

Tilburg University

Een ongekend parlement

van Gestel, Rob

Published in:
Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving

Publication date:
2022

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Gestel, R. (2022). Een ongekend parlement: Over de toelagenaffaire en de Trias. In J. Goossens, J. de Poorter, G. van der Schyff, T. Geldof, & C. van Orsouw (Eds.), *Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving: Bundel n.a.v. de Staatsrechtconferentie 2022 (Tilburg University)* (pp. 61-104). Wolf Legal Publishers (WLP).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Een ongekend parlement: over de toeslagenaffaire en de Trias

R. van Gestel*

I. Toeslagenaffaire en ‘troubles in de Trias’

De kinderopvangtoeslagaffaire toont dat Nederland in een staat van verwarring verkeert waar het gaat over de verhouding tussen de staatsmachten. Als gevolg van het Urgenda arrest van de Hoge Raad eind 2019¹, waarin de staat werd bevolen om in 2020 de CO₂-uitstoot te verminderen met 25% ten opzichte van 1990 met een beroep op de artikelen 2 en 8 EVRM, was er namelijk een storm van kritiek losgebarsten over het feit dat de rechter teveel op de stoel van de wetgever zou gaan zitten met een beroep op open geformuleerde fundamentele rechten die nooit bedoeld zouden zijn geweest door de verdragsluitende staten om klimaatregelen jegens nationale overheden af te dwingen.^{2 3} In het parlement werd zelfs een werkgroep gestart die zich ging bezighouden met de vraag of wij als gevolg van oprukkend rechterlijk activisme niet op een ‘dikastocratie’ (rechtersstaat) zouden afstevnen.³

Naar aanleiding van het verschijnen van het rapport van de commissie Van Dam over de kinderopvangtoeslagaffaire, ging nog geen jaar later, de discussie echter alweer in de omgekeerde richting. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State krijgt er in dat rapport van langs, omdat zij blind voor de gevolgen van het recht voor slachtoffers, de wetgever en het bestuur zou zijn gevolgd bij een dubieuze interpretatie van de wet:

“Zonder zich te willen uitlaten over individuele rechterlijke uitspraken, constateert de commissie dat ook de bestuursrechtspraak jarenlang een wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan het in stand houden van de niet

* Rob van Gestel is hoogleraar theorie en methode van wetgeving aan Tilburg University en hoogleraar juridische methodologie aan de Universiteit van Leuven.

¹ HR 20 december 2019; ECLI:NL:HR:2019:2006. Zie voor mijn eigen kijk op het arrest: van Gestel 2020, p. 65-72

² Vgl. het debat daarover direct na het Urgenda arrest in zowel de media als de politiek. Zie bijv. Funnekotter 2019, Verdam 2020 en het rondetafelgesprek in de Tweede Kamer op 9 maart 2020, zoals te vinden via: https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2020A00508.

³ Daarover o.a.: Zie o.a. Vranken 2020, p. 536-543, de Poorter 2020, p. 105-113 en Malsch 2020, p. 1325-1327.

dwingend uit de wet volgende, spijkerharde uitvoering van de regelgeving van de kinderopvangtoeslag. Daarmee heeft de bestuursrechtspraak zijn belangrijke functie van (rechts)bescherming van individuele burgers veronachtzaamd. 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.”⁴

In een zeldzame openbare verdediging van de eigen rechtspraak trok de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak in het Nederlands Juristenblad het boetekleed aan, waarbij hij en passant de wetgever als hoofdschuldige van het toeslagendrama aanwees. Niet alleen zou deze, in weerwil van een advies van de Afdeling advisering, geen hardheidsclausule hebben opgenomen in de Wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir), maar de bepalingen over terugvordering van voorschotten zouden bovendien van zodanig dwingendrechtelijke aard zijn geweest dat de rechter geen ruimte had om besluiten van de Belastingdienst/Toeslagen te matigen:

“Het recht op toeslag is geregeld in de Wko. De wetgever heeft in de Wko niet duidelijk geregeld wat er moet gebeuren als bij controle achteraf blijkt dat een ouder zich niet heeft gehouden aan de regels uit de Wko. De ABRvS moest deze regels dus interpreteren. De terugvordering van toeslagen is geregeld in artikel 26 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir). Deze bepaling is wel duidelijk. Als er ten onrechte voorschot op toeslag is uitbetaald, dan moet het ten onrechte betaalde bedrag worden teruggevorderd. En wel in zijn geheel. De tekst van artikel 26 Awir geeft geen ruimte voor interpretatie. De ABRvS heeft bij de uitleg van de wettelijke regels aangesloten bij de wil van de wetgever.”⁵

Zowel Besselink als Damen hebben erop gewezen dat laatstgenoemde redenering niet klopt.⁶ Artikel 26 Awir bepaalde destijds: ‘Indien een herziening van een tegemoetkoming of een herziening van een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag dan wel een verrekening van een voorschot met een tegemoetkoming daartoe leidt, is de belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel verschuldigd.’ De tekst zegt niets over de hoogte van de

⁴ *Eindverslag parlementaire ondervragingscommissie kinderopvang, Kamerstukken II 2020-2021, n. 35510, nr. 2, p. 7-8.*

⁵ Van Ettehoven 2021, p. 99. Anders o.a.: Zijlstra 2021, p. 125-136 en de Poorter 2021, p. 1222.

⁶ Besselink 2021, p. 194-198 en Damen 2021, p. 371-374. Anders. van den Brink & Ortlep 2021, p. 363-370.

terugvordering en hoe deze bepaald moest worden. Dat volgens de wetgever zelfs bij een administratieve fout honderd procent van het ontvangen voorschot aan kinderopvangtoeslag zou *moeten* worden teruggevorderd, zonder matigingsmogelijkheid, ook als het voorschot grotendeels aan kinderopvang is besteed⁷, zou een punitief karakter van de terugvorderingsbesluiten impliceren. Daar zijn in de wetsgeschiedenis geen aanwijzingen voor (zie § 2).⁸

2. Selectieve verontwaardiging

Direct na het verschijnen van het rapport van de commissie van Dam ontstond er politieke verontwaardiging over het feit dat de Afdeling bestuursrechtspraak te gemakkelijk de uitleg van de wet door de Belastingdienst zou hebben gevolgd en onvoldoende oog zou hebben gehad voor de desastreuze gevolgen voor kwetsbare burgers. De motie Omtzigt om het falen van het Nederlandse systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming in het licht van rechtsstatelijke beginselen en internationale mensenrechtenverdragen te laten onderzoeken door de Venetië commissie⁹, ontving brede steun in de Tweede Kamer.¹⁰ Zelfs de VVD, die eerder nog tegen dit soort internationale bemoeienis met de Nederlandse rechtspraak was, stemde voor deze motie.¹¹

Toen kort daarna het verhaal van een bijstandsmoeder in het nieuws kwam, bij wie op grond van artikel 58, lid 1, Participatiewet, € 7000,- aan bijstandsuitkering werd teruggevorderd, omdat haar moeder geregeld boodschappen voor haar deed, twitterden Kamerleden onder verwijzing naar de toeslagenaffaire dat de menselijke maat eindelijk moest terugkeren in het systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming^{12 13}, terwijl veel van diezelfde Kamerleden eerder juist hadden aangedrongen op bikkelharde wetgeving om uitkeringfraude te ontmoedigen. Van grote zelfkritiek bij parlementariërs leek geen sprake.

⁷ Een interessant voorbeeld van hoe ouders vermalen werden in het systeem door de wijze van rechtsbescherming biedt: van der Pauw 2021, p. 690.

⁸ Ook staatssecretaris Van Huffelen heeft inmiddels erkend dat de strenge alles-of-niets-aanpak niet uit de wet zelf voortvloeide. Zie: Kamerstukken II 2020-2021, 35572 nr. 34.

⁹ Zie voor het verzoek tot onderzoek aan de Venetië commissie: Kamerstukken II 2020-2021, 35510, nr. 53.

¹⁰ Kamerstukken II 2020-2021, 35510, nr. 11. Alleen de PVV stemde tegen: <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/moties/detail?id=2021Z00979&did=2021D02421>

¹¹ Al Ali 2021.

¹² Daarover ook Koenraad 2021, p. 137-142. Inmiddels heeft de Centrale Raad van Beroep uitspraak gewezen in deze "boodschappenzaak". Zie CRvB 23 augustus 2021; ECLI:NL:CRVB:2021:1918.

¹³ T. Sanders. Haagse verontwaardiging over strenge bijstandsregels is een masterclass hypocrisie, *Financieel Dagblad* 1 januari 2021. Sanders verwijst hierin naar zijn dissertatie,

Tegelijkertijd was het vingerwijzen van de voorzitter Afdeling bestuursrecht-spraak richting de (mede)wetgever evengoed weinig overtuigend. Zelfs wanneer wettelijk gezien de Belastingdienst/Toeslagen toeslagen volledig *kon* terugvorderen^{14,15}, betekent dat niet automatisch dat zulks ook *moest*.¹⁶ De Van de Beeten hebben er bovendien terecht op gewezen dat staatssecretaris Wijn bij de invoering van de Awir juist stelde dat problemen voor de burger bij terugvordering voorkomen moesten worden¹⁷:

‘Als wij overgaan tot terugvordering bij mensen, zullen wij dat op een soepele wijze doen en goed kijken naar de betaalcapaciteit van mensen. Het is namelijk niet de bedoeling om mensen bij terugvordering in al te grote liquiditeitsproblemen te brengen.’¹⁸

De uitleg van Van Ettehoven dat een dwingendrechtelijke uitleg van de Awir mede voortvloeide uit strenge opvattingen over fraudeaanpak bij de wetgever klopt eveneens niet. De Awir stamt uit 2006 en in 2008 formuleerde de Afdeling bestuursrecht-spraak voor het eerst haar dwingendrechtelijke interpretatie van artikel 26 Awir¹⁹, terwijl de vermoedens van fraude bij enkele grotere gastouderbureaus, zoals de Appelbloesem, pas in 2009 aan het licht kwamen en de Bulgarenfraude zelfs nog stukken later.²⁰ Dat de Afdeling louter de strenge anti-fraude aanpak van de wetgever zou hebben gevolgd is daarmee ongeloofwaardig. De uitleg dat artikel 26 Awir dwingend recht zou bevatten, waarvan de Afdeling bestuursrecht-spraak, zelfs niet met behulp van artikel 3:4 Awb zou hebben kunnen afwijken²¹, is verder inconsistent, aangezien dit afwijken in 2019 kennelijk ineens wel kon, omdat toen de ernst en omvang van de financiële gevolgen van de eigen eerdere jurisprudentie duidelijk was geworden.²²

¹⁴ Kamerstukken II, 2004-2005, 29764, nr. 3, p. 22: ‘*Als aan een belanghebbende meer is uitbetaald dan waar hij recht op heeft, kan het teveel betaalde bedrag worden terugggevorderd*’ [curs. RvG].

¹⁵ *Invoering door de overheid*, Den Haag: BJU 2018, waarin in hij 772 gepubliceerde uitspraken van de bestuursrechter op dit onderwerp heeft onderzocht en ontdekte dat in geen enkel geval de rechter oordeelde dat sprake was van een dringende reden om van invoering af te zien als bedoeling in art. 58, lid 8 Participatiewet. Hij constateert dat de rechter op dit punt precies heeft gedaan wat de wetgever wilde dat hij deed.

¹⁶ Damen 2020, p. 444.

¹⁷ Van de Beeten & van de Beeten 2021, p. 299-305.

¹⁸ *Handelingen II 2004-2005*, 40, 2661.

¹⁹ ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8262.

²⁰ Zie opnieuw: van de Beeten & van de Beeten 2021, p. 300.

²¹ Scheltema heeft bepleit dat dit een mogelijkheid zou zijn geweest voor de Afdeling bestuursrecht-spraak. Zie: Scheltema 2019, p. 250

²² ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI:NL:RVS:2019:3536, r.o. 8.11.

3. Bestuur en parlement: dubbel onverantwoordelijk?

Niet alleen de Afdeling bestuursrechtspraak had moeite haar eigen optreden te rechtvaardigen. Dat gold ook voor de regering die kort na de verschijning van het rapport van de commissie Van Dam opstapte. Daags voor het aftreden van het Kabinet Rutte III, waarschuwde Tjeenk Willink dat opstappen voordat verantwoording is afgelegd aan het parlement over het optreden in de toeslagenaffaire, niet alleen de ministeriële verantwoordelijkheid uitholt, maar ook het eigen aandeel van de Tweede Kamer in de toeslagenaffaire onderbelicht laat:

“Door de pet van controleur van het bestuur op te zetten wordt de rol van medewetgever naar de achtergrond geschoven. Als een volksvertegenwoordiger op die medeverantwoordelijkheid wordt gewezen, wordt de aandacht vaak verschoven naar de lacunes in de informatievoorziening van de zijde van het kabinet in de fase van het onderzoek. “Nederland is ziek”, roep een Kamerlid van een partij die steeds tegen elke verzachting van de strenge anti-fraudewetgeving heeft gestemd. Het is maar een voorbeeld. De grens met hypocrisie wordt zo wel erg dun.”²³

Ook door de commissie Van Dam zijn geen parlementariërs gehoord over hun eigen verantwoordelijkheid voor de strenge toeslagenwetgeving, hoewel daar best het nodige over te zeggen valt. Zo wijst Frederik op fractieleider Klaver van GroenLinks die het aftreden van Kabinet Rutte III een “moment van gerechtigheid” noemde, waarmee “schuld wordt bekend” voor het enorme onrecht dat mensen is aangedaan. Daarbij vergat Klaver te vermelden dat hij zelf eerder staatssecretaris Weekers wilde wegsturen omdat deze te laks zou zijn in de strijd tegen toeslagenfraude. Verder had Klaver voor de wet gestemd waarmee € 25 miljoen werd geïnvesteerd in het opsporen van misbruik met toeslagen, waarbij die investering moest worden terugverdiend door terugvordering van teveel betaalde toeslagen. Ook was hij medeondertekenaar van de motie die de staatssecretaris opdroeg zich tweemaandelijks te verantwoorden over de voortgang op het fraudedossier.

Kamerleden van links tot rechts hebben zich in het toeslagendossier laten meeslepen door de waan van de dag, maar wijzen achteraf wel erg gemakkelijk het bestuur en de rechter als zondebokken aan.²⁴

²³ Willink 2021.

²⁴ Frederik 2021.

4. Focus: de rol van de medewetgever

Omdat de medewetgevende taak van het parlement in het toeslagendossier onderbelicht is gebleven doe ik dat hierna.²⁵ In hoeverre is de Tweede Kamer te kort geschoten als bewaker van de kwaliteit van wetgeving en in hoeverre waren de uitvoeringsproblemen in het toeslagendossier te voorzien? Vervolgens wil ik ingaan op de suggestie dat het primaat van de wetgever hersteld dient te worden om het evenwicht binnen de trias politica terug te brengen, zoals onder andere de Raad van State heeft bepleit:

“Al langer wordt gesignaleerd dat er een terugtred is van de wetgever, een ontwikkeling in de richting van een ‘administratieve staat’. Deze ontwikkeling kenmerkt zich door het verdwijnen van een wezenlijke functiescheiding tussen de wetgevende en uitvoerende macht (van een trias naar een duas politica). Dit komt onder meer tot uitdrukking in kaderwetten, vergaande delegatie van bevoegdheden en aanzienlijke beleidsruimte van het bestuur. Hierdoor zijn de marges voor dwingend en (in)dringend bestuurlijk optreden vergroot. Als de wetgever de bestuurlijke beslissingsruimte minder scherp afbakt, dan schuift een deel van de wettelijke begrenzing die de wetgever vanuit zijn rechtsstatelijke taak behoort te formuleren, door naar de rechter die achteraf moet oordelen. Daarmee komt er steeds meer druk te liggen op de rechter om tegenwicht te bieden aan de bestuurlijke machtsuitoefening die de wetgever heeft geautoriseerd. Om die druk te voorkomen moeten wetgever en bestuur hun verantwoordelijkheid nemen. Wetgeven is normeren en duidelijk afbakenen van bevoegdheden.”²⁶

Pleidooien die stellen dat de wetgever in formele zin voortaan uitsluitend nog strak afgebakende technische uitvoeringskwesties aan lagere regelgevers zou mogen overlaten²⁷, lijken kansloos.²⁸ Er is weliswaar nog altijd een evenwicht van machten nodig, maar dat evenwicht is al lang geen kwestie meer van communicerende vaten tussen nationale wetgever, bestuur en rechter.²⁹

²⁵ Over de toezichthoudende rol en de betekenis van individuele Kamerleden daarin, zoals Pieter Omtzigt (CDA) en Renske Leijten (SP) is elders al het nodige gezegd en geschreven.

²⁶ Raad van State 2020.

²⁷ De klassieke visie op het primaat van de wetgever is helder uiteengezet door Voermans 1998, p. 35-40.

²⁸ Daarmee bouw ik verder op eerder werk - deels samen met Marc Loth - dat onder andere is opgenomen in: Jansen e.a. 2021.

²⁹ Zie daarover reeds Ackerman 2017, p. 38-43.

De vraag is of het niet realistischer is te accepteren dat een fors deel van de huidige gedelegeerde bestuurswetgeving binnen onze meergelaagde rechtsorde in de toekomst tot stand zal moeten komen zonder afgeleide democratische legitimatie middels delegatie door de wetgever in formele zin, waarbij de rechter bovendien zeer terughoudend zou moeten zijn qua toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Er zijn minimaal drie ontwikkelingen die daartoe nopen:

- 1) de komst van de “administrative state” met een, mede onder invloed van de Europeanisering van het wetgevingsproces, zodanig sterke behoefte aan gedragsbeïnvloedende wetgeving dat de wetgever in formele zin die vraag niet aankan;
- 2) afnemende belangstelling van het parlement voor de medewetgevende taak;
- 3) de groeiende behoefte van de bestuursrechter zelf om algemeen verbindende voorschriften (direct) te toetsen aan hoger recht en rechtsbeginselen, mede vanwege een steeds complexer wordende afbakening met toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de burgerlijke rechter.³⁰

Besloten wordt met een korte schets van hoe de nieuwe situatie eruit zou kunnen komen te zien.

5. Wat ging er mis bij totstandkoming van de toeslagenwetgeving?

Tijdens de verhoren door de commissie van Dam werd het vergrootglas gelegd op het opereren van de Belastingdienst en op feit dat bewindspersonen vaak slecht geïnformeerd waren door hun ambtenaren. Ruime aandacht ging tevens uit naar de gebrekkige informatievoorziening richting de Tweede Kamer en de (helden)rol die Kamerleden, zoals Pieter Omtzigt en Renske Leijten, hebben vervuld bij het boven water halen van wat er mis was gegaan.

5.1 *Achtergrond van de toeslagenwetgeving*

De commissie van Dam constateerde waar het gaat om de totstandkoming van de Wet kinderopvang (Wko) en de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir):

‘De ‘alles-of-niets’ benadering volgt niet rechtstreeks uit de wet. Noch uit het wetsvoorstel, noch uit de parlementaire behandeling daarvan blijkt

³⁰ Over deze ontwikkeling uitgebreid: Schutgens 2017, p. 95-145.

dat de wetgever bewust voor een ‘alles-of-niets’ benadering heeft willen kiezen.³¹

Daarmee is alleen niet alles gezegd. Wie naar de achtergronden van het wettelijk stelsel kijkt³², moet vaststellen dat de bedoeling daarvan juist was om een armoedeval *tegen* te gaan. Voorkomen moest worden dat mensen netto minder overhouden zodra ze ietsje meer gaan verdienen, omdat dit negatief uitwerkt op sociale en fiscale voordelen.³³ Volgens staatssecretaris Wijn moest de Belastingdienst daarin de centrale rol gaan spelen. Deze zou reeds de inkomensgegevens van burgers bezitten waardoor op termijn het systeem van toeslagen volautomatisch aanpassingen vanuit de beschikbare gegevens kunnen doorvoeren.³⁴

5.2 *Geen hardheidsclausule in de Awir*

De voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak heeft ter rechtvaardiging van de strenge terugvorderingspraktijk gewezen op het ontbreken van een hardheidsclausule in de Awir.³⁵ Zo'n clausule had gebruikt kunnen worden om terugvorderingsbesluiten te matigen.³⁶ De regering zou echter van een hardheidsclausule hebben afgezien, omdat de Raad voor de Rechtspraak (RvdR) adviseerde dat een dergelijke clausule tot veelvuldig beroep op de rechter kan leiden.³⁷

Het parlement valt hier te verwijten dat het nauwelijks kritische vragen heeft gesteld over het advies van de RvdR. Op welke feiten was deze angst voor een “floodgate” aan beroepen gebaseerd? Waarom kan dit argument bovendien niet

³¹ *Eindverslag parlementaire ondervragingscommissie kinderopvang, Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 2, p. 20.*

³² Onder de Awir vallen, naast de kinderopvangtoeslag nog drie andere (grote) inkomensafhankelijke regelingen, te weten de huurtoeslag, de zorgtoeslag en het kindgebonden budget. Het gaat hierbij om eigenstandige regelingen die beleidsmatig onder verschillende vakministeries vallen (VWS, SZW en BZK).

³³ Commissie Derksen 1997.

³⁴ Vonk 2020, p. 1220.

³⁵ Van Ettekoven 2021, p. 102.

³⁶ De Afdeling advisering van de Raad van State had juist ook gepleit voor een hardheidsclausule, omdat bij massale processen als de toekenning van huursubsidie, tegemoetkomingen bij kinderopvang en zorgtoeslagen een hardheidsbepaling niet gemist kan worden om onbillijkheden te voorkomen. Zie: Kamerstukken II 2004/05, 29764, nr. 5, p. 10.

³⁷ Raad voor de rechtspraak, 15 april 2004, UIT 3650/ONTW RCH (www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2004-13-Wetsvoorstel-Algemene-wet-inkomensafhankelijke-regelingen.pdf).

worden omgedraaid? Als burgers veelvuldig een beroep doen op een hardheidsclausule rijst de vraag: is de onderliggende wetgeving die een armoedeval zou moeten tegengaan dan wel zo effectief?

Kamerlid Omtzigt heeft wel nog een amendement voorgesteld om een hardheidsclausule te introduceren in de Awir³⁸, maar dat amendement is uiteindelijk niet in stemming gebracht, omdat staatssecretaris Wijn beloofde soepel te zullen omgaan met de toeslagenwetgeving. De discussie tussen regering en parlement ging daarbij niet over terugvordering, maar juist over de mogelijkheid om toeslagen toe te kennen in schrijnende gevallen.³⁹ Dit verklaart waarom de staatssecretaris niet aan zo'n hardheidsclausule wilde. Hij vond dat de rechtvaardigheid op dit punt reeds via het draagkrachtprincipe zou zijn geregeld.⁴⁰ Schrijnende gevallen die niet in aanmerking komen voor toekenning van een toeslag zouden reeds gecompenseerd worden door de Belastingdienst bij de berekening van het belastbaar inkomen.⁴¹

De vraag is of Kamerleden op dit punt niet wat naïef zijn geweest. Hoe verhoudt het standpunt van de staatssecretaris zich immers tot de vrees van de RvdR voor een run op zo'n hardheidsclausule? Omgekeerd; waarom zou de staatssecretaris bevreesd moeten zijn voor een excessief beroep op de hardheidsclausule als de intentie was om soepel met de wet om te gaan?

5.3 *Veel euforie, maar weinig empirie*

Bij de totstandkoming van de Wko en de Awir heeft euforie over de rol van het toeslagenstelsel een belangrijke rol gespeeld. Dat is opmerkelijk, omdat de Belastingdienst meermaals had aangegeven niet met de uitvoering ervan belast te willen worden. Toeslagen werden als een wezensvreemd element binnen de dienst beschouwd.⁴² Dat verklaart ook waarom fiscale concepten zo'n belangrijke rol hebben gespeeld bij de totstandkoming van de toeslagenwetgeving:

'Zo werd min of meer vanzelfsprekend gevonden dat men, net als bij een belastingafrekpost, in beginsel zelf eerst de kosten maakt, waarna men

³⁸ *Kamerstukken II 2004-2005*, 29764, nr. 13. Later in het traject is door de Kamerleden Omtzigt en Weekers zelfs nog een gewijzigd amendement ingediend. Zie *Kamerstukken II 2004-2005*, 29764, nr. 32.

³⁹ *Ibid.*, p. 301.

⁴⁰ *Handelingen II 2004-2005*, 40, 2708.

⁴¹ Van de Beeten & van de Beeten 2021, p. 301.

⁴² 'Omzien in verwondering 2', *Eindadvies Adviescommissie uitvoering toeslagen*, Den Haag 12 maart 2020, p. 74.

via een “tegenoetkoming” een deel terugontvangt. In die benadering van de toeslag als een soort “negatieve belasting” is het vanzelfsprekend dat wanneer de eigen bijdrage niet wordt betaald, men niets ontvangt.⁴³

In de praktijk betekende dit dat toeslagen maandelijks bij wijze van voorschot werden uitgekeerd.⁴⁴ Na afloop van het belastingjaar volgde, parallel aan de fiscale systematiek, het definitieve vaststellen van de toeslag, waarbij eventuele tekorten werden aangevuld en teveel betaalde bedragen teruggevorderd.⁴⁵ Dit verklaart (deels) de strenge terugvorderingspraktijk. Voorschotten die onte-recht zijn uitgekeerd verdienen in beginsel terugbetaald te worden.⁴⁶ Hierin werd de Belastingdienst tot 2019 gesteund door de Afdeling bestuursrecht-spraak. In bijna 30% van de gevallen ging het daarbij om terugvorderingen bo-ven de € 500,-, waarbij vaak sprake was van stapeling, omdat door inkomens-wijziging ook andere toeslagen (o.a. huur en zorg) werden teruggevorderd.⁴⁷ Voor de kinderopvangtoeslag gold dat die bovengemiddeld tot problematisch hoge terugvorderingen leidde.⁴⁸

Waar het gaat om de verantwoordelijkheid van het parlement is van belang of de wetgever deze terugvorderingsrisico's kende of had kunnen kennen. Kijkend naar de memorie van toelichting bij de Awir was de wetgever zich wel degelijk bewust van het feit dat met de keuze voor een systeem van voorschotten en verrekening grote risico's bij de burger werden belegd:

“bij de verlening van een voorschot uitgegaan moet worden van een schatting. Belanghebbenden zullen zich bewust moeten zijn van de (fi-nanciële) risico's van foutieve schattingen en van andere gegevens die op basis van verwachtingen worden verstrekt. In de begeleiding en voor-lichting zal daaraan ruime aandacht worden besteed. Een tweede gevolg van een voorschot op basis van geschatte gegevens is dat er onverwachte wijzigingen in de omstandigheden plaatsvinden nadat verlening van het voorschot heeft plaatsgevonden. 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...”⁴⁸

⁴³ Ibid., p. 75.

⁴⁴ Artikel 16 en 22 Awir.

⁴⁵ Artikel 24 Awir.

⁴⁶ Vonk 2020, p. 1224-1225.

⁴⁷ *Eenvoud of maatwerk, IBO-rapport van het Ministerie van Financiën*, 28 oktober 2019, p. 43.

⁴⁸ *Toeslagen terugbetalen 2019. Een rapport van de Algemene Rekenkamer*, Den Haag 2019, p. 22.

Direct na invoering van de nieuwe wetgeving wees de Rekenkamer al op de problemen met verouderde ICT-systemen die het bemoeilijkten om tijdig goede controles uit te voeren, hetgeen er uiteindelijk toe leidde dat er in 2012 terugvorderingen open stonden voor opgeteld 1,3 miljard euro.⁴⁹ ⁵⁰ De *euforie* van staatssecretaris Wijn over de Belastingdienst/Toeslagen als centraal loket dat burgers zou moeten ontlasten bij het aanvragen van toeslagen ging met andere woorden niet gepaard met *empirie* waar het de beschikbare ICT-infrastructuur betrof, welke het systeem van voorschotten en verrekening simpelweg niet aan kon.

Dit leidde er in de praktijk tevens toe dat, hoewel volgens de Awir de toeslag definitief moest worden toegekend binnen zes maanden na de vaststelling van de inkomstenbelasting over het jaar waarvoor de kinderopvangtoeslag werd aangevraagd,⁵¹ dit vaak niet lukte. Hierdoor liepen de terugvorderingsbedragen vaak gigantisch op, hetgeen gevolgen had voor de handhaving (§ 5.4).⁵² Op grond van de Awir kon de uitbetaling van een voorschot weliswaar ook worden opgeschort, maar in de praktijk werd van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt, omdat de ICT-systemen van de Belastingdienst dit niet konden bolwerken.⁵³ Het parlement mag zichzelf aanrekenen dat het de vroege waarschuwingen van de Rekenkamer op dit punt weinig serieus heeft genomen.

5.4 *Parlementair opportunisme bij toezicht op de naleving*

Bij de totstandkoming van de toeslagenwetgeving ligt in het parlement de nadruk op tijdige uitbetaling van toeslagen en snelle invoering van het stelsel ondanks de waarschuwingen van de Rekenkamer dat de ICT-systemen bij de Belastingdienst/ Toeslagen het toezicht op de rechtmatigheid niet aan konden. Dit zorgde er, zoals gezegd, voor dat aanvragen jarenlang louter achteraf werden gecontroleerd, oplopend tot vijf jaar nadat de toeslag was uitgekeerd.⁵⁴ Aanvankelijk leverde dit nog weinig problemen op, maar dit veranderde toen door de economische crisis, fraudebestrijding een politiek thema werd:

“In de eerste periode na de totstandkoming van het stelsel (2006) ging de aandacht in de Tweede Kamer vooral uit naar de werking van het stelsel

⁴⁹ Kamerstukken II 2004-2005, 29764, nr. 3, p. 20.

⁵⁰ Kamerstukken II 2019/20, 31066, nr. 599, p. 2-3.

⁵¹ Artikel 19 Awir.

⁵² ‘Omzien in verwondering I’, *Interim-advies: Adviescommissie uitvoering toeslagen*, Den Haag 14 november 2019, p. 28.

⁵³ *Ibid.*, p. 28.

⁵⁴ *Eindverslag parlementaire ondervragingscommissie kinderopvang*, Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 2, p. 35.

jegens de burger. Het voorgestelde stelsel was een vernieuwing en geveesd werd dat de burger erop achteruit zou gaan ten opzichte van voordien bestaande inkomensafhankelijke voorzieningen, mede omdat Toeslagen er van werd verdacht de uitvoering niet “con amore” ter hand te willen nemen. Vandaar dat bij de uitvoering de snelle uitbetaling aan de burger centraal stond voor zowel de Tweede Kamer als Toeslagen. [...] Vanaf 2011 kwam daar verandering in. De noodzaak van drastische bezuinigingen als gevolg van de crisis werd ook politiek onontkoombaar. In dat verband werd mede gekeken naar sociale voorzieningen. Het kabinet Rutte I (2010-2012) legde daarbij de nadruk op beheersing van de groei van uitgaven, verhoging van eigen bijdragen en een harde aanpak van fraude. [...] Gesteld werd dat de omvang en hardnekkigheid van de ‘fraude’ van zodanige aard zijn, dat het bestaande stelsel van punitieve sancties niet meer voldoet’. Daarom werden een aanzienlijke verhoging van boetes, recidivebepalingen en herinvoering van de invorderings- plicht voorgesteld.”⁵⁵

De Bulgarenfraude speelt een belangrijke rol in de draai van het parlement. In 2013 werd via een TV-uitzending duidelijk dat een Bulgaarse bende huur- en zorgtoeslag incasseerde door gebruik te maken van valse adressen. Hierdoor nam de druk op de Belastingdienst om strenger op te treden toe. Pieter Omtzigt, bijvoorbeeld, kapittelde staatssecretaris Weekers om zijn slappe anti-fraudebeleid. Als gevolg daarvan werd geregeld dat de Belastingdienst/Toeslagen € 25 miljoen zou krijgen voor extra toezichtcapaciteit. Dit bedrag zou echter jaarlijks “terugverdiend” moeten worden door minder toeslagen onterecht uit te keren.⁵⁶ Iedere schijn van misbruik zou voortaan keihard moeten worden aangepakt.

Wat de Tweede Kamer in dit licht verweten kan worden is dat vrijwel niemand kritische vragen stelde over de omvang van de fraude, de diepere oorzaken en de mogelijke nadelen van een rigide anti-fraude aanpak voor goedwillende burgers.⁵⁷ Inmiddels weten we dat de Bulgarenfraude handelde om zo’n € 3,8 miljoen aan ten onrechte uitgekeerde toeslagen op een totaalbedrag aan € 68 miljard in dezelfde periode. Dat is 0,006 procent aan fraudeverlies op het totale

⁵⁵ ‘Omzien in verwondering 1’, *Interim-advies: Adviescommissie uitvoering toeslagen*, Den Haag 14 november 2019, p. 31.

⁵⁶ Tegelijkertijd werd in het regeerakkoord van Kabinet Rutte I een forse bezuiniging op de Belastingdienst doorgevoerd.

⁵⁷ Wat die oorzaken betreft werd al snel duidelijk dat ouders vaak ook beduvelde werden door gastouderbureaus die probeerden de uitbetaling van de kinderopvangtoeslag te maximaleren door zelf de administratie van burgers voor hun rekening te nemen.

toeslagenbudget.⁵⁸ Triest is in retrospectief dat een motie van Kamerleden Ulenbelt en Siderius om alleen de eigen bijdrage terug te vorderen van ouders die slachtoffer waren geworden van toeslagenfraude door malafide kinderopvangorganisaties als De Parel⁵⁹, met overweldigende meerderheid werd weggestemd.⁶⁰ Ook hier met andere woorden weinig zelfbeperking van het parlement.

6. Disbalans in de Trias: herstel primaat van de wetgever als remedie?

Het rapport van de commissie Van Dam veroorzaakte een “blame game” tussen de hoofdactoren in de trias rond het toeslagenschandaal. Zo verweet de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak de wetgever dat de toeslagwetgeving geen ruimte liet voor matiging van besluiten tot terugvordering van toeslagen.⁶¹ Ministers, beklaagden zich erover dat de eigen ambtelijke top en de Belastingdienst hen onvoldoende informeerde.⁶² Verder zou de Tweede Kamer hebben aangedrongen op een strengere fraudeaanpak. Kamerleden beweerden daarentegen dat zij slecht zouden zijn geïnformeerd door ministers. Zij spraken verder hun verontwaardiging uit over het feit dat de Afdeling bestuursrechtspraak jarenlang de kant van de Belastingdienst heeft gekozen in plaats van de burger te beschermen tegen de overheid.⁶³

Brenninkmeijer rept in zijn bespreking van het rapport over “systeemgedrag”, waarbij de hoofdrolspelers in het toeslagendrama hun onderling conflictmijdende gedrag te lang in stand zouden hebben gehouden door wet- en regelgeving uit te voeren en toe te passen zonder zich te vergewissen van de uitwerking op

⁵⁸ Frederik 2021, p. 329-330.

⁵⁹ *Kamerstukken II 2015-2016*, 31322 nr. 295.

⁶⁰ Zie: <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2016Z06233&did=2016D12792>.

⁶¹ Signalen van lagere rechters zouden slechts versplinterd zijn doorgekomen en rechts-wetenschappers zouden zich vooral schuldig maken aan wijsheid achteraf over de juiste wetsuitleg. Illustratief is het interview dat de NVvR heeft georganiseerd met de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak op 25 januari 2021. Zie: <https://www.youtube.com/watch?v=O6vOSsGh-wM>.

⁶² Zie over de politisering van de ambtelijke top op departementen o.a.: <https://www.nrc.nl/nieuws/2020/11/27/herstel-de-verstoorde-relatie-tussen-ambtena-ren-en-politici-a4021709>.

⁶³ Ook Zijlstra die in opdracht van de commissie Van Dam de toeslagenjurisprudentie onderzocht sluit niet uit dat de ABRvS een minder dwingende alles-of-niet-uitleg bij de terugvordering van teveel betaalde toeslagen door de Belastingdienst/Toeslagen zou zijn gevolgd. Zie: S.E. Zijlstra, Bijlage 2 bij rapport Ongekend onrecht. Paper: Alles of niets. De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State inzake terugvordering van kinderopvangtoeslag in de periode van 2010 tot 23 oktober 2019.

burgers.⁶⁴ In zijn ogen is de trias politica een duas politica geworden, omdat regering en coalitiepartijen in de Kamer in een symbiotische relatie opereren.⁶⁵ Daardoor zou de wetgever partijdig zijn geworden en komt er steeds meer druk op de rechter als tegenmacht.⁶⁶ Koole noemt verder uitholling van de macht van het parlement doordat de regering met behulp van buitenparlementaire akkoorden steeds vaker de volksvertegenwoordiging voor voldongen feiten plaats en deze afspraken presenteert als het codificeren van maatschappelijk draagvlak.⁶⁷

Iets soortgelijks geldt voor de “doe-democratie”, waarin burgers de behartiging van publieke belangen voor hun rekening nemen.⁶⁸ Ook dit zou tot depolitiseren en uitholling van de macht van gekozen volksvertegenwoordigers leiden.⁶⁹ Ten slotte zou het parlement aan beslissingsmacht hebben ingeboet doordat rechters met een beroep op supranationaal recht een interpretatie geven aan in Nederland geldende rechtsregels die moeilijk door de wetgever te corrigeren zou zijn, waardoor diens speelruimte steeds verder wordt ingeperkt.⁷⁰

De Raad van State heeft de wetgever opgeroepen zijn verantwoordelijkheid te herpakken. Door het afkondigen van kaderwetten en veelvuldig delegeren van regelgevende bevoegdheid zou deze de bestuurlijke beslissingsruimte steeds minder afbakenen.⁷¹ Hierdoor zou de rechter gedwongen worden tegenwicht te bieden aan bestuurlijke machtsuitoefening die de wetgever heeft geautoriseerd.⁷² De oproep tot herstel van het primaat van de wetgever veronderstelt echter dat de wetgever in formele zin nog in staat is grote hoeveelheden gedelegeerde regelgeving inhoudelijk in te kaderen; dat het parlement belangstelling heeft voor het intensiveren van haar medewetgevende taak; dat de rechter bereid is om grote terughoudendheid te blijven betrachten op het punt van de toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Op deze en andere punten is de werkelijkheid veranderd.⁷³

⁶⁴ Brenninkemijer 2021, p. 10.

⁶⁵ Brenninkmeijer verwijst hierbij ook naar de bevindingen van de Staatscommissie parlementair stelsel (<https://www.staatscommissieparlementairstelsel.nl/>).

⁶⁶ Scheltema 1984.

⁶⁷ Koole 2019/2.

⁶⁸ Kok 2018.

⁶⁹ Koole 2021, p. 257 e.v.

⁷⁰ Vetz0 2020/1560.

⁷¹ De Raad van State heeft daarvoor herhaaldelijk aandacht gevraagd. Raad van State 2019. Interessant is dat de Raad op p. 22 de toeslagenwetgeving noemt als een prominent voorbeeld van (kader)wetgeving die tot fricties leidt.

⁷² Raad van State 2020.

⁷³ Denk slechts aan de groei van direct werkende EU-regelgeving en de opkomst van zelfstandige bestuursorganen met regelgevende bevoegdheden op nationaal en Europees niveau.

6.1 *Entparlamentarisierung der Gesetzgebung*

Door de opkomst van de “administrative state”⁷⁴, waarin de overheid zich toelegt op marktcorrecties en welvaartsbevordering is regelgeving een belangrijk instrument geworden voor het *modificeren* van gedrag.⁷⁵ Dit vergt andere kennis dan het *codificeren* van ongeschreven regels.⁷⁶

Overall in Europa heeft dit gezorgd voor opkomst van (gedelegeerde) bestuurswetgeving⁷⁷, waarbij de betrokkenheid van gekozen volksvertegenwoordigers steeds verder wordt verdund.⁷⁸ Kirchhof spreekt over “Entparlamentarisierung der Gesetzgebung”, waarbij regelgevende taken in westerse democratieën steeds vaker worden uitbesteed aan niet rechtstreeks gekozen EU-instituties, (zelfstandige) bestuursorganen en private regelgevers.⁷⁹ In Nederland is het aantal direct werkende EU-ver ordeningen in de periode 1995-2019 bijvoorbeeld met een factor 2,6 toegenomen.⁸⁰ Zie wat betreft de manier waarop het aantal geldende nationale wetten op rijksniveau zich tussen 2009 en 2019 heeft ontwikkeld:

	2009	2019	mutatie
wetten	1.690	2.046	21%
amvb's	2.159	2.144	- 1%
min.reg.	4.855	5.644	16%
totaal	8.704	9.834	13%

Dit overzicht laat een stijging van meer dan 10% zien van het totale aantal wettelijke regels op rijksniveau gedurende de Kabinetten Rutte I t/m III, terwijl deze vermindering van regeldruk tot speerpunt hadden. De overgrote meerderheid van die regelgeving is gedelegeerde bestuurswetgeving.⁸¹ Het is on-

⁷⁴ Majone 1994.

⁷⁵ Van alle wetten en rijkswetten die in de jaargangen 2017 en 2018 van het Staatsblad zijn geplaatst. Dat zijn er ruim vierhonderd, is meer dan de helft institutioneel/procedureel van inhoud. Ruim driekwart van de overige wetten is modificerend van aard. Delegatiebepalingen spelen daarbij een grote rol. Hirsch Ballin 2019.

⁷⁶ Het onderscheid tussen codificatie en modificatie is afkomstig van: Koopmans 1991; Schoordijk e.a 1970.

⁷⁷ Van Male 1988.

⁷⁸ Pünder en Lindseth 2009.

⁷⁹ Kirchhof 2004; Kaiser & Zittel 2004, p. 362.

⁸⁰ *Kamerstukken II* 2018-2019, 29515 nr. F.

⁸¹ Het is bovendien al heel lang zo dat >70% van de regelgeving op rijksniveau uit gedelegeerde regelgeving bestaat de Jong & Herweijer 2004.

denkbaar dat het bij deze aantallen altijd gaat om technische uitvoeringskwesties die niet raken aan rechtspolitieke keuzes die in formele wetgeving horen te worden neergelegd volgens het primaat van de wetgever.⁸² De discussie over kaderwetgeving en delegatie ging daarbij lang om het sneller in kunnen spelen op veranderende omstandigheden versus de behoefte aan democratische legitimatie via medebetrokkenheid van het parlement.⁸³

Deze tegenstelling is een valse gebleken. Inmiddels weten we dat (kader)wetten met veel open normen vaak niet leiden tot meer flexibiliteit, maar tot: verplaatsing van de normstelling van de formele wetgever naar bestuursorganen; van discretionaire ruimte voor uitvoeringsorganisaties naar protocollen en beleidsregels van diezelfde organisaties en van normstelling door publiekrechtelijke instituties naar private regelgeving in de vorm van gedragscodes, protocollen, certificatieregelingen enz.⁸⁴ De remedies hiertegen worden thans vaak gezocht in scherper toezicht op delegatiebeslissingen, medebetrokkenheid van het parlement via voor- en nahangprocedures en ministeriële goedkeuring van regelgevende bevoegdheid door zelfstandige bestuursorganen.⁸⁵ Verhey heeft er evenwel op gewezen dat de wetgever op dit punt voortdurend achter de feiten aan loopt.⁸⁶ Het wetgevingsbeleid is zodanig gericht op flexibiliteit, innovatie en inspelen op maatschappelijke veranderingen, dat van bescherming van het primaat van de wetgever weinig terechtkomt.⁸⁷ Die observatie sluit aan bij onderzoek, waaruit is gebleken dat voorhangprocedures zelden leiden tot fundamentele aanpassingen van (gedelegeerde) regelgeving als gevolg parlementaire interventie.⁸⁸

6.2 *Gebrek aan belangstelling voor medewetgeving*

De toeslagenaffaire toont de focus van Kamerleden op media-aandacht. Deels

⁸¹ Commissie Polak 1985 en Voermans 1998.

⁸³ Van Gestel & Vleugel 2013.

⁸⁴ Westerman 2018 en Giesen 2020.

⁸⁵ Uit onderzoek van Borman blijkt bijvoorbeeld dat zelfs wanneer het parlement bijvoorbeeld via een amendement een voorhangprocedure heeft afgedwongen die het mogelijk zou moeten maken om controle uit te oefenen op de inhoud van toekomstige gedelegeerde regelgeving in ongeveer een vijfde deel van de gevallen die verplichting uiteindelijk gewoonweg niet wordt nagekomen. Borman 2017. Uit onderzoek van De Boer naar delegatie in de onderwijswetgeving blijkt dat ook dat dat voorhangprocedures vaak niet leiden tot het daadwerkelijk activeren van parlementaire interventie. de Boer, 2021, p. 199.

⁸⁶ Verhey 2015 en Verhey & Aal 2017.

⁸⁷ Van Gestel 2019.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2006-2007, nr. 29383.

verklaart dit de afgenomen belangstelling voor medewetgeven, omdat slechts één op de vijf wetten überhaupt in het nationale nieuws verschijnt.⁸⁹ Vanuit het parlement is er daarom vooral interesse voor het zo snel mogelijk implementeren van beleidswensen, zonder veel oog voor de uitvoerbaarheid.⁹⁰

Deze klacht is allerminst nieuw.⁹¹ Onlangs zijn de problemen rond de uitvoerbaarheid van wetgeving echter nog eens beschreven in het rapport van de Tijdelijke commissie Uitvoeringsorganisaties (TUC).⁹² Sommige problemen hebben weinig met de rol van de (mede)wetgever in ons staatsbestel als zodanig van doen, zoals: de nasleep van de New Public Management cultuur binnen departementen en uitvoeringsorganisaties,⁹³ toenemende beleidsdruk onder gelijktijdige bezuinigingen op de uitvoering,⁹⁴ gebrekkige informatievoorziening tussen regering, Tweede Kamer en uitvoeringsorganisaties,⁹⁵ onvoldoende rekening houden met het “doenvermogen” van burgers enz.⁹⁶ Andere factoren houden echter wel direct verband met de veranderende rol van de (mede)wetgever.

Om te beginnen is dat de toenemende complexiteit van beleid en daarmee van modificerende wetgeving. Dit gaat gepaard met een groeiende afstand tussen beleid, wetgeving en uitvoering. Hierdoor moeten uitvoeringsorganisaties vaak een enorme vertaalslag maken van regelgevingsdoelen op rijksniveau naar de praktische uitvoering daarvan op de werkvloer van (zelfstandige) bestuursorganen, zoals het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen of decentrale overheden (Jeugdzorg, Wmo, huurtoeslag e.d), die direct geconfronteerd worden met de situatie van individuele burgers. In de Tweede Kamer heeft daarbij een verschuiving plaatsgevonden van medewetgeven naar controle van beleid.⁹⁷ Daarbij zijn ook vanuit het parlement zelf zorgen uitgesproken over de tekortschietende betrokkenheid van Kamerleden bij de totstandkoming van wetgeving.⁹⁸ Deze situatie lijkt steeds zorgwekkender geworden:

⁸⁹ Van Aelst, Melenhorst, van Holsteyn & Veen 2015.

⁹⁰ Cardoso Ribeiro 2007.

⁹¹ De Jong en Kummeling 2009; Bovend'Eert, Broeksteeg & Bunschoten 2009, p. 67-97.

⁹² *Kamerstukken II 2020-2021, 35387, nr. 2.*

⁹³ Tjeenk Willink 2018.

⁹⁴ De hierboven beschreven toeslagenaffaire is daarvan een prominent voorbeeld.

⁹⁵ Raad van State 2020 en Enthoven 2011.

⁹⁶ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2017.

⁹⁷ Staten-Generaal 2009.

⁹⁸ Bovend'Eert & Broeksteeg 2010.

“Weliswaar steeg het aantal initiatiefwetten van 34 tussen 2007 en oktober 2010 naar 58 in de jaren 2017 tot nu, maar het aantal initiatiefwetten dat werd aangenomen, daalde van 17 onder Balkenende-IV naar 9 onder Rutte-III. Tussen 2011 en 2019 is het aantal keren dat de Kamer in de plenaire zaal een wet bespreekt meer dan gehalveerd: van 141 in 2011 naar 65 maal in 2019. Overleg in commissies was ooit bedoeld om de technische details van een wet te bespreken, zodat het daarna in de plenaire zaal over de politieke keuzes kon gaan. Inmiddels zijn deze technische commissievergaderingen echter de standaard geworden.⁹⁹ ¹⁰⁰ Daarbij worden steeds meer wetten helemaal niet besproken: onder Balkenende-IV werd 32 procent van alle wetten zonder debat aangenomen, in 2019 was dat 38 procent. Veel wetgeving wordt bovendien alleen nog besproken door de grote partijen, vaak uit de coalitie, terwijl steeds meer partijen zelfs geen schriftelijke inbreng meer leveren.”⁹⁹

Ook het aantal amendementen vanuit de Tweede Kamer op voorgenomen wetgeving is drastisch afgenomen. Werden er in de jaren 1995-1999 jaarlijks nog gemiddeld tussen de 1000 en 1500 amendementen ingediend. In 2006 en 2007 waren dat er nog maar respectievelijk 527 en in 421.¹⁰¹ Tien jaar later 2017 ligt dat aantal nog steeds op ongeveer hetzelfde niveau en zijn er 396 amendementen ingediend. De jaren daarna loopt dat aantal weer op, maar blijft het aantal aangenomen amendementen verhoudingsgewijs laag.¹⁰² Indien Kamerleden actief deelnemen aan wetgevingsoverleggen is hun inbreng bovendien doorgaans vooral gericht op het reactief stellen van vragen en het plaatsen van kritische kanttekeningen bij regeringsvoorstellen zonder dat zij zelf belangrijke inhoudelijke wijzigingsvoorstellen hebben.¹⁰³

Tel hierbij op dat de gemiddelde zittingsduur voor Kamerleden is afgenomen.¹⁰⁴ In 1959 was de gemiddelde ervaring van Kamerleden nog 7,3 jaren¹⁰⁵, terwijl dat in

⁹⁹ *Kamerstukken II* 2019-2020 nr. 35 322.

¹⁰⁰ Knijpers, Muntz & Salomons, 2021 en Boersema, Knijpers, Muntz & Salomons, 2021 en ‘Tweede kamer had nog nooit zo weinig tijd en aandacht voor wetgeving’, www.vpro.nl.

¹⁰¹ De Jong en Kummeling 2009; Bovend'Eert, Broeksteeg & Bunschoten 2009, p. 70.

¹⁰² Tweede Kamer der Staten-Generaal 2021, p.4 Het aantal moties groeit de laatste jaren juist gestaag van 2476 in 2017 naar 4438 in 2020.

¹⁰³ Van Lochem 2020; Muller e.a. 2020, p. 589-633.

¹⁰⁴ Sinds de jaren zestig van de vorige eeuw vertoont de ervaring van Tweede Kamerleden een zij het niet constante - dalende lijn. Het aantal Kamerleden met langdurige Kamer-ervaring neemt eveneens af. Er komen bij verkiezingen bovendien steeds meer nieuwkomers in de Tweede Kamer. ‘Ervaring als Tweede Kamerlid’, www.parlement.com.

¹⁰⁵ Van den Berg 2007; Aarts, van der Kolk, Rosema 2007, p. 154 en van den Berg & van den

2018 nog slechts 4,3 jaren was, hetgeen volgens velen ongeveer de periode is om het ambacht onder de knie te krijgen.¹⁰⁶ Volgens Bos is het daarom niet toevallig dat ervaren Kamerleden, zoals Omtzigt en Leijten, de toeslagenaffaire aan het rollen hebben gebracht.¹⁰⁷ Bedenk verder dat de Kamerfracties gemiddeld steeds kleiner zijn geworden en men begrijpt dat er scherpe keuzes moeten worden gemaakt, waarbij (mede)wetgeving in de praktijk niet meer nummer één staat.¹⁰⁸

Dit alles roept de vraag op: kan en wil het parlement het wetgevingsprimaat eigenlijk nog hebben? Voor zover het parlement al betrokken wordt bij gedelegeerde regelgeving leidt dit als gezegd vaak niet tot interventie.¹⁰⁹ En in het geval Kamerleden amendementen of moties indienen, worden deze niet op uitvoerbaarheid getoetst. Veelzeggend is de motie-Brenk, die unaniem is aangenomen in de Tweede Kamer naar aanleiding van de toeslagenaffaire, waarin de regering wordt verzocht voortaan in iedere uitvoeringswet een hardheidsclausule op te nemen.¹¹⁰ Dat druist in tegen de Aanwijzingen voor de regelgeving die verlangen dat hardheidsclausules zo concreet en nauwkeurig mogelijk omschreven worden, mede omdat voorkomen moet worden dat het buiten toepassing laten of het afwijken van de regeling nadelige effecten heeft voor derden-belanghebbenden.¹¹¹ De motie krijgt daarmee iets van een wanhoopsdaad waarbij de verantwoordelijkheid voor problemen in de uitvoering van wetten wordt doorgeschoven naar de rechter.¹¹²

6.3 *Rechter geleidelijk minder terughoudend bij toetsing van avv's*

Over de toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de bestuursrechter en opheffing van het toetsingsverbod van artikel 8:3 Awb is al veel geschreven. Er bestaat veel steun voor in de literatuur.¹¹³

Braak 2005; van Ballen e.a. 2005, p. 69 e.v.

¹⁰⁶ Staatscommissie Parlementair Stelsel 2018, p. 264.

¹⁰⁷ Knoop 2020.

¹⁰⁸ Uit een enquête van Nieuwsuur blijkt dat Kamer leden vinden dat een Tweede Kamerfractie uit minstens elf leden moet bestaan om alle verwachte taken adequaat te kunnen verrichten. Na de laatste Kamerverkiezingen bezitten slechts vier van de achttien fracties minimaal elf zetels: VVD, D66, PVV en CDA. 'Tweede Kamerfracties zijn te klein om werk goed te kunnen doen', www.nos.nl.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 2018-2019, 29515 nr. F.

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 2020-2021, nr. 35510.

¹¹¹ Zie aanwijzingen 5.25 en 5.26.

¹¹² Jensma 2021.

¹¹³ Barkhuysen & den Ouden 2016; Barkhuysen, 1949; J.E.M. Polak 2015; R.J.N. Schlössels e.a. 2015, p. 432; Voermans, Schutgens, Meuwese 2017, p. 95; van Male 2001; Konijnenbelt 2001, p. 69-91; Eijlander 1999; Allewijn 1998; Lubberdink 1996; Bok 1991; Konijnenbelt 1991; van

Dat heeft twee hoofdredenen. De eerste is beschreven door Schuurmans. Volgens haar is het moderne bestuur niet meer te vergelijken met “detailhandel” in de vorm van individuele beschikkingen (stukproductie), maar veel meer met die van de “maakindustrie” (massaproductie) waar bestuursorganen in grote zelfstandigheid generieke afwegingen maken en via algemene regels ingrijpen in het maatschappelijke leven op een manier die burgers direct in hun belangen raakt, zonder dat zij daar grote invloed op kunnen uitoefenen.¹¹⁴ Denk aan het op grote schaal vervangen van milieuvergunningplichten onder de Wet milieubeheer door vergunningvervangende algemene regels.¹¹⁵

Deze ontwikkeling toont dat het steeds vaker een kwestie van normstellings-techniek is of verplichtingen voor burgers worden opgelegd via een algemeen verbindend voorschrift of een beschikking.¹¹⁶ Alleen al daarom zouden burgers qua rechtsbescherming niet in een nadeliger positie mogen worden gebracht door normstellingstechnische keuzes van het bestuur. Dit is thans nog wel het geval door het ontbreken van beroep tegen algemeen verbindende voorschriften, waardoor burgers die bijvoorbeeld de normen in een algemene maatregel van bestuur willen aanvechten zijn aangewezen op een gang naar de burgerlijke rechter. De praktijk laat zien deze gang zelden succesvol wordt gemaakt.¹¹⁷

Dit laatste houdt verband met het feit dat door toenemende delegatie van regelgevende bevoegdheden, de bestuursrechter zich steeds meer in bochten moet wringen om, via exceptieve toetsing van individuele besluiten¹¹⁸, correcties te kunnen aanbrenge op de achterliggende algemeen verbindende voorschriften. Een voorbeeld vormt de invoering van het zogeheten alcoholslotprogramma. Al voor de invoering daarvan was er kritiek op het feit dat niet goed over de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid was nagedacht, maar dat de regeling desalniettemin werd ingevoerd. Na een stortvloed van beroepen tegen besluiten op grond van de ‘Regeling maatregelen rijvaardigheid en geschiktheid 2011’ oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak dat de regeling als zodanig in strijd met het evenredigheidsbeginsel kwam.¹¹⁹

der Vlies 1991; van Male 1988.

¹¹⁴ Schuurmans 2015.

¹¹⁵ Houweling 2006.

¹¹⁶ In die zin ook: Buuren, 1987, p.3-99; Polak 1987, 103-194.

¹¹⁷ Daarover o.a. Voermans 2017.

¹¹⁸ Daarover met veel details en voorbeelden het fraaie preadvies van Schultgens 2017.

¹¹⁹ Zie ABRvS 4 maart 2015; ECLI:NL:RVS:2015:622. Met name r.o. 5.4. waar de Afdeling o.a. stelt: ‘De Regeling maakt ten onrechte geen onderscheid tussen gevallen waarin deze ingrijpende gevolgen zich wel en niet voordoen en biedt het CBR evenmin ruimte om in de gevallen waarin deze zich voordoen een geïndividualiseerde afweging te verrichten. Aldus is

Naar aanleiding van een conclusie van AG Widdershoven¹²⁰, hebben de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak in 2019¹²¹ en 2020¹²² bepaald dat algemeen verbindende voorschriften voortaan indringender (exceptief) getoetst kunnen worden aan beginselen van behoorlijk bestuur, waarbij de zogenoemde “willekeurssluis” uit het Landbouwvliegersarrest is losgelaten. Opvallend is dat daarbij een uitzondering is gemaakt voor schending van formele beginselen van behoorlijk bestuur waarbij een algemeen verbindend voorschrift niet onverbindend kan worden verklaard, maar alleen buiten toepassing gelaten.¹²³ In een andere conclusie, mede ingegeven door de toeslagenaffaire¹²⁴, gaan AG’s Widdershoven en Wattel in op de indringendheid van de rechterlijke toetsing van niet-bestruffende bestuurlijke sancties en op de rol van het evenredigheidsbeginsel.¹²⁵ Opvallend is dat de AG’s adviseren dat zelfs bij bestuurlijke maatregelen waarbij de wet bepaalt dat de maatregel *moet* worden opgelegd, een toets aan het evenredigheidsbeginsel plaats hoort te vinden. In geval de onevenredigheid het gevolg is van een omstandigheid die de formele wetgever in zijn afwegingen heeft betrokken is er in beginsel alleen ruimte voor een evenredigheidstoets als daar een basis voor is in het Europese recht of in rechtstreeks werkend internationaal recht. De bestuursrechter moet daarbij de wet zoveel mogelijk uitleggen in het licht van algemene rechtsbeginselen.

Interessant is dat de AG’s, zelfs wanneer de wetgever de omstandigheden die leiden tot een bestuurlijke maatregel met onevenredige gevolgen voor burgers expliciet in beschouwing heeft genomen maar supranationaal recht geen ruimte voor toetsing biedt, bepleiten dat de bestuursrechter moet verklaren dat de wet rechtsbeginselen schendt. Het zou dan uiteindelijk aan regering en parlement zijn om te bepalen of zij hieraan gevolgen willen verbinden. Hierbij merken de AG’s op dat het in artikel 120 Grondwet neergelegde toetsingsverbod op termijn zou moeten verdwijnen. Daarbij verwijzen zij naar ontwikkelingen in het parlementaire stelsel die tenderen naar monisme en overwicht van de uitvoerende macht op de totstandkoming van wetten. Hierdoor gaat de veronderstelling waarop het toetsingsverbod berust – dat in de voor het tot stand brengen van wetten voorgeschreven parlementaire procedure een afdoende

voor die gevallen in de Regeling de evenredigheid van de opgelegde maatregel onvoldoende gewaarborgd, zodat artikel 17, eerste lid, van de Regeling in strijd is met artikel 3:4, tweede lid, van de Awb en derhalve onverbindend is.’

¹²⁰ Conclusie A-G Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

¹²¹ CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016.

¹²² ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452.

¹²³ Kritisch hierover zijn: Evers & de Poorter 2021, p. 6-37.

¹²⁴ Zie § 2 van de conclusie: ‘Het verzoek om een conclusie en diens achtergrond’.

¹²⁵ Uitspraak 202006932/3/A3, 202002668/2/A3 en 202000475/2/A3, ECLINL:RVS:20211468.

waarborg is gelegen voor hun rechtsgehalte – vaak niet meer op, waardoor de behoefte aan de mogelijkheid van rechterlijke toetsing mede aan fundamentele rechtsbeginselen toeneemt.

7. Loslaten wetgevingsprimaat: op zoek naar nieuwe checks and balances

De toeslagenaffaire heeft aangetoond dat het toezicht op de uitvoerbaarheid van wetgeving zodanig tekort kan schieten dat rechtsstatelijke waarden in het gedrang komen. Dat wil niemand. De vraag is alleen of herstel van het primaat van de wetgever de oplossing vormt. De problemen rond de uitvoering van wetgeving in de kinderopvangtoeslagenaffaire staan namelijk niet op zichzelf.

Parlementaire onderzoeken over de afgelopen dertig jaar laten een repeterend beeld zien van problemen rond de uitvoering van complexe beleidsinstrumentele wetgeving. We hebben dat gezien bij stelselherzieningen in de het onderwijs, het TBS-stelsel, de invoering van een nieuw paspoort, de aanleg van de Betuweroute en de Hogesnelheidslijn enz. Torenhoge politieke ambities worden vaak gekoppeld aan een gebrekkige beleidsvoorbereiding, onvoldoende oog voor de uitvoerbaarheid van wetgeving en terkortschietende responsiviteit ten opzichte van kritiek vanaf de werkvloer in uitvoeringsorganisaties die vaak niet tijdig doordringt tot de politieke leiding van departementen. Daarnaast is er geringe aandacht voor verantwoording, evaluatie en nacalculatie.¹²⁶ Dit zorgt ervoor dat keer op keer vergelijkbare fouten worden gemaakt. Zodra de situatie ontspoord staan er altijd wel Kamerleden vooraan om schuldigen aan te wijzen, maar daarbij wordt de eigen rol nog weleens vergeten. Gesproken is zelfs over een “inquisitiedemocratie”¹²⁷, waarin door de nadruk op afrekenen van leren weinig terecht komt.

Een dominantere rol voor het parlement bij het bewaken van de uitvoerbaarheid van wetgeving lijkt in dit kader een illusie. Niet alleen zijn Kamerleden te veel gefocust geraakt op controle van de regering in plaats van op de veel taaiere en roemloze taak van het medewetgeven, maar zelfs als dat veranderd zou kunnen worden heeft het parlement niet de potentie om dat goed te kunnen doen. Daarvoor vloeien teveel uitvoeringsregels tegenwoordig voort uit rechtstreeks werkende EU-regelgeving waarbij de bemoeienis van nationale parlementen hooguit indirect is, zijn er simpelweg teveel complexe beleidsinstru-

¹²⁶ Een fraai overzicht is recentelijk gegeven door de president van de Algemene Rekenkamer, ‘Er is te veel, niet te weinig informatie’, *Elsevier Weekblad* 9 januari 2021.

¹²⁷ Hart 2002.

mentele wetten met ruime delegatiebepalingen, is het partijpolitieke landschap te versplinterd geraakt en is de gemiddelde zittingsduur van Kamerleden tekort om voldoende materiedeskundigheid en ambachtelijke vaardigheden op te kunnen bouwen. Daarbij ontbreekt het Kamerleden niet alleen aan tijd en belangstelling, maar ook aan voldoende ondersteuning om een serieuze toets uit te kunnen voeren op de groeiende hoeveelheid gedelegeerde bestuurswetgeving op rijksniveau.

Intussen is de verhouding tussen regering en parlement monistisch geworden, waarbij Kamerleden zich steeds vaker richten op incidenten, daarover onophoudelijk vragen stellen aan de regering en zich - vaak met steun van de media - vastbijten in kwesties die de potentie hebben om politieke aandacht te genereren. In deze context is het minder vreemd dat burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties waar het gaat om de bescherming van hun belangen de aandacht deels hebben verlegd. Zij proberen via maatschappelijke organisaties invloed uit te oefenen op akkoorden die de regering sluit ter voorbereiding van beleid en regelgeving; zij dagen overheden uit om publieke taken uit te oefenen als zij denken het slimmer, beter, goedkoper of anders te kunnen doen¹²⁸; zij wenden zich tot organisaties als de Nationale ombudsman indien de overheid hun belangen veronachtzaamt; maar steeds vaker roepen zij in een tekortschietende “mandaatdemocratie” ook de hulp in van de rechter. Rosanvallon stelt in dit verband dat:

“burgers van het rechtsgeding resultaten verwachten waarvan zij de hoop hadden opgegeven die via verkiezingen te bereiken. Zo’n juridisering past in het kader van een verminderd ‘reactievermogen’ van regeringen tegenover de eisen van de burgers. Men verlangt des te meer dat regeringen nauwgezet rekenschap afleggen (het accountability-beginsel), daar zijn minder lijken te luisteren naar de verwachtingen van de samenleving (het responsiveness-beginsel). [...] Of het nu gaat om de voorwaarden van rechtvaardiging, om theaterachtige vormen of om de relatie tot het bijzondere geval, het rechtsgeding als toetsingsprocedure van een handelwijze heeft zich geleidelijk aan doen gelden als een meta-politieke vorm die, omdat hij tastbare resultaten voortbrengt, hoger wordt aangeslagen dan verkiezingen.”¹²⁹

De rechter lijkt zich geleidelijk een vaste plek te hebben verworven als onderdeel van de tegendemocratie (“La contre-démocratie”), waarvan iets meer en

¹²⁸ Driessen & Boogaard & Ouden, 2019.

¹²⁹ Rosanvallon 2019, p. 82.

iets anders wordt verwacht dan louter een marginale toets van het handelen van de wetgever en het bestuur die steeds vaker en dieper in de belangen van burgers mengt door toegenomen regulering op gebieden als: zorg, sociale zekerheid, wonen en milieu. Dit is mede het gevolg van een steeds ruimere interpretatie van mensenrechten waarin positieve verplichtingen hand in hand gaan met afweerrechten en via de ontwikkeling van wat Leijten een gestructureerde proportionaliteitstoets noemt, door de rechter wordt beoordeeld of wat de overheid doet ook gerechtvaardigd is. Dit zonder fundamentele rechten meer dan noodzakelijk te beperken om een bepaald beleidsdoel te realiseren, daarbij middelen te kiezen die zo min mogelijk ingrijpen in deze rechten en die evenredig zijn met de belangen die door de overheid worden gediend.¹³⁰

Mede door het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet speelt de wetgever in formele zin vaak een geringe rol bij het afbakenen van de rechten van burgers. Niet alleen mogen diens wetgevingshandelingen niet aan de Grondwet worden getoetst, maar in de praktijk hebben we tevens gezien dat steeds meer regelgevende taken zijn gedelegeerd naar andere publieke en private regelgevers.

7.1 *Cutting the transmission belt*

In plaats van alle pleidooien voor herstel van het primaat van de wetgever is de vraag die ik wil opwerpen of we er juist niet goed aan zouden doen de band van het via delegatie afleiden van legitimatie vanwege de gekozen volksvertegenwoordiging voor gedelegeerde regelgeving (deels) door te knippen en te accepteren dat¹³¹:

“[I]t is simply no longer possible to govern a highly interventionist state solely through primary legislation.”¹³²

Door de structurele ongelijkheid tussen de wetgevende en de uitvoerende macht is het voor de kwaliteit van wetgeving misschien wel beter wanneer de rol van de formele wetgever wordt beperkt tot voorschriften ten aanzien van onderwerpen waarvoor de Grondwet een regeling bij wet eist en geen delegatie toelaat of die de wetgever in formele zin zich nadrukkelijk toe-eigend.¹³³ Het democratische legitimatieverlies dat daardoor geleden wordt zou op drie manieren gecompenseerd kunnen worden, namelijk door: 1) invoering van een

¹²⁹ Leijten 2020.

¹³¹ Zie reeds: Stewart 1975.

¹³² Pünder 2009.

¹³³ Aanwijzing 2.20 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

‘notice and comment procedure’ die alle bij gedelegeerde regelgeving betrokken burgers en (andere) belanghebbende partijen de mogelijkheid biedt om rechtstreeks invloed uit te oefenen op de totstandkoming van bestuurswetgeving (*input legitimacy*); 2) het vastleggen van juridisch bindende algemene regels voor het opstellen van algemeen verbindende voorschriften niet zijnde wetten in formele zin (*throughput legitimacy*); 3) het openstellen van beroep op de bestuursrechter waar het gaat om het toetsen van bestuurswetgeving aan hoger recht en rechtsbeginselen (*output legitimacy*).

7.2 *Regels voor bestuurswetgeving*

De idee om bij bestuurswetgeving de afgeleide democratische legitimatie vanwege het parlement los te laten mag op het eerste gezicht een driest plan lijken. Wie er echter dieper over nadenkt zal waarschijnlijk tot de conclusie komen dat de democratische betrokkenheid van het parlement bij gedelegeerde regelgeving in de praktijk vaak flinterdun is, dat hetzelfde geldt voor de invloed die burgers, bedrijven en belangenorganisaties hebben op de totstandkoming van gedelegeerde regelgeving en dat waarborgen voor de kwaliteit van deze bestuurswetgeving juridisch-inhoudelijk nauwelijks verankerd zijn.

Weliswaar kennen wij de Aanwijzingen voor de regelgeving die in acht moeten worden genomen door de ministers en staatssecretarissen en de onder hen ressorterende personen die bij de voorbereiding en vaststelling van regelingen zijn betrokken.¹³⁴ Deze Aanwijzingen hebben echter geen externe werking en naleving ervan kan dan ook niet door derden worden afgedwongen. Ze zien bovendien ook niet op de mate waarin en wijze waarop burgers, maatschappelijke organisaties en bijvoorbeeld deskundigen geraadpleegd moeten worden bij de totstandkoming van bestuurswetgeving.¹³⁵ Tenslotte is het zo dat onze rijksoverheid beleid heeft waar het gaat om het uitvoeren van (Internet)-consultaties bij de totstandkoming van regelgeving¹³⁶, maar ministeries bepalen momenteel zelf welke voorstellen geschikt zijn voor consultatie en wat er met de resultaten daarvan wordt gedaan.¹³⁷

¹³⁴ Aanwijzing 1.2, lid 1 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

¹³⁵ Aanwijzing 4.44, lid 1 van de Aanwijzingen voor de regelgeving bepaalt slechts: in de toelichting wordt, voor zover mogelijk en relevant voor de inhoud van de regeling, vermeld welke externe partijen inbreng hebben geleverd bij de totstandkoming van de regeling, op welke wijze dat is gebeurd, wat de strekking van de inbreng was en wat er met de inbreng is gedaan.

¹³⁶ *Kamerstukken II* 2010-2011, nr. 29279.

¹³⁷ Zie daarvoor: ‘Internetconsultatie nieuwe wet- en regelgeving’, rijksoverheid.nl.

Waar het gaat om het vergroten van de directe participatie van burgers bij de totstandkoming van bestuurswetgeving is het denkbaar inspiratie op te doen bij de zogeheten ‘notice and comment’ bepalingen die te vinden zijn in de Amerikaanse Administrative Procedure Act (APA).¹³⁸ Plannen voor nieuwe agency regulations worden daar vroegtijdig aangekondigd in het Federal Register.¹³⁹ Dat kan overigens ook gebeuren op grond van een particulier initiatief. Voordat een voorgestelde regeling voor commentaar wordt voorgelegd krijgt de president via het Office of Information & Regulatory Affairs de mogelijkheid om die regels ex ante te evalueren en in sommige gevallen is ook overleg met andere agencies vereist en het kan ook zijn dat bepaalde stakeholders actief benaderd dienen te worden. Doorgaans krijgen burgers 30-60 dagen de tijd om commentaar te leveren. Congress en het Government Accountability Office hebben meestal ook 60 dagen de tijd nadat een voorgestelde regel is gepubliceerd in het Federal Register om deze ex ante te evalueren. In die tijd kan ook worden voorgesteld dat hoorzittingen gehouden dienen te worden. Het Huis van Afgevaardigden en de Senaat kunnen verder de President verzoeken om zijn veto uit te spreken over de voorgestelde regeling indien zij bezwaren hebben.¹⁴⁰ ¹⁴¹ Federale rechters hebben ten slotte de bevoegdheid om deze bestuursregelgeving te toetsen op overeenstemming met bijzondere wetgeving, met de APA en tevens om te beoordelen of de regels niet ‘arbitrary and capricious’ zijn.¹⁴⁰

Denkbaar is om voor de Nederlandse context een procedure te ontwikkelen en bijvoorbeeld in de Awb op te nemen die aansluit bij de manier waarop wij idealiter zouden willen dat algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen, regels van zelfstandige bestuursorganen enzovoort tot stand komen voor wat betreft de betrokkenheid van burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties en de wijze waarop die - al dan niet actief - ingelicht worden over de manier waarop zij hun zienswijzen kunnen delen met het bestuur. Dit geldt temeer nu de regering het grote belang van consultatie en burgerparticipatie bij de totstandkoming van wetgeving erkend. Ten eerste zou dit bruikbare informatie kunnen opleveren over het precieze probleem, het te bereiken doel en de mogelijke alternatieven, maar ook over de mogelijke effecten, de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid van de regels. Ten tweede zouden meer openheid en consultatie ervoor kunnen zorgen dat belangen van burgers en bedrijven met minder invloed of kennis in beeld kunnen komen en stelt het partijen in staat om

¹³⁸ Administrative Procedure Act (APA), Pub.L. 79-404, 60 Stat. 237.

¹³⁹ APA § 553 is of central importance to U.S. administrative law; it applies both to agencies in executive departments and to independent agencies.

¹⁴⁰ Voor een samenvatting: ‘A Guide to the Rulemaking Process’, federalregisier.gov.

¹⁴¹ APA §706. Zie uitgebreid daarover: Rose-Ackerman 2015/ p. 77 e.v.

een actieve rol te spelen bij het oplossen van problemen. Ten derde zou het de kans op aanvaarding en naleving van de beoogde wetgeving vergroten. Ten vierde zouden insprekers soms worden betrokken bij het verder uitwerken van regels zodat deze beter uitvoerbaar worden. Ten slotte zou transparantie het wetgevingsproces controleerbaarder maken, hetgeen bijdraagt aan de legitimiteit van het overheidsoptreden.¹⁴²

Dat het wettelijk verankeren van regels rond consultatie en participatie misschien geen kwaad kan blijkt echter uit het feit dat evaluatie heeft aangetoond dat de oorspronkelijke doelen van het consulteren van “stakeholders” bij de totstandkoming van wetgeving op diverse onderdelen tot op heden niet zijn gehaald. Zo zouden de bekendheid met en het bereik van internetconsultatie beperkt zijn en klagen insprekers over het gebrek aan feedback op hun reacties en over het feit dat onvoldoende duidelijk is wat er met de ontvangen reacties wordt gedaan.¹⁴³ De ervaring met agency rulemaking in de VS leert bovendien dat het zaak is om ervoor te zorgen dat lobbying niet de overhand krijgt en dat ondervertegenwoordigde groepen steun krijgen om ervoor te zorgen dat ook hun visie wordt gehoord en met name ook met niet-commerciële belangen afdoende rekening wordt gehouden. Dit vergt waarschijnlijk een zekere actieve ‘outreach’ van bestuurlijke regelgevers richting minder goed vertegenwoordigde (belangen)groepen.^{144, 145}

7.3 *Een uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure voor bestuurswetgeving*

Met Evers en De Poorter wil ik een lans breken voor het tot stand brengen van een nieuw hoofdstuk bestuurswetgeving in de Awb.¹⁴⁶ Daar zijn verschillende redenen voor. Zo zijn de huidige normen voor het bewaken van de kwaliteit van (bestuurs)wetgeving versplinterd over tal van niet bindende beleidsdocumenten, zoals de Aanwijzingen voor de regelgeving¹⁴⁷, het Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK)¹⁴⁸, de Doenvermogenstoets¹⁴⁹ en tal van andere separate toetsen.

¹⁴² *Kamerstukken II* 2016-2017, 33009, nr. G.

¹⁴³ Broek e.a. 2016.

¹⁴⁴ Hier zouden o.a. lessen geleerd kunnen worden van: Bröring & Tollenaar 2015, p. 293311.

¹⁴⁵ Rose-Ackerman 2015/p. 98-100.

¹⁴⁶ Evers & de Poorter 2021.

¹⁴⁷ Zie: ‘Aanwijzingen voor de regelgeving’, wetten.overheid.nl.

¹⁴⁸ Zie: ‘Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving’, kcwj.nl.

¹⁴⁹ Zie: ‘Doenvermogen: van toets naar tools’.

<https://www.wrr.nl/publicaties/publicaties/2020/09/15/doenvermogen>.

Verder gelden deze kwaliteitsnormen ook niet altijd voor alle bestuurswetgevers. Denk slechts aan de Aanwijzingen voor de regelgeving en het IAK die niet gelden voor regelgeving afkomstig van zelfstandige bestuursorganen.¹⁵⁰ Daarbij zijn verschillende actoren verantwoordelijk voor de toetsing van regelgeving aan de kwaliteitsregels, zoals de Raad van State, de Afdeling wetgevingskwaliteitsbeleid (Wkb) van het ministerie van Justitie en Veiligheid en het Adviescollege toetsing regeldruk en bevatten ze een mix van juridische, economische en beleidsanalytische kwaliteitscriteria waarvan onduidelijk is in hoeverre deze van evengrote invloed kunnen of moeten zijn op de beoordeling door de (bestuurs)wetgever en is al helemaal onduidelijk wat de rechter eventueel zou moeten met deze kwaliteitsnormen.

Ten slotte hebben zowel interne als externe adviesorganen aangegeven dat de huidige wijze waarop aan kwaliteitsbeoordeling wordt gedaan op grond van deze normen tekortschiet. Zo heeft het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR) onlangs een rapport gepubliceerd, waaruit blijkt dat voor het gros van de wetsvoorstellen geldt dat ~~noch~~ het IAK-toetsingsdocument, noch de toelichting een goed beeld geeft van de gevolgen van het wetsvoorstel in kwestie.¹⁵¹ De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OECD) gaf onlangs eveneens aan dat het IAK niet transparant is voor belanghebbenden, geen integraal deel uitmaakt van departementale besluitvormingsprocessen binnen de regering en te laat in het proces van beleid naar regelgeving wordt toegepast, terwijl ook het toezicht op de toepassing ervan in de praktijk vaak tekortschiet.¹⁵²

Een hoofdstuk bestuurswetgeving in de Awb zou duidelijk kunnen maken welke juridische minimumverplichtingen hebben te gelden voor de totstandkoming van bestuurswetgeving. Dat geldt zowel voor wat betreft de indiening van zienswijzen door burgers, bedrijven en belangenorganisaties, de zorgvuldigheidsnormen die hebben te gelden bij vergaren van relevante feiten en belangen, de mate waarin en wijze waarop externe adviesinstanties moeten worden geraadpleegd, de motiveringseisen over informatie die in de toelichting wordt verwacht omtrent de keuzes die bestuurswetgevers maken, de proportionaliteit van de regeling in de zin van de noodzaak van de regels gelet op hun geschiktheid om het gekozen beleidsdoel te realiseren, het onbreken van lichtere reguleringalternatieven en de evenredigheid in termen van baten en las-

¹⁵⁰ Vgl. echter aanwijzing 5.10 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

¹⁵¹ Zie: ATR 2020.

¹⁵² OECD 2020. Eerder in die zin ook al: Van Gestel 2018.

ten¹⁵³, maar wellicht ook regels over de wijze waarop bestuurswetgeving bekend wordt gemaakt.¹⁵⁴ Deels kan hiervoor worden geput uit bestaande beleidsdocumenten, zoals de Aanwijzingen voor de regelgeving, maar aansluiting kan ook worden gezocht bij de voorstellen voor een hoofdstuk regelgeving dat is te vinden in ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure¹⁵⁵ en middels rechtsvergelijking met bijvoorbeeld de procedures voor rulemaking uit de Administrative Procedure Act in de VS en de discussie die gaande is in het Verenigd Koninkrijk over burgerparticipatie bij executive rulemaking.¹⁵⁶

Regelgeving voor het opstellen van bestuurswetgeving is niet enkel van belang voor het bieden van meer houvast aan de rechter bij toetsing van algemeen verbindende voorschriften waar thans een ondoorzichtige mix geldt van exceptieve toetsing aan materiële beginselen van behoorlijk bestuur (kan tot onverbindenheid leiden), exceptieve toetsing aan formele beginselen (kan enkel leiden tot buitentoe passing laten) en rechtstreekse toetsing via de burgerlijke rechter (kan leiden tot onverbindendheid en schadevergoeding, maar niet tot een bevel om bijvoorbeeld wetgeving te wijzigen), waarbij vooral de mogelijkheden voor belangenorganisaties om tegen algemeen verbindende voorschriften op te komen beperkt zijn, terwijl deze organisaties juist bij uitstek geschikt zijn om op te komen tegen onrechtmatige bestuurswetgeving.¹⁵⁷ Scheltema heeft er verder terecht op gewezen dat het ontbreken van regels voor bestuurswetgeving ons ook steeds vaker internationaal op dreigt te breken. Hij noemt het voorbeeld van de internationale regels op het gebied van het banktoezicht in het kader van de Bazelafspraken, waarbij de Amerikaanse inbreng tot stand is gekomen via een nationale “notice and comment procedure”, terwijl de Nederlandse inbreng vrijwel zelfstandig door de directeur van de Nederlandse bank werd bepaald, waardoor inzichten van consumentenorganisaties en de

¹⁵³ Ik ontleen deze driedeling aan het EU recht. Zie: Harbo 2010. Deze spreekt over suitability, necessity and excessiveness.

¹⁵⁴ In het verleden is er bijvoorbeeld veel discussie geweest over bestuurswetgeving waarin wordt verwezen naar technische (normalisatie)normen waarop auteursrecht rust.

¹⁵⁵ Zie: ‘ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure’, renewal.eu. en Gjraig e.a. 2017. In deze zin eerder ook al Evers & de Poorter 2021.

¹⁵⁶ Rose-Ackerman 2019.

¹⁵⁷ In geval van exceptieve toetsing kwalificeren belangenorganisaties in veel gevallen niet als belanghebbende bij de individuele beschikking over de band waarvan zij de exceptieve toets zouden willen uitlokken en de burgerlijke rechter, maar zolang de exceptieve toetsmogelijkheid voor individuele burgers open staan worden verklaart de burgerlijke rechter diezelfde organisaties niet onvankelijk wanneer ze de onrechtmatigheid van bestuurswetgeving via een collectieve actie ex 3:305a BW willen laten toetsen. Daarover o.a.: Stolk 2018, p.28 en De Poorter & Qapkurt, Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht 2017/3, VAR-preadvies 2017.

wetenschap goeddeels buiten beeld zijn gebleven.¹⁵⁸

7.4 *Sluitstuk: de rechter als wetgevingswaakhond*

Een hoofdstuk bestuurswetgeving in de Awb, waarin niet alleen de consultatie en participatie van belanghebbenden en deskundigen wordt geregeld, maar ook maatstaven zijn neergelegd die moeten voorkomen dat de regels onuitvoerbaar zijn, niet naleefbaar, in strijd komen met hoger recht of ongeschreven rechtsbeginselen, heeft weinig zin zonder de bevoegdheid van de (bestuurs)rechter om algemeen verbindende voorschriften daaraan te kunnen toetsen. Ik zal hier niet dieper ingaan op hoe de rol van de rechter nader vorm gegeven zou kunnen worden, mede omdat de rol van de (bestuurs)rechter in de trias, het onderwerp is van preadviseurs Esser en Schuurmans en ik de mij toebemeten ruimte dan nog verder zou overschrijden. Niettemin moet gezegd dat de door mij voorgestelde nieuwe kijk op het evenwicht tussen de staatsmachten een veel actievere rol van de bestuursrechter als wetgevingswaakhond vergt dan we thans kennen.¹⁵⁹

Wat dit laatste betreft geldt dat de bestuursrechter in het door mij voorgestelde toetsingsmodel drie hoofdtaken dient krijgen. De eerste is dat hij op verzoek van belanghebbenden kan toetsen of bij de totstandkoming van bestuurswetgeving de Awb-normen op het gebied van het notificeren en ruimte bieden voor het indienen van zienswijzen in acht zijn genomen. Hierbij houdt de rechter met andere woorden direct toezicht op de wettelijk verankerde democratische spelregels bij het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften. In de tweede plaats zou de bestuursrechter een grotere rol krijgen bij het toetsen of het bestuur bij het totstandbrengen van algemeen verbindende voorschriften de procedurele zorgvuldigheidseisen in de Awb in acht heeft genomen, of de regeling proportioneel is - dat wil zeggen in beginsel geschikt om het beleidsdoel te *kunnen* realiseren, geen zwaardere maatregelen bevat dan strikt noodzakelijk en evenredig is qua baten en lasten - en de wettelijke motiverings- en bekendmakingseisen in acht zijn genomen.¹⁶⁰ Ten derde zou de bestuursrechter de rechtmatigheid van bestuurswetgeving moeten kunnen (blijven) toetsen op de overeenstemming met hoger recht en rechtsbeginselen.

Wie denkt dat de rechter daarbij noodzakelijkerwijs teveel in het politieke vaarwater van de executieve terecht komt wijs ik op de mogelijkheid dat de be-

¹⁵⁸ Scheltema, 2014/28.

¹⁵⁹ Daarover uitgebreider: Van Gestel 2017.

¹⁶⁰ In meer detail Evers en De Poorter supra nr 22, p. 33 e.v.

stuursrechter, in navolging van het HvJEU¹⁶¹, een meer processuele toetsing ontwikkelt om de “evidence base” van bestuurswetgeving te toetsen zonder daarbij in de innerlijke waarde en billijkheid van de regelgeving zelf te treden. Dit betekent in essentie dat de rechter vooral kijkt of de (bestuurs)wetgever de procedurele voorwaarden die alsdan in de Awb verankerd zijn in acht heeft genomen om er bijvoorbeeld voor te zorgen dat deze regelgeving een juridische proportionaliteitstoets kan doorstaan.¹⁶²

Soms zal daarbij ook doorgekeken moeten worden naar de kwaliteit van het feitenonderzoek en bijvoorbeeld het empirische bewijs waarop de bestuurswetgever zich baseert bij het vaststellen van regels. Dat zal met name dienen te gebeuren wanneer het bestuur niet duidelijk weet te maken wat de ‘evidence-base’ van die regels is en dat bewijs door belanghebbenden wordt bestreden. In zo’n geval zal de rechter zich doorgaans echter kunnen beperken tot het verlangen van informatie van het bestuur omtrent de methode die het heeft gebruikt om feiten vast te stellen - welke deskundigen zijn bijvoorbeeld geraadpleegd en wat was hun opdracht? - en op welke wijze het bestuur beoordeeld of de manier van feitenvaststelling en bewijsvergaring waarborgt dat de doelen van de bestuursregelgeving worden gerealiseerd. Op dit punt kan er ongetwijfeld het nodig geleerd worden van de wijze waarop de rechter in de VS agency wetgeving toetst. In de Amerikaanse literatuur wordt in dat verband namelijk wel verdedigd dat kritische rechterlijke toetsing: ‘is essentially the tail that wags the regulatory dog’.¹⁶³

¹⁶¹ Lenaerts 2012, p. 3-16.

¹⁶² Zie over de vragen die daarbij komen kijken eerder al: Van Gestel & de Poorter 2016.

¹⁶³ Pascual, Wagner & Fisher 2013.

Literatuurlijst

Aarts, van der Kolk, Rosema 2007

K. Aarts, H. van der Kolk & J.M. Rosema (red.), *Een verdeeld electoraat: de Kamerverkiezingen van 2006*, Utrecht: Spectrum 2007, p. 154.

Ackerman 2017

B. Ackerman, 'Goodbye Montesquieu', in S. Rose-Ackerman, P. Lindseth & B. Emerson (red.), *Comparative administrative law*, Cheltenham: Edward Elgar 2017) p. 38-43.

Van Aelst, Melenhorst, van Holsteyn & Veen 2015

P. Van Aelst, L. Melenhorst, J. van Holsteyn & J. Veen, 'Lawmaking and News Making: Different Worlds after all? A Study on News Coverage of Legislative Processes in the Netherlands', *The Journal of Legislative Studies* 2015, Vol. 21:4, p. 534-552.

Al Ali 2021

W. Al Ali, 'Europees advies over de Nederlandse rechtsstaat: is dat verfrissend of framing?', *NRC* 25 januari 2021.

Allewijn 1998

D. Allewijn, 'Art. 8:2 Awb: een voorlopig blijvende uitzondering', *NJB* 1998, p. 787-788.

ATR 2020

ATR, *Rapportage n.a.v. het ATR-onderzoek naar het LAK(-document) bij voorgenomen wet- en regelgeving*, Den Haag: 2020.

Van Ballen e.a. 2005

C.C. van Ballen e.a. (red.) *Jaarboek Parlementaire Geschiedenis 2004*, Den Haag: SDU 2005, p. 69 e.v.

Barkhuysen 2015

T. Barkhuysen, 'Inspraak en rechtsbescherming bij algemeen verbindende voorschriften', *NJB* 2015/1949.

Barkhuysen & den Ouden, 2016

T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2016/741.

Van de Beeten & van de Beeten 2021

J. van de Beeten & R.H. van de Beeten, 'De mythe van de hardheidsclausule. De toeslagenaffaire en de interpretatie van artikel 26 Awir', *NTB* 2021, Afl. 5, p. 299-305.

Van den Berg 2007

J.Th.J. van den Berg, *Parlementariërs in tijden van politieke turbulentie*, 2007.

Van den Berg & van den Braak 2005

J.Th.J. van den Berg en B. van den Braak, *Kamerleden als passanten in de Haagse politiek. De maatschappelijke herkomst van Tweede Kamerleden 1970-2004*, 2005.

Besselink 2021

L.F.M. Besselink, 'De Afdeling Bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire', *NJB* 2021, afl. 201, p. 194-198.

Van den Brink & Ortlep 2021

J. van den Brink & R. Ortlep, 'Kinderopvangtoeslagaffaire. De democratische rechtsstaat wordt als staal in de wind gehard', *NJB* 2021, afl. 353, p. 363-370.

De Boer 2021.

J.A. de Boer, *De vaststelling en handhaving van deugdelijkheidseisen in het onderwijs*, Den Haag Boom juridisch 2021, p. 199.

Boersema, Kuijpers, Muntz & Salomons 2021

W. Boersema, K. Kuijpers, T. Muntz & M. Salomons, 'Waarom de meeste initiatiefwetten sneuvelen (en een paar het wél halen)', 11 maart 2021.

Bok 1991

A.J. Bok, *Rechterlijke toetsing van regelgeving* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991.

Borman 2017

D.M.A. Borman, *Voor- en nahangprocedures in de praktijk*, VU Amsterdam 2017.

Bovend'Eert, Broeksteeg & Bunschoten 2009

P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten, (ed.), *De staat van wetgeving. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. C.A.J.M. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2009, p. 67-97.

Bovend'Eert & Broeksteeg 2010

P.P.T. Bovend'Eert & J.L.W. Broeksteeg, 'Vertrouwen in het parlement? Kanttekeningen bij een parlementaire zelfreflectie', *TvCR* 2010, afl. 1, p. 29.

Brenninkemeijer 2021

A.F.M. Brenninkemijer, ‘De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden’ als ‘verschrikkelijk ongeluk’. Over de noodzaak van behoorlijk bestuur’, *NJB* 2021, Afl. 1, p. 10.

Broek e.a., 2016

S.D. Broek e.a., ‘Doelrealisatie Internetconsultatie’, *WODC* 2016.

Bröring & Tollenaar 2015

H.E. Bröring & A. Tollenaar, ‘Vechten tegen windmolens: falende inspraak’, in: A.T. Marseille e.a. (red.) *Behoorlijk bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom 2015, p. 293-311.

Buuren 1987

P.J.J. van Buuren, ‘Onrechtmatige wetgeving’, in: W.E.J. Tjeenk Willink, *De rechter en onrechtmatige wetgeving. Preadviezen Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel I*, Zwolle: 1987, p. 3-99.

Cardoso Ribeiro 2007

T. Cardoso Ribeiro, *Naar een zichtbaar effectieve wisselwerking tussen beleid en uitvoering: Een analyse van de departementale toetsingsinstrumenten ter bewaking en verbetering van de kwaliteit van het wetgevingsproces in het kader van de Motie-Van Thijn c.s.*, Den Haag 28 maart 2007.

Commissie Derksen 1997

Commissie Derksen, *Armoede en armoedeval - De rol van inkomensafhankelijke regelingen, Interdepartementale commissie Harmonisatie Inkomensafhankelijke Regelingen-*(Den Haag: Vuga 1997).

Commissie Polak 1985

Commissie Polak, *Orde in de regelgeving*. Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985.

Craig e.a. 2017

P. Graig e.a., *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, Oxford: Oxford University Press 2017.

Damen 2021

L.J.A. Damen, ‘Ik was het niet, ik was het niet, het was de wetgever!’, *NJB* 2021, afl. 354, p. 371-374.

Damen 2020

L.J.A. Damen, 'Houd de boef! Is de Afdeling bestuursrechtspraak soms ook een boef?', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt* (Deventer: Kluwer 2020) p. 444.

Driessen & Boogaard & Ouden 2019

E.M.M.A. Driessen & G. Boogaard & W. den Ouden, 'De wettelijke regeling van het right to challenge in de praktijk', *RegelMaat* 2019 -6, p. 415-429.

Eijlander 1999

Ph. Eijlander, 'De discussie over het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Gaat het nog over de belangen van de burger?', *NTB* 1999, p. 143-149.

Van Ettekoven 2021

B.J. van Ettekoven, "'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, afl. 2, p. 99.

Enthoven 2011

G. Enthoven, *Hoe vertellen we het de Kamer? Een empirisch onderzoek naar de informatierelatie tussen regering en parlement*, Delft: Eburon 2011.

Evers & de Poorter, 2021

G.J.M. Evers & J.C.A. de Poorter, 'Rechterlijke toetsing van regelgeving', *RegelMaat* 2021/1, p33 e.v.

Frederik 2021

J. Frederik, *De Correspondent* 15 januari 2021-<https://decorrespondent.nl/11959/de-tragedie-achter-de-toeslagenaffaire/719468974741-fc85ca00>.

Frederik 2021

J. Frederik, '-Z.o hadden we het niet bedoeld: de tragedie achter de toeslagenaffaire', *De Correspondent* 2021, p. 329-330.

Funnekotter 2019

B. Funnekotter, 'Help de rechter grijpt de macht', *NRC* 20 december 2019.

Van Gestel & de Poorter 2016

A.J. van Gestel & J.C.A. de Poorter, 'Putting Evidence-Based Lawmaking to the Test', *The Theory and Practice of Legislation* 2016/2, p. 155-185.

Van Gestel & Vleugel 2013

R.A.J. van Gestel & A. Vleugel, *Herijking van het primaat van de wetgever: de betekenis van kaderwetgeving en delegatie*, 2013.

Van Gestel, 2017

R.A.J. van Gestel, 'De rechter als wetgevingswaakhond', *RegelMaat* 2017/2, p. 115-130.

Van Gestel, 2018

R.A.J. van Gestel, 'Wetgeving en de toets der kritiek', *RegelMaat* 2018/4, p. 177-193.

Van Gestel 2019/3.

R.A.J. van Gestel, 'Leidt terugtrek van de wetgever tot een opmars van rechterlijke rechtsvorming en afbraak van democratische waarden?', *RegelMaat* 2019-3, p. 235.

Van Gestel, 2020

R.A.J. van Gestel, 'Urgenda: Een doorbraak in het klimaataansprakelijkheidsrecht?', *Aansprakelijkheid en Verzekering* 2020, afl. 11-2, p. 65-72.

Giesen 2020

I. Giesen, *Private rechtsvorming*, Deventer: Kluwer 2020.

Harbo 2010

T. Harbo, 'The Function of the Proportionality Principle in EU Law', *European Law Journal* 2010/16, p 165.

Hart 2002

P. Hart, 'De inquisitiedemocratie', *NRC* 2002.

Hirsch Ballin 2019

E.M.H. Hirsch Ballin, *De rol van de wetgever: vijftig jaar verder*, Preadvies Vereniging voor Wetgeving, Tilburg: Wolf Legal Publishers 2019, p. 20.

Houweling 2006

P. Houweling, *Van vergunning naar algemene regel. Een onderzoek naar de vergunningvervangende amvb's op het terrein van het milieurecht* (diss. UvT), Den Haag: BJU 2006.

Jansen e.a. 2021

R. Jansen, T. van Polanen, D. Sander & P. Sijtsma (red.), *Trouble in de Trias*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021.

Jensma 2021

F. Jensma, 'De Tweede Kamer is er uit, voortaan gelden alleen billijke wetten', *NRC* 6 februari 2021.

De Jong & Herweijer 2004

P.O. de Jong & M. Herweijer, *Alle regels tellen; De ontwikkeling van het aantal wetten, AmvBs en ministeriële regelingen in Nederland*, Groningen/Den Haag: Vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde RU Groningen/WODC 2004.

De Jong en Kummeling 2009

M.A.D.W. De Jong en H.R.B.M. Kummeling, *De teloorgang van de Tweede Kamer als medewetgever*. in: P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten (red.), *De staat van wetgeving. Opstellen aangeboden aan Prof.mr. C.A.J.M. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2009, p. 67-97.

Kaiser & Zitterl 2004

Kaiser & T. Zittel (red.), *Demokratietheorie und Demokratieentwicklung. Festschrift für Peter Graf Kielmansegg*, VS Verlag für Socialwissenschaften: Wiesbaden 2004, p. 362.

Kirchhof 2004

P. Kirchhof, *Entparlamentarisierung der Demokratie?*, VS Verlag für Socialwissenschaften: Wiesbaden 2004.

Koenraad 2021

R. Koenraad, 'Empathisch bestuursrecht', *NTB* 2021, Afl. 61-3, p. 137-142.

Konijnenbelt 1991

W. Konijnenbelt, 'Gevangene van het systeem?', *RegelMaat* 1991, p. 121122.

Konijnenbelt 2001

W. Konijnenbelt (red.), *Rechter en wetgever (Boukema-symposium)*, Den Haag: Raad van State 2001, p. 69-91.

Knoop, 2020

B. Knoop, Hoe het collectieve geheugen van de Tweede Kamer steeds verder wordt aangetast, *Financieel Dagblad* 7 december 2020.

Kok 2018

A. Kok, *Herinnering aan de rechtsstaat. Pleidooi voor serieus openbaar bestuur*, Groningen: Trancity en Valiz 2018.

Koole, 2019

R.A. Koole, 'Is een 'akkoorden-democratie' wel een democratie?', *RegelMaat* 2019/2, p. 95-111.

Koole 2021

R.A. Koole, *Twee pijlers. Het wankele evenwicht in de democratische rechtsstaat*, Amsterdam: Promtheus 2021.

Koopmans 1991

T. Koopmans, *De rol van de wetgever*, Deventer: Kluwer 1991.

Kuijpers, Muntz & Salomons, 2021

K. Kuijpers, T. Muntz & M. Salomons, 'Wat geeft de wetgever om de wetten?', *De Groene Amsterdammer* 10 maart 2021.

Leijten 2020

A.E.M. Leijten, 'De evolutie van mensenrechten en haar wisselwerking met de trias', *Ars Aequi* 2020/69, afl 10, p. 901-910.

Lenaerts, 2012

K. Lenaerts, 'The European Court of Justice and Process-Oriented Review', *Yearbook of European Law* 2012, p. 3-16.

Lindseth, 2004

P. Lindseth, 'The Paradox of Parliamentary Supremacy: Delegation, Democracy, and Dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s', *The Yale Law Journal* 2004, Vol. 113, p. 1341-1415.

Van Lochem 2020

P.J.P.M. van Lochem, 'Wetgeving door de instituten van de staat', in: H. Kummeling, E. Muller & R. Nehmelman, *Handboek Instituten van de Staat: Staatsrechtelijke en bestuurskundige schets van het openbaar bestuur in Nederland*, Deventer: Kluwer 2019, p. 589-634.

Lubberdink 1996

H.G. Lubberdink, *Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften. Enkele opmerkingen over de vormgeving van het beroep bij de administratieve rechter (Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid)*, Alphen aan den Rijn: Samson 1996.

Van Male 1998

R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving: Beroep tegen door bestuursorganen vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en toetsing daarvan aan ongeschreven recht in rechtsvergelijkend perspectief*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Van Male 2001

R.M. van Male, 'Toetsing van bestuurswetgeving. Grondslag, reikwijdte en procedure van de toetsing door de administratieve rechter', 2001.

Majone 1994

G. Majone, 'The rise of the regulatory state in Europe', *West European Politics* (1994), Vol. 17, No.3, p. 77-101.

Malsch 2020

M. Malsch, 'Hoezo dikastocratie?', *NJB* 2020, afl. 18, p. 1325-1327.

Muller e.a. 2020

E.R. Muller e.a. (red.) *Instituten van de staat*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 589-633.

Pascual & Wagner & Fisher 2013

P. Pascual & W. Wagner & E. Fisher, 'Making Method Visible: Improving the Quality of Science-Based Regulation', *Michigan Journal of Environmental & Administrative Law* 2013, Vol. 2, No. 2, p. 468.

Van der Pauw 2021

J. van der Pauw, 'Kinderopvangtoeslag, de theorie en de werkelijkheid', *NJB* 2021, Afl. 8, p. 690.

Polak 1987

J.E.M. Polak, 'Onrechtmatige wetgeving', in: W.E.J. Tjeenk Willink, *De rechter en onrechtmatige wetgeving. Preadviezen Nederlandse Juristen Vereniging, deel I*, Zwolle: 1987, p. 103-194.

Polak 2015

J.E.M. Polak, '*Het wetgevingskortgeding*', 2015.

De Poorter & Çapkurt 2017

J.C.A. De Poorter & F. Çapkurt, 'Rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften Over de indringendheid van de rechterlijke toetsing in een toekomstig direct beroep tegen algemeen verbindende voorschriften', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2017/3, p. 84-95.

De Poorter 2021

J.C.A. de Poorter, 'Ongekend onrecht in de kinderopvangtoeslag en de rol van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2021, afl. 1, p. 12-22.

De Poorter 2020

J.C.A. de Poorter, 'Is Nederland verworpen tot een dikastocratie?', *NTB* 2020, afl. 49, p. 105-113.

Pünder 2009

H. Pünder, 'Democratie Legitimation of Delegated Legislation - A Comparative View on the American, British and German Law', *International Comparative Law Quarterly* 2009/58, p. 355.

Raad van State 2020

Raad van State, Jaarverslag 2019, Evenwicht in de rechtsstaat een beschouwing (Den Haag 2020) p. 6.

Raad van State 2020

Raad van State, 'Ministeriële verantwoordelijkheid. Een ongevraagd advies van de Afdeling advisering', bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 35300, nr. 78, 2020.

Raad van State 2019

Raad van State, Jaarverslag 2018 (Den Haag 2019), p. 20.

Rosanvallon 2019

P. Rosanvallon, *De democratie denken: werk in uitvoering*, Vantilt 2019.

Rose-Ackerman 2015

S. Rose-Ackerman, *Due process of Lawmaking*, Cambridge University Press 2015.

Rose-Ackerman, Chi.-Kent L. Rev 2019/267

S. Rose-Ackerman, 'Executive Rulemaking and Democratie Legitimacy: "Reform" in the United States and the United Kingdom's Route to Brexit', *Chi.-Kent L. Rev* 2019/267.

Sanders 2021

T. Sanders, 'Invordering door de overheid', Den Haag: BJU, 2018.

Sanders 2018

T. Sanders 'Haagse verontwaardiging over strenge bijstandsregels is een masterclass hypocrisie', *Financieel Dagblad* 1 januari 2021.

Scheltema 2019

M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019, afl. 24, p. 246-253.

Scheltema 2014

M. Scheltema, 'Internationale regelgeving buiten de staten om: de behoefte aan bestuursrechtelijke beginselen over regelgeving', *NTB* 2014/28, p. 5.

Scheltema 1984

M. Scheltema, *De partijdige wetgever. Inleiding ter gelegenheid van een symposium*, Deventer: Kluwer 1984.

Schlössels e.a. 2015

R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 432.

Schoordijk e.a 1970

H.C.F. Schoordijk e.a. (red.), *Honderd jaar rechtsleven: de Nederlandse Juris ten-Vereniging, 1870-1970*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1970, p. 221-235.

Schultgens 2017

R.J.B. Schultgens, *Rechtsbescherming tegen algemene regels: tijd om de Awb te voltooiën*, VAR-preadvies, Den Haag, BJU 2017, p. 95-145.

Schuurmans 2015

Y. Schuurmans, *Van bestuurlijke detailhandel naar maakindustrie*, Oratie Leiden 2015.

Staatscommissie Parlementair Stelsel 2018

Eindrapport van de staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans*, Amsterdam: Boom 2018, p. 264.

Staten Generaal 2009

Staten-Generaal, *Parlementaire zelfreflectie 2007-2009; brief aan het Presidium Tweede Kamer ter aanbieding rapport 'Vertrouwen en zelfvertrouwen'*, Kamerstukken II 2008-2009, 31845, nr. 3, 2009.

Stewart 1975

R. Stewart, 'Reformation of Administrative Law', *Harvard Law Review* 1975/88, p. 1667-1813.

Stolk 2018

R. Stolk, 'De legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties', in Stolk e.a., *Strategisch procederen in het bestuursrecht, Preadviezen Jonge VAR*, Den Haag: BJU2018, p. 28.

Tjeenk Willink 2018

H.D. Tjeenk Willink, *Groter denken, kleiner doen: een oproep*, Amsterdam: Prometheus 2018.

Tweede Kamer der Staten-Generaal 2021.

Tweede Kamer der Staten-Generaal 2021, *De staat van de Kamer 2020*, Den Haag, februari 2021, p. 5.

VAR-preadvies 2017

VAR-preadvies in W.J.M. Voermans & R.J.B. Schutgens & A.C.M. Meuwese, *Algemene regels in het bestuursrecht*, Den Haag: BJU 2017, p. 114.

Verdam 2020

B. Verdam, 'De plaats van de onbereikbare graal', *De Groene Amsterdammer* 2 maart 2020.

Vetzo 2020

M. Vetzo, Het jaarverslag van de Raad van State en correctie van het rechterlijk oordeel door de wetgever, *NJB* 2020/1560, p. 1796-1800.

Verhey 2015

L.F.M. Verhey, 'Redactioneel. De markttoezichthouder als wetgever', *RegelMaat* 2015, afl. 3, p. 169.

Verhey & Aal 2017

L.F.M. Verhey & C.S. Aal, 'Delegatie van regelgevende bevoegdheid in Nederland: tijd voor herbezinning', *RegelMaat* (32) 2017, afl. 4, p. 241-268.

Van der Vlies 1991

I.C. van der Vlies, 'Een kans voor het parlement', *NJB* 1991, p. 596.

Voermans 1998

W.J.M. Voermans, 'Toekomstperspectieven voor het primaat van de wetgever', *RegelMaat* 1998, afl. 1, p. 35-40.

Voermans 2017

W.J.M. Voermans, *Besturen met regels, volgens de regels, VAR-preadvies*, Den Haag 2017, p. 27.

Voermans, Schutgens & Meuwese 2017

Voermans, W.J.M.; Schutgens, R.J.B.; Meuwese, A.C.M. (ed.), *Algemene regels in het bestuursrecht. Preadviezen uitgebracht door W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens, A.C.M. Meuwese, VAR-preadviezen*, Den Haag: BJU 2017.

Vonk 2020

G. Vonk, 'Inkomensafhankelijke toeslagen in zwaar weer', *NJB* 2020, Afl. 17, p. 1220.

Vrancken 2020

J.B.M. Vranken, 'Wie beschermt de rechtspraak?', *NJB* 2020, afl. 8, p. 536543.

Westerman 2018

P. Westerman, *Outsourcing the Law: A Philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar 2018.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2017

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag 2017.

Willink 2021

H.D. Tjeenk Willink, 'Kamer moet beginnen zelf in de spiegel te kijken', *NRC* 14 januari 2021.

Zijlstra 2021

S.E. Zijlstra, Lessen uit de toeslagenaffaire, *NTB* 2021, Afl. 60-3, p. 125-136.

Zijlstra 2019

S.E. Zijlstra, Bijlage 2 bij rapport Ongekend onrecht. Paper: Alles of niets. De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State inzake terugvordering van kinderopvangtoeslag in de periode van 2010 tot 23 oktober 2019.

Kamerstukken

Kamerstukken II 2006-2007, nr 29383.

Kamerstukken II 2006-07, 29383, nr. 75.

Kamerstukken II 2010-2011, nr. 29279.

Kamerstukken II 2020-2021, 29279 nr. 121.

Kamerstukken II 2018-2019, 29515 nr- F.

Kamerstukken II, 2018-2019, 29 515 nr. F, p. 5.

Kamerstukken II, 2004-2005, 29764, nr. 3.

Kamerstukken II, 2004-2005, 29764, nr. 3, p. 22.

Kamerstukken II 2016-2017, 33009, nr. G.

Kamerstukken II 2016-2017, 33009, nr. G.

Kamerstukken II 2019/20, 31066, nr. 599.

Kamerstukken II 2019/20, 31066, nr. 599, p. 2-3.

Kamerstukken II 2015-2016, 31322 nr. 295.

Kamerstukken II 2015-2016, 31322 nr. 295.

Kamerstukken II 2019-2020, nr. 352332.

R. VAN GESTEL

Kamerstukken II 2019-2020, 35 322, nr. 3, p. 7.

Kamerstukken II 2020-2021, nr. 35387.

Kamerstukken II 2020/21, 35387, nr. 2,

Tijdelijke commissie Uitvoeringsorganisaties, 'Klem tussen balie en beleid'.

Kamerstukken II 2020-2021, nr. 35510.

'Eindverslag parlementaire ondervragingscommissie kinderopvang',

Kamerstukken II 2020-2021, Nr. 35510, nr. 2, p. 7-8.

Kamerstukken II 2020-2021, nr. 35572.

Kamerstukken II 2020-2021, 35572 nr. 34.