

Kinderopvangtoeslag-affaire

De democratische rechtsstaat wordt als staal in de wind gehard

Jacobine van den Brink & Rolf Ortlep¹

In plaats van elkaar achteraf de maat te nemen naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagaffaire is het verstandiger om de energie van de wetgever, het bestuur, de rechter en de wetenschap te besteden aan hoe het beter kan. In dit artikel wordt onderbouwd 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. In het tweede deel van de bijdrage wordt gereflecteerd op de verhouding wetgeving en bestuursrechtspraak, en welke rol de wetenschap hierin zou kunnen spelen.

Inleiding

Op donderdag 17 december 2020 presenteerde de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (hierna: de commissie) haar verslag van de parlementaire ondervraging inzake de kinderopvangtoeslagaffaire met de titel *Ongekend onrecht*.² Daarin constateert zij 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'.³ 'Daarmee heeft', aldus de commissie, 'de bestuursrechtspraak zijn belangrijke functie van (rechts) bescherming van individuele burgers veronachtzaamd'.⁴ De commissie 'is met name geraakt door het tot in oktober 2019 wegedenieren van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die zouden moeten dienen als stootkussen en beschermende deken voor mensen in nood'.⁵ Dit zijn vlijmscherpe conclusies die getuige de reactie in het *NJB* van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling), Van Eetkoven, als een bom zijn ingeslagen.⁶

In het eerste deel van deze bijdrage betogen wij dat het teleurstellend is dat wetenschappers – ook in het *NJB* – de conclusie van de commissie over de bestuursrechtspraak zonder meer hebben onderschreven en daar nog een schepje bovenop hebben gedaan. Het is verstandiger om de energie van de wetgever, het bestuur, de rechter en de wetenschap te besteden aan hoe het beter kan, dan elkaar nu achteraf de maat te nemen. Wij onderbouwen dat de Afdeling voor de strenge interpretatie van de kin-

deropvangtoeslagwetgeving heeft kunnen kiezen, al was dat met de kennis van nu geen gelukkige keuze. Voorop staat het (waar mogelijk) herstellen van het ongekende onrecht dat aan de gezinnen is toegebracht. Ons past slechts reflectie.⁷ In het tweede deel van onze bijdrage reflecteren wij op de verhouding wetgeving en bestuurs-

Auteurs

1. J.E. van den Brink is hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam. R. Ortlep is universitair hoofddocent bestuursrecht aan dezelfde universiteit en hoogleraar (Europees) bestuursrecht aan de Open Universiteit. Beiden zijn daarnaast rechter-plaatsvervanger, Jacobine van den Brink bij de Rechtbank Midden-Nederland, en Rolf Ortlep bij de Rechtbank Gelderland. Jacobine van den Brink was in de periode 2002-2007 werkzaam als jurist bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Deze bijdrage is afgesloten op 26 januari 2021.

Noten

- Het verslag is te vinden op www.tweede-kamer.nl/kamerleden_en_commissies/commissies/pok.
- Verslag van de commissie, p. 7.
- Verslag van de commissie, p. 7-8.

5. Verslag van de commissie, p. 8.

6. B.J. van Eetkoven, '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, afl. 2, p. 98-107.

7. Vergelijk Kabinetsreactie rapport 'Ongekend onrecht', 15 januari 2021 (www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2021/01/15/kabinetsreactie-op-het-rapport-ongekend-onrecht). Een goed voorbeeld hiervan is verder het blog van Anne Meuwese, 'Nooit meer een 'schending van de rechtsstaat'? Zeven valkuilen uit de kabinetsreactie op de toeslagenaffaire', 16 januari 2021, <https://m.nederland-rechtsstaat.nl/forum/id333/16-1-2021/nooit-meer-een-schending-van-de-rechtsstaat-7-zeven-alkuilen-uit-de-kabinetsreactie-op-de-toeslagenaffaire.html>.



rechtspraak, en welke rol wij, als onderzoeker en docent, hierin spelen. Er zijn meerdere reflecties noodzakelijk, zoals die door de wetgever (Tweede Kamer), het bestuur, en door de Raad voor de rechtspraak,⁸ maar deze vallen om de omvang te beperken buiten deze bijdrage.

Een snoeihard oordeel ondanks genuanceerde inbreng van deskundigen

In de reacties op het verslag van de commissie in het *NJB* van Alex Brenninkmeijer⁹ en Leonard Besselink¹⁰ wordt de conclusie over de falende bestuursrechtspraak (met name die van de Afdeling) onderschreven. Die auteurs vragen zich daarin niet af waarop de conclusie van de commissie is gebaseerd. Dat wringt want het geredigeerd woordelijk verslag van het openbaar verhoor door de commissie van Bert Marseille en de – op het verzoek van de commissie tot stand gebrachte – schriftelijke analyse van Sjoerd Zijlstra¹¹ bieden een genuanceerder beeld. Zijlstra geeft geen expliciet juridisch oordeel over de vraag of de rechtspraak van de Afdeling door de beugel kan, maar analyseert op neutrale wijze hoe de rechtspraak van de Afdeling in elkaar steekt en betreft daarbij de (beperkt voorhanden)

kritiek daarop in de wetenschappelijke literatuur.¹² Marseille is enerzijds kritisch op de bewuste keuze van de Afdeling om de wetgeving zo te interpreteren dat het voorschot ook op nihil moest worden gesteld als een deel van de kosten voor kinderopvang wel aantoonbaar was betaald en dat daarbij geen ruimte bestond voor een evenredigheidstoets.¹³ Anderzijds blijkt uit het verslag dat Marseille heeft uitgelegd dat de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (hierna: Awir) wat betreft de terugvordering van ten onrechte ontvangen voorschotten en tegemoetkomingen heel streng was. Er was een dwingendrechtelijke bepaling over terugvordering en dus in zoverre geen ruimte voor toepassing van het evenredigheidsbeginsel.¹⁴ Bovendien vraagt hij in de door hem gegeven samenvatting van zijn analyse aandacht voor de context van de maatschappelijke ontwikkelingen, hetgeen de strenge interpretatie door de Afdeling kan verklaren.¹⁵ Wij concluderen daarom dat de opvattingen van de door de commissie geraadpleegde bestuursrecht deskundigen, haar vlijmscherpe conclusie over de bestuursrechtspraak in ieder geval niet kunnen dragen.¹⁶ Uit het door ons bestudeerde verslag en de hiervoor genoemde analyse

blijkt dat de zinsneden in het eindrapport die gaan over de bestuursrechtspraak vooral zijn ontleend aan de eigen opvattingen van de commissieleden¹⁷ en niet aan de antwoorden en analyse van onafhankelijke bestuursrecht deskundigen.¹⁸ Om die reden vinden wij het teleurstellend dat de conclusie van de commissie over de bestuursrechtspraak zonder meer wordt aanvaard en prompt wordt aangegrepen om de bestuursrechtspraak 'aan te pakken'.¹⁹ Daarbij wordt er voetstoots vanuit gegaan dat het wettelijk kader geen grondslag bood voor de uitleg en wetstoepping door de Afdeling. Dat doet volgens ons geen recht

aan de juridische werkelijkheid. In de volgende paragraaf leggen wij uit waarom.

Draconische kinderopvangtoeslagwetgeving

De bron van de toeslagenellende ligt in de wetgeving.²⁰ Het is in dat verband opvallend dat de commissie het functioneren van de Tweede Kamer buiten haar onderzoeksoopdracht heeft geplaatst.²¹ Hoewel het Ministerie van Financiën meermaals had aangegeven niet met de toeslagen te willen worden belast,²² werd toch aldus besloten in het kader van de efficiëntie.²³ Die keuze bracht bij-

De zinsneden in het eindrapport die gaan over de bestuursrechtspraak zijn vooral ontleend aan de eigen opvattingen van de commissieleden

8. De rol van de Raad voor de rechtspraak is noemenswaardig, omdat – anders dan de Afdeling advisering van de Raad van State – deze met klem adviseerde (advies van 15 april 2004, kenmerk: UIT 3650/ONTRCH) om in de *Awir geen* hardheidsclausule op te nemen en dat advies door het kabinet is overgenomen. De Raad voor de rechtspraak merkte op dat het opnemen van een hardheidsclausule een bron van conflicten kon vormen en kon leiden tot een veelvuldig beroep op de bestuursrechter. Reflectie begint met het onderkennen en met die gedachte raden wij iedereen aan om de nieuwjaarstoespraak van de voorzitter van de Raad voor de rechtspraak te bekijken. Te vinden op www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Paginas/nieuwjaarstoespraak2021.aspx?pk_campaign=redactie&pk_medium=social&pk_source=twitter&pk_keyword=social.

9. A.F.M. Breninkmeijer, 'De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden' als 'verschrikkelijk ongeluk'. Over de noodzaak van behoorlijk bestuur', *NJB* 2021/2, afl. 1, p. 6-13.

10. L.F.M. Besselink, 'De Afdeling Bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire. Over een onverstandige en onvoldoende reactie', *NJB* 2021/201, afl. 3, p. 194-198.

11. De paper *Alles of niets* van Zijlstra is als bijlage 2 bij het verslag gevoegd.

12. Vergelijk het verslag van de commissie, p. 109 e.v.

13. Vergelijk het verslag van het openbaar verhoor van Marseille, p. 19 en p. 20. Op de vraag 'Vindt u het terecht dat de Raad van State die argumentatie van de Belastingdienst zo lang heeft gevolgd?', ant-

woordt Marseille: 'Nee. Maar dat antwoord is van wat ik tot nu toe heb gezegd, het allerminst interessant. Of ik dat nou wel of niet vind, mijn punt is meer dat ik denk dat als je de wet leest, het mij niet zou lukken om tot de conclusie te komen dat de Belastingdienst geen speelruimte had. Daar volgt dan ook uit dat ik het eigenlijk onjuist vind dat de Afdeling dat wel zo heeft opgeschreven.' En even verder op p. 20: 'Mijn verwijt, om het zo maar te zeggen, is eigenlijk dat de Afdeling zich moedwillig machteloos heeft opgesteld terwijl ze wel de mogelijkheid had om naar de Belastingdienst toe meer de vinger aan de pols te houden'.

14. Vergelijk het verslag van het openbaar verhoor van Marseille, p. 12 ('Die strengheid, die hardheid zit wat mij betreft wel in de terugvordering, want zoals ik dat lees in de wet is dat een verplichting. De Afdeling heeft inmiddels overigens gezegd dat je dat genuanceerder moet lezen, maar ik kan mij heel goed voorstellen dat de hoogste bestuursrechter tot 2019 heeft gezegd: op het punt van de terugvordering is de wet heel hard.') en p. 19-20 ('Wat betreft die andere helft, artikel 26 *Awir*, kan ik mij het wel voorstellen, want zoals ik die bepaling lees, is die ook streng. Daar klopt eigenlijk de redenering, het beeld dat in die uitspraak is neergelegd, met de juridische werkelijkheid.').

15. Vergelijk het verslag van het openbaar verhoor van Marseille, p. 40 ('Als ik mijn analyse van de afgelopen anderhalf uur zou moeten samenvatten, dan zou ik zeggen dat op dit punt niet het grootste probleem zat bij de kinderopvangwet. Ik denk eigenlijk dat het zat in de combinatie van de traditie van de uitvoering en de beoordeling van de rechter. Voor zover mijn kennis strekt zou dat

mijn analyse zijn. Maar ik wil er ook nog bij zeggen dat je het misschien ook een beetje moet zien in de context van de maatschappelijke ontwikkelingen. Nu zijn we allemaal bezig met maatwerk, de burger centraal en proberen proportioneel te handelen, maar ik denk dat als we hier zeven jaar geleden hadden gezeten, het verhaal van allerlei mensen heel anders was geweest.').

16. Het is bovendien opvallend dat in de onderzoeksoopdracht van de commissie staat vermeld dat de commissie de mogelijkheid heeft om ter voorbereiding op de verhoren enkele gesprekken te voeren met bijvoorbeeld de Raad van State, maar dat uit het verslag van de commissie niet blijkt dat met de Raad van State is gesproken. Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35510, 1, p. 4.

17. Vergelijk het verslag van het openbaar verhoor van Marseille, p. 40 en p. 41. Hier merkt de voorzitter van de commissie op: 'Ik ben opgeleid als jurist voordat de Algemene wet bestuursrecht er was. Toen heb ik al geleerd dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dat stootkussen waren. Ik heb dit weekend nog in de boeken van mijn zoon, die rechten studeert, zitten kijken of dat nu nog geldt. En dat geldt nu nog. Toch moet ik in de praktijk constateren dat we daar ver van weggedreven zijn.' Marseille zegt daarop: 'Op dat dossier zeker qua uitkomsten. Voor zover ik het kan overzien, denk ik wel dat je dat wel kunt zeggen. Maar ik vind het wel heel moeilijk ... Het zou heel mooi zijn als je de vinger op één zere plek kon leggen, want dan had je het ook zo opgelost, maar ik denk dat het wat dat betreft complex ligt.'

18. Zo heeft Marseille aangegeven dat de wetgever ervoor kan kiezen om bestuursorganen geen speelruimte te geven zodat de

betekenis van het evenredigheidsbeginsel wordt gerelativeerd. Citaat, p. 9: 'Als u als wetgever zegt het streng te willen, dan mag het streng.'

19. Vergelijk Breninkmeijer 2021, en ook de opinie van Geert Corstens, Tom Eijsbouts, Pia Lokin-Sassen en Nanneke Quik-Schuijt in het *NRC Handelsblad* van 30 december 2020.

20. Terecht kritisch over de rol van de wetgever is Tjeenk Willink in het *NRC Handelsblad* van 14 januari 2021 ('Kamer moet beginnen zelf in de spiegel te kijken) en Leo Stevens in het *FD* van 14 januari 2021 ('Rechtsstaat is gediend met meer fiscale empathie').

21. Vergelijk het verslag van de commissie, p. 10. De hiervoor genoemde onderzoeksoopdracht bood hier wel ruimte voor. Het was de commissie echter niet toegestaan om ook (voormalig) Kamerleden te horen over hun rol als medewetgever en controleur van de regering omdat daarvoor een meerderheid in de voorbereidingsgroep – bestaande uit Tweede Kamerleden – ontbrak. Zie p. 5 van het hiervoor genoemde onderzoeksvoorstel.

22. Vergelijk Adviescommissie uitvoering toeslagen, *Eindadvies Omzien in verwondering* 2, p. 4, waar wordt opgemerkt dat de toeslagen bij de Belastingdienst als een wezensvreemd element werden beschouwd.

23. De commissie-Donner schrijft hierover dat de werkwijze van de Belastingdienst/Toeslagen 'is ingericht om op de doelmatige, tijdige en uniforme werkwijze een massale werkstroom af te doen tegen zo laag mogelijke kosten.' Vergelijk Adviescommissie uitvoering toeslagen, *Eindadvies Omzien in verwondering* 2, p. 4.

na onvermijdelijk een zeer complexe wet met zich: de Awir. De Awir moest namelijk, ondanks het feit dat die wet de uitkering van sociale voorzieningen moest regelen, worden gebaseerd op een fiscale leest. Dat verklaart dat er op een aantal belangrijke punten van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) wordt afgeweken.²⁴ Dat de Awir steeds moet worden gelezen in samenhang met de Wet kinderopvang (hierna: Wko) en dat veel bepalingen onduidelijk zijn geformuleerd, maakt de toepassing ervan voor bestuur en rechter niet eenvoudiger. De wetgever heeft dus een zeer complex systeem in het leven geroepen, hetgeen ook in de verhoren door de commissie naar voren kwam.²⁵ De suggestie van Besselink in zijn blog dat iedere bachelorstudent dit systeem zonder meer zou begrijpen, vinden wij dan ook lastig te plaatsen.²⁶ Overigens zouden wij graag willen dat het anders was, want dan hadden wij een stuk minder uit te leggen in ons bestuursrechtonderwijs.

Het is inmiddels algemeen bekend dat in het kinderopvangtoeslagsysteem wordt gewerkt met (omvangrijke) voorschotten die, als alles goed gaat, uiteindelijk resulteren in de tegemoetkoming kinderopvangtoeslag. In de praktijk bleek dat de definitieve toekenning van de tegemoetkoming vaak jaren op zich liet wachten.²⁷ Wanneer de Belastingdienst/Toeslagen in de tussentijd constateerde dat er fouten waren gemaakt door de burger, dan werden toegekende voorschotten naar nihil herzien en de toekenning vervolgens op nihil vastgesteld.²⁸ Ook in gevallen waarin slechts een klein deel van de eigen bijdrage niet kon worden verantwoord²⁹ of wanneer de overeenkomst die met de kinderopvang was gesloten niet was ondertekend.³⁰ Omdat er steeds werd gewerkt met voorschotten (waar de wet uitdrukkelijk vanuit gaat)³¹ is het opvallend dat de bevoegdheid om deze te herzien in de wet nauwelijks is genormeerd.³² Artikel 21 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.³³ Zo kon het gebeuren dat veel onverschuldigd betaalde voorschotten op grond van artikel 26 Awir, dat dwingendrechtelijk van aard is, in hun geheel werden teruggevorderd. Door deze stapeling van zeer strikte besluitvorming, die de ‘alles-of-niets’-benadering wordt genoemd,³⁴ zijn burgers in de knel gekomen. Het wordt de Afdeling nu zwaar aangerekend dit niet te hebben voorkomen. Is dit verwijt terecht?

In de eerste plaats beantwoorden we deze vraag voor de nihilstelling van voorschotten en tegemoetkomingen in alle gevallen waarin de betaling van een (deel van de) kosten voor kinderopvang niet kon worden aangetoond. Het is de vraag of nihilstelling in dat geval dwingendrechtelijk uit de Awir en Wko volgde en om die reden geen evenredigheidstoetsing mogelijk was. Wij hebben dit net als Marseille³⁵ niet expliciet in de wetgeving kunnen

terugvinden en ook Van Ettehoven geeft in zijn bijdrage in het *NJB* aan dat de Afdeling voor een andere uitleg van de Wko en de Awir had kunnen kiezen.³⁶ Feit is dat de Afdeling jarenlang is 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 naar nihil worden herzien en de tegemoetkoming op nihil worden vastgesteld.³⁷ Hoewel een andere interpretatie met de kennis van nu beter kan worden genoemd, is de destijds gemaakte keuze niet onbegrijpelijk en evenmin – anders dan Besselink betoogt – evident in strijd met de wet.³⁸ Het enkele feit dat hierover nu wordt gediscussieerd is daarvoor tekennend.³⁹

De wetgeving en de toelichting erop gaven geen duidelijk antwoord 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. Wel wordt in de toelichting op de Awir benadrukt dat een voorschot geen definitieve aanspraak is en belanghebbenden er daarom rekening mee moeten houden dat na afloop van het jaar een deel van de tegemoetkoming moet worden terugbetaald.⁴⁰ Er bestonden bovendien wel degelijk argumenten voor de door de Afdeling gekozen uitleg van het wettelijk stelsel.⁴¹ In de eerste plaats, worden aanvragen niet altijd gecontroleerd, zodat het niet op nihil vaststellen van het voorschot of de tegemoetkoming tot gevolg kunnen hebben dat aanvragers in de verleiding zullen komen te hoge kosten van de opvang op te geven. Bij een evenredige vaststelling na controle loop je immers geen enkel risico. In de tweede plaats bestond destijds veel aandacht voor fraudebestrijding.⁴² In meerdere uitspraken onderbouwt de Afdeling de strenge lijn dan ook met het belang van controle op een juiste besteding van overheidsmiddelen.⁴³ Ook op andere bestuursrechtelijke terreinen wordt vaak streng opgetreden tegen burgers en bedrijven die onzorgvuldig omgaan met publieke middelen en ook op die terreinen wordt dat door de verschillende hoogste bestuursrechtelijke geaccordeerd. Dat in veel van deze zaken wél ruimte bestaat voor toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, leidt niet automatisch tot een meer burgervriendelijke uitkomst, zo blijkt uit de jurisprudentie.⁴⁴ Wij vinden dan ook dat Besselink al te gemakkelijk oordeelt dat de uitleg van het wettelijk kader door de Afdeling evident in strijd is met de wet. Hij doet zo geen recht aan de complexiteit van de wet die tot interpretatie dwingt, de tijdsgeest waarin dat gebeurde, en het feit dat in de bestuursrechtelijke doctrine van oudsher weinig aandacht bestaat voor de rechtsbescherming van burgers die financiële aanspraken hebben op de overheid. Wat ons betreft is een meer genuanceerd oordeel op zijn plaats.

Omdat er steeds werd gewerkt met voorschotten (waar de wet uitdrukkelijk vanuit gaat) is het opvallend dat de bevoegdheid om deze te herzien in de wet nauwelijks is genormeerd

In de bestuursrechtelijke doctrine bestaat van oudsher weinig aandacht voor de rechtsbescherming van burgers die financiële aanspraken hebben op de overheid

Gelet hierop, is het de vraag of de analyse van Besselink zijn conclusie dat de Afdeling de grondbeginselen van de rechtsstaat heeft geschonden, kan dragen.⁴⁵

Dan, in de tweede plaats, de terugvordering. Wanneer eenmaal is vastgesteld dat geen recht op kinderopvangtoeslag bestaat en dientengevolge een voorschot naar nihil moet worden herzien en een tegemoetkoming op nihil moet worden vastgesteld, dan is er sprake van een onverschuldigd betaald voorschot. Dit leidt tot een terug te vorderen bedrag dat ingevolge artikel 26 Awir de belanghebbende in zijn geheel is verschuldigd. De Afdeling heeft tot de uitspraak van 23 oktober 2019⁴⁶ geoordeeld dat het hierbij gaat om een gebonden terugvorderingsbevoegdheid voor de Belastingdienst/Toeslagen, zodat geen ruimte bestaat voor een evenredigheids-toets.⁴⁷ Anders dan Besselink,⁴⁸ menen wij dat de Afdeling aanvankelijk artikel 26 Awir terecht heeft aange-

merkt als een gebonden bevoegdheid om ten onrechte ontvangen voorschotten en tegemoetkomingen terug te vorderen die toekomt aan de Belastingdienst/Toeslagen. Dat deze bepaling is geformuleerd als een betalingsverplichting voor de burger doet daaraan niet af. Er staat nu 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.⁴⁹ 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. Op verschillende plaatsen in diezelfde memorie van toelichting wordt immers benadrukt dat een verschil tussen het voorschot en de tegemoetko-

24. Vergelijk art. 12 en 13 Awir.

25. Vergelijk p. 32. Ook de commissie-Donner kwam tot dit oordeel. Zie de Adviescommissie uitvoering toeslagen, *Interim-rapport Omzien in verwondering*, p. 27.

26. L.F.M. Besselink, 'Hoogste rechter, hoogste onrecht: over de rechter en de wet in de Toeslagenaffaire', 8 januari 2021, <https://m.nederlandrechtsstaat.nl/forum/id330/08-01-2021/hoogste-rechter-hoogste-onrecht-over-de-rechter-en-de-wet-in-de-toeslagenaffaire.html>.

27. Vergelijk de Adviescommissie uitvoering toeslagen, *Interim-rapport Omzien in verwondering*, p. 28.

28. De rechtsgrondslag om voorschotten te herzien ligt in art. 16 lid 5 Awir, waarin tot 1 januari 2017 een termijn waarbinnen herziening moest plaatsvinden ontbrak. Naar aanleiding van de rechtspraak van de Afdeling (ABRVs 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1484), volgend op een conclusie van staatsraad advocaat-generaal Keus (ECLI:NL:RVS:2016:159), is in art. 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.

29. Vergelijk bijvoorbeeld ABRV's 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1999.

30. Vergelijk bijvoorbeeld ABRV's 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2668. In deze zaak was verzocht om herziening van het besluit waarbij het voorschot naar nihil was

herzien.

31. Art. 16 Awir.

32. Art. 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.

33. De Afdeling heeft in de in noot 28 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 art. 21 lid 2 Awir zou worden doorkruist. Deze rechtspraak is wat betreft de herziening van het voorschot inmiddels gecodificeerd in art. 16 lid 5 Awir (zie noot 28) en wat betreft de vaststelling van de tegemoetkoming in art. 14 lid 7 Awir. De waarborgen uit art. 21 lid 1 Awir die zien op situaties waarin een definitief vastgestelde tegemoetkoming kan worden herzien, zijn niet van toepassing op de herziening van voorschotten. Vergelijk ook ABRV's 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3703.

34. Adviescommissie uitvoering toeslagen, *Interim-rapport Omzien in verwondering*, p. 28-29.

35. Vergelijk het verslag van het openbaar verhoor van Marseille, p. 12, p. 15, p. 18 en p. 19. Verder ook zijn annotatie bij ABRV's

23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, *Ars Aequi* 2020, p. 393-399.

36. Van Ettekovén 2021, p. 99. Hij geeft op p. 99 aan dat de Afdeling bij de uitleg van de wettelijke regels heeft aangesloten bij de wil van de wetgever: 'De wetgever, regering en parlement, ging er destijds vanuit dat als een burger een fout maakte – ook kleine fouten – hij geen recht op toeslag had.'

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

38. L.F.M. Besselink, 'Hoogste rechter, hoogste onrecht: over de rechter en de wet in de Toeslagenaffaire', 8 januari 2021, <https://m.nederlandrechtsstaat.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.

39. Van Ettekovén (2021) en Brennik-meijer (2021) lijken het in elk geval op dit punt met elkaar eens te zijn. Zie tevens het verslag van het openbaar verhoor van Marseille.

40. Vergelijk *Kamerstukken II* 2004/05, 29764, 3, p. 30. Een deel kan ook het geheel zijn wanneer de conclusie is dat in het geheel geen recht op een tegemoetkoming bestaat.

41. Vergelijk voor deze argumenten bijvoorbeeld ABRV's 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610; ABRV's 23 oktober

2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535. In die laatste uitspraak ging de Afdeling 'om' en konden deze argumenten haar dus niet meer overtuigen.

42. Vergelijk ook de Adviescommissie uitvoering toeslagen, *Interim-rapport Omzien in verwondering*, p. 31 e.v.

43. Vergelijk bijvoorbeeld ABRV's 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2282; ABRV's 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1999.

44. Zo is de CRvB streng in zaken die gaan over het persoonsgebonden budget, terwijl daarin wel ruimte bestaat voor toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Vergelijk bijvoorbeeld CRvB 10 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:135; CRvB 30 september 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:2355, waarin een terugvordering van meer dan € 100.000 de evenredigheidstoets doorkruist. Uit deze rechtspraak blijkt voorts dat de kwetsbaarheid of minderjarigheid van degene waarvan wordt teruggevorderd daarbij geen rol speelt. Vergelijk bijvoorbeeld CRvB 13 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:98; CRvB 13 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:102; CRvB 6 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4185.

45. Vergelijk Besselink 2021, p. 197.

46. ABRV's 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536.

47. Vergelijk bijvoorbeeld ABRV's 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610.

48. Zo lijkt het althans, wij vinden zijn standpunt op dit punt niet helemaal helder.

49. Vergelijk Besselink 2021, p. 195.

ming wordt teruggevorderd.⁵⁰ Marseille komt tot dezelfde conclusie;⁵¹ een gebonden bevoegdheid in een wet in formele zin dus.

In de toelichting op artikel 3:4 lid 2 Awb schrijft de regering dat indien de wetgever het bestuursorgaan voorschrijft hoe gehandeld dient te worden, het bestuursorgaan daaraan is gebonden en de vraag naar het afwegen van de belangen niet meer aan de orde is.⁵² Met deze grond in de wetsgeschiedenis is de vaste lijn in de bestuursrechtspraak dat er bij gebonden bevoegdheden geen ruimte bestaat voor toetsing aan het evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4 lid 2 Awb).⁵³ Het is in dat licht dan ook niet verwonderlijk dat de Afdeling in de 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),⁵⁴ maar dat deze bepaling – bij nader inzien – moet worden gelezen als een bevoegdheid die ruimte biedt voor een afweging.⁵⁵ En het is niet voor niets dat de wetgever naar aanleiding van de toeslagenaffaire – en ook de uitspraak van 23 oktober 2019 – artikel 26 Awir heeft gewijzigd door daarin het evenredigheidsbeginsel expliciet op te nemen.⁵⁶

Kortom, wij zijn van mening dat de door de Afdeling gemaakte keuze voor de strenge interpretatie niet in strijd is met de wet en deze interpretatie bovendien paste in de tijdgeest waarin fraudebestrijding bij iedereen hoog in het vaandel stond. Het parlement had er zelfs een premie opgezet.⁵⁷ Of het een gelukkige keuze was? Dat is een andere vraag; met de kennis van nu, denken ook wij van niet. Maar om nu achteraf zo'n vernietigend oordeel over de rechtspraak van de Afdeling te vellen?⁵⁸ Dat is voor ons een teveel 'de beste stuurliu staan aan wal'-benadering.⁵⁹ Daarbij komt dat wij het opmerkelijk vinden dat zonder gedegen onderbouwing door Brenninkmeijer en Besselink wordt gesteld dat het DNA van de Afdeling als (nog steeds) gouvernementeel kan worden beschouwd⁶⁰ en dat de Awb-rechtspraak in vijftwintig jaar uitzonderlijk burgeronvriendelijk is geworden.⁶¹ Natuurlijk mag iedereen van alles vinden, maar verwacht mag wel worden dat allerlei ontwikkelingen in de rechtspraak van de Afdeling die erop wijzen dat zij steeds meer oog en oor heeft voor de burger, bij dat oordeel worden gezien en meegewogen.⁶² Het is bovendien opmerkelijk dat deze auteurs het feit dat bestuursrechters bij het uitleggen van de wet gewicht toekennen aan de door het bestuursorgaan voorgestane uitleg als gouvernementeel betitelen. In de bestuursrechtelijke doctrine is de gedachte dat het bestuur de ruimte moet hebben om wetsbepalingen te interpreteren, en de bestuursrechter de primaire taak heeft te controleren dat deze interpretatie binnen de grenzen van het recht

blijft, springlevend. Dat geeft de indruk dat de conclusie van de commissie door sommigen vooral is gezien als een goede aanleiding om oude opinies⁶³ over de rol van de Afdeling nog eens uit de kast te halen.⁶⁴ Wij zien er meer heil in om de conclusie van de commissie te zien als aanleiding om te reflecteren op de verhouding tussen wetgeving en bestuursrechtspraak, en welke rol wij, als onderzoeker en docent, hierin spelen.

Vooravond van de verandering?

De kinderopvangtoeslagaffaire, maar ook ontwikkelingen – al dan niet onder de noemer van responsiviteit, dienstbaarheid, maatwerk – van daarvoor en daarna zijn in de literatuur aanleiding geweest om bloot te leggen dat zich een verandering voltrekt in het referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarderen.⁶⁵ Van oudsher wordt uit oogpunt van de democratische legitimatie, rechtszekerheid en, als exponent van het laatste, legaliteit, rechtsvorming in het bestuursrecht gedictieerd door wetgeving en is er in dat licht minder tot geen ruimte voor open normen als de redelijkheid en billijkheid (respectievelijk billijkheidscorrectie) en rechtsvorming door de bestuursrechter.⁶⁶ Van Ettekoven op dit punt:

'De rechter moet de wet toepassen in een 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.'⁶⁷

Zelf hadden wij dit wellicht anders opgeschreven, omdat het kan overkomen als een legistische taakopvatting, hetgeen Van Ettekoven – bij het lezen van zijn gehele bijdrage – volgens ons niet voor ogen staat. Wel benoemt hij dat tegen de achtergrond van het in artikel 120 Grondwet neergelegde verbod om formele wetten aan de grondwet en rechtsbeginselen te toetsen,⁶⁸ de rechter de evenredigheidscorrectie niet kan toepassen bij formele wetten, zoals de Awir en Wko. 'En ook niet', aldus Van Ettekoven, 'bij bepalingen van dwingend recht, die geen ruimte geven voor belangenafweging. Dan zal de rechter in beginsel de wil van de wetgever moeten respecteren'.⁶⁹ 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.'⁷⁰

Dat debat lijkt ons zeker nuttig, met daarbij als directe inbreng dat zowel in zijn bijdrage⁷¹ als in de recht-

Natuurlijk mag iedereen van alles vinden, maar verwacht mag wel worden dat allerlei ontwikkelingen in de rechtspraak van de Afdeling die erop wijzen dat zij steeds meer oog en oor heeft voor de burger, bij dat oordeel worden gezien en meegewogen

spraak van de Afdeling⁷² de vraag lijkt te zijn of de bestuursrechter via een in de Awb gecodificeerd algemeen beginsel van behoorlijk bestuur formele wetgeving zomaar aan de kant kan zetten. Zo *geframed* (bijna als een stropop) is er veel voor te zeggen dat artikel 120 Grondwet zich daartegen verzet. De vraag waar het volgens ons echter meer om gaat is of de bestuursrechter – al dan niet in combinatie met een terugkoppeling aan de wetgever – gerechtigd is om een dwingendrechtelijke bepaling –

50. 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 gerede 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 terugbetalingsplicht [...]. En zo zijn er nog meer voorbeelden.

51. 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, *Ars Aequi* 2020, p. 393-399.

52. *Kamerstukken II 1988/89, 21221, 3, p. 67 (PG Awb, Eerste Tranche, p. 209 l.k.)*. M. Scheltema (preadvies 2020 voor de Vereniging voor Wetgeving, *Een wet van Meden en Perzen*, te vinden op de website van de vereniging, www.nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl, p. 19 e.v.) betoogt (inmiddels) een ander standpunt.

53. Vergelijk bijvoorbeeld Cbb 24 september 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BF8933; ABRvS 8 juni 2016,

ECLI:NL:RVS:2016:1610; Cbb 5 november 2019, ECLI:NL:CBB:2019:560; Cbb 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:321. Meer precies is de redenering dat de belangenafweging die een bestuursorgaan dient te maken ingevolge art. 3:4 lid 1 Awb wordt beperkt voor zover dit voortvloeit uit een wettelijk voorschrift. Wanneer uit een wettelijk voorschrift volgt dat geen ruimte bestaat voor een belangenafweging, dan bestaat evenmin ruimte voor toepassing van het evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4, tweede lid, Awb). 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)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 47-48; F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 366-367.

54. Door Van Ettekovén (2021, p. 104) optie A genoemd.

55. Door Van Ettekovén (2021, p. 105) optie B genoemd. De Afdeling heeft ook in algemene zin de voorkeur voor optie B. Vergelijk M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 655.

56. Vergelijk art. 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 art. 3:4 lid 2 Awb zou worden toegepast bij het uitoefenen van de (gebonden) terugvorderingsbevoegdheid. Weliswaar heeft de Afdeling in de al meermalen genoemde uitspraak van 23 oktober 2019 geoordeeld dat art. 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 2020/21, 35574, 3, p. 27 en 28*.

57. Namelijk van € 25 miljoen. Vergelijk de Adviescommissie uitvoering toeslagen, *Interim-rapport Omzien in verwondering*, p. 32 en het verslag van de commissie, p. 14.

58. Vergelijk in dat licht ook de motie van Omtzigt c.s. (*Kamerstukken II 2020/21, 35510, 11*), waarin verzocht wordt dat de Venetië-Commissie onder meer het volgende onderzoekt: 'de rechtsbescherming van burgers in Nederland, met name onder het bestuursrecht (inclusief reikwijdte, rechtsbescherming, marginale toetsing en rol Raad van State).'

59. Zeker ook omdat velen daarbij over het hoofd lijken te zien dat de Afdeling wel degelijk de scherpste kantjes van de harde aanpak van de Belastingdienst/Toeslagen heeft gecorrigeerd en daartoe niet pas is overgegaan nadat de commissie-Donner met haar onderzoek was gestart. Vergelijk Van Ettekovén 2021, p. 103.

60. Brenninkmeijer 2021, p. 13. Ook Besse-link (2021, p. 197) schrijft dat de Afdeling te gouvernementeel is.

61. Brenninkmeijer 2021, p. 13.

62. Vergelijk voor een overzicht Van

ook in een wet in formele zin – vanwege strijd met een rechtsbeginsel (zoals het evenredigheidsbeginsel) buiten toepassing te laten.⁷³ Zoals waarschijnlijk bekend, hebben in elk geval de Hoge Raad⁷⁴ en de Centrale Raad van Beroep⁷⁵ vaste rechtspraak waarin die vraag positief is beantwoord.⁷⁶ 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 ook⁷⁷ de taak van de

Ettekovén 2021, p. 106 en Schuurmans, Leijten & Essers 2020, p. 18 en p. 43 e.v.

Zie recent bijvoorbeeld ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3093; ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2850; ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2493.

63. Vergelijk bijvoorbeeld al A.F.M.

Brenninkmeijer, 'Hoger beroep en rechts-eenheid in bestuursrechtelijke geschillen: Oblomov aan het werk', *NJB* 2002, p. 974-982; A.F.M. Brenninkmeijer, 'De rechtgever', *NJB* 2001, p. 1191-1201; A.F.M. Brenninkmeijer, 'Integratie als argument voor de inrichting van de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie. Bespreking van het preadvies van H.F. van den Haak', *NJB* 1997, p. 1021-1026.

64. Tekening is dat bijvoorbeeld P.G.H. Albert ('Omissie in de Wet hardheidsaanpassing Awir', *WFR* 2020/134) opmerkt: 'een afdeling die een bestuursorgaan zo lang de hand boven het hoofd houdt, verdient een andere naam: Afdeling bestuursorgaan van de Raad van State.'

65. Vergelijk – met verwijzingen naar anderen – R. Ortlep, 'Referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarde-ren', *JBplus* 2020/4, p. 24-41.

66. Vergelijk Scheltema 2020; Bakker 2018, i.h.b. hfdst. 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 www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen/).

67. Van Ettekovén 2021, p. 99.

68. Uit art. 120 Gw wordt afgeleid dat een formele wet niet aan de Grondwet en niet aan rechtsbeginselen mag worden getoetst. Het artikel sluit niet uit het in een bepaald geval buiten toepassing laten van een wetsartikel in een formele wet 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. Vergelijk voornamelijk HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*); HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679 (*Zorgverzekerings-*

wet).

69. Van Ettekovén 2021, p. 100.

70. Van Ettekovén 2021, p. 101.

71. Van Ettekovén 2021, p. 104.

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

73. Hoewel het verschil subtiel is, kan worden betoogd dat er dan ook geen sprake is van toetsing van een formele wet aan een rechtsbeginsel. Vergelijk F.P. Zwart, 'Wat mij heeft verbaasd...', *NJB* 2021/201, p. 199; Bakker 2018, p. 362 e.v.; zie W. Voermans, 'De bestuursrechter en artikel 120 Grondwet', *JBplus* 2003, p. 142-151.

74. Vergelijk bijvoorbeeld de doorbraak-arresten 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.

75. 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.

76. De Afdeling heeft deze rechtspraak overgenomen (4 juli 1994, ECLI:NL:RVS:1994:AJ8664), maar in de uitspraak van 23 oktober 2019 dus niet gekozen voor *contra-legendem*werking van het evenredigheidsbeginsel (door Van Ettekovén (2021, p. 104) optie A genoemd). Het lijkt ook dat de Afdeling *contra-legendem*werking van een rechtsbeginsel in het geheel geen optie meer acht. 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.

77. Ook, want in het bestuursrecht is het allereerst maar dus niet uitsluitend de taak van het bestuursorgaan. Vergelijk Scheltema 2020, p. 28.

De Afdeling heeft de wetenschap wel degelijk op deze jurisprudentie geattendeerd, maar ook wij – tevens in onze rol van eindredactieleden van de AB – hebben daaraan geen vervolg gegeven

rechter is om aan het recht in individuele gevallen vorm te geven.⁷⁸

Kijkend in onze eigen spiegel

Van Ettekoven merkt op dat de Afdeling op het dossier van de kinderopvangtoeslagaffaire weinig 'tegengas' heeft gehad vanuit de rechtbanken en rechtswetenschap. Het is voor hem een feitelijke constatering, geen verwijt en ook geen rechtvaardiging voor het handelen van de Afdeling.⁷⁹ Wij, als onderzoeker en docent, hebben ons dat natuurlijk ook afgevraagd. Waarom heeft de wetenschap (waaronder wijzelf) pas laat zicht gekregen op de problemen die speelden bij de kinderopvangtoeslagen?⁸⁰ Dat valt te verklaren, maar niet te rechtvaardigen. Marseille heeft tijdens het verhoor al opgemerkt dat de toeslagen zich aan de rand van verschillende rechtsgebieden bevinden: een beetje belastingrecht, een beetje socialezekerheidsrecht en een beetje subsidierecht. Hij merkt daarbij op dat het geholpen had wanneer vanuit de rechtspraak meer aandacht op deze jurisprudentie was gevestigd.⁸¹ Eerlijk gezegd dachten wij dat ook, maar wij vonden toch op www.rechtspraak.nl dat voor 23 oktober 2019 maar liefst tweeëntwintig uitspraken over de kinderopvangtoeslag in *ABKort* zijn verschenen. Deze selectie wordt door juristen van de Afdeling gemaakt. Dus de Afdeling heeft de wetenschap wel degelijk op deze jurisprudentie geattendeerd, maar ook wij – tevens in onze rol van eindredactieleden van de AB – hebben daaraan geen vervolg gegeven. Een reden die Marseille niet noemt maar volgens ons wel van belang is, is het onderzoeksklimaat aan onze juridische faculteiten en de bijbehorende publicatiecultuur. Het staat, voorzichtig gezegd, wetenschappelijk niet in hoog aanzien om uitspraken te annoteren, laat staan dat het wordt gestimuleerd om aan dit soort zaken zonder internationale dimensie aandacht te schenken.⁸² Ook dit is voor ons slechts een feitelijke constatering, geen verwijt en ook geen rechtvaardiging voor het feit dat wij dit niet hebben gedaan.

Waar moet het wat ons betreft nog meer heen? De hierboven kort besproken verandering in het referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarden, heeft niet alleen gevolgen voor de verschillende staatsmachten, de wetgever, het bestuur en de rechter, en hun onderlinge verhouding. Het heeft ook consequenties voor het juridisch onderwijs waarin de mensen voor die staatsmachten worden opgeleid en waar zij deels, voornamelijk juridisch, worden gevormd.⁸³ Een terugkerend punt bij de evaluatie van de kinderopvangtoeslagaffaire is dat er sprake was van een tunnelvisie binnen de staatsmach-

ten, waarbij de hardhandige manier om het doel van fraude te bestrijden – op zijn zachts gezegd – het zicht ont-nam om met maatwerk en met ook het oog op de individuele burger het recht toe te passen. Hoewel hierbij meer factoren een rol spelen,⁸⁴ 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 boven-natuurlijke begrippen die eeuwige gelding hebben. De rechtstoepassing betreft altijd een keuze, voortkomend uit de afweging van de betekenis van regelgeving tegen de betekenis van ongeschreven rechtsnormen die voor het individuele geval van belang kunnen zijn.⁸⁵ De eerste stap- pen om dit nog meer tot uitdrukking te brengen in het staats- en bestuursrechtsonderwijs aan de Universiteit van Amsterdam⁸⁶ hebben wij al genomen! •

78. W.L.P.A. Molengraaff, 'Summum Jus, summa injuria', *RM* 1919, p. 491-528, 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*, Oisterwijk: WLP 2014.

79. Van Ettekoven 2021, p. 105.

80. Dit constateert ook Zijlstra in zijn analyse (zie het verslag van de commissie op p. 127 e.v.). Zie ook Brenninkmeijer 2021, p. 13.

81. Vergelijk het verslag van het openbaar verhoor van Marseille, p. 23.

82. Vergelijk T. Barkhuysen & J.E. van den Brink, 'Onderzoek naar Nederlands recht in de knel door internationalisering', *NJB* 2019/366; R.H.T. Jansen & M.D. Reijneveld, 'Gezocht: common ground. Verslag van het congres 'Wat verbindt ons als rechtswetenschappers?', *Ars Aequi* 2020, p. 1197-1200. Zie al C.A.J.M.

Kortmann, 'Het klimaat van het rechts-wetenschappelijk onderzoek in Nederland', *WPNR* 6207 (1996), p. 17-22.

83. Eerder en hierna uiteengezet in Ortlep 2020, p. 40.

84. Vergelijk Van Ettekoven 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. Het is niet voor niets dat de Raad voor de rechtspraak – anders dan de Afdeling advisering van de Raad van State – bij de invoering van de Awir uitdrukkelijk heeft geadviseerd geen hardheidsclausule in de Awir op te nemen, en nu de kinderopvangtoeslagaffaire aangrijpt voor het vragen om meer geld (vergelijk de bronnen genoemd in voetnoot 8).

85. Vergelijk A.S. Hartkamp, *Velerlei gestalten*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 132. Zie reeds M.H. Bregstein, *De betrekkelijke waarde der wet*, Zwolle: Tjeenk Willink 1952.

86. En ook wat betreft het OU-bestuursrechtsonderwijs, waarvoor een van ons medeverantwoordelijkheid draagt, wordt hieraan gewerkt.