, moet kunnen aantonen dat hij kosten van kinderopvang heeft gehad en wat de

²⁹ De Afdeling bestuursrechtspraak geeft deze gedachtegang weer in haar uitspraak van 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, r.o. 8.12.

³⁰ L.F.M. Besselink, ‘Hoogste rechter, hoogste onrecht: over de rechter en de wet in de Toeslagenaffaire’, *Nederland Rechtstaat* 8 januari 2021, m.nederlandrechtstaat.nl/forum/id330/08-01-2021/hoogste-rechter-hoogste-onrecht-over-de-rechter-en-de-wet-in-de-toeslagenaffaire.html. Vergelijk ook Besselink 2021, p. 197.

³¹ Deze wet heette van 1 augustus 2010 tot en met 31 december 2017 de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen. Nu heet de wet de Wet Kinderopvang.

hoogte ervan is.³² Er bestaat geen aanspraak op kinderopvangtoeslag indien de vraagouder niet kan aantonen dat hij het volledige bedrag aan kosten ook daadwerkelijk heeft betaald.³³ Wanneer slechts een klein deel van de kosten van kinderopvang niet is betaald, betekent dit niet dat aanspraak bestaat op een evenredig lagere kinderopvangtoeslag.³⁴ Kort gezegd was de gedachte: je ontvangt kinderopvangtoeslag als een tegemoetkoming voor *de te betalen* kosten voor de kinderopvang en niet voor *de betaalde kosten*;³⁵ als je niet kunt aantonen dat je de te betalen kosten hebt betaald, dan heb je geen recht op deze tegemoetkoming.³⁶

Er bestonden goede redenen om de Wko in verbinding met de Awir zo te interpreteren dat een voorschot naar nihil moest worden herzien, ook in gevallen waarin een deel van de betalingen aan de kinderopvang wel kon worden verantwoord.³⁷ Ten eerste kan het niet op

³² Vergelijk ABRvS 14 maart 2018, ECLI:NLRVS:2018:864.

³³ Vergelijk ABRvS 14 maart 2018, ECLI:NLRVS:2018:864. Zie ook ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1114.

³⁴ Vergelijk ABRvS 14 maart 2018, ECLI:NLRVS:2018:864.

³⁵ Zowel in artikel 1.5 lid 1 Wko als in artikel 1.7 lid 1 sub b Wko werd van *de te betalen* kosten gesproken. Zie artikel 1.5 lid 1 Wko zoals deze bepaling luidde voor de inwerkingtreding van de Wet verbetering uitvoerbaarheid toeslagen (Stb. 2020, 543): ‘Een ouder heeft aanspraak op een kinderopvangtoeslag in de door hem of zijn partner te betalen kosten.’ Sinds 1 januari 2021 luidt deze bepaling: ‘Een ouder heeft aanspraak op een kinderopvangtoeslag in de door hem of zijn partner betaalde kosten.’ In de memorie van toelichting op de Wet verbetering uitvoerbaarheid toeslagen wordt aangegeven dat deze bepaling ten grondslag ligt aan de opvatting van de Belastingdienst/Toeslagen dat een ouder het volledige bedrag aan kinderopvangkosten daadwerkelijk moest hebben betaald en als dat niet was gedaan, het volledige voorschot aan kinderopvangtoeslag werd teruggevorderd. De wijziging is erop gericht om in gevallen waarin niet het volledige bedrag aan kinderopvangkosten is betaald een vaststelling naar rato van de kosten die de ouder wel had betaald mogelijk te maken. Zie *Kamerstukken II 2020/2021*, 35574, nr. 3, p. 5. Zie hierover Persoon 2021, p. 39. Overigens geldt een dergelijke ‘alles-of-niets-benadering’ voor meer fiscale regelingen, zo blijkt uit Spanjers 2021.

³⁶ Vergelijk ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2006, waarin het ging om de artikelen 5 en 7 van de Wko.

³⁷ Vergelijk voor deze argumenten bijvoorbeeld ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610; ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535. In

nihil vaststellen van het voorschot of de tegemoetkoming aanvragers in de verleiding brengen te hoge kosten van de opvang op te geven, omdat aanvragen niet altijd worden gecontroleerd.³⁸ Ten tweede bestond destijds veel aandacht voor fraudebestrijding, waarbij het belang van controle op een juiste besteding van overheidsmiddelen van groot belang werd geacht.³⁹ Ten derde wordt in de toelichting op de Awir benadrukt dat belanghebbenden er – net zoals bij subsidieverlening overigens – rekening mee moeten houden dat na afloop van het jaar een deel van de tegemoetkoming moet worden terugbetaald, omdat een voorschot geen definitieve aanspraak is.⁴⁰ Een deel kan ook een geheel zijn wanneer achteraf blijkt dat in het geheel geen recht op een tegemoetkoming bestaat. De complexiteit van de wet die tot interpretatie dwingt, de tijdsgeest waarin dat gebeurde en ook het feit dat in de bestuursrechtelijke doctrine van oudsher weinig aandacht bestaat voor de rechtsbescherming van burgers die financiële aanspraken op de overheid hebben, maakt wat ons betreft dat de interpretatie van de Afdeling bestuursrechtspraak op dit punt een genuanceerder oordeel verdient.

In de tweede plaats de 100%-terugvorderingsplicht, het sluitstuk van de ‘alles-of-niets-benadering’. Wanneer eenmaal is vastgesteld dat in het geheel geen recht op kinderopvangtoeslag bestaat en dientengevolge een voorschot naar nihil moet worden herzien en een tegemoetkoming op nihil moet worden vastgesteld, dan is het gehele voorschot onverschuldigd betaald. Dit leidt tot een terug te vorderen

die laatste uitspraak ging de Afdeling bestuursrechtspraak ‘om’ en konden deze argumenten haar dus niet meer overtuigen.

³⁸ Volgens Hermans 2018, p. 33 behelst het ontbreken van een onderzoeksplicht voor de Belastingdienst/Toeslagen om een aanvraag voor een toeslag op juistheid te controleren een groot verschil met de subsidieverlening. De verlening van een subsidie biedt daarmee in beginsel meer waarborgen dan de toekenning van een toeslag in de vorm van een voorschot.

³⁹ Vergelijk ook de Adviescommissie uitvoering toeslagen, *Interim-rapport Omzien in verwondering*, p. 31 e.v. Zie ook ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2282; ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1999.

⁴⁰ Vergelijk *Kamerstukken II* 2004/05, 29764, nr. 3, p. 30. Zie Hermans 2018, p. 32 over de overeenkomsten tussen het proces van subsidieverlening en het toekennen van toeslagen.

bedrag dat ingevolge artikel 26 Awir de belanghebbende in zijn geheel is verschuldigd. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft tot de uitspraak van 23 oktober 2019⁴¹ geoordeeld dat het hierbij gaat om een gebonden terugvorderingsbevoegdheid voor de Belastingdienst/Toeslagen, zodat geen ruimte bestaat voor een evenredigheidstoets.⁴² Let wel, de omstandigheid dat in deze situatie 100% van de betaalde voorschotten werd teruggevorderd, kan dus niet los worden gezien van de strenge interpretatie van het wettelijk stelsel dat ook bij kleine fouten het voorschot geheel naar nihil moest worden herzien. Wanneer zou zijn geoordeeld dat het wettelijk stelsel ruimte zou bieden voor een evenredige toekenning, dan zou uiteraard niet 100% van het voorschot zijn teruggevorderd. Met andere woorden: de ‘alles-of-niets-benadering’ en de 100%-terugvorderingsplicht zijn wat ons betreft onlosmakelijk met elkaar verbonden.

In lijn met Marseille⁴³ concluderen wij dat de Afdeling bestuursrechtspraak artikel 26 Awir aanvankelijk terecht heeft aangemerkt als een gebonden bevoegdheid voor de Belastingdienst/Toeslagen om voorschotten en tegemoetkomingen waarvan is vastgesteld dat zij ten onrechte zijn ontvangen, terug te vorderen.⁴⁴ In de memorie van toelichting op de Awir wordt immers op verscheidene plaatsen benadrukt dat een verschil tussen het betaalde voorschot en de vervolgens vastgestelde tegemoetkoming *wordt* teruggevorderd en *moet* worden terugbetaald.⁴⁵ Dat artikel 26 Awir is geformuleerd als een betalingsverplichting voor de burger maakt dat niet anders. Er staat nu

⁴¹ ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536.

⁴² Vergelijk bijvoorbeeld ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610.

⁴³ Vergelijk voor de opvatting van Marseille het verslag van het openbaar verhoor van hem, p. 3, p. 7 en p. 12, en zijn annotatie bij ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, ‘Kinderopvangtoeslagen: wel of geen beleidsvrijheid voor de Belastingdienst/Toeslagen?’, 69(4) *Ars Aequi* (2020), p. 393-399.

⁴⁴ Vergelijk bijvoorbeeld ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610.

⁴⁵ MvT Awir p. 18: ‘een eventueel verschil *wordt* in één keer uitbetaald dan wel teruggevorderd’, p. 20: ‘beide gevallen, foutieve schattingen en wijziging van de omstandigheden, leveren een gereede kans op dat hetzij na afloop van het jaar een deel van de tegemoetkoming *moet* worden terugbetaald [...], p. 21: ‘een te hoog voorschot plaatst de belanghebbende voor een terugbetalings*plicht* [...]. En zo zijn er nog meer voorbeelden.

eenmaal dat het bedrag van de terugvordering in zijn geheel is verschuldigd. Dat in de memorie van toelichting op de Awir op pagina 22 staat dat het te veel betaalde bedrag *kan* worden teruggevorderd, leidt evenmin tot een andere uitleg van artikel 26 Awir.⁴⁶ Naar onze mening betekent het woordje ‘kan’ hier slechts dat er voor de Belastingdienst/Toeslagen een bevoegdheid tot terugvorderen bestaat, maar zegt dat in dit geval niets over de vraag of er wel of niet sprake is van een gebonden bevoegdheid.

Het feit dat artikel 26 Awir een gebonden bevoegdheid voor de Belastingdienst/Toeslagen betreft, heeft tot gevolg dat een belangenafweging bij het uitoefenen van die bevoegdheid niet meer aan de orde is, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis bij artikel 3:4 lid 2 Awb.⁴⁷ Om precies te zijn is dan de redenering dat de belangenafweging die een bestuursorgaan dient te maken ingevolge artikel 3:4 lid 1 Awb wordt beperkt voor zover dit voortvloeit uit een wettelijk voorschrift. Wanneer uit een wettelijk voorschrift volgt dat er geen ruimte bestaat voor een belangenafweging, dan bestaat er volgens vaste rechtspraak evenmin ruimte voor de toepassing van het evenredigheidsbeginsel zoals gecodificeerd in artikel 3:4 lid 2 Awb.⁴⁸ Het is in dat licht dan ook niet verwonderlijk dat de Afdeling bestuursrechtspraak in haar uitspraak van 23 oktober 2019 *niet* heeft geoordeeld dat bij de gebonden bevoegdheid die is neergelegd in artikel 26 Awir plaats is voor toetsing aan het evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4 lid 2 Awb),⁴⁹ maar dat deze bepaling – bij nader inzien – moet worden gelezen als een bevoegdheid die ruimte biedt voor een afweging.⁵⁰ En het is niet

⁴⁶ Vergelijk Besselink 2021, p. 195.

⁴⁷ *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 67 (PG Awb, Eerste Tranche, p. 209 l.k.).

⁴⁸ Vergelijk bijvoorbeeld CbB 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:321; CbB 5 november 2019, ECLI:NL:CBB:2019:560; ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610; CbB 24 september 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BF8933. Zie hierover ook de analyse van Zijlstra in het rapport van de Commissie, p. 125 e.v.; Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Essers, *Bestuursrecht op Maat* (in opdracht van BZK) (Universiteit Leiden 2020), p. 47-48.

⁴⁹ Door Van Eettekoven 2021, p. 104 optie A genoemd.

⁵⁰ Door Van Eettekoven 2021, p. 105 optie B genoemd. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft ook in algemene zin de voorkeur voor optie B. Vergelijk

voor niets dat de wetgever naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagaffaire – en ook de uitspraak van 23 oktober 2019 – artikel 26 Awir heeft gewijzigd door daarin het evenredigheidsbeginsel expliciet op te nemen.⁵¹

Het belang van eenduidige regelgeving

Met het voorgaande hebben wij hopelijk inzichtelijk gemaakt waarom wij – anders dan Leonard – van mening zijn dat de Afdeling bestuursrechtspraak is kunnen meegaan in de strenge ‘alles-of-niets-benadering’ van de Belastingdienst/Toeslagen, ook al was dat met de kennis van nu geen gelukkige keuze. Feit is wel dat de bepalingen van de Awir – die ook nog eens moeten worden gelezen in samenhang met de Wko – niet kunnen worden geroemd om hun duidelijkheid. Mede hierdoor wordt over de interpretatie van deze bepalingen door rechtsgeleerden verschillend gedacht.⁵² Dit maakt het belang van eenduidige regelgeving maar weer eens duidelijk. Wij begrijpen dat de wetgever niet alles kan dichttimmeren – het bestuur zal de wet in veel gevallen moeten interpreteren en de bestuursrechter heeft vervolgens de taak om te controleren of deze interpretatie binnen de grenzen van het recht blijft – , maar de Awir is wat ons betreft een voorbeeld van hoe het niet moet. Om zowel het bestuur als de rechters handvatten te geven bij de uitvoering van de regelgeving en de toetsing daarvan, dient op zijn minst duidelijk te zijn of en in

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure* (Wolters Kluwer 2017), p. 655.

⁵¹ Vergelijk artikel 26 lid 2 eerste zin Awir. Deze bepaling is ingevoegd per 1 januari 2021 door de Wet verbetering toeslagen. Wij menen dat deze bepaling is ingevoegd om zeker te stellen dat artikel 3:4 lid 2 Awb zou worden toegepast bij het uitoefenen van de (gebonden) terugvorderingsbevoegdheid. Weliswaar heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in de al meermalen genoemde uitspraak van 23 oktober 2019 geoordeeld dat artikel 26 Awir moet worden gelezen als een bevoegdheid die ruimte biedt voor een afweging, maar dat volgt niet uit de letter van de wet. Vergelijk de toelichting op deze bepaling, *Kamerstukken II* 2020/2021, 35574, nr. 3, p. 27 en 28.

⁵² En het is ook niet voor niets dat artikel 26 lid 2 Awir inmiddels een expliciete bevoegdheid toekent aan de Belastingdienst/Toeslagen om het terug te vorderen bedrag, bedoeld in lid 1 van dat artikel, volledig terug te vorderen.

hoeverre het bestuur beslissingsruimte toekomt bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden.⁵³ De wetgever zal zich er daarom meer bewust van moeten zijn dat hij in eerste instantie verantwoordelijk is voor het bepalen van de bestuursrechtelijke beslissingsruimte en de daarmee samenhangende toetsing door de bestuursrechter, zeker nu de dynamische wetsinterpretatie waar Scheltema voor pleit nog geen werkelijkheid is.⁵⁴ Niettemin bestaan er goede redenen om de kinderopvangtoeslagaffaire aan te grijpen om te reflecteren op de verhouding tussen regelgeving en bestuursrechtspraak, de toekenning van bestuursrechtelijke beslissingsruimte en de daarmee samenhangende toetsing door de bestuursrechter.

2. Reflectie op de verhouding tussen regelgeving en bestuursrechtspraak

Het in de inleiding genoemde ‘Programma van reflectie van de Afdeling bestuursrechtspraak’ ziet voor een deel op de spanning tussen de door de regelgeving gedicteerde rechtszekerheid en individuele rechtvaardigheid. Het gaat hier – in de woorden van advocaat-generaal Colomer – om wat ‘waarschijnlijk het meest ingewikkelde dilemma in elk rechtssysteem is: het streven tussen het verlangen naar gerechtigheid en de behoefte aan zekerheid’.⁵⁵ Een andere omschrijving hiervan is als volgt: wanneer het recht te veel ruimte geeft voor individuele omstandigheden, ondermijnt het zijn intrinsieke functie om rechtszekerheid te scheppen. Wordt het daarentegen toegepast met te weinig ruimte voor individuele omstandigheden, dan kan het leiden tot onaanvaardbaar onrecht.⁵⁶ Wat ons betreft bestaat de

⁵³ Daarbij kan het gaan om beoordelings- en/of beleidsruimte. Zie hierover P.J. Huisman & N. Jak, ‘Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit’, 33(5) *NTB* (2019), p. 212-221.

⁵⁴ Scheltema 2020.

⁵⁵ Advocaat-generaal Colomer in zijn conclusie van 28 januari 1999, *AssiDomän Kraft*, C-310/97 P, ECLI:EU:C:1999:36.

⁵⁶ *Summum jus, summa injuria*, vrij vertaald: op de spits gedreven recht verkeert in het toppunt van onrecht. Vergelijk advocaat-generaal Mazák in zijn conclusie van 23 september 2008, *Age Concern England*, C-388/07, ECLI:EU:C:2008:518. Verder

zojuist genoemde reflectie uit in elk geval twee samengestelde aspecten, namelijk in de eerste plaats artikel 120 Grondwet in relatie tot de toetsing van een gebonden bevoegdheid, en in de tweede plaats het referentiekader van waaruit het bestuursrecht wordt gezien en gewaardeerd. We spreken bewust van ‘samengesteld’, omdat de twee aspecten afzonderlijk kunnen worden besproken maar ook kunnen overlappen.

*Artikel 120 Grondwet in relatie tot de toetsing
van een gebonden bevoegdheid*

De voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak heeft tegen de achtergrond van het in artikel 120 Grondwet neergelegde verbod om formele wetten aan de Grondwet en rechtsbeginselen te toetsen opgemerkt dat de rechter de evenredigheidscorrectie niet kan toepassen bij formele wetten, zoals de Awir en Wko.⁵⁷ ‘En ook niet’, aldus de voorzitter, ‘bij bepalingen van dwingend recht, die geen ruimte geven voor belangenafweging.’⁵⁸ Dan zal de rechter in beginsel de wil van de wetgever moeten respecteren.⁵⁹ En later: ‘Over de vraag of het wenselijk is dat de rechter het evenredigheidsbeginsel uit de Awb kan inzetten om de toepassing van formele wetten te corrigeren, bestaat geen eenstemmigheid. Dit is voer voor debat binnen de instituties van de rechtsstaat.’⁶⁰ De Tweede Kamer heeft een voorschot op dit debat genomen door de kinderopvangtoeslagaffaire aan te grijpen om verschillende moties aan te nemen tot bijvoorbeeld het opnemen

F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen* (Wolters Kluwer 2018), p. 6, p. 42 e.v. en p. 452.

⁵⁷ Van Ettekoven 2021, p. 100.

⁵⁸ Vergelijk hierover paragraaf 1 van deze bijdrage. Meer precies is dan de redenering dat de belangenafweging die een bestuursorgaan dient te maken ingevolge artikel 3:4 lid 1 Awb wordt beperkt voor zover dit voortvloeit uit een wettelijk voorschrift. Wanneer uit een wettelijk voorschrift volgt dat er geen ruimte bestaat voor een belangenafweging, dan bestaat er volgens vaste rechtspraak evenmin ruimte voor de toepassing van het evenredigheidsbeginsel zoals gecodificeerd in artikel 3:4 lid 2 Awb.

⁵⁹ Van Ettekoven 2021, p. 100.

⁶⁰ Van Ettekoven 2021, p. 101.

van hardheidsclausules en het codificeren van de (corrigerende werking van) algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁶¹

In de woorden van Leonard brengt artikel 120 Grondwet de machtscheiding tussen de rechter enerzijds en de andere staatsmachten anderzijds tot uitdrukking, met als achterliggende ratio de mate waarin relevante besluitvorming politieke afwegingen vergt die niet aan de rechter zijn.⁶² Artikel 120 Grondwet sluit evenwel blijkens de rechtspraak niet uit dat de rechter in een bepaald geval een (dwingend geformuleerd) artikel in een formele wet buiten toepassing laat op de grond dat de toepassing van dat artikel in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden (in de regel: de wijze waarop de overheid is opgetreden) in strijd komt met een rechtsbeginsel.⁶³ Verdedigd zou kunnen worden dat artikel 120 Grondwet met het in zo'n geval buiten toepassing laten juist wordt geëerbiedigd, omdat de rechter dan voorkomt dat de wet gevolgen heeft die de wetgever niet voor ogen stonden.

Of van het laatste sprake was bij de kinderopvangtoeslagaffaire, is in de literatuur nu onderwerp van debat.⁶⁴ De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt bij monde van de voorzitter tot nu toe uit te sluiten dat als de wetgever aan bepaalde omstandigheden niet heeft gedacht bij het opstellen van een wet in formele zin, de zogenoemde niet-

⁶¹ Vergelijk *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, 47; *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, 38; *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, 37; *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, 15.

Deze mogelijkheden zijn tevens genoemd in de kabinetsreactie op het rapport 'Ongekend onrecht', 15 januari 2021 <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2021/01/15/kabinetsreactie-op-het-rapport-ongekend-onrecht>.

⁶² L.F.M. Besselink, 'Machtscheiding in de *Urgenda*-zaak', 11(2) *TvCR* (2020), p. 128-151, aldaar p. 130.

⁶³ Vergelijk HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (Harmonisatiewet); HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679 (Zorgverzekeringswet). Verder bijvoorbeeld CRvB 22 oktober 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:2607; CBb 17 maart 2020, ECLI:NL:CBB:2020:161; ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1325. Zie F.P. Zwart, 'Wat mij heeft verbaasd...', 96(3) *NJB* (2021), p. 199; Bakker 2018, p. 362 e.v.

⁶⁴ Vergelijk Baron & Poelmann 2021. Verder Scheltema 2020, en de reactie van S.E. Zijlstra daarop (te vinden op nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl).

verdisconteerde omstandigheden, de bestuursrechter een (dwingend geformuleerd) artikel in een formele wet buiten toepassing kan laten vanwege strijd met een rechtsbeginsel (zoals het evenredigheidsbeginsel). Zulk handelen wordt zowel door de voorzitter⁶⁵ als in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak⁶⁶ *geframed* (bijna als een stropop) als het zomaar aan de kant zetten van een formele wet en dan is er inderdaad veel voor te zeggen dat artikel 120 Grondwet zich daartegen verzet.

De vraag waar het evenwel volgens ons meer om gaat, is of de bestuursrechter – al dan niet in combinatie met een terugkoppeling naar de wetgever – gerechtigd is om een dwingend geformuleerd artikel – ook in een wet in formele zin – vanwege strijd met een rechtsbeginsel (zoals het evenredigheidsbeginsel) buiten toepassing te laten. In lijn met de hierboven genoemde rechtspraak over artikel 120 Grondwet, hebben in elk geval de belastingkamer van de Hoge Raad⁶⁷ en de Centrale Raad van Beroep⁶⁸ vaste rechtspraak waarin die vraag positief is beantwoord. Hoewel de Afdeling bestuursrechtspraak die rechtspraak eerst heeft overgenomen,⁶⁹ heeft zij in de in de vorige paragraaf besproken uitspraak van 23 oktober 2019 niet gekozen voor *contra legem* werking van het evenredigheidsbeginsel.⁷⁰ Sterker nog, het lijkt dat de Afdeling bestuursrechtspraak *contra legem*

⁶⁵ Van Ettekovén 2021, bijvoorbeeld op p. 104.

⁶⁶ Vergelijk bijvoorbeeld ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3062.

⁶⁷ Vergelijk bijvoorbeeld de zogeheten doorbraakarresten HR 12 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX3264; HR 12 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX2432; HR 12 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AM4447. Verder bijvoorbeeld HR 26 september 1979, ECLI:NL:HR:1979:AM4918.

⁶⁸ Vergelijk bijvoorbeeld CRvB 3 oktober 2001, ECLI:NL:CRVB:2001:AD7575; CRvB 11 januari 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP1421; CRvB 15 september 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3186; CRvB 23 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3519. Eerder bijvoorbeeld CRvB 18 februari 1975, *AB* 1975/243, m.nt. Stellinga.

⁶⁹ Vergelijk bijvoorbeeld ABRvS 4 juli 1994, ECLI:NL:RVS:1994:AJ8664.

⁷⁰ Door Van Ettekovén 2021, p. 104 optie A genoemd.

werking van een rechtsbeginsel in het geheel geen optie meer acht.⁷¹ Het is volgens ons dan ook belangrijk dat met het meermaals genoemde ‘Programma van reflectie van de Afdeling bestuursrecht-spraak’ inzichtelijk wordt of dit inderdaad het geval is, en zo ja, waarom en met welke argumentatie de Afdeling bestuursrecht-spraak afwijkt van de rechtspraak van de andere hoogste (bestuurs)rechters.

*Referentiekader van waaruit het bestuursrecht
wordt gezien en gewaardeerd*

Net zo als het privaatrecht geen bestuursrecht (publiekrecht) is, is het bestuursrecht (publiekrecht) geen privaatrecht.⁷² In de huidige discussie naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagaffaire lijkt dit soms vergeten te worden, zeker waar nu de teneur is dat het bestuursrecht op de schop moet respectievelijk moet worden afgeschaft.⁷³ Dit kan overigens ook worden omgedraaid, omdat uit de historie blijkt dat ‘incidenten’ die de maatschappij ontwrichten juist leiden tot nieuw en beter bestuursrecht.⁷⁴ De genoemde teneur klinkt ook door in de door de Tweede Kamer aangenomen motie dat ‘de rechtsstaat geschonden is’ en daarom aan het kabinet de opdracht wordt gegeven om ‘de Venetië-Commissie te verzoeken om advies uit te brengen’ over ‘de rechtsbescherming van burgers in Nederland, met name onder het bestuursrecht (inclusief reikwijdte, rechtsbescherming, marginale toetsing en rol Raad van State); het stelsel

⁷¹ Vergelijk bijvoorbeeld ABRvS 18 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9838. Zie Schreuder-Vlasblom 2017, p. 653 e.v.; Van Kreveld onder HR 12 april 1978, *AB Klassiek* 2016/5.

⁷² Dit lijkt te worden miskend door O. Ifzaren in zijn reactie op het preadvies van Scheltema, (te vinden op nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl).

⁷³ Vergelijk P.G.H. Albert, ‘Hoge Raad: graag minder rechtseenheid en meer rechtsbescherming!’, 22(6) *NTFR* (2021); Brenninkmeijer 2021, p. 6-13.

⁷⁴ Vergelijk B.J. Schueler, ‘De eigen aard van het bestuursrecht. Vijftig jaar Hoofdstukken van het bestuursrecht’, 33(7) *NTB* (2019), p. 297-304, aldaar p. 298.

van macht en tegenmacht in theorie en praktijk, inclusief de Staten-Generaal en de rechterlijke macht'.⁷⁵

Anders dan voor het privaatrecht, is voor het bestuursrecht van oudsher het volgende referentiekader van belang. Uit oogpunt van de democratische legitimatie, rechtszekerheid en, als exponent van het laatste, legaliteit, is in het bestuursrecht het uitgangspunt dat rechtsvorming wordt gedictieerd door regelgeving. In dat licht is er binnen het bestuursrecht minder tot geen ruimte voor open normen als de redelijkheid en billijkheid (respectievelijk billijkheidscorrectie) en rechtsvorming door de bestuursrechter.⁷⁶ De kinderopvangtoeslagaffaire, maar ook ontwikkelingen al dan niet onder de noemer van responsiviteit, evenredigheid, dienstbaarheid en maatwerk, zijn in de literatuur aanleiding geweest om bloot te leggen dat zich een verandering voltrekt in het referentiekader van waaruit het bestuursrecht wordt gezien en gewaardeerd.⁷⁷ Het 'oude' referentiekader komt deels nog tot uitdrukking in het volgende antwoord van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak op de vraag of 'de Belastingdienst [...] wellicht te vaak het voordeel van de twijfel' kreeg: 'Zo werkt het bestuursrecht in algemene zin. Dat gaat ervan uit dat overheidsinstanties rechtmatig te werk gaan en de wet uitvoeren. De rechter gaat niet uit van het falen van het hele systeem.'⁷⁸

⁷⁵ *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, 11. Zie hierover M. de Visser, 'Eerste Nederlandse adviesverzoek aan de Venetië Commissie: te hoge verwachtingen?', *Nederland Rechtstaat* 10 februari 2021, m.nederlandrechtsstaat.nl/forum/id341/10-02-2021/eerste-nederlandse-adviesverzoek-aan-de-venetië-commissie-te-hoge-verwachtingen?.html

⁷⁶ Vergelijk De Poorter 2021; Scheltema 2020; Bakker 2018, i.h.b. hfst. 6 en 7. Zie verder de beschouwing van de vicepresident van de Raad van State, 'Evenwicht in de rechtsstaat', in het jaarverslag van de Raad van State over 2019, te vinden op raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen/

⁷⁷ Vergelijk R. Ortlep, 'Referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht gezien en waarden', 22(4) *JBplus* (2020), p. 24-41. Zie Scheltema 2020; Brenninkmeijer & Marseille 2021.

⁷⁸ Interview B.J. van Ettekoven, voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, 'Raad van State onderzoekt eigen uitspraken na toeslagenaffaire: 'Het had anders gekund'', *Trouw* 9 januari 2021, trouw.nl/binnenland/raad-van-state-onderzoekt-eigen-uitspraken-na-toeslagenaffaire-het-had-anders-gekund~b5dc1655/. Zie genuanceerder Van Ettekoven 2021, p. 99: 'De rechter moet de wet toepassen in een

Het zijn zulke antwoorden die koren op de molen zijn voor mensen die vinden dat het bestuursrecht respectievelijk de Afdeling bestuursrechtspraak te gouvernementeel is.⁷⁹ Zo ook Leonard waar hij het volgende over een opmerking van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak zegt: ‘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.’⁸⁰ We zijn het met Leonard eens dat als de houding zou zijn ‘we kunnen niet anders’, dit in elk geval niet meer past in het huidige referentiekader van waaruit het bestuursrecht wordt gezien en gewaardeerd.⁸¹ Hoewel de interpretatie van de regelgeving door het bestuur en de daarop gebaseerde besluitvorming van het bestuur het uitgangspunt vormen voor de bestuursrechter, neemt dit niet weg dat ook in het bestuursrecht de rechtstoepassing altijd een keuze betreft, voortkomend uit de afweging van de betekenis van regelgeving tegen de betekenis van ongeschreven rechtsnormen die voor het individuele geval van belang kunnen zijn.⁸² In deze zin denken wij ook aan de – rechtsgebied overstijgende – gedachte van Molengraaff dat de wet weliswaar een gids is voor wie het recht wil kennen maar niet het recht zelf, en dat het ook⁸³ de taak

concreet geval. Als de wet duidelijk is, is de toepassing eenvoudig. Als de wet niet duidelijk is, dan moet de rechter de wet duiden. Daarbij betreft de rechter naast de tekst van de wet, het systeem van de wettelijke regels en de bedoeling van de wetgever. Ook moet de rechter op zoek naar een redelijke toepassing.’

⁷⁹ Vergelijk Brenninkmeijer 2021, p. 13; Albert 2021; Albert 2020. Zie verder Ahsmann 2021; L. van den Berge, ‘Bestuursrechtspraak na de toeslagenaffaire: hoe nu verder?’, *Montaigne Centrum Blog* 10 februari 2021, blog.montaignecentre.com/nl/bestuursrechtspraak-na-de-toeslagenaffaire-hoe-nu-verder/.

⁸⁰ Besselink 2021, p. 197.

⁸¹ Vergelijk Ortlep 2020.

⁸² Vergelijk A.S. Hartkamp, *Velerlei gestalten* (Wolters Kluwer 2020), p. 132. Verder Van den Berge 2021. Zie reeds M.H. Bregstein, *De betrekkelijke waarde der wet* (Tjeenk Willink 1952).

⁸³ Ook, want in het bestuursrecht is het allereerst maar dus niet uitsluitend de taak van het bestuursorgaan. Vergelijk Scheltema 2020, p. 28, en de reactie van M. van der Loop (te vinden op nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl).

van de rechter is om aan het recht in individuele gevallen vorm te geven.⁸⁴

3. Toekomstgerichte slotopmerkingen

De kinderopvangtoeslagaffaire staat in verband met het referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarderen. De verandering in dat referentiekader heeft niet alleen gevolgen voor de verschillende staatsmachten, de wetgever, het bestuur en de rechter, en hun onderlinge verhouding. Het heeft ook gevolgen voor het juridisch onderwijs waarin de mensen voor die staatsmachten worden opgeleid en waar zij deels, voornamelijk juridisch, worden gevormd.⁸⁵ Een terugkerend punt bij de evaluatie van de kinderopvangtoeslagaffaire is dat er sprake was van tunnelvisie binnen de staatsmachten, waarbij de hardhandige manier om fraude te bestrijden – op zijn zachtst gezegd – het zicht ontnam om met maatwerk en met ook het oog op de individuele burger het recht toe te passen. Hoewel hierbij vele factoren een rol spelen,⁸⁶ is voor ons in elk geval ook het juridisch onderwijs een factor. Het onderwijs moet wat ons betreft op het gebied van het bestuursrecht (meer) zo ingericht zijn dat niet studenten (juristen) worden opgeleid die met de pen (of het toetsenbord) in de aanslag zitten om het ‘juiste’ antwoord te noteren, maar die inzien dat ook de rechtstoepassing in het bestuursrecht niet is gebaseerd op dwingende logica en bovennatuurlijke begrippen die eeuwige

⁸⁴ W.L.P.A. Molengraaff, ‘Summum Jus, summa injuria’, 38(5/6) *RM* (1919), p. 491-528, aldaar p. 494 en p. 527-528. Zie hierover H.C.F. Schoordijk, *Realistische en pragmatische rechtsvinding: taak en taakopvatting van de rechter in de westerse wereld* (WLP 2014).

⁸⁵ Vergelijk Ortlep 2020, p. 40.

⁸⁶ Vergelijk Van Ettehoven 2021 en het verslag van de Commissie. Wij denken verder ook aan de organisatiecultuur en de maatschappelijke kosten. Feit is dat in het huidige financieringsmodel van de rechtspraak het niet steeds haalbaar is om te bezien of er individuele omstandigheden zijn die tot een ander besluit hadden moeten leiden. Zie Ph.M. Langbroek, ‘Meer aandacht voor de rechterlijke organisatie in de volksvertegenwoordiging’, *Montaigne Centrum Blog* 17 maart 2021, blog.montaignecentrum.com/nl/meer-aandacht-voor-de-rechterlijke-organisatie-in-de-volksvertegenwoordiging/.

gelding hebben. Daarnaast dient er wat ons betreft binnen het juridisch onderwijs meer aandacht te worden besteed aan het belang van eenduidige regelgeving, de daarin te bepalen bestuursrechtelijke beslissingsruimte en de daarmee samenhangende toetsing door de bestuursrechter, zodat affaires zoals de kinderopvangtoeslagaffaire in de toekomst hopelijk kunnen worden voorkomen.

De goede lezer heeft waarschijnlijk ook de volgende ondertoon van deze bijdrage thans in gedachte: de kinderopvangtoeslagaffaire heeft tevens opnieuw blootgelegd dat met name in de verhouding tussen de verschillende staatsmachten ook het staatsrecht en bestuursrecht als disciplines nauwe verwantschap vertonen en dat het nuttig en noodzakelijk is dat zij nauwer op elkaar worden betrokken.⁸⁷ Die nauwe verwantschap was voor Kummeling ooit reden om op te schrijven dat er alle reden is voor de staatsrechtbeoefenaren om het bestuursrecht (de Awb) mede als hun jachtterrein te beschouwen en dat hij zijn leven ging beteren.⁸⁸ Wij zijn in elk geval verheugd dat Leonard ook in een van zijn laatste publicaties voor zijn pensionering het staats- en bestuursrecht in samenhang heeft bestudeerd. Wij volstaan daarom met het uitspreken van de hoop dat Leonard tevens na zijn pensionering samen met ons de verbinding tussen het staats- en bestuursrecht blijft uitdragen. Niet alleen binnen de wetenschap, maar hopelijk ook in het juridisch onderwijs aan de UvA, waar wij (en ongetwijfeld ook onze studenten) hem enorm zullen gaan missen.



⁸⁷ Hetzelfde is natuurlijk het geval voor het privaatrecht.

⁸⁸ Vergelijk H.R.B.M. Kummeling, 'De Awb: een gemeenschappelijk jachtterrein', in: G.H. Addink & A.A.J. de Gier (red.), *Bestuursrecht in perspectief* (Universiteit Utrecht 1996), p. 31-36, aldaar p. 36, in combinatie met H.R.B.M. Kummeling (red.), *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht* (Tjeenk Willink 1999), p. 1-2.